HAL
open science

La liberté de l'art face à la protection des croyances religieuses : étude d'un conflit de valeurs sous le prisme du droit international.

Eleni Polymenopoulou

▶ **To cite this version:**

Eleni Polymenopoulou. La liberté de l'art face à la protection des croyances religieuses : étude d'un conflit de valeurs sous le prisme du droit international.. Droit. Université de Grenoble, 2011. Français. NNT : 2011GREND004 . tel-00672119

HAL Id: tel-00672119

https://theses.hal.science/tel-00672119

Submitted on 20 Feb 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITÉ DE GRENOBLE

Εθνικό και Καποδιστριακό ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟ ΑΘΗΝΩΝ

THÈSE

Pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE
Spécialité **« Droits de l'Homme»**

Préparée dans le le cadre d'une cotutelle entre
L'UNIVERSITÉ DE GRENOBLE ET L'UNIVERSITÉ D'ATHÈNES

Arrêtés ministériel : 6 janvier 2005 - 7 août 2006

Présentée et soutenue publiquement par
Eleni POLYMENOPOULOU

le **16 septembre 2011**

LA LIBERTÉ DE L'ART

FACE À LA PROTECTION DES CROYANCES RELIGIEUSES

Etude d'un conflit des valeurs au prisme du droit international

---

Thèse co-dirigée par M. Jean-Luc CHABOT
et par M. Linos - Alexandre SICILIANOS

JURY

Civilité/Nom/Prénom	Fonction et lieu de la fonction	Rôle
M. Jean-Luc CHABOT	Professeur Emérite à l'Université de Grenoble	Directeur
M. Linos- Alexandre SICILIANOS	Professeur à l'Université d'Athènes et Juge à la Cour européenne des droits de l'Homme	Directeur
M. Stamatios TZITZIS	Directeur de recherches au CNRS	Rapporteur
Mme Photini PAZARTZI	Professeur à l'Université d'Athènes	Rapporteur
M. Constantin STEPHANOU	Professeur Jean Monnet, Université Panteion, Athènes	Président

Thèse préparée au sein du Centre d'Etudes et de Recherche sur le Droit, l'Histoire et l'Administration Publique (École doctorale de Droit) de l'Université de Grenoble et au sein du Laboratoire d'études européennes et internationales de l'Université d'Athènes (École doctorale de Droit)

La recherche pour cette thèse s'est arrrêté le 20 mars 2011, les événements depuis cette date n'étant pas pris en compte. L'Université de Grenoble et l'Université d'Athènes n'entendent donner aucune approbation ni réprobation quant aux opinions émises, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur.

« Une grande controverse avait divisé le village en deux
et on en appela à Djeha Hodja Nasreddin pour résoudre le problème.[…].
Il alla à la place du marché et fit face aux villageois réunis en deux clans opposés.
Après les avoir écoutés, il leur dit : - Vous avez raison.
Les partisans du second groupe le menacèrent de leur poing pour le convaincre de la validité de leur point de vue.
Il les écouta et leur dit : - Vous avez raison aussi[…]
Sa femme le tira par la manche et lui souffla
qu'ils ne pouvaient pas avoir raison tous les deux.
- Tu as raison toi aussi, lui répondit-il ! »

(Extrait d'une des 101 histoires
du fameux Nasreddin Hodja)

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE :
LES SOURCES DU CONFLIT

TITRE I. L'ÉGALITÉ FORMELLE DE LA LIBERTÉ DE L'ART ET DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE
CHAPITRE I . LA LIBERTÉ DE L'ART
CHAPITRE II. LA LIBERTÉ RELIGIEUSE

TITRE II. L'INÉGALITÉ RÉELLE DE LA LIBERTÉ DE L'ART ET DE LA LIBERTÉ RELIGIEUSE
CHAPITRE I. LE POIDS DE L'ART
CHAPITRE II. LE POIDS DE LA RELIGION

DEUXIÈME PARTIE :
LA RÉSOLUTION DU CONFLIT

TITRE I. LA RÉSOLUTION FORMELLE DU CONFLIT
CHAPITRE I. LA RÉSOLUTION DU CONFLIT PAR LES ÉTATS
CHAPITRE II. LA RÉSOLUTION DU CONFLIT PAR LA COUR EUROPEENNE

TITRE II. LA RÉSOLUTION RÉELLE DU CONFLIT
CHAPITRE I. « CONFLITS DE DROITS » ET « CONFLITS DE VALEURS »
CHAPITRE II. LA MISE EN ŒUVRE DU PLURALISME DES VALEURS

Table des sigles et abréviations

aff.	Affaire
AFDI	Annuaire français de Droit international (Paris)
AG	Assemblée générale
AIDH	Annuaire international des Droits de l'Homme (Athènes/Bruxelles)
AJIL	American Journal of International Law (Washington)
APCE	Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe
APLPJ	Asian Pacific Law and Policy Journal (Hawaii)
APJHRL	Asia-Pacific Journal on Human Rights and Law (Dordrecht-New York)
Armenop.	Revue juridique grecque [Αρμενόπουλος] (Thessalonique)
BULR	Boston University Law Review (Boston)
BUILR	Boston University International Law Review (Boston)
c.	contre
CADH	Convention américaine des Droits de l'Homme
CADHP	Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples
CCT	Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants
CDC	Convention sur la diversité culturelle
CDE	Cahiers du Droit européen (Bruxelles)
CDH	Conseil des droits de l'Homme (Commission des Droits de l'Homme jusqu'au 15 mars 2006)
CDI	Commission du Droit international
CE	Communauté européenne
CEDAW	Convention sur l'é1imination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes
CERD (la)	Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale
CERD (le)	Comité de la CERD (Organe de la CERD)

CIADH	Cour interaméricaine des Droits de l'Homme
CIJ	Cour internationale de Justice
civ.	Chambre civile
CMW	Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille
CoE	Conseil de l'Europe
ComitéDH	Comité des Droits de l'Homme (Organe du PIDCP)
ComitéDESC	Comité des DESC (Organe du PIDESC)
Commission	Commission européenne des Droits de l'Homme
Convention	Convention européenne des droits de l'Homme
Cour Cass.	Cour de Cassation
Cour / Cour eur. dr. Homme	Cour européenne des Droits de l'Homme
Cour de Justice/CJUE	Cour de Justice de l'Union européene
CPI	Cour pénale internationale
CRC (la)	Convention des Droits de l'enfant
CRC (le)	Comité de la CRC (Organe de la CRC)
CRPD	Convention relative aux droits des personnes handicapées
Cour Supr.	Cour suprême
Crim.	Chambre criminelle (citation des arrêts de la Cour de Cassation française)
DESC	Droits économiques, sociaux et culturels
DtA [ΔτΑ]	Droits de l'Homme [Δικαιώματα του Ανθρώπου] (Athènes)
DPI	Droits de propriété intellectuelle
DR	Décisions et Rapports
DUDH	Déclaration universelle des Droits de l'Homme
ECOSOC	Conseil économique et social des Nations Unies
ECRI	Commission européenne contre le racisme et l'intolérance
EJIL	European Journal of International Law (Oxford)
ELJ	European Law Journal (Oxford)
EUMC	Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes
FIIP	Fédération internationale pour l'Industrie phonographique

JOCE	Journal officiel de l'Union européenne
HHRLJ	Harvard Human Rights Law Journal (Harvard)
HILJ	Harvard International Law Journal (Harvard)
HRQ	Human Rights Quaterly (Baltimore)
HRLJ	Human Rights Law Journal (Kehl)
IHRLR	Intercultural Human Rights Law Review (Miami)
IJCLP	International Journal of Communications Law & Policy (Munich – Yale)
IJPCS	International Journal of Politics, Culture & Society (New York)
ILSA	Journal of International and Comparative Law (Chicago)
ISIL	Yearbook of International Humanitarian and Refugee Law (Cambridge)
IRIS	Revue de l'Observatoire européen de l'Audiovisuel (Strasbourg)
JDI	Journal du Droit international – Clunet (Paris)
JLS	Journal of Legal Studies (Chicago)
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes (Bruxelles)
Legal theory	Revue de Théorie du droit de l'Université de Yale (Cambridge)
MUSEUM	Revue de l'Unesco Museum International (Paris)
NYULR	Revue (New York)
OCI	Organisation de la Conférence islamique
OEA	Organisation des États Américains
OG	Observation générale
OIT	Organisation internationale du Commerce
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies (Oxford)
OMC	Organisation mondiale du Commerce
OMPI	Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle
PI	Propriété intellectuelle
PIDCP	Pacte international relatif aux Droits civils et politiques
PIDESC	Pacte international relatif aux Droits économiques, sociaux et culturels
PE	Parlement européen

PNUD	Programme des Nations Unies pour le Développement
RDP	Revue du Droit public et de la Science politique en France et à l'étranger (Paris)
RDPA	Revue du Droit public et administratif (Athènes)
REMI	Revue européenne des Migrations internationales (Poitiers)
RFDC	Revue française de Droit constitutionnel (Paris)
RHDE	Revue hellénique du Droit européen (Athènes)
RGD	Revue générale de Droit (Ottawa)
RGDIP	Revue générale de Droit international public (Paris)
RHDH	Revue hellenique des Droits de l'Homme (Athènes)
RHDI	Revue hellenique du Droit international (Athènes)
RIDA	Revue internationale du Droit d'auteur (Paris)
RIDC	Revue internationale de Droit comparé (Paris)
RIPC/ INCP	Réseaux international des politiques culturelles
RLDI	Revue Lamy du droit de l'Immatériel (Paris)
RMM	Revue de Métaphysique et de Morale (Paris)
RTDCom.	Revue trimestrielle de Droit commercial et de Droit économique (Paris)
RTDH	Revue trimestrielle des Droits de l'Homme (Paris)
RUDH	Revue universelle des Droits de l'Homme (Strasbourg)
RQDI	Revue québécoise de Droit international (Montréal)
ToS [To Σ]	Revue hellénique du Droit constitutionnel [La Constitution / To Σύνταγμα] (Athènes)
TPIY	Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie
TPICE	Ancien Tribunal de première instance des Communautés européennes
UE	Union européenne
US	United States Reports (citation des arrêts de la Cour suprême américaine)
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture

Remerciements

Je tiens à remercier avant tout mes deux directeurs de thèse : qu'ils trouvent ici mes chaleureux remerciements, en témoignage de ma sincère reconnaissance pour l'aboutissement de ce travail de recherche. J'aimerais remercier Monsieur Chabot, pour l'intérêt qu'il a manifesté pour mon sujet de thèse, pour sa rigueur et pour sa tolérance envers mes fautes de langage, ainsi que pour son appui à mon point de vue – parfois peu « ordinaire ». Mes remerciements chaleureux vont également à Monsieur Sicilianos, pour ses conseils avisés et la confiance qu'il m'a accordée pendant toutes ses années de thèse. J'aimerais les remercier tous les deux, notamment pour leurs remarques exigeantes car c'est précisément grâce à elles que j'ai pu mener à bien mon travail.

Je tiens à remercier en outre les directeurs de chacun des deux centres de recherche, ainsi que les directeurs des deux Écoles doctorales juridiques, auxquels j'appartiens : le Centre historique et juridique des Droits de l'Homme de l'Université de Grenoble (CERDHAP) et le Laboratoire d'Études européennes et internationales de l'Université d'Athènes. Je les remercie pour avoir accepté que cette thèse se réalise en procédure de cotutelle et pour le soutien institutionnel qu'ils ont apporté à mes travaux, y compris pour la mise en place d'une convention-cadre de coopération entre l'Université de Grenoble et l'Université d'Athènes. Je remercie tout particulièrement Madame Berta et Madame Geraci pour leur collaboration, ainsi que le personnel responsable du « Prêt entre bibliothèques », qui ont facilité à mes démarches pour l'étude de la littérature anglophone relative à la présente étude.

Je tiens également à remercier la directrice de l'Organisation internationale « Article 19 », Madame Agnès Callamard, ainsi que les responsables de l'équipe juridique de Article 19, notamment Madame Sejal Parmar et Monsieur Boyko Boev, pour m'avoir acceptée en tant que stagiaire-assistante de recherche entre octobre 2008 et janvier 2009. Mon expérience au sein de cette équipe m'a permis d'avoir un point de vue précieux sur mon sujet de thèse, ainsi que de contribuer à la rédaction des « commentaires écrits » sur une affaire de diffamation pendante à la Cour européenne (*Kassabova c. Bulgarie*) et d'assister à une Réunion d'experts internationaux sur la liberté d'expression (qui a abouti ultérieurement à l'adoption des « Principes de Camden sur la liberté d'expression »).

Je suis tout particulièrement reconnaissante à l'Association Heinrich Klebès « *pour la Promotion des Droits de l'Homme et de la Démocratie en Europe* », en les personnes de Monsieur Heinrich Klebès, Secrétaire général adjoint honoraire du Conseil de l'Europe, et de Madame Catherine Schneider, Présidente de l'Association. Je les remercie pour la confiance qui m'ont témoignée en m'attribuant en janvier 2009 une bourse, sans la quelle la rédaction finale de ma thèse aurait été impossible.

Je tiens à adresser également mes remerciements les plus chaleureux aux Professeurs suivants : Monsieur Stephanou et Madame Nicolacopoulou pour leur soutien et leur confiance permanente, Monsieur Grigoriou de l'Université de l'Egée, ainsi que Monsieur Rehman et Madame Xathaki de l'Université de Brunel pour l'intérêt qu'ils ont montré envers mes travaux. Merci aussi à trois rencontres, uniques mais précieuses: à Monsieur Cristophe Eberhard, auteur des « Droits de l'homme et dialogue interculturel », pour avoir déclenché ma réflexion sur le droit et les cultures pendant mon année de DEA à la Faculté de Droit ; à Madame Elsa Stamatopoulou, ancienne directrice de l' Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones (UNPFII) pour avoir pu me transmettre son enthousiasme envers la nécessité de protection des droits culturels ; et à Monsieur Raphaël Roig, Manager de projet du Conseil international des Musées (ICOM), pour ses remarques éclairantes à propos de la protection du patrimoine culturel.

Enfin, j'aimerais adresser mes remerciements les plus amples et les plus cordiaux à ma famille et mes amis : notamment Geneviève pour la relecture courageuse de mon manuscrit ; mon père dont la hâte de me voir finir ma thèse m'a sans doute donné le courage de continuer ; ma mère qui, elle-même juriste et artiste, m'a toujours soutenue dans la réalisation de mes projets personnels et professionnels ; mon amie Ekaterini et mon frère Stéphane pour leurs encouragements; Faidra et Danai pour leur amitié en toutes circonstances; Yiannis pour son soutien infini; et aussi Aline et Antoine et pour m'avoir rappelé de me promener de temps en temps pendant la période laborieuse de la rédaction.

Résumé

Cette thèse propose une lecture juridique, politique et sociale d'un conflit entre deux droits fondamentaux *culturels*, basée sur une analyse des *valeurs* en cause.

Plusieurs controverses ont émergé au cours des dernières années quant à la légitimité des restrictions à la liberté artistique. On peut même observer un certain «paroxysme» en la matière, qui aboutit en dernier essor, à un conflit juridique, voire, un conflit réel. Au plan international, les premières indices du débat globalisé autour la légitimation des restrictions à la liberté d'expression apparussent peu ou prou au même époque que la controverse autour les *Versets sataniques* notoires de Salman Rushdie. Ces débats ont été, et le sont jusqu'aujourd'hui, suivis par des dizaines de résolution du Conseil des droits de l'Homme et de l'Assemblée Générale des Nations Unies sur la diffamation des religions. Quinze ans après, une autre « crise mondiale » apparaît : celle des *caricatures danoises*, dont les contrecoups sont encore visibles aujourd'hui.

Si l'on associe ce prétendu 'conflit de valeurs' aux répercussions des attaques du 11 septembre et de la guerre contre le terrorisme, ainsi qu'aux politiques de discrimination constante à l'encontre des immigrés et les requérants d'asile en Europe, ou encore à la théorie de Huntington qui prône un supposé « conflit de civilisations », nous comprenons bien que la controverse est loin de concerner exclusivement la liberté d'expression, ni exclusivement la liberté religieuse, et certainement pas exclusivement la liberté artistique.

L'objectif de la thèse est donc non seulement d'analyser le conflit juridique entre ces deux droits fondamentaux, mais aussi de proposer une *perspective alternative* pour aborder la question même de conflits de droits. La thèse cible alors à la *prévention* des conflits – juridiques ou réels- plutôt qu'à leur résolution en faveur d'un droit ou d'un autre. L'auteur propose que l'ouverture épistémologique envers les sciences sociales et anthropologiques, ainsi que la mise en œuvre effective du principe de l'indivisibilité des droits humains sont les conditions essentielles afin de mieux aborder la question de conflit entre les droits fondamentaux *culturels*.

Mots-clés :

Liberté de l'art, liberté d'expression, liberté religieuse, censure, conflit, droits fondamentaux, valeurs, art, religion, blasphème, diffamation religieuse, relations internationales, pluralisme religieux, diversité culturelle, multiculturalisme

Abstract

This thesis suggests a legal, political and social reading of a conflict between two fundamental *cultural* rights, based on the analysis of the *values* at stake.

Several controversies have emerged in recent years regarding the legitimacy of restrictions on artistic freedom. One would be able to observe even a certain 'paroxysm' on this matter. From an international law perspective, the first 'globalised' debates on the legitimacy of freedom of expression restrictions appeared more or less the same time as the notorious controversy surround the publication of Salman Rushdie's *Satanic Verses*. These debates were followed by several UN Human Rights Council and General Assembly resolutions on the subject of defamation of religions. Fifteen years later, another 'global crisis' appears; the Danish cartoons controversy, whose ramifications are still visible today.

Associating this hypothetical 'conflict of values' with the impact of 9/11 and the war against terror, as well as the discrimination politics against immigrants and asylum seekers in Europe, or even with Huntington's theory concerning a so-called 'conflict of civilisations', one can understand that this 'conflict' between rights is not a matter concerning exclusively freedom of expression, nor exclusively religious freedom - and certainly not exclusively artistic freedom.

The aim of the thesis is therefore not only to analyse the legal conflict between the two fundamental rights, but also to propose a *different perspective* vis-a vis the conflicts of rights. The thesis therefore focuses on the *prevention* of conflicts – legal or real- rather than on their *judicial resolution* in favour of one right or the other. The author proposes that an epistemological opening towards social and anthropological sciences and a more effective implementation of the principles of human rights' indivisibility are essential for a better understanding of conflicts between fundamental cultural rights.

Key words :

Artistic freedom, freedom of expression, religious freedom, censorship, conflict, human rights, values, art, religion, blasphemy, defamation of religion, international relations, religious pluralisme, cultural diversity, multiculturalism.

Introduction

« *À chaque époque son art, à l'art sa liberté !…* », affirmaient les sécessionnistes de Vienne au début de XXe siècle. Comment ne pas être d'accord ? Si l'art n'est pas libre, mérite-t-il d'être appelé « art » ? La liberté est essentielle à l'art comme à l'artiste, car elle est la condition préalable de la créativité[1]. Qu'il soit véhicule de communication, arme de lutte contre la répression ou simplement moyen d'expression esthétique, l'art, à différents moments historiques, affirme son existence *en* liberté et *pour* la liberté. Au moment de la création, l'artiste est libre de faire ses propres choix quant à son sujet, ses matériaux, sa technique. Il est libre de créer, de former à partir de rien, de devenir un « petit dieu » chaque fois qu'il essaie d'insuffler une « âme » à ses créations. « *Pour l'artiste, voir c'est concevoir, et concevoir, c'est composer* »[2]. Mais l'artiste est-il libre de tout faire ?

Nul besoin de forcer notre imagination pour nous référer au cas fictif d'un artiste dément qui tuerait afin de créer des œuvres à partir de cadavres (ou un parfum, comme c'est le cas dans le roman de l'Allemand Patrick Süskind). La réalité est truffée d'exemples de controverses et de procès juridiques, où l'expression artistique entre en conflit avec de nombreux droits et des intérêts étatiques ou publics : les droits de personnalité dans le cas du photographe qui tire des portraits de personnes sans qu'elles aient consenti à être photographiées ; les droits de la propriété dans le cas du graffeur qui peint le mur d'autrui ; les droits d'auteur dans le cas de l'individu qui télécharge illégalement des films sur Internet ; les mœurs sociales dans le cas de l'écrivain faisant œuvre de littérature dite « obscène » ; l'ordre public dans le cas d'un spectacle qui provoque des encombrements sur la voie publique ; ou encore – et c'est l'objet de la présente étude – les croyances religieuses, dans le cas du réalisateur, du peintre ou de l'écrivain « blasphémateur ».

---

[1] AMABIL Teresa, *Creativity in context : update to the social psychology of creativity,* Colorado-Oxford, Westview Press, 1996, notamment p.91 et s.: « *Koestler (1964)for example speculated that the highest forms of creativity are generated under conditions of freedom of control…[...] Karl Rogers (1954) also speculated on the importance of reliance upon self and freedom from external control in creativity… [...]Crutchfield (1962)postulated a basic antipathy between conformity and creative thinking [etc]*».

[2] FEDIER François, *L'art et la liberté ; cours de philosophie*, Paris, Pocket, 2006, p.175.

Cette problématique n'est pas nouvelle, le débat sur les limites de l'*art* s'inscrivant dans la problématique des *abus* des modes d'expression symbolique. Au moment de la rédaction de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, le débat à l'Assemblée française était vif : d'un côté se trouvait Sieyès qui, en demandant une liberté d'expression définie et limitée par la loi, exprimait l'idée que la liberté de chacun doit s'arrêter là où commence celle des autres ; de l'autre, Robespierre et Marat proclamaient une liberté absolue, paraphrasant la pensée libérale de Rousseau : « *quand il est permis de tout dire, la vérité parle d'elle-même et son triomphe est assuré* »[3].

La question de l'art en particulier implique d'ailleurs un paramètre supplémentaire : celui de la nature particulière de l'art, de sa fonction dans une société qui possède son histoire, et de la spécificité de l'art vis-à-vis d'autres types d'expression. C'est précisément l'histoire de l'art qui montre que les « passions de l'art » sont dues au pouvoir de l'art d'« emporter » les individus, de les fasciner, de les exalter, de les choquer ou de les amener à l'interrogation[4]. A travers le monde entier, des personnes s'attachent à des tableaux, à des morceaux de musique, à des poèmes et à des écrits littéraires. Elles s'associent alors à ces œuvres, en les aimant, en les détestant, en les attaquant ou en les embrassant[5].

---

[3] LECLERC Henri, « La liberté d'expression et Internet », *Petites Affiches,* n°24, 10 novembre 1999. En France, en 1789, l'Assemblée vote que la liberté d'expression peut être limitée dans les cas déterminés par la loi lors d'« abus » éventuels.

[4] Pour une exploration de la relation curieuse entre les êtres humains et les objets d'art (d'un point de vue de la psychanalyse), voir LEADER Darian, *Stealing the Mona Lisa: what art stops us from seeing,* Shoemaker&Hoard, Washington, 2002.

[5] Loin du « simple » lancement des tomates aux musiciens, comédiens ou performateurs, ce qui pourrait susciter un intérêt particulier chez les sociologues serait les attaques *physiques* de toute sorte aux *objets* d'art: par exemple, le lancement de peinture plastique au tableau du Gerhard Haderer (tableau qui ultérieurement fut l'objet de l'affaire *Bildender Künstler c. Autriche*, auprès de la Cour européenne, voir *infra,* notes 1640, 1790 et s. et note 1847 ; les attaques (peinture, coups de ciseaux) aux œuvres de l'exposition « Caution ! Religion » au musée *Sacharov* à Moskow (qui furent ultérieurement l'objet de l'affaire *Yuriy Samodurov* et *Lyudmila Vasilovskaya c Russie* (requête 3007/06) ; les attaques envers la *Nona Ora* de Mauritzio Catalan (œuvre qui représentait le Pape Paul II frappé par un météorite ; en effet, lorsque la sculpture a été présentée en Pologne, un député polonais a essayé de remettre le « Pape » en place ; voir CLAUDE Jean-Cristophe, *Les grands scandales de l'Histoire de l'Art ; Cinq siècles de ruptures, de censures et de chefs d'œuvre,* Paris, Beaux Arts, 2008) ; les attaques envers l'installation « La blanche neige et la folie de la vérité » de la part de l'ambassadeur israélien en Suède (voir à propos de cette affaire « Qui est blanche – neige » sur le site *www.avantart.com/music/feiler/snowwhite.htm,* consulté le 26 octobre 2010*)*. A l'envers, les manifestation d' « affection » peuvent avoir comme objectif non seulement le désir d'acquisition des œuvres d'art (en effet le marché de l'art, et fondé en partie justement sur cette relation inexplicable de l'Homme avec l'Art), mais également des manifestations physiques, comme par exemple le baiser fameux d'une femme sur la toile de Cy Twombly lors d'une exposition à Avignon (le Tribunal Avignon de première instance lui ayant infligé une amende de 1500 euros; voir « Le baiser au rouge à lèvres sur une toile de Cy Twombly: 1500 euros », *Libération,* 16 novembre 2007); ou la volonté posthume du milliardaire japonais qui aurait exprimé

C'est également l'histoire de l'art qui démontre que l'art, dans sa nature et sa définition, avance par autosuppression des limites : ce qui n'était pas considéré comme art au XVIIIe siècle l'est aujourd'hui, cette « transgression » des limites étant parfois accompagnée d'une certaine provocation morale, encore plus accentuée de nos jours. C'est encore l'histoire qui démontre en premier lieu que les notions de « bon » et de « mauvais » en art sont extrêmement relatives. Il suffit de rappeler ici que les impressionnistes exposaient au « Salons des refusés », que les galleristes refusaient d'exposer les œuvres de Van Gogh de son vivant, ou que le public quittait la salle avant la fin de la *Neuvième Symphonie* de Beethoven lors de sa première représentation à Berlin.

Un des paramètres-clés du débat est alors la fonction qu'on attribue à l'art. Pourrait-on légitimement réclamer que les artistes soient à l'abri des critiques, du seul fait de leur art ? N'appartient-il pas au juge de fixer les limites de cet « art » ? Ou, en revanche, la « liberté de l'art » devrait-elle être considérée comme un impératif différent de la « liberté d'expression », les artistes devant obtenir une sorte d'immunité ?

Une autre question est celle du contexte dans lequel ces controverses se produisent. En effet, plus les sociétés se libéralisent, plus on assiste à des paradoxes de la liberté d'expression : d'un côté, des œuvres scandaleuses, n'ayant pour but que la provocation ; de l'autre, des réactions démesurées dans les cas d'offenses.

Dans la jurisprudence de la Cour européenne, le phénomène est considéré dans la perspective plus vaste des sujets sensibles pour lesquels il semble impossible de trouver un dénominateur commun au sein des États du Conseil de l'Europe. Certes, depuis l'arrêt *Handyside* de 1976, la Cour européenne des droits de l'Homme ne cesse d'affirmer que « *la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* »[6]. Elle souligne aussi que cette liberté « *vaut non*

---

son souhait d'être enterré avec le *Portrait de Docteur Gachet* (voir à propos SALTZMAN Cynthia, *Portrait of Dr.Gachet: the story of a van Gogh masterpiece : money, politics, collectors, greed, and loss,* New-York-Londres, Penguin, 1998).

[6] Cour eur. dr. Homme : *Handyside c. Royaume Uni,* décision du 7 décembre 1976, série A, n° 24, p. 23 §49 ; *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, Série A, N° 103, p. 26, § 41; *Jersild c. Danemark*, 23

seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population ». Or, dans de nombreux arrêts impliquant des formes d'art diverses, la Cour repère également des « abus » de cette liberté, notamment en raisons de l'outrage aux mœurs ou aux croyances religieuses.

I. Problématique générale et pertinence du sujet

L'existence d'œuvres scandalisant les mœurs publiques et le pouvoir religieux, tout comme le débat sur les *abus* dans l'expression artistique, n'ont rien de nouveau. L'histoire de l'art et de la littérature regorgent d'exemples d'œuvres qui attentent aux mœurs publiques ou aux croyances religieuses[7] du fait des choix esthétiques de leurs auteurs ou du contexte dans lequel elles ont été reçues. En outre, la moralité publique n'étant pas détachée des croyances religieuses, il arrive souvent que des œuvres provocatrices ou choquantes soient également qualifiées de « blasphématoires ».

• Les relations historiquement « passionnées » entre l'art et la religion

Les relations entre l'art et la religion ont toujours été ambiguës et même passionnées. D'une certaine façon, l'artiste a toujours « servi » le pouvoir religieux, la religion agissant sur l'art comme un moteur d'inspiration et, bien souvent, de financement. Inutile d'énumérer ici les monuments religieux faisant partie de l'héritage culturel de l'humanité, les œuvres de beauté grandiose qui ont été créées au nom de telle ou telle religion, ou certaines formes d'art, telles que la danse ou le théâtre, qui puisent leurs origines directement dans la spiritualité de l'Homme. Cependant, le pouvoir religieux a imposé à l'art toute une gamme de limitations allant parfois jusqu'à l'interdiction absolue de la représentation. Ce n'est qu'avec la modernité du monde occidental que

---

septembre 1994, série A, no 298, § 37. Voir aussi *Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche*, 19 décembre 1994, série A no 302, §36 ; *Thoma c. Luxembourg*, n° 38432/97, 29 mars 2001, CEDH 2001-III ; *Marônek c. Slovaquie*, no 32686/96, CEDH 2001-III ; *Vogt c. Allemagne*, 26 septembre 1995, série A no 323, §52.

[7] Voir, à titre indicatif: McCLEAN Daniel, *The trials of art*, Riding House, London, 2007 ; CLAUDE Jean-Cristophe, *Les grands scandales de l'Histoire de l'Art…, op.cit.*; DOLLÉ Marie, *Quel scandale!*, Paris, Presses Universitaires de Vincennes, Coll. «*Culture et Société* », 2006 ; BRENT Plate, *Blasphemy ; art that offends,* Londres, Blackdog, 2006 ; JULIUS Anthony, *Transgressions : the offenses of the art*, Chicago, University of Chicago Press, 2003(2è éd).

ces tensions ont été éliminées et que l'art a pris « conscience de sa liberté »[8]. Malgré cela, les frottements entre liberté de l'art et protection des sensibilités religieuses sont revenues à la surface, la question étant posée de façon extrêmement intense et provoquant nombre de discussions dans les milieux académiques[9].

- **Quelques remarques paradoxales à partir d'observations sociologiques**

Il convient ici de faire trois observations de nature sociologico-juridique, qui révèlent certains paradoxes servant de base à notre réflexion.

1) La régression du « blasphème » dans les droits nationaux et européens et l'avènement de la « diffamation des religions » en droit international.

Tout d'abord, nous constatons un paradoxe : la tendance générale à la régression de la pénalisation du blasphème dans les sociétés européennes, d'un côté, et l'avènement du concept de « diffamation des religions » au sein des Nations Unies, de l'autre. M. Roduit, auteur d'un mémoire sur le « *blasphème en droit international* », note lui aussi les deux mêmes tendances paradoxales : une première, « *qui dénote une claire régression de l'application de la législation concernant le blasphème* », opposée à une deuxième, « *liée à la montée du radicalisme religieux, qui démontre une certaine vigueur de la répression, et donc de la promulgation des lois spécifiques* »[10].

2) La nature de plus en plus provocatrice des œuvres

Notre deuxième observation concerne la nature des œuvres qui sont amenées en justice. En effet, les œuvres qui suscitent des litiges juridiques – ou une autre forme d'intervention du juge – sont la plupart du temps des œuvres de caractère relativement

---

8 GOMBRICH Ernst, *L'histoire de l'Art [à partir de la trad.grecque : Το χρονικό της τέχνης]*, (1954), Athènes, Fondation Éducative de la Banque Nationale, 2006.

9 A titre indicatif, nous pouvons citer le Colloque « Freedom of expression and advocacy of religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence », organisé par le Haut Commissariat des droits de l'Homme (UNHCHR), les 2-3 octobre 2008 à Genève ; « Liberté de religion ou de croyance », organisé par le Bureau pour les Institutions démocratiques et les droits de l'Homme (ODIHR) de l'OSCE en 2008 ; le Colloque international à propos des « Religions et les droits de l'Homme », organisé par *Libertas,* le Centre International des Droits de l'Homme, la Revue hellénique des droits de l'Homme DH[ΔτΑ] et la Revue trimestrielle des droits de l'Homme (RTDH), qui a eu lieu à Athènes les 28 et 29 mai 2009 ; le Colloque « Art et convictions religieuses: de l'affrontement à la coexistence », organisé par la Commission de Venise et la Ligue hellénique des droits de l'Homme, qui a eu lieu également à Athènes les 31 janvier et 1er février 2008.

10 RODUIT Christophe, *Le blasphème en droit international*, Institut des Hautes Études Internationales et du Développement(HEI), mémoire présentée pour l'obtention du Diplôme des Études Approfondies en Droit International, Genève, Suisse, 2000, p.3

anodin, et même, le plus souvent, marginales (un livre tiré à 2000 exemplaires, un tableau présent dans une exposition de peinture fréquentée par 500 personnes, une chanson de rap qui compte quelques centaines de fans à peine).

Un autre problème resurgirait également par des expressions artistiques « extrêmes » de toutes les genres. Il s'agit par exemple d'œuvres de plasticiens (ou non) utilisant dans leurs projets des cendres humaines, du sang, des organes et des fluides humains, voire des *fœtus* humains[11]; de la torture ou de la douleur humaine[12]; des animaux morts : des lapins farcis fluo, des vaches égorgés, des « tapis de chiens »(!) etc[13]. La controverse autour l'exposition *Bodies*, quoique peu artistique[14], illustre bien la problématique des « limites » de l'art, parfois dans le seul but d'attirer le public et d'augmenter le profit. Il s'agit en l'espèce d'une exposition à caractère médico-anatomique extrêmement controversée, rassemblant des parties de vrais corps humains remodelés selon des formes diverses par l'usage d'une technique spécifique,

---

[11] Il convient de rappeler que de nombreuses œuvres de se genre d'art sont plus ou moins inconnues du grand public, et par conséquence au juge, puisqu'elles se déstinent aux cercles « clos » des amateurs de l'art. Un exemple serait le cas de l' « artiste » chinois Xiao Sun Yuan qui avait exposé à Pékin en 1999 en tant que « création artistique » des personnes morts, y compris un nouveau- né, voir BORDELEAU Erik,« Une constance à la chinoise : Considérations sur l'art performatif extrême chinois», *Cultures in Transit, Journal of Cultural studies,* n°4, 2008, disponible sur http://transtexts.revues.org/index269.html, consulté le 25 novembre 2010. Voir aussi les interventions de HERMITTE Marie-Angèle, « Liberté de la science, liberté de l'art ? Le projet transhumaniste » et LOISEAU Grégoire, « Respect des morts et volonté posthume », *in* Colloque « L'Art et le droit » qui a eu lieu à Rouen le 6 novembre 2010, organisé par l'Université de Rouen et l'Association *Jurisart*. Voir aussi une affaire du ce genre (les *boucles d'oreille* à partir des fœtus humaines) auprès de la Cour européenne, *S &G c. Royaume Uni,* voir *infra,* notes 1639 et 1760.

[12] Songeons par exemple à la performance récente de Lampros Stemnis « Create an ever-lasting body » pendant l'exposition « Art Athina 2009» pour démontrer la « douleur humaine » (et dénoncer les actes de torture, d'après l'artiste..). Voir généralement GUTENBERG Andrea, « Visual and Verbal Codings of Pain in Body and Performance Art », *AnyBody's Concerns,* n°6, Cologne, 2003, disponible sur le site de l' « Institut pour l'histoire des femmes », *www.iiav.nl/ezines/web/GenderForum/2003/No6.PDF, consulté le 16 novembre 2010 ; 2010 ;* « Blasphemy » *in* AUFFARTH Cristoph et al.(éd), *The Brill dictionnary of religions*, Vol.1, Leiden-Boston, Brill, 2006, pp.184-185.

[13] Songeons à titre d'exemple à l'exposition « Dog carpets » de Ondrej Brody and Kristofer Paetau en 2007, qui ont transformé des peaux de chiens en tapis, un projet artistique ciblant à styliser la maltraitance des animaux. Songeons aussi à l'exposition d'un chien qui s'est laissé son nourriture(pour dénoncer les actes de maltraitance des animaux, d'après l'artiste..), voir COUZENS Gerard, « Outrage at 'starvation' of a stray dog for art », *Guardian,* 30 mars 2008, publié sur http://www.guardian.co.uk/artanddesign/2008/mar/30/art.spain, consulté le 25 novembre 2010.

[14] En effet, la qualification « artistique » de cette exposition fut abandonnée assez tôt dans le procès qui a eu lieu en France, cette exposition a été considérée pourtant largement par la presse comme telle. Également, les requérants ont su démontrer que l'exposition ne servait à aucune fin scientifique, pour que la loi française concernant « les applications du cadavre pour des fins scientifiques » puisse être appliquée. Voir aussi, TRICON Jean Pierre, « L'intangibilité du cadavre quand la science et le droit autorisent des atteintes au corps humain », publié sur le magazine électronique *Résonance,* http://www.resonance-mag.com/dossiers/dossiers.php?val=732_lintangibilite+cadavre+quand+science+droit+autorisent+des+atteintes+corps+humain+premiere+partie, consulté le 25 novembre 2010.

la *plastination*[15]. Toutes les expositions de « corps » présentées dans le monde au cours de la dernière décennie ont suscité des polémiques[16] en raison de la question de l'origine des corps utilisés[17] - une controverse, qui, ne l'oublions pas, éleva drastiquement le nombre des visiteurs de l'exposition *Bodies*[18].

Ces manifestations sont-elles de l'art ? S'inscrivent-telles dans la tradition de l'histoire de l'art, ou dans celle des « performances », elles aussi « extrêmes », de l'après-guerre ? Pourrait-on véritablement les comparer à la rigueur des performances des dadaïstes des années Trente ou des actionnistes viennois des années Soixante et

---

[15] Cette technique, inventée par l'anatomiste Gunther von Hagens et utilisée depuis 1992, consiste à un processus anatomique « in vitro » qui implique le dépeçage des corps, l'enlèvement des fluides et leur remplacement par des polymères et des résines. Voir notamment, PALMER Edith, « Legal aspects of exhibitions of preserved human corpses », concernant les premières expositions en Allemagne et un bon historique de l'affaire, publié en juin 2007 par la librairie juridique du Congrès des États-Unis(*Library of the Congress)*, sur le site « Global Legal Information Network (GLIN) »*www.glin.gov/download.action?fulltextId=164431&documentId..., consulté le 25 novembre 2010.*

[16] Jusqu'à présent, l'exposition anatomique « Corps » fut un objet de litige juridique en France, aux États-Unis et en Allemagne, tantôt pour sa cruauté et le traitement indigne des cadavres que pour leur origine suspecte.
- En France, seul le Tribunal de Première Instance de Paris, par une décision remarquable jugea que « *le traitement des cadavres par un État est depuis le triangle thébain Antigone, Créon, Polynice, au cœur du débat démocratique* », que ce projet porte atteinte au respect dû aux morts et qu'en prenant compte la nature commerciale du projet, il exista une « *illicéité manifeste* », qui ne pouvait pas être justifié par l'intérêt du public d'être informé (TGI de Paris, ord.référé, 21 avril 2009, « Corps », dont les demanderesses fussent les associations « *Solidarité Chine »* et « *ensemble contre la peine de mort* »).
- Aux États Unis, l'exposition fut l'objet de controverse et d'intervention de Comités d'Éthique, depuis les premiers moments de sa présentation, en Florida, en 2005. A l'époque, le Procureur Général de Florida demanda des organisateurs de l'exposition l'accord du Bord National Anatomique, mais celui ci c'est avéré incompétent, du fait que l'exposition allait être présenté dans un endroit culturel, tel qu'un musée. En avril 2009, le Sénat de Florida a voté un amendement de loi qui demanderait expressément des informations sur les corps, de la documentation et la permission de donneurs pour les expositions (Bill no. CS/SB 414, 1st Eng.).
- En Allemagne, l'affaire a été jugé à plusieures reprises : les Cours administratif de Munich et la Cour administrative de Bavière ont jugé que les cadavres devraient être enterrés, d'après la garantie constitutionnelle de la dignité humaine, sauf consentement exprès. Parmi les manifestants faisaient part également les Églises catholiques et protestantes de l'Allemagne, voir PALMER Edith, « Legal aspects of exhibitions of preserved human corpses », *supra,* note 15.
Pour les origines des corps, voir aussi le Rapport de l'organisation de défense de droits de l'Homme en Chine(Laogai) « Bodies on display: the risks in trading in human remains from China», disponible sur http://laogai.org/blog/bodies-display-risks-trading-human-remains, mis en ligne le 22 avril 2009, et consulté le 25 novembre 2010.

[17] Dans les dernières années, une dizaine d'industrie de « momification » de corps humains ont été ouverts en Chine en dépit d'une loi votée en 2006 pour l'interdiction d'exportation de cadavres pour des raisons commerciales. Des scandales de trafic de cadavres ont eu lieu également dans l'ancienne république de USSR, notamment en Russie et en République de Kirghizistan ; voir BARBOSA David, « China turns out mummified bodies for displays », *New York Times,* 8 août 2006.

[18] Un nombre d'exposition ont été présentés dans les quinnze dernières années (parmi d'autres, l'exposition Body Worlds (Korpewelte), présentée en Asie, en Europe et aux États Unis sous la direction générale von Hagens et de l'*Institut pour la plastination*, dirigé encore par lui. Ces expositions ont attiré un nombre énorme de spectateurs autour le monde. Voir ULABY Nadia, « Cadaver Exhibits Are Part Science, Part Sideshow », *Health and Science*, 10 août 2006 et SCHECTER Anna, « Chinese Human Rights Activist Raises Serious Questions About Bodies Exhibitions », *ABC news,* le 15 février 2008.

Soixante-dix[19] ? Le mérite et la légitimation artistique de telles initiatives et expositions dépasse l'objet de notre étude. Certes, il n'appartient pas au juriste, mais au professionnel de l'art ou bien au public de juger le mérite de telles œuvres. Or, le juge est forcément sollicité lorsqu'il s'agit de permettre ou d'interdire ce genre de manifestations, et de pondérer entre l'art qui est « libre », sans autre précision, et les intérêts qui sont en jeu à chaque occasion.

3) Des offenses religieuses à coloration « culturelle »

Notre troisième observation consiste à remarquer que l'offenses faite aux sensibilités ou aux croyances religieuses a une coloration « culturelle» de plus en plus évidente. En effet, auparavant, dans les sociétés occidentales, il était possible de constater de telles « offenses » sur le plan des règles de l'esthétique, de la morale ou de la religion[20], alors que la modernité a légué à l'art une fonction également « transgressive » sur le plan social et politique. Or, voilà que dans le monde post-moderne et globalisé, un paradoxe supplémentaire se produit sous la forme de l'application des fonctions « transgressives » de l'art au plan *culturel,* impliquant notamment les question de l'interaction entre l'État et les religions, mais aussi celles du pluralisme religieux, de la laïcité et du multiculturalisme.

Ainsi, nombre d'incidents s'inscrivant dans la problématique de l'outrage aux croyances religieuses, et plus généralement les « sensibilités » ainsi blessées, ont provoqué beaucoup d'inquiétudes ces dernières années. En effet, si le plus grand enjeu pour la liberté de la presse est de faire face aux questions de protection de la personnalité et de la vie privée[21], le plus grand enjeu pour la liberté de l'art est sa confrontation avec les croyances religieuses, voire l'intolérance religieuse. Les indications de la dimension de cet enjeu apparaissent peu ou prou à la même époque

---

[19] Les manifestations artistique des « actionnistes de Vienne », en Autriche, constituent un exemple caractéristique, ayant provoqué d'ailleurs un nombre de procès juridiques, notamment pour la protection de l' « ordre public » et même pour injure physique à l'encontre des spectateurs. Songeons plus particulièrement aux spectacles préparées sous l'égide d'Otto Muhl et de Herman Nitsch, tels que « Sang et matières fécales », aux fêtes de « naturalisme psychopathétique » et des « orgues de sang » quelques années avant ou bien, dans le cas de la performance *Der helle Wahnsinn in Aachen* par exemple, pendant laquelle certains des spectateurs avaient vomi.

[20] Songeons au procès de Véronèse; à la « Mort de la Vierge » du Caravage ; à la controverse autour les nus de la Chapelle Sixtine; au « Déjeuner sur l'herbe » ou au « Christ aux Anges », de Edouart Manet. Voir *infra,* Chapitre 5.

[21] Voir par exemple l'affaire *Mosley*: le président de la Fédération Internationale de l'Automobile a obtenu du High Court la somme de £60,000 pour des dommages - intérêts suite à la publication des photos par le journal News of the World le montrant participer à une séance sadomasochiste.

que la controverse autour des *Versets sataniques* de Salman Rushdie et ont eu pour corollaire la « crise mondiale » entraînée par *l'affaire des caricatures* ; une crise suivie par des dizaines de résolutions du Conseil des Droits de l'Homme des Nations Unies sur la diffamation des religions et ayant jusqu'à aujourd'hui de nombreux rebondissements.

- **Historique des deux crises mondiales**

Avant de nous pencher sur le fond de notre sujet, il peut être utile de rappeler brièvement les faits concernant les deux controverses susmentionnés, qui sont aussi les plus connues : celle concernant Salman Rushdie d'un côté ; celle des « caricatures danoises » de l'autre. Nous allons les utiliser comme exemples afin d'avoir une idée claire des réactions qu'une expression artistique « offensive » peut provoquer à l'échelle internationale.

1) Les *Versets sataniques*

La première affaire qui a provoqué l'inquiétude de la Communauté internationale a été celle des *Versets sataniques.* Il s'agit d'un roman écrit par Salman Rushdie, auteur et citoyen britannique, publié en 1989, dans lequel l'auteur donne « *une version de l'Islam et du Prophète dans un style postmoderne satirique* »[22]. Sa version d'une sourate du Coran racontant comment le Prophète Mahomet fut influencé par Iblis (c'est-à-dire Satan) lors de la transmission de l'une de ses révélations en particulier a été une des parties les plus controversées du livre.

L'histoire n'aurait pas fait le tour du globe si ce n'était pour les réactions de du clergé chiite iranien. En effet, quelque peu après la publication du livre, l'Ayatollah Khomeiny édite une *fatwa* « *inconditionnelle et permanente* » à l'encontre de Salman Rushdie, au prix de 300.000 dollars[23] : « *J'informe le fier peuple musulman du monde entier* », proclame le *mollah,* « *que l'auteur du livre 'Les Versets sataniques', qui est contraire à l'Islam, au Prophète et au Coran, ainsi que tous ceux impliqués dans sa publication et qui connaissaient son contenu, sont condamnés à mort. [...] J'appelle*

[22] MALIK Kenan, *From Fatwa to Jihad: The Rushdie affair and its legacy*, Londres, Atlantic, 2009 ; SLAUGHTER M.M., « Salman Rushdie affair: apostasy, honor, and freedom of speech », *Virginia Law Review,* Vol. 79, No. 1, 1993, pp. 153-204.

[23] La *fatwa* est rapportée en anglais dans SLAUGHTER M.M. « Salman Rushdie Affair.. »*, op.cit.,* p.159, note 25.

tout musulman zélé à les exécuter rapidement, où qu'ils soient. [...] Tout homme qui serait tué dans cette voie sera considéré comme un martyr »[24]. La plupart des musulmans condmanent cette *fatwa*, la considérant comme une manifestation shiite ou fondamentaliste[25]. Toutefois, l'Ayatollah Khamenei la réitère après la mort de Khomeiny en juin 1989, suite à quoi le livre est interdit dans plusieurs pays, premièrement en Iran, puis au Pakistan, en Arabie Saoudite, en Égypte, en Somalie, au Bengladesh, au Soudan, en Malaysia, en Indonésie, au Qatar et en Afrique du Sud.

L'intensité des réactions violentes à ce livre est alors démesurée : plusieurs librairies sont attaquées au Royaume-Uni, cinq personnes sont tuées pendant des manifestations au Pakistan[26] et douze pendant des manifestations à Bombay[27]. Le traducteur japonais du livre est assassiné le 11 juillet 1991 à Tokyo[28] et le traducteur italien, grièvement blessé en Italie[29]. Les relations entre l'Iran et la Grande-Bretagne ne sont réinstaurées qu'en 1998[30], après l'affirmation de la part du gouvernement de la République islamique d'Iran qu'il n'a « *aucune intention de prendre quelque mesure que ce soit propre à menacer la vie de M. Salman Rushdie* »[31].

Quel crime aurait donc commis Rushdie ? Si le blasphème est un crime pour la religion (et Rushdie est qualifié d'*apostate*, en l'espèce, par l'Ayatollah Khomeiny), il est douteux qu'il soit aussi un « crime » en droit et que les législations comprennant la pénalisation du blasphème soient conformes aux standards du droit international. De nombreux écrivains américains et européens notamment prennent alors parti en

---

24 CHAUTARD Sophie, *L'Iran face au monde, Géopolitique et enjeux,* Paris, Jeunes Editions, Coll.Perspectives, 2006, p.41.

25 SLAUGHTER M.M. « Salman Rushdie Affair... », *op.cit.,*, p.155

26 *Ibidem,* p.156

27 *Ibidem,* p.156

28 WEISMAN Stevens, « Japanese Translator of Rushdie Book Found Slain », *New York Times*, 13 juillet 1991, disponible sur http://www.nytimes.com/books/99/04/18/specials/rushdie-translator.html, consulté le 25 novembre 2010.

29 Human Rights Watch, Rapport sur la protection de Rushdie auprès de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe(APCE), juin 1992, cité dans APCE (Rapport), « Protection of Salman Rushdie », Rapporteur : M. Franck, Suède, Groupe Socialiste, Doc.7212, 9 janvier 1995, p.4.

30 Voir BIRT Jahya, « The fatwa that wasn't», *The Guardian* , 15 février 2009 disponible sur http://www.guardian.co.uk/commentisfree/belief/2009/feb/13/religion-islam-fatwa-rushdie, consulté le 25 novembre 2010.

31 Voir la résolution 1999/13 de la Commission des droits de l'homme (CDH) intitulée « Situation des droits de l'homme dans la République islamique d'Iran » et le Rapport de l'APCE, « Protection of Salman Rushdie », *supra,* note 29.

faveur de la liberté d'expression. L'écrivain américain Norman Mailer écrit-il : « *L'Ayatollah Khomeini nous a offert l'opportunité de regagner notre religion qui ne serait autre que la foi à la force des mots […] Nous nous proposons peut-être même, au final, de mourir pour l'idée que la littérature sérieuse […] et l'absolu que nous devrions défendre* »[32]. A l'autre extrême, le professeur d'histoire Nomanul Haq écrit au même moment[33] : « *La plupart de vos lecteurs occidentaux sont incapables de mesurer la cruauté du coup que vous avez porté [...] Vous savez combien l'Islam est d'une sensibilité aiguë au respect de son Écriture [...] Quelle serait, selon vous, la réaction des Noirs américains, si vous vous moquiez de Martin Luther King ? Ou la réaction de la Communauté juive si vous faisiez l'apologie d'Hitler ? Ou la fureur d'un hindou pieux si vous lui présentiez l'image de l'abattage d'une vache ?* ». En outre, les musulmans accusent la Grande-Bretagne d'hypocrisie[34], alors que l'Église orthodoxe, le Vatican et l'Église anglicane ont condamné le livre et exprimé leur soutien à l'Islam.

2) L'affaire des *« caricatures danoises ».*

Plus de quinze ans après l'affaire Rushdie, en décembre 2005, émerge une autre « crise mondiale » : l'affaire des « caricatures danoises ». Cette affaire met en cause plus que toute autre la question des sociétés européennes démocratiques et multiculturelles. En effet, suite aux déclarations de crainte de certains illustrateurs face au projet de dessiner le prophète Mahomet dans un livre pour enfants, le journal danois *Jyllands-Posten* demande à quarante caricaturistes connus de dessiner des images du prophète Mahomet. Douze répondent à l'appel et *Jyllands-Posten* publie

---

[32] Cité par SLAUGHTER M.M. « Salman Rushdie Affair… », *op.cit.,* p.157. Voir aussi APPIGNANESI Lisa et MAITLAND Sara, *The Rushdie file,* Coll. Contemporary issues in the Middle East, New York, Syracuse University Press, 1989: « [*T]he Ayatollah Khomeini has offered us an opportunity to regain our frail religion which happens to be faith in the power of words and our willingness to suffer for them. He awakens us to the great rage we feel when our liberty to say what we wish, wise or foolish, kind or cruel, well-advised or ill-advised, is endangered. We discover that, yes, maybe we are willing to suffer for our idea. Maybe we are even willing, ultimately, to die for the idea that serious literature, in a world of dwindling certainties and choked-up ecologies, is the absolute we must defend* ».

[33] HAQ Nomanul, « Salman Rushdie, blame yourself », *New York Times*, 23 février 1989, disponible sur http://www.nytimes.com/books/99/04/18/specials/rushdie-haq.html consulté le 25 novembre 2010.

[34] Du fait par exemple que le film « Mort d'une princesse », qui montrait une princesse de la famille royale de l'Arabie Saoudite exécuté pour adultère, a été banni en Angleterre lorsque l'Arabie Saoudite menaça d'arrêter des relations diplomatiques, cité par SLAUGHTER M.M., « Salman Rushdie Affair.. »,*op.cit.,* p. 154.

leurs caricatures[35]. Elles représentent entre autre le Prophète et sont accompagnées d'un texte dont voici un extrait :

« *Certains musulmans rejettent la société moderne et séculière. Ils exigent un statut particulier, insistant sur la prise à l'égard de leurs propres sentiments religieux. Ceci est incompatible avec la démocratie laïque et la liberté d'expression, dans laquelle chacun doit être préparé à supporter le mépris, la moquerie et le ridicule* »[36].

Un nouveau défi est donc lancé à la liberté d'expression. « *Attendrions-nous qu'un autre Theo van Gogh soit assassiné à Copenhagen ou à Oslo?* », se demande l'écrivain arabe Magdi Allam dans le journal italien *Il Corriere della Sera*[37].

Comme dans l'affaire *Rushdie,* la publication donne lieu à des rebondissements démesurés. Les caricatures sont interdites dans plusieurs États, et dans d'autres, peu d'éditeurs ne tiennent à les publier[38]. De violentes manifestations sont également organisées à l'extérieur des ambassades occidentales, des appels au boycott de produits européens sont lancés, ainsi que des encouragements à pratiquer des représailles contre les médias européens. De jeunes manifestants musulmans sont condamnés pour incitation à la haine raciale[39], alors qu'en Iran un magazine lance un concours de caricatures au sujet de « l'Holocauste »[40]. La Commission des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe remarque en l'espèce : « *L'actualité de ces dernières années, en particulier l'affaire des caricatures de Mahomet en 2005, a*

---

35 Ces caricatures sont disponibles sur des nombreux sites internet y compris celui du Wikipedia, http://en.wikipedia.org/wiki/Jyllands-Posten_Muhammad_cartoons_controversy, consulté le 15 juin 2011 .

36 EUMC(Rapport), « Les musulmans au sein de l'Union européenne; discrimination et islamophobie », rapport de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes(EUMC), Vienne, 2006, pp.49-50, disponible sur le site de Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne (FRA), *www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/ Manifestations _FR.pdf*, consulté le 1 novembre 2010.

37 Cité par TEWFIK Allal (Association du Manifeste des Libertés), « Pour la liberté d'expression », *Charlie Hebdo,* numéro spécial consacré aux caricatures de Mahomet, 8 février 2006.

38 Voir le Rapport 2007 des Rapporteurs sans Frontières(RSF) pour l'Europe, l'Asie et l'Afrique, consultable sur le site des RSF,

39 L'exemple de Mizanur Ahmar est caractéristique, un jeune qui été condamné pour avoir porté une pancarte exhortant à « décapiter ceux qui insultent l'Islam», en réclamant la mort des soldats britanniques se trouvant en Irak (d'autres condamnations ont suivis pour avoir crié des slogans contre l'occident). Voir CALLAMARD Agnès, « Fighting racism through freedom of expression" *in* Séminaire d'experts, « Lutter contre le racisme tout en respectant la liberté d'expression », organisé par la commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), Strasbourg, les 16 – 17 novembre 2006.

40 C'est le cas du quotidien iranien *Hamshahri* en coopération avec un centre d'exposition la *Maison de la Caricature* en Téhéran qui, le 13 février, a lancé un concours de dessins sur l'Holocauste invitant des dessinateurs étrangers à y participer ; voir DECAMPS Marie-Claude, « Une exposition de caricatures sur l'Holocauste s'est ouverte à Téhéran », *Le Monde*, 17 août 2006.

ravivé le débat sur la question du blasphème, des insultes à caractère religieux et des incitations à la haine contre des personnes au motif de leur religion »[41]. Comme l'observe alors l'ancien Rapporteur spécial des Nations Unies, M. Ambeyi Ligabo, suite à sa visite au Danemark peu après la controverse, cette affaire a eu pour *conséquence* l'augmentation de la xénophobie[42].

Comment alors la liberté d'expression et la liberté religieuse devraient-elles être contrebalancées ? Sommes-nous face à un conflit entre deux droits fondamentaux ? Ou face à un « conflit de valeurs » entre l'art et la religion ?

Il convient ici de remarquer que les *conflits de droits* se distinguent, en principe, des *restrictions* aux droits, c'est-à-dire du fait que l'exercice de certains droits, comme ceux ici étudiés, pourrait être légitimement limité pour des motifs légitimes ou en raison des intérêts de la communauté (ex. : la morale publique, l'ordre public ou la sécurité publique). Or, la question se pose précisément dans le cas où la restriction est un *droit d'autrui* plus qu'un intérêt légitime, et que ce *droit d'autrui* est d'une force *égale* au premier droit. Dès lors, d'autres problèmes apparaissent, liés à la résolution de ce conflit de droits en principe égaux. Ces problèmes sont liés notamment au fait que le système des droits de l'Homme ne prévoit pas d'indications adéquates pour la résolution des antinomies.

La situation est effectivement délicate et il semble qu'un juste milieu soit extrêmement difficile à trouver. Comment réconcilier les droits, ou bien les valeurs, tout en tenant compte de la nécessité de vivre ensemble dans un monde désormais multiculturel et globalisé ? M. Tibi pose ainsi sa problématique : « *Vu d'une autre perspective : notre ère peut être vue comme étant caractérisée d'un conflit de civilisations. Or, ce conflit se rapporte aux valeurs et aux « vues » du monde[...]. En effet ce conflit implique un trait quasi-global envers la dés-ouesternisation dans*

---

[41] APCE, « Blasphèmes, insultes à caractère religieux et incitation à la haine contre des personnes au motif de leur religion », Rapporteur : M. Jaume BARTUMEU CASSANY, Andorre, Groupe Socialiste, Doc. 11319, 25 juin 2007.

[42] Par exemple, lors de l'émission en août 2005 par la radio danoise Radio Holger d'une programme dans lequel le présentateur s'est livré à du langage de haine en appelant les musulmans de « rentrer chez eux » ou d'être éliminés du sol européen, voir le rapport de M. Ligado, A/HRC/7/14. Comme le relève M. Ligado, évidemment, peu après l'émission, la Radio Nationale Danoise et la Commission ont retiré la License de *Radio Holger* pour trois mois.

laquelle les personnes en provenance d'autres civilisations développent une conscience civilisationnelle très claire »[43].

- **Postulat de la thèse**

De l'iconoclasme de l'Empire byzantin au procès de Véronèse devant la Sainte Inquisition et de la parution de « Mein kampf » à l'Affaire des caricatures, l'histoire a témoigné d'innombrables tensions violentes impliquant des peintures, des livres, des films, des pièces du théâtre, des chansons ou des caricatures. Or, l'idée de l'apparition de l'outrage aux sensibilités religieuse, voire de « conflits culturels » au nom de l'art, qui arrivent jusqu'à provoquer des scandales au niveau mondial, cette idée-là est entièrement nouvelle ; l'art, tout provocateur qu'il soit, n'avait encore jamais produit de controverses équivalentes.

Sans forcément vouloir adhérer ici aux idées des auteurs qui ont suggéré que les relations internationales seraient désormais conditionnées par des « *conflits culturels»*[44], il convient de noter que dans le cas de ces controverses impliquant l'art et la religion, un certain nombre de juristes, inspirés peut-être aussi d'une jurisprudence antérieure de la Cour européenne[45], se sont précipités pour repérer des « conflits ». Certains ont alors pu constater l'existence d'un conflit entre deux droits fondamentaux (à savoir, la liberté d'expression artistique et la liberté religieuse)[46],

---

[43] TIBI Bassam, *Islam, between culture and politics,* Londres, Palgrave Macmillan, 2005(2è éd), p.131 : *« Seen from a different angle ; our age can be viewed as characterised by a clash of civilizations.. Clearly the conflict involved pertains to values and worldviews, not to military issues. This conflict implies an almost global trend towards dewesternisation in which peoples of non western civilisations are developing a very distinctive civilisational consciousness. Globalists overlook the fact that drive toward globalisation cannot undo this trend».*

[44] Définissons pour l'instant les « conflits culturels » comme une notion qui est apparue à la fin du 20ème siècle et qui, nourrie des idées de Samuel Huntington à propos du fameux « clash des civilisations » évoque une confrontation violente des cultures, des groupes de personnes de religion, de traditions, d'humour - et plus généralement- de mode de vie et de conceptions différents. Sur ces idées, voir *infra,* Chapitre 8 et succinctement BENJAMIN Roger, *Guerre de religions ou conflit de civilisations ?*. Paris, L'Harmattan, 2006 ; JOUVENEL Hugues et DELCROIX Geoffrey, *Le choc des identités?: cultures, civilisations et conflits de demain,* Paris, Futuribles, 2008, .

[45] Voir notamment les arrêts *Otto-Preminger-Institut,* 20 septembre 1994, série A no 295-A et *Wingrove c. Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V, discutés notamment dans les Chapitres 2 et 7 de notre thèse.

[46] VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation; autour l'arrêt Chassagnou c. France du 29 avril 1999», *Journal des tribunaux du droit européen*, 1999, p.163 ; SCHUTTER Olivier et TULKENS Françoise,« Rights in Conflict: The European Court Of Human Rights As A Pragmatic Institution » *in* BREMS Eva(ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/ Oxford, Intersentia 2008, pp.194-195; DUCOULOMBIER Peggy, *Les conflits des droits fondamentaux devant la Cour Européenne des Droits de l'Homme,* thèse en Droit Public, dirigée par Madame Florence Benoît-Rohmer, soutenue à l'Université Strasbourg III- Robert Schuman, le 13 novembre 2008, p.196 et s.

alors que d'autres sont allés jusqu'à suggérer que les deux *valeurs* sous-jacentes à ces deux droits étaient conflictuelles(l'art et la religion) [47]. Le postulat principal de notre thèse est que ces idées sont fausses.

Les remarques qui ont déclenché notre réflexion sont les suivantes :

- En ce qui concerne l'idée du conflit entre les droits en question, il n'y a aucun doute pour nous qu'il puisse exister des conflits de droits, qui apparaissent du fait des intérêts antinomiques des titulaires des droits en question. Or, nous n'adhérons pas à l'idée que ces deux droits *spécifiques* puissent rentrer en conflit au sens de l'offense des sensibilités, puisque le prérequis d'un conflit est précisément le chevauchement des droits ; sans reconnaître alors un droit « à la non offense », du fait des sensibilités religieuses, aucun conflit *in casu* ne peut apparaître[48]. En outre, nous pensons que les conflits de droits devraient être interprétées de façon extrêmement prudente et que toute existence d'*intérêts antinomiques* dans une certaine situation ne se traduit pas forcément par un conflit de droits[49]. Nous sommes d'ailleurs plus encline non seulement à déplacer le discours du « conflit » vers la question de la légitimité des restrictions de droits, afin d'obtenir un ensemble cohérent au niveau des libertés fondamentales[50], mais également à mettre l'accent sur les responsabilités qui découlent des droits. Nous allons donc fournir un exemple d'analyse qualitative de ce

---

[47] SALOOM Rachel, « You dropped a bomb on me, Danemark!; a legal examination of the cartoon controversy and response as it relates to the prophet Muhammad and Islamic Law *», Rutgers Journal of Law and Religion*, n° 21, 1994 ; TSAKYRAKIS Stavros, *Religion c. Art*, [*Θρησκεία κατά Τέχνης*], Polis, Athènes, 2005.

[48] Ainsi le suggèrent également les auteurs qui avancent que la liberté religieuse ne devrait pas comprendre un droit à la « non-offense » des croyances religieuses : LETSAS George, « Is there a right not to be offended in one's religious beliefs? » *in* ZUCCA Lorenzo(ed), *Law, State and Religion in the new Europe : Debates and Dilemmas,* Cambridge University Press, 2011(à paraître) ; EVANS Malcolm, « The freedom of religion or belief and the freedom of expression », *Religion and human rights,* Vol.4, 2009, pp.197-235, qui suggéra qu'une meilleure appréhension des droits nous amène plutôt à les considérer *complémentaires* et non pas conflictuels ; TEMPERMAN Jeroen, « Blasphemy, Defamation of Religion and Human Rights law », *NHRQ*, 2008, pp. 517-545 ;WASCHMANN Patrick, *La religion contre la liberté d'expression: sur un arrêt regrettable de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *RUDH*, Vol.6, n°12, 1994, pp.441-449.

[49] ZUCCA Lorezo, « Conflicts of fundemental rights as constitutionnal dilemmas » *in* BREMS Eva *Conflicts of fundemental rights…, op.cit,* pp.19-37 ; dans le même sens, d'après une enquête sur les opinions de juges canadiens, JÉZÉQUEL Myriam, « Conflit de droits : dilemme pour les juges ou simple mécanique juridique ? », *Journal du Barreau de Montréal*, Vol.37, octobre 2007, pp. 1-3.

[50] D'après Rawls : « *Since the various basic liberties are bound to conflit with one another, the institutional rules which define these liberties must be adjusted so that they fot into a coherent scheme of liberties. The priority of liberty in practice implies in practice that a basic liberty is limitated solely for the sake of one or more other liberties and never for reasons of public good or perfectionist values [...] Since the basic liberties may be limited when they clash with one another, none of these liberties are absolute[...] In undersatndingthe priority of these basic liberties we must undersatnd the differnce between their restriction and their regulation. The priority of these liberries is not infringed when they are merely regulated[...]»; in* RAWLS John, *Political liberalism*, Columbia University Press, 2005(2è), p.295.

(supposé) conflit de droits fondé sur les valeurs, sans forcément recourir à l'idée d'une *balance* entre les droits[51].

- En ce qui concerne l'idée du conflit entre les valeurs, celle ci est également trompeuse. En effet, nous pensons que les valeurs de l'art et de la religion ne sauraient, par leur différence de nature même, rentrer en conflit. Tout au contraire, la spiritualité a toujours été inhérente à l'art, alors que l'histoire nous démontre que toutes les civilisations ont témoigné de grandes œuvres d'art, et ce, indépendamment des préceptes religieux qui auraient spécifiquement impulsé ou prohibé certaines formes de représentation artistique[52]. On peut, en revanche, constater un changement *qualitatif* des revendications fondées sur la protection des sensibilités dans les sociétés contemporaines, accompagné par la grande médiatisation des controverses relatives à la religion, impliquant à la fois des écrits de littérature, des œuvres d'art ou d'autres formes d'expression artistique. Nous ne saurions nier, en effet, que c'est la première fois dans l'histoire que ces controverses acquièrent des dimensions internationales, au point de parler de « crises mondiales »[53]. Une meilleure appréhension et une meilleure circonscription du contenu des *valeurs* dont les droits sont porteurs nous semble alors indispensable, afin de ne pas parler abusivement de « conflits », mais bien plutôt de réconciliation et de pluralisme.

- Il nous a semblé, par ailleurs, que l'avènement de la diffamation des religions sur le plan onusien et la multiplication des incidents liés à des actes de blasphème en Europe, sont liés dans une certaine mesure : aux répercussions des attaques terroristes du 11 septembre 2001 et à la guerre contre le terrorisme qui en a découlé ; à la croissance d'une certaine islamophobie en Europe et dans le monde occidental ; aux politiques de discrimination constantes à l'encontre des immigrés et des requérants d'asile en Europe ; à la répression des minorités religieuses, notamment au Moyen-Orient. Dans ce contexte, la discussion semble loin de concerner uniquement la liberté d'expression artistique, ou*, a fortiori,* le blasphème seul.

---

[51] D'ailleurs, l'analyse qualitative des *valeurs* et la balance sont deux idées en principe irréconciliables.

[52] Voir *infra,* le Chapitre 5 de notre thèse.

[53] FAVRET- SAADA Jeanne, *Comment produire une crise mondiale avec douze petits dessins*, Paris, Les Prairies ordinaires, 2007.

- **État des lieux et originalité du sujet**

Il convient ici de survoler succinctement la notion des conflit de droits, tout d'abord, puis de clarifier notre approche.

1) A propos du phénomène des conflits de droits

Il est généralement admis que les conflits dits « horizontaux » impliquent deux individus, ou des groupements d'individus, aux intérêts supposément antinomiques[54]. Nous pouvons alors constater que *stricto sensu,* un conflit de droits correspond à une situation où « *l'application de deux ou plusieurs droits fondamentaux est également possible mais produirait des résultats respectifs substantiellement opposés* »[55]. Une définition *largo sensu* en revanche (définition que nous favoriserons dans cette thèse) implique deux intérêts irréconciliables, au sens « *d'une relation antagonique que réalise ou révèle une opposition de prétentions ou aspirations souvent complexes, plus ou moins clairement formulées, entre deux ou plusieurs groupes ou individus [...]* »[56], toujours en tenant compte du fait que la réalisation d'un des deux droits exclut – entièrement ou partiellement – celle de l'autre[57].

Le discours sur les « conflits de droits » n'est pas particulièrement nouveau ; bien au contraire, il est aussi ancien que l'apparition du discours sur les droits lui-même[58].

---

[54] Voir un très bon aperçu, à la suite d'un Colloque qui a eu lieu à Ghent en décembre 2006, BREMS Eva(ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/ Oxford, Intersentia 2008, pp.169-216.

[55] SAINT JAMES Virginie, *La conciliation des Droits de l'Homme en droit public français*, Publication de la faculté de Droit de l'Université de Limoges, PUF, 1995.

[56] DUCOULOMBIER Peggy, *Les conflits des droits fondamentaux devant la Cour Européenne…, op.cit.*, note 46, p.7, citant la définition du professeur Jeammaud. D'après cette dernière, « *il est possible de parler de conflits de droits fondamentaux dès lors que leur exercice poursuit des finalités contradictoires, antagonistes, voir, irréconciliables* ».

[57] Cette catégorie comprend la plupart des conflits entre droits fondamentaux, y compris notre cas d'étude du conflit entre liberté religieuse et liberté artistique. D'autres exemples: lorsque la liberté de la presse est en conflit avec le droit à la vie privée (Cour eur.dr.Homme: *Von Hannover c. Allemagne*, no 59320/00, CEDH 2004-VI ; *Brasilier c. France*, no 71343/01, 11 avril 2006 ; *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*[GC], n 21980/93, § 65, CEDH 1999-III) ; lorsque le droit des parents à avoir des convictions religieuses rentre en conflit avec tel ou tel droit de l'enfant (sachant que les témoins de Jéhovah par exemple refusent l'administration de transfusions sanguines, Cour eur.dr.Homme: *Ingrid Hoffmann c. Autriche*, n°12875/87, 23 juin 1993, §83, série A n 255, même si en ce cas, la mère « *était déclarée prête à laisser les enfants passer les jours de fête avec leur père, demeuré catholique, et à autoriser l'administration de transfusions sanguines à leur profit, dans la mesure exigée par la loi* » ; lorsque la liberté d'expression ou la liberté religieuse se trouve en conflit avec les droits des consommateurs « Comm. eur.dr.Homme: *X. et Église de Scientologie c.Suéde*(déc.); lorsque la liberté d'expression entre en conflit avec le droit de ne pas subir de discrimination ; lorsque le droit à la santé entre en conflit avec le droit à la liberté commerciale (par exemple l'affaire esthonienne récente à propos des publicités diffusées dans des revues médicales, CJUE: *Novo Nordisk AS contre Ravimiamet*, Affaire C−249/09).

[58] FINKIELSTEIN OAKES Claire, « Two men and a plank », Legal Theory, Cambridge University Press, n°7, 2001, pp.279-306, citant le paradigme classique de Cicero, de deux Hommes sur une

Cette question met celui qui est tenu de la résoudre face à un dilemme singulier. Dans une affaire du XIXe par exemple, les juges siégeant à la *Queen Bench Division (QBC)* anglaise en 1884 ont dû statuer sur l'innocence de trois navigants d'une navette anglaise qui, affamés pendant des jours lorsque leur navette a été éloignée du Cap de Bonne-Espérance, ont mangé leur garçon de cabine de dix-sept afin de ne pas mourir de faim[59] . Comment mesurer les droits à la vie des personnes humaines ? Chacun des droits considéré séparément n'est-il pas d'une valeur incommesurable ?

Les conflits de droits impliquant des « dilemmes éthiques », auxquels sont quotidiennement confrontés les instances juridiques, ne sont pas plus faciles. Nous pouvons songer par exemple à l'« affaire des terroristes » que la Cour européenne a tranchée en 1995 : en l'espèce, les officiers anglais des forces aériennes avaient capturé trois individus membres de l'IRA en train de préparer des attentats terroristes à Gibraltar. D'un côté, il était question du droit à l'intégrité physique et à la dignité des terroristes et, de l'autre, du droit à la vie des dizaines des citoyens de Gibraltar qui seraient morts en cas d'accomplissement des attaques[60]. Un autre exemple est l'affaire *Gäfgen* : en l'espèce, un étudiant en droit à Francfort aurait tué le jeune frère d'une de ses connaissances pour amener cette dernière à croire qu'il s'agissait d'un enlèvement, afin d'obtenir une rançon. Le requérant a affirmé avoir subi des traitement douloureux et humiliants de la part de la police au cours de son arrestation, de son interrogatoire et de sa détention, alors que la police, de son côté, a affirmé avoir infligé ces traitements afin d'amener le requérant à révéler où se trouvait l'enfant que l'on croyait véritablement enlevé et donc en vie. L'un des arguments étatiques qui était mis en avance pour justifier la violation de l'article 3 de la Convention européenne a donc été que les tortures infligées au requérant visaient exclusivement à sauver la vie de l'enfant[61].

---

planche, dont un seul peut être sauvé.

59 *R. v Dudley, 14* QBD *273,* 9 décembre 1884.

60 Cour eur.dr.Homme: *McCann et autres c. Royaume-Uni,* 27 septembre 1995, série A no 324.

61 Cour eur.dr.Homme: *Gäfgen c. Allemagne*, n° 22978/05, 1 juin 2010 (voir à propos *infra,* Chapitre 7, note 2185). D'autres exemples impliquant des droits absolus peuvent être cités, par exemple le cas de l'avortement (où le droit à la vie d'un enfant « à naître » est en conflit avec le droit à la vie de la mère, avec son intégrité physique et avec son droit de disposer elle-même de son corps), ou bien, à l'inverse, le cas du désaccord entre deux partenaires à propos de vouloir fonder une famille ou non ; voir à titre indicatif, Cour eur.dr.Homme: *D c. Irlande* (décision d'irrecevabilité), no 26499 /02, §90, 27 juin 2006, CEDH 2006 ; *Tysiąc c. Pologne*, no 5410/03, 24 septembre 2007,

2) A propos des approches des conflits de droits

Pendant longtemps, l'existence des conflits de droits n'était affirmée qu'à titre exceptionnel[62], ou dans le cadre de l'élaboration d'une théorie générale de droits de la part des juristes européens[63]. Les juristes modernes et contemporains en effet auraient généralement assumé que les droits ne rentraient pas en conflit entre eux[64]. Cela est peut être dû, entre autres choses, à la popularité de l'approche « interprétationniste » des droits, d'après laquelle les conflits de droits n'existent pas puisqu'il est possible d'adapter le droit à une question spécifique[65]. L'acceptation ou la négation des conflits de droits dépend d'ailleurs entièrement de la théorie du droit à laquelle nous adhérons : par exemple, les conflits de droits semblent incompatibles avec une théorie basée sur les intérêts (*interest-based*) ou les devoirs *(duty-based)* puisque, dans ces théories, un individu n'a généralement un droit, un choix ou un intérêt, que si une autre personne a un devoir qui correspond à ce droit[66].

---

§108, concernant la légitimoté de se soumettre à un avortement thérapeutique ; *Boso c. Italie*(déc), no 50490/99, 5 septembre 2002, concernant l'impossibilité pour le père de l'enfant à naître d'intervenir dans la décision de son épouse d'avorter ; ou le contraire CEDH (GC) : *Evans c. Royaume-Uni* [GC], no 6339/05, CEDH 2007-IV.

62 KAMM Frances, « Conflicts of rights ; typologie, methodologie and nonconsequentialism », *Legal theory*, Vol.7, 2001, pp.239-255.

63 En effet, plusieurs juristes du début du 20ème siècle ont implicitement contribué à la meilleure compréhension de l'idée des conflits, à partir de leur théorie générale des droits. D'un côté l'américain Hohfeld, qui élabora une théorie des droits, suggérant que les droits sont divisés à certaines catégories (à savoir, des privilèges, des revendications des pouvoirs et des immunités : « *…the term 'rights' tends to beused indiscriminately to cover* what *in a given case may be a privilege, a power, or an immunity, rather than a right in the strictest sense*..). D'autre côté l'autrichien Jellineck, pour lequel toute obligation du respect d'un droit fondamental est bipolaire, car elle comprend un aspect négatif (de ne pas interférer à la libre exercice de ce droit), et un aspect positif (de permettre son accomplissement par des démarches positives) ; voir HOHFELD Wesley, « Fundamental Legal Conceptions *as* applied in judicial reasoning »*, Yale Law Journal,* Vol.23, pp.16- 55.1913 ; JELLINECK Georg, *L'État moderne et son droit* (1911), Paris, Panthéon-Assas-LGDJ, 2005 ; aussi, KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Paris – Bruxelles, LGDJ - Bruylant, 1999.

64 FINKIELSTEIN OAKES Claire, « Introduction to the symposium on conflicts of rights », *Legal Theory*, Cambridge University Press, n°7, 2001, pp.235-238, à l'occasion d'un symposium sur le thème des conflits de droits qui a eu lieu à Cambridge en octobre 1999, citant les exceptions : JARVIS THOMSON Judith, *The realm of rights*, Harvard University Press, 1990; WALDRON Jeremy, « Rights in Conflict » in *Liberal rights:* 1981–1991, Cambridge University Press 1993.

65 Ainsi par exemple, Henry Steiner dans son *Essai sur les droits* considère que les droits sont toujours « compossible », et que les conflits donc entre droits fondamentaux n'existent pas et le tout fait partie d'un ensemble harmonieux, voir STEINER Henry, *Essaie on rights,* Oxford, Blackwell, 1994, cité par WENAR Leif, « Rights » *in* ZALTA Edward (éd.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* édition d'automne 2010, disponible sur http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/rights/, consulté le 10 janvier 2011.

66 Par exemple, la théorie de Hart, d'après laquelle chaque droit correspond à un devoir ou la théorie de Raz, d'après laquelle le droit précède forcement le devoir, ne nous semblent pas compatibles avec l'idée de conflits de droits ; voir RAZ Joseph, *The morality of freedom,*Oxford, Clarendon Press,1986; HART L. A., *Essays on Bentham,* Oxford, Clarendon Press, 1982.

Ainsi, ce n'est que très rarement que l'on rencontre des références *explicites* aux conflits de droits: à propos d'une différence commerciale, par exemple, le juge Bowen, siégeant à la *QBC* en 1889, a pu remarquer une *antinomie* entre les intérêts en question et constater l'existence d'un conflit : « *we are presented in this case with an apparent conflict or antinomy between two rights that are equally regarded by the law – the right of the plaintiffs to be protected in the legitimate exercise of their trade, and the right of the defendants to carry on their business as seems best to them, provided they commit no wrong to others »*[67].

Ce n'est qu'au début des années 1990, à la suite de la démarche de Dworkin de « prendre les droits aux sérieux », que de nouvelles perspectives sur la manière d'envisager les conflits sont apportées. En effet, en affirmant que les droits sont des « atouts » (*trumps*), Dworkin ouvre la boîte de Pandore. Se développe alors un discours frénétique qui érige les droits en notion toute-puissante : affirmer que « *avoir un droit signifie d'insiste d'être traitée dans une certaine façon, même si la majorité pense qu'il serait plus opportun si tu n'étais pas traitée de cette façon là »* [68], signifie alors que toutes les questions liées aux droits peuvent être réglées sous l'angle du conflit de droits, y compris donc la citoyenneté, la démocratie, l'égalité, les abus de droit, et, au final, l'éthique.

Par ailleurs, au cours des dernières années, ces conflits de droits sont devenus extrêmement fréquents : l'idée du conflit de droits est dès lors constamment évoquée, et de plus en plus d'auteurs manifestant leur intérêt soit pour l'étude d'un conflit particulier entre deux droits (tout comme notre cas d'étude) soit pour le développement d'un cadre général de résolution des conflits de droits. En effet, les conflits de droits sont inextricablement liés à la « juridicisation » des problèmes de la vie quotidienne et à la multiplication des procès juridiques dans un contexte de montée de l'individualisme caractéristique des sociétés occidentales. C'est alors le

---

[67] *Mogul Steamship Company c McGregor,* 23 QBC 598, 1889.

[68] DWORKIN Ronald, « Rights as Trumps » *in* WALDRON Jeremy (éd), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984: '*To have a right, is to insist to be treated in a certain way even if the majority thinks it would be better off if you were not treated in that way'*; voir aussi DWORKIN Ronald, *Law's Empire*, Londres, Fontana Press, London, 1986. Les dernières positions de Dworkin sont par contre beaucoup plus nuancées, car elles tiennent en compte de certaines « idéaux » de justice égale et de dignité notamment, voir DWORKIN Ronald, « Justice For Hedgehogs », *BULR*, n°90, 2010, pp.469-477.

développement systématique de la théorie de l'« effet tiers » des droits de l'Homme (*third party effect* ou *horizontal effect* ou *Drittwirkung*) à partir des années 1990, qui a eu pour résultat la multiplication des conflits[69].

Or, le résultat final que nous obtiendrons suivant ces méthodes dépend entièrement de la théorie du droit à laquelle nous adhérons, sachant que, au sein même des théories qui admettent l'existence des conflits de droits, des solutions – ou résolutions – différentes sont envisageables. Il convient également de remarquer qu'il existe une multitude de règles méthodologiques particulières, voire de « doctrines » ou de « théories » de résolution des conflits de droit, y compris des approches intuitivistes ou arbitraires, auxquelles ont recours les diverses juridictions lorsqu'elles sont confrontées à des conflits de droits ou d'intérêts. De tels critères, qui permettent la résolution d'un conflit *in casu*, peuvent être considérés comme de tendance formaliste (comme par exemple la hiérarchie des droits)[70] , absolutiste (mais qui permettent des exceptions, comme par exemple la méthode de la Cour suprême américaine vis-à-vis du Premier Amendment[71]), ou se rapportant à la « balance » des intérêts[72], à la « conciliation des droits » ou à d'autres méthodes fondées sur le principe de proportionnalité (qui est la méthode la plus commune, utilisée par la plupart des juridictions, y compris la Cour européenne)[73]. Cette dernière a d'ailleurs élaboré d'autre règles de résolution de conflit qui lui sont spécifiques, notamment le test « tripartite » (but légitime, marge d'appréciation, nécessité dans une société démocratique [d'une ingérence étatique à un droit ou une liberté fondamentale]) et la théorie de la « *marge d'appréciation des États* ».

---

69 ALEXY Robert, *A theory of constitutionnal rights*, *op.cit.*, pp. 351-365.

70 DUCOULOMBIER Peggy, *Les conflits des droits fondamentaux devant la Cour Européenne…, op.cit*. note 46.

71 Voir infra, Chapitre 5.

72 Voir *supra,* note 49. Voir aussi, à titre indicatif, des études en droit constitutionnel allemand, avant que toutes autres, ALEXY Robert, *A theory of constitutionnal rights,* Oxford University Press, 2002 (la Cour Constitutionnelle allemande d'ailleurs, fut la première à instaurer des méthodes de résolution de conflits, affirmant que « l'entreprise de la balance est inévitable si tous sont des bénéficiaires des droits égaux »). Aussi, en droit français, SAINT JAMES Virginie, *La conciliation des Droits de l'Homme en droit public français*, *op.cit.*, note 51; en droit grec, également, STRATILATIS Costas, « La balance concrète des valeurs constitutionnelles lors de l'interprétation judiciaire de la Constitution » [« Η συγκεκριμένη στάθμιση των συνταγματικών αξιών κατά τη δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος »],*To Syntagma*, n°3, 2001, disponible sur http://tosyntagma.ant-sakkoulas.gr/theoria/item.php?id=324, consulté le 1 novembre 2010.

73 Voir, par exemple, DROOGHENBROECK Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme, op.cit.*.

Il existe d'ailleurs d'autres méthodes et critères, moins précis, comme par exemple l'interdiction de l'« abus de droit » (telle qu'elle est proclamée dans la quasi-totalité des instruments des droits de l'Homme)[74], l'interdiction de la restriction du « noyau dur » des droits[75] ou le principe de l'exercice *responsable* des droits (comme le suppose par exemple le système de protection de la Convention européenne des Droits de l'Homme pour la liberté d'expression, cette dernière étant la seule liberté parmi les autres de la Convention à être accompagnée de « devoirs et responsabilités »)[76]. Enfin, il existe des critères « larges », y compris *politiques* – comme le critère de la « nécessité dans une société démocratique »[77] et des approches axiologiques, fondées sur la justice sociale, l'égalité, la dignité ou d'autres *valeurs,* y compris la morale[78].

Tenant compte de ces observations, imaginer les droits comme des « atouts » conflictuels, et concevoir les théories des droits comme des recettes magiques, nous paraît troublant. En effet, étant données les transformations radicales des sociétés

---

[74] Cette règle, inspirée de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) de 1789, dont l'article 4 précise que « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits » et que « ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi », existe également dans des nombreux instruments, par exemple, l'article 17 de la Convention, qui prévoit similairement que « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, 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 ladite Convention » ou l' article 5 du Pacte prévoit que « Aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un État, 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 et des libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues audit Pacte ».

[75] Voir par exemple, MEYER-BISCH Patrice(éd), *Le noyeau intangible des droits de l'Homme*, Editions Universitaires du Fribourg, Fribourg, 1991. Voir aussi l'opinion dissidente dans l'arrêt Odièvre c. France: « Nous sommes fermement convaincus que le *droit à l'identité*, comme condition essentielle du droit à l'autonomie (*Pretty c. Royaume-Uni*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III) et à l'épanouissement (*Bensaid c. Royaume-Uni*, n° 44599/98, § 47, CEDH 2001-I), fait partie du noyau dur du droit au respect de la vie privée. Dès lors, un examen d'autant plus soutenu s'impose pour peser les intérêts en présence ».

[76] Article 10 §2 de la Convention européenne: « L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions [...]».

[77] KOSNENNIAMI Martii, « Les droits de l'Homme, la politique et l'amour », in *La politique du droit international,* Paris, Pedone, 2007, p.211 : « il est difficile d'imaginer un critère pus politique; de même, KASTANAS Elias, *Unité et diversité: notion autonomes et marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'Homme,* Bruxelles, Bruylant, 1996.

[78] Voir par exemple RUSTON Roger, *Human rights and the image of God,* Londres, SCM Press, 2004 ; cet auteur en effet cherche le critère de résolution de conflit de droits dans les préceptes catholiques, puisque, d'après lui: « *Conflicts [..] cannot be resolved from within the discourse of human rights, and we need other criteria in order to sort out sompeting claim[...]. It seems that individual human rights cannot themselves constitute the contents of morality, since they are invoked by people of widely different moralities* ».

contemporaines, nous ne pouvons ignorer le fait que le forum de discussion sur les droits n'est pas forcement adapté à résoudre toutes les antinomies émergeant lors de la « confrontation » de valeurs culturelles ou de droits marquées par des aspects culturels. Il n'est pas rare, d'ailleurs, que certains auteurs affirment que parfois les conflits de droits n'ont aucune solution « juste », puisqu'un « *résidu éthique* », d'après l'expression de Madame Finkielstein, semble inévitable[79]. A nos yeux donc, les antinomies ne sauraient être examinées *uniquement* dans une optique juridique de « pondération » ou de « balance » : elles devraient également être considérées dans une optique globale, qui tient compte des dimensions sociales et culturelles du contexte dans lequel elles se produisent. Dans ce sens également, Madame Annelise Riles, suggère que la raison de la persistance des conflits de droits, serait précisément le fait qu'ils ont été toujours traités dans leur dimension juridique selon une énorme variété de choix de solutions, ou bien, sous un prisme politique, sans tenir suffisament compte des observations anthropologiques. Elle écrit à cet égard: « *The probleme at the heart of conflicts, is not just what is the source of the authority for our laws and our judicial decisions, but whose rules and values should preavail anyway [...] This is true for seemingly exotic disputes, such as those concerning the enforcement of agreements stemming from Islamic banking practices. But is equally true for mundane disputes arising out of garden variety differences in California [...] The problem of cultural conflicts is legally submerged into such standard elements of choice-of-law or the needs of the international system. But judges receive little guidance in order to decide what is 'fair' in a case of a cultural conflict [...] where expectations are a product of one's cultural environment, or what might further the needs of the international system in a clash of cultural values* »[80].

Cette optique semble s'inscrire par ailleurs dans un mode de réflexion « alternative » sur les « conflits de droits », qui gagne de plus en plus de terrain au cours des dernières années, marquant une ouverture de la réflexion sur les conflits de droits vers d'autres sciences humaines et sociales, et en particulier la science politique, la

---

[79] FINKIELSTEIN OAKES Claire, « Two men and a plank », *op.cit.,* pp.279-306 ; voir aussi ZUCCA Lorenzo, « Conflicts of fundemental rights as constitutionnal dilemmas » in BREMS Eva(éd.), Conflicts Between Fundamental Rights, Antwerp/ Oxford, Intersentia 2008, pp.19-37.

[80] RILES Annelise, « Cultural conflicts » *in* FREEMAN Michael et NAPIER David, *Law and Anthropology, Current Legal Issues, Vol.12,* Oxford University Press, 2009, p.93, à propos de l'étude d'un conflit entre les normes américaines et les normes amérindiennes.

sociologie et la philosophie[81]. En effet, de nombreux auteurs suggèrent depuis quelques temps une compréhension des droits de l'Homme radicalement différente que celle connue jusqu'à présent, en proposant de nouvelles pistes. D'un part, il s'agit de discussions à propos des conflits de droits, que l'on pourrait qualifier de « *finalistes* », puisqu'elles cherchent une *finalité* aux règles de résolution des conflits de droit[82]: pour Waldron, par exemple, qui défend une vision libérale des droits, la fin de la coexistence des droits doit être d'assurer l'ordre public de façon juste pour tous[83]. D'autre part, il s'agit de visions qui proposent une compréhension plus « fonctionnelle », voire pragmatique, des droits de l'Homme, en fonction de la culture, de la politique ou de la société[84] : à cet égard, certains auteurs ont suggéré que la « confrontation » des deux droits que sont la liberté d'expression de la liberté religieuse, fait appel à des questions liées à la *valeur* accordée à la religion au sein d'une société donnée[85] et d'autres qu'il s'agit d'un conflit, finalement, plutôt entre la liberté d'expression et l'intolérance religieuse[86]. Certains auteurs, tels le diplomate finnois Marti Koskenniami, ont suggéré une sorte de lecture « politique » des conflits de droits fondamentaux[87], alors que d'autres ont demandé une prise en compte de la

---

[81] Voir par exemple, WOODS Andrew, « A behavioural approch to human rights », *HILJ,* Vol.51, n°1, 2010, pp.51-112. Aussi, pour une critique de l'approche « positiviste » des conflits des droits, voir la critique de Zucca à Norberto Bobbio : ZUCCA Lorenzo, The Limits of the *Age of Rights, Analisi e diritto* (Revue de l'Université de Genova), 2005, pp.231-237.

[82] Nous pouvons généralement remarquer que les approches à la résolution de conflits de droits, varient, quant à la mesure où ils privilégient certains critères plus que d'autres, par exemple, des critères moraux (*approche moraliste*), la volonté (*approche voluntariste*), l'effet(*approche finaliste*), le bienfait(*approche utilitariste),* etc.

[83] WALDRON Jeremy, « Toleration and Reasonableness », *in* McKINNON Catriona et CASTIGLIONE Dario, *The culture of toleration in diverse societies: reasonable tolerance,* cité par DANCHIN Peter, « Who is the "Human" in Human rights? The claims of culture and religion », *Maryland Journal of International Law,* Vol.24, 2009, pp.99 -124; see also *infra,* note 85. Comme le remarque Danchin, ce concept est d'inspiration kantienne, puisqu'il est fondé sur l'idée de « *agir sur le plan extérieur de telle sorte que la libre utilisation de son libre arbitre soit compatible avec la liberté de chacun selon une loi universelle* ».

[84] Voir notamment, KENNEDY David, « The international human rights movement : Part of the problem ? », *Harvard Human Rights Journal,* Vol.15, pp.101-116, 2002. *University Wellington Law Review,* n°40, pp.127-141.

[85] DANCHIN Peter, « Of prophets and Proselytes : Freedom of Religion and the conflict of rights in international law », *HILJ,* Vol.49, n°2, 2008, p.249-321. Cette reflexion a été concrétisé et conceptualisée dans son article plus récent, « Who is the "Human" in Human rights? The claims of culture and religion », pp.99 -124, *supra,* note 83.

[86] KEANE David, « Cartoon violence and freedom of expression », *HRQ,* Vol.30, n°4, 2008, pp.845-875.

[87] KOSKENNIAMI Martti, « Human Rights, Law, politics, and Love », *Finish Yearbook of International Law,* Vol.13, 2002, pp.79-85 ; voir aussi quelques années avanten en français, KOSKENENNIAMI Martii, «Les droits de l'Homme, la politique et l'amour»,in *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007. En effet, d'après Koskenniami il y aurait plusieurs situations où les droits se soumettent à la politique, dont une précisément les exceptions et les restrictions « qui ne sont pas clairement définies » aux droits de l'Homme; voir aussi CHESTERMAN Simon, « Human Rights as subjectivity ; the age of rights and the politics of

dimension sociale des conflits : la Hollandaise Marlier Galenkamp, par exemple, rejette le discours « absolutiste » et met l'accent sur les responsabilités qui accompagnent les droits fondamentaux : « *In my view, it is time we reconsider the issue of rights collision from another and more fundemental perspective. In contrast to what is sometimes presupposed, the freedom of the individual is not absolute. Fundemental rights as the rights to freedom of religion and the freedom of expression are instrinsically linked to responsabilities. In order to prevent a permanent civil war against one another, fundemental rightsshould always be exercised responsably* » [88].

Par ailleurs, il ne faut pas omettre que la question de la diffamation de religions s'inscrit dans le débat actuel sur le rôle des religions dans le système des relations internationales vis-à-vis de la liberté d'expression, particulièrement en Europe. Dès lors, nous tiendrons compte dans l'élaboration de notre problématique de la nécessité de la formation d'une politique unifiée sur les droits de l'Homme dans une Europe de plus en plus convergente ; le fait de l'immigration et des mutations rapides des identités nationales, dans un contexte de globalisation ; les tensions politiques qui se posent entre les pays islamiques d'un côté et l'Europe de l'autre lorsqu'il est question de thèmes liés à la liberté d'expression et au blasphème ; le contenu de l'identité européenne actuelle, y compris l'impact de l'immigration, mais également l'impact symbolique et les mutations culturelles de l'identité européenne.

II. Méthodologie

Notre objet implique une étude du « poids » des valeurs de l'art et de la religion, ainsi qu'une réflexion sur la laïcité et le pluralisme culturel et religieux. Ces questions sont à nos yeux inévitablement liées aux questions de la légitimité de la liberté d'expression « offensive ».

Notre étude est dans une certaine mesure pluridimensionnelle, voir transversale : elle touche à de nombreuses questions et aspects du droit international et des droits de

---

culture», *Millenium ; Journal of International Studies,* 1998, pp.97-118.

[88] GALENKAMP Marlier, « Towards a socialization of fundemental rights » *in* LOENEN Titia et GOLDSCHMIDT Jenny, *Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?*, Intersentia, Antwerpen- Oxford, 2007, pp.149-165. Voir aussi, par exemple, KAHN Robert, « The danish cartoon controversy and the rhetoric of libertarian regret », *University of Miami Law Review,* Vol.16, pp.153-181.

l'Homme en particulier. La recherche juridique que nous avons alors effectuée, et dont nous exposons les résultats dans la présente étude, est constituée par une multitude de données que nous avons pu consulter (dans nos trois langues du travail principales : l'anglais, le français et le grec). Ces données ouvrent des pistes dans toutes les « directions » qui nous ont semblées utiles afin de démontrer notre postulat initial (y compris donc des questions de théorie du droit, de propriété intellectuelle, de sociologie, de théorie et d'histoire de l'art).

- **Délimitation du sujet**

Malgré la « transversalité » de notre sujet, notre champ de référence principal reste le droit international. Nous allons cibler à cet égard les pratiques onusiennes et régionales, y compris la pratique des organes de suivi des conventions principales des droits de l'Homme. En ce qui concerne la jurisprudence et les techniques de résolution des conflits de droits, nous avons privilégié la Cour européenne parmi les autres instances judiciaires ou quasi-judiciaires internationales, non seulement du fait du rôle central que la Cour tient sur la scène internationale, mais aussi du développement des méthodes spécifiques de résolution des conflits de droits qu'elle met en oeuvre.

Cependant, notre sujet d'étude ne prétend pas offrir un cadre méthodologique de résolution des conflit de droits, ni *a fortiori* une réflexion sur la création d'une théorie des droits. Elle n'aspire pas non plus à offrir une élaboration méthodologique concernant la résolution des conflits de droits auprès d'une instance internationale ou régionale. En effet, nous avons privilégié une réflexion sur les valeurs en cause dans les cas d'antinomie entre les droits de la liberté d'expression artistique et ceux de la liberté religieuse, plutôt qu'une étude méthodologique. Par ailleurs, nous nous intéresserons pas directement à la *méthodologie* qu'une instance internationale devrait adopter lorsqu'elle est confrontée à un conflit de droits, mais plutôt à la *perspective* sous laquelle de tels conflits devraient être abordés, notamment dans les cas de conflits entre droits culturels.

En outre, nous nous référerons dans cette étude aux pratiques nationales, dans une approche comparatiste forcément limitée mais néanmoins nécessaire, non seulement parce que les pratiques nationales font partie intégrale du droit international (puisque

la *coutume* en droit international est formée en principe sur la pratique des États), mais également pour examiner la conformité de ces pratiques avec les standards internationaux[89]. En ce qui concerne les questions artistiques et culturelles, nous privilégierons l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture (UNESCO), dans la mesure où elle agit pour la promotion de la diversité des expressions artistiques et du patrimoine culturel.

Enfin, en ce qui concerne la résolution du « conflit » en tant que conflit de valeurs, nous privilégierons les approches qui sont plutôt favorables au pluralisme de valeurs, sans forcement adopter le modèle « multiculturaliste » comme solution. Prenant pour point de départ le fait que les démocraties « plurielles » ne peuvent être des « *sociétés "molles"* », selon l'expression de Patrice Meyer-Bisch, mais qu'elles doivent être « basées sur la cohérence »[90], nous allons réfléchir aux conditions de la réalisation de ces démocraties dans une optique de pluralité des valeurs. Nous allons d'ailleurs essayer de clarifier les différences entre les revendications fondées sur cette nécessité de cohérence, ou bien l'exercice responsable des droits, et celles qui sont fondées uniquement sur la *morale,* sachant que les anthropologues nous ont déjà démontré que les revendications fondées sur l'un ou l'autre concept de la morale ne peuvent être valables qu'au sein de la communauté à laquelle elles appartiennent[91].

- **Structure de la thèse**

Notre thèse est structurée en deux parties, intitulés respectivement « les sources du conflit » et la « résolution du conflit ». Chaque partie comprend deux titres qui

---

[89] Les États ont été choisi en fonction de l'importance qu'ils accordent à la religion et par le type de solutions données par les tribunaux nationaux dans le cas d'un conflit entre le droit à l'expression artistique et le droit entre la liberté religieuse. Nous essayerons également de garder une équilibre entre les modèles des États étudiés, considérant trois « types » principaux de modèles étatiques: les États « strictement laïques » (France), les États où la religion jouit d'un statut particulier ou qui ont une religion officielle(la Grèce, la Russie, le Chili) et les États religieux(l'Iran, le Pakistan). Nous avons également choisi le Danemark et le Royaume-Uni, comme modèles des États qui ont des religions officiels, mais qui se dirigent les dernières années vers un modèle du « multiculturalisme libéral ». Une attention privilégiée sera accordée au modèle des États-Unis, en raison de la méthodologie et de la jurisprudence de la Cour Suprême américaine, qui suit une logique entièrement différente de celle des autres Cours Suprêmes nationaux.

[90] JÉZÉQUEL Myriam, « Conflit de droits… », *supra,* note 49.

[91] Celle-ci a été la thèse défendue par Lucien Lévy-Bruhl dans *La morale et la science des mœurs* (1903)*;* voir aussi MESSER Ellen, « Athropology, Human Rights and Social Transformation », *in* GOODALE Mark(ed), *Human Rights; an anthropological reader,* Londres – New York, Routledge, Coll.Law & *Social* Inquiry, 2009, p.113.

consistent en deux chapitres chacun[92]. Les huit chapitres de notre thèse correspondent aux huit hypothèses principales, que nous chercherons à démontrer dans la présente étude, et qui sont :

1) La consécration progressive d'un droit à la liberté de l'art.

2) La non conformité de la « diffamation des religions » avec les standards du droit international.

3) La valorisation de l'art en droit international plus comme valeur économique et moins comme valeur culturelle.

4) L'hyper-valorisation de la religion en droit international, notamment les dernières années.

5) La diversité extrême des solutions nationales législatives au phénomène problématique de l' « offense des religions ».

6) L'approche évolutive et moderne de la Cour européenne en matière de liberté d'expression artistique et des droits culturels plus généralement.

7) L'impossibilité de traiter les « conflits culturels » *uniquement* au prisme juridique des conflits de droits.

8) Le fait que le « dialogue interculturel » et le « multiculturalisme » sont des énoncés vides de sens sans respect effectif et mise en œuvre du principe de l'indivisibilité des droits humains.

En ce qui concerne la terminologie, nous devrions également remarquer qu'à l'exception de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le *droit* à la « liberté de l'art » en tant que droit fondamental n'est pas (encore ?) consacré dans le langage du droit international. Pour ceux qui considèrent la liberté artistique comme une *lex specialis* de la liberté d'expression, se référer à la « liberté de l'art » au lieu de la « liberté d'expression » (c'est-à-dire celle de l'artiste) pourrait paraître un pléonasme. Nous ne souscrivons pas à cette opinion, d'autant plus que nous sommes originaire d'un État dont la Constitution, rédigée à l'instar de la Loi fondamentale de Bonne, proclame que « *Les arts et les sciences sont libres* », sans aucune autre précision, ni réserve.

Le débat pour savoir si, pourquoi et comment le langage artistique diffère du langage

[92] Nous tenons donc huit chapitre en total, que nous énumérons du « un » à « huit » dans les notes de bas de page pour des raisons pratiques.

non-artistique, nous semble en effet à la fois symbolique et fondamental. Le fond de cette question sera examiné dans différentes parties de notre étude. Pour l'instant, nous nous contenterons de préciser que les termes « liberté de l'art » sont utilisés expressément dans notre thèse (à l'encontre de l'usage de la formule, plus habituelle en langue française, de « liberté d'expression artistique ») afin de renforcer le point de vue qui consiste à reconnaître une certaine autonomie par rapport à la « liberté d'expression » : sans aller jusqu'à réclamer la reconnaissance d'un « nouveau » droit à tout prix (ce qui serait peut-être une simple formalité), nous nous alignons en effet sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, qui a très tôt constaté que « *la liberté de l'art n'est pas un cas particulier du droit plus large que la liberté d'opinion, mais une garantie distincte et spécifique* »[93].

Ainsi, ces deux termes seront utilisés alternativement : le terme de « liberté de l'art » sera utilisé afin d'ériger le concept de la « liberté de l'art » en tant que disposition à la fois plus spéciale et plus générale que la « liberté d'expression » (notamment donc dans les chapitres 1 et 3 de notre thèse). Lorsque, en revanche, nous nous référerons à un droit existant, où ce qui est en cause est la liberté d'expression de l'artiste en particulier, telle qu'elle est consacrée dans un instrument spécifique (comme par exemple la Convention européenne des Droits de l'Homme), le terme familier « liberté d'expression » ou « liberté d'expression artistique » sera préféré (ceci sera donc le cas dans les chapitres 5 et 6).

Considérant l'art comme un ensemble indivisible, nous n'allons pas distinguer les formes d'art lorsque nous nous référerons à la « liberté de l'art ». Tous les arts sont concernés par cette étude. Certaines des œuvres d'art qui ont été l'objet de litiges juridiques et qui sont mentionnées dans notre étude apparaissent dans les annexes, par ordre chronologique. Les traductions de l'anglais au français et du grec au français sont, sauf indication contraire, effectuées par nous-même.

La première partie consiste alors en une réflexion sur les *sources* du « conflit » entre l'art et la religion : on considère comme source primaire du conflit le fait que *l'égalité formelle* entre les deux libertés en question ne correspond pas au *poids*

[93] *Mephisto, BVerf GE30,* 1971, §173-191et s.

substantiellement différent des *valeurs* qui y sont sous-jacentes. D'ailleurs, nous démontrerons dans notre première partie que les deux valeurs sont différentes, ce qui exclut, en principe, l'idée de leur « balance ». La seconde partie consiste en une réflexion sur la résolution du « conflit » : ces solutions sont envisagées non seulement sur le plan juridique, mais également sur le plan des options législatives, vis-à-vis des défis posées par le pluralisme des valeurs, des cultures, des expressions artistiques et des religions.

Première partie : Les sources du conflit

Dans cette première partie, nous proposons une étude des sources du conflit entre les deux droits à partir de deux lectures. La première consiste en une analyse du cadre juridique protecteur de ces droits, analyse limitée aux sources internationales des règles qui s'y réfèrent explicitement (protection *stricto sensu*). La seconde est fondée sur le postulat que les droits fondamentaux ne peuvent être considérés séparément des *valeurs* qu'ils incarnent.

Nous considérerons le système du droit international, dans cette première partie, dans un esprit (ou un vœu) d'harmonie et de cohérence et le concevrons comme un espace ouvert, fondé sur des valeurs auxquelles un certain poids est accordé. Nous envisagerons donc la protection de l'art, non seulement telle qu'elle résulte de la pratique et de la jurisprudence des organes des droits de l'Homme des Nations Unies (tels que les Comités de suivi des Pactes) ou des autres instances régionales de protection des droits de l'Homme (telles que le la Cour européenne des droits de l'Homme), mais également telle qu'on la trouve dans les organisations internationales telles que l'UNESCO ou l'Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle (OMPI), dans la mesure où elle vise à la protection des intérêts de la propriété intellectuelle découlant des œuvres d'art. De même, nous envisagerons la protection de la *religion* dans une optique large ; non seulement sous le prisme de la protection de la liberté religieuse mais également celui de la non-discrimination fondée sur la religion, tout en tenant compte des dispositions présentes dans divers instruments qui protègent ou promeuvent le phénomène religieux d'une façon ou d'une autre.

Cette démarche d'ailleurs nous paraît nécessaire : elle nous permettra d'éclaircir la « raison fondamentale » du conflit, à savoir le fait que le droit à la liberté d'expression artistique et la liberté religieuse sont deux libertés formellement égales, mais qui – d'un point de vue tant qualitatif que quantitatif – font appel à des valeurs substantiellement différentes. En outre, à l'époque où la question de la fragmentation

actuelle se pose de façon de plus en plus intense[94], le fait d'envisager les droits de l'Homme comme un environnement de règles qui prennent en compte les évolutions diverses, nous semble un choix qui s'impose.

Ceci dit, nous allons d'abord tracer les modalités de protection des deux droits fondamentaux en question (Titre I) pour continuer ensuite avec l'examen du poids des valeurs qu'on trouve en aval des deux droits. (Titre II). Nous allons essayer de démontrer qu'une hiérarchisation *a priori* des droits, qui présupposerait la prépondérance d'un droit sur l'autre en établissant des « échelles » de droits, rencontrerait de nombreux obstacles, dont le plus fondamental serait l'impossibilité d'établir une appréciation *in abstracto* des valeur et des intérêts en jeu.

[94] Voir notamment, KOSKENNIAMI Martii (&Commission du Droit International(CDI)), « Rapport préliminaire sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international », ILC(CVI)/SG/FIL/CRD.1, 2004 ; GATTINI Andrea, « Regard procédural sur la fragmentation du droit international », *RGDIP,* Vol.2, 2006, pp. 303-335.

Titre I. L'égalité formelle de la liberté de l'art et de la liberté religieuse

Dans les deux premiers chapitres du premier Titre, nous esquisserons les moyens juridiques et les modalités de protection de la liberté de l'art et de la liberté religieuse, en étudiant le droit international et européen positif relatif aux deux droits. Il s'agit donc ici d'une étude du droit « positif », qui aurait deux finalités principales. La première, de faire apparaître que la protection formelle des droits est égale, en démontrant qu'une réflexion sur un « conflit » de droits pris en compte en dehors de leur contexte est vouée à l'échec. La seconde, de mettre en exergue les points qui pourraient avoir un intérêt particulier quant à l'étendue de cette protection ; notamment, l'étendue de la protection dont bénéficie la « liberté de l'art » et sa spécificité par rapport à la liberté d'expression, ou encore, la question de l'outrage aux religions en droit international et dans la jurisprudence de la Cour européenne.

Nous commencerons par le cadre de protection de la liberté de l'art (Chapitre 1) afin de continuer avec la liberté religieuse (Chapitre 2).

Chapitre I. La liberté de l'art

Peut-être convient-il de débuter en justifiant la préférence faite à l'expression « *liberté de l'art* » par rapport à celle de « *liberté d'expression artistique* ». La première raison de cette différenciation entre les concepts de *droit à la liberté de l'art* et de *droit à la liberté d'expression* est due aux caractéristiques particulières de l'art, qui se distinguent par l'expression non artistique – qu'elle soit verbale et directe, écrite ou médiatique –, du fait d'une certaine subtilité du langage artistique par rapport à d'autres formes de langage[95]. Ceci est particulièrement évident dans le domaine des arts qui ne contiennent pas – ou à peine – l'élément verbal, comme par exemple la peinture, la sculpture, la danse ou la musique, et qui font appel aux sens plus qu'à la logique.

Ensuite, elle est due au fait que seule l'expression « liberté de l'art » tient compte de l'« art » en tant qu'ensemble impersonnel ; seule la « liberté de l'art » alors, et non pas la « liberté d'expression », fait appel aux « mondes de l'art » et non uniquement aux « artistes »[96]. Ceci dit, l'ayant-droit à la protection consacrée à « la liberté de l'art » n'est pas uniquement l'artiste, ou plus généralement celui qui s'« exprime » à travers un art quelconque, mais également le public qui, de son côté, dispose d'un droit d'accès à l'art (être spectateur, lecteur, auditeur de l'art)[97]. Tous les autres acteurs impliqués dans la création ou la diffusion de l'art, notamment les galeristes, les producteurs, les compagnies de l'audiovisuel, les théâtres, l'industrie cinématographique, etc., sont également concernés[98].

---

[95] Cette subtilité d'ailleurs, pourrait, éventuellement, légitimer un traitement particulier de l'art par le droit, voire une certaine « défense de l'art », comme nous allons voir ultérieurement dans notre thèse. Cette question en effet concerne *l'expression de l'artiste* en particulier et non *l'ensemble impersonnel de l' « art »* : elle est alors indépendante de l'appellation du droit à « liberté de l'art », et elle sera traitée dans la partie relative dans notre thèse.Voir analytiquement *infra,* Chapitre 6.

[96] De même que la « presse » est reconnue comme un ensemble impersonnel qui consisté de journalistes, d'éditeurs, de journaux, du web, des magazines, de la presse écrite et des informations télévisées. Voir pour ces « mondes de l'art » notamment BECKER Howard, *Les mondes de l'art,* Paris, Flamarrion, 1988.

[97] Ceci est d'autant plus vrai puisque certains formes d'art dont le but principal est la communication avec leur public (les arts vivants notamment : le théâtre, les spectacles de la rue, les festivals etc) nécessitent forcement une audience.

[98] Voir à propos *infra,* notamment notes 380 et s.

Nous commencerons par l'étude de la protection juridique de la liberté de l'art (Section 1), avant d'examiner dans quelle mesure la liberté de l'art peut être considéré comme un droit autonome par rapport à la liberté d'expression (Section 2).

Section 1. La protection juridique de la liberté de l'art

Nous envisagerons d'abord la protection de la liberté de l'art sur le plan international, puis sur le plan régional.

§ 1. La protection internationale de la liberté de l'art

Après quelques remarques initiales à propos de l'étendue de la protection de la liberté de l'art, nous étudierons successivement les sources et les mécanismes de cette protection.

A. Quelques remarques à propos de l'étendue de la protection

La « liberté de l'art » est considérée comme un droit par excellence bilatéral, qui comprend deux dimensions. Une dimension *civile*, qui consiste en la liberté de tout homme de s'exprimer de façon artistique, mais aussi une dimension *culturelle*, qui correspond d'une part, à la liberté d'exprimer, par le biais de l'art, l'identité d'une culture ou d'un peuple et, d'autre part, à la liberté de participer à la vie culturelle et artistique, ainsi que d'avoir accès à l'éducation artistique[99]. C'est d'ailleurs ce que souligne l'Observation générale(OG) du Comité des droits économiques, sociaux et culturels (DESC) : « *tout le monde devrait avoir la possibilité de participer à la vie culturelle de la communauté* »[100].

La liberté de l'art est un droit individuel et collectif à la fois : il s'agit, certes, d'un droit individuel, car la création est le fruit de l'imagination de l'Homme, le résultat du développement libre de son esprit et de sa personnalité[101] ; mais il s'agit aussi d'un

[99] Il faudrait toutefois distinguer ici cet aspect culturel de la liberté de l'art et l'existence d'un éventuel « droit à la culture » qui a un champ beaucoup plus vaste. Ce dernier comprend, à titre indicatif, la protection du patrimoine culturel, le droit à la création et à la formation culturelles, le mécénat culturel, la propriété littéraire et artistique. Voir aussi RIOU Alain, *Le droit de la culture et le droit à la culture,* Paris, ESF, 1996.

[100] OG n°21 du Comité DESC, 43è session des Nations Unies, Genève, 2-20 novembre 2009, §2.

[101] La personnalité, d'après le professeur grec Aristovoulos Manesis, aurait des fondements corporels, psychiques, éthiques, sociaux, dont découlent des droits, tels que le droit à l'intégrité physique, au

droit collectif, car l'art est également l'expression de l'identité culturelle d'un certain groupe social, voire d'une culture, ce qui semble d'ailleurs évident lorsque l'on observe les expressions artistiques diversifiées des minorités ou des peuples indigènes[102].

Deux obligations étatiques principales découlent alors du *droit* à la « liberté de l'art » : non seulement une obligation négative, qui consiste à respecter la liberté de l'art et à ne pas intervenir en matières de création – à moins de n'intervenir que de façon purement régulatrice – mais aussi une obligation positive, qui consiste justement en la protection des arts par le biais de mesures positives.

Il convient alors de remarquer que seule l'expression « liberté de l'art » – contrairement à l'expression « liberté d'expression artistique » – sous entend cette double obligation de l'État en matière d'art : d'une part, le principe de la « moindre intervention étatique » en matière d'art et l'absence de toute sorte de censure ou de « contrôle » étatique : ni contrôle préalable des œuvres, ni définition de l'art de la part de l'État, ni « art officiel » de l'État[103] ; d'autre part, seul les termes « liberté de l'art » mettent l'accent sur les obligations étatiques envers la promotion de l'art, des lettres et plus généralement de la culture par le biais de mesures positives.

Ainsi la « liberté de l'art » est-elle affirmée dans les textes juridiques par une combinaison des éléments suivants :

---

nom, à l'image, à la santé, à l'honneur, à la vie privée, aussi bien que le droit à la création intellectuelle, académique et artistique. Voir MANESIS Aristovoulos, *Droits Constitutionnels, A', Libertés Fondamentales*, Athènes- Thessalonique, Sakoulas, 1998 (4è éd.), pp. 114-125.

[102] Cette idée de « collectivité » dans la création a en effet deux sens :
a) Lorsque dans certains cas il serait impossible de distinguer entre un ou plusieurs créateurs. Nous pourrions citer ici l'exemple de la Renaissance, lorsque nous rencontrons les premières démarches de systématisation des règles du marché de l'art. Les artistes, en effet, se rallient selon leur spécialisation en collectivités et ateliers (« bottegas »), plus organisées que les guildes du Moyen Age et les « syntechniai » de l'empire byzantin. Dans ces ateliers, dirigés par des maîtres, les artistes suivent un long apprentissage jusqu'à ce qu'ils deviennent des professionnels.
b) Lorsque nous nous rallions à l'idée qu'une œuvre d'art est l'expression collective de la société entière et qu'il est alors impossible de distinguer entre créateur et société. Voir : GOMBRICH Ernst, *L'histoire de l'Ar [d'après la trad.grecque : To χρονικό της τέχνης]*, (1954), Athènes, Fondation Éducative de la Banque Nationale, 2006, p. 223et LAMPRAKI-PLAKA Marina, *La Renaissance Italienne [Ιταλική Αναγέννηση],* Athènes, Kastaniotis, 2004, p.177. Voir aussi *infra,* Chapitre 3, à propos de l'intérêt de la Communauté Internationale à la valorisation de la participation à la vie culturelle de la communauté des minorités et des peuples indigènes.

[103] Comme le dit le professeur Dagtoglou, l'art ne supporterait pas l'existence d'un art « officiel » : DAGTOGLOU Prodromos, « La liberté de l'art » *in Libertés Individuelles[Ατομικά Δικαιώματα],* Athènes – Comotini, Sakkoulas, 1991, p.656.

- les règles concernant la liberté de l'art ;
- les dispositions concernant la liberté d'expression en général ;
- les dispositions relatives à la protection de la culture et la diversité des expressions artistiques et culturelles.

Afin de mieux encadrer la protection juridique de la liberté de l'art, nous procéderons à une étude *formelle* des modes de la protection de la liberté de l'art, en nous penchant sur les dispositions relatives présentes dans les instruments internationaux et européens, afin de procéder ensuite à certaines clarifications quant à la spécificité de ce droit vis-à-vis de la liberté d'expression.

B. Les instruments internationaux de protection de la liberté de l'art

Les sources primaires de la protection juridique de la liberté artistique sont la Déclaration universelle et les deux Pactes Internationaux du 16 décembre 1966, le Pacte international des droits civils et politiques (PIDCP)et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC).

La Déclaration universelle met en évidence tantôt la dimension civile, tantôt la dimension culturelle de l'art. D'un côté, elle protège la liberté de pensée, d'expression, la transmission des idées à travers l'art : « *Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit* »[104]. De l'autre côté, elle garantit les droits du public à l'accès à l'art, mais aussi les droits d'une communauté entière de jouir de sa propre identité culturelle et artistique : « *chacun a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts [...]* »[105].

---

[104] Article 19§1 de la Déclaration Universelle de 1948. Voir, HISCOCK-LAGEOT Céline, « La dimension universelle de la liberté d'expression dans la déclaration des droits de l'homme de 1948 », *RTDH,* 2000, pp.230-239.

[105] Article 27§1 de la Déclaration Universelle. En effet, cette formulation a été réussite grâce à l'un des membres du Comité de rédaction de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme (la DUDH), et premier directeur de la Division des Droits de l'Homme du Secrétariat des Nations Unies), le canadien John Humphrey, qui avait certaines sensibilités « artistiques » (comme le relève M. Morsink, Humprhery et sa femme Jeanne étaient impliqués dans la vie culturelle et artistique du Canada et connaissaient un grand nombre d'artistes). René Cassin s'alignait sur ce point de vue. Ainsi, lorsque le Brésilien Amado a soulevé des objections, René Cassin a rétorqué que « *cet article comprenait une idée nouvelle, celle de la participation à la vie culturelle* ». Ces commentaires, nous sont en effet transmis par M. Morsink, professeur de Science politique qui, après une étude méticuleuse basée sur « *sixty pounds of UN documents obtained from the Dag Hamarskjöld Library*

Les deux Pactes de 1966 complètent de façon normative ces énoncés. D'une part, le PIDCP protège le droit à la liberté d'expression artistique comme droit civil et politique. Le paragraphe 3 de l'article 19 prévoit que « *Toute personne a droit à la liberté d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières* […] *sous une forme orale, écrite, imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix.* » D'autre part, le PIDESC protège notamment la dimension culturelle de l'expression mais aussi, et expressément, la liberté de l'art. Dans l'article 15 §1 a) du Pacte, les États parties reconnaissent à chacun le droit de participer à la vie culturelle. En outre, l'article 15 §3 prévoit que *« les États parties du Pacte s'engagent à respecter la liberté indispensable à la recherche scientifique et aux activités créatrices* ».

La volonté des États de garantir un art avec un degré d'ingérence le moindre possible a été rendu visible à plusieurs stades de l'adoption de ces textes. En ce qui concerne l'adoption de l'article 27 de la DUDU, c'est la délégation péruvienne, et spécifiquement José Encinas, qui ont beaucoup insisté pour que le mot « librement » *(freely)* soit inséré, permettant de viser spécifiquement la liberté de création[106]. Par ailleurs, pendant les travaux préparatoires du PIDESC, et à propos de l'article 15§ 2, les représentants des États ont refusé de soumettre la liberté de l'art et des sciences à quelque restriction que ce soit, même celle stipulant que les mesures positives des États visant à promouvoir la science et la culture devraient être prises « *dans l'intérêt du maintien de la paix et de la coopération entre les Nations* »[107]. La France en

---

at the United Nations in New York », réussit à nous éclaircir sur son ouvrage relatif à la rédaction de la DUDH. MORSINK Johannes, *The Universal Declaration of Hulman Rights ; Origins, Drafting and Intent,* Philadelphia, University of Pensylavania Press, 1999, p. 218et s. Voir aussi *:* STAMATOPOULOU Elsa, *Cultural rights in international law : article 27 of the UDHR and beyond »,* Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2007 ; CHAPMAN Audrey et RUSSEL Sage(éd), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp-Oxford –New York, Intersentia,2002.

[106] Cet amendement a été adopté à l'unanimité, par 38 votes pour et 2 abstentions. En effet, d'après M. Encinas, la liberté de participation à la vie culturelle relevait alors du « *droit de le faire, en cette liberté sans laquelle il n'y a pas de création de l'Homme digne de l'être* » *[« The right to do so, in that complete freedom without which there is no création worthy of man* »]. Selon lui, puisqu'un article était déjà adopté concernant la liberté de pensée, *« il paraîtrait pertinent maintenant de reconnaître un autre, sur la pensée créative, afin de la protéger des injures beaucoup trop fréquentes dans l'histoire récente » [« An earlier article had been adopted that dealt with freedom of thought […] it seemed pertinent now to recognise freedom of creative thought, in order to protect it from harmful pressures which were only too frequent in recent history »].*

[107] E/3764, Rapport du 3ème Comité, 1957, §71. A noter que le premier article de la Convention créant l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture, adoptée à Londres le 16 novembre 1945, dispose justement que le but de l'Organisation est de « *contribuer au maintien de*

particulier, comme le rapporte Mylène Bidault, aurait considéré cette remarque comme une volonté « *d'orienter les activités littéraires et artistiques vers un but unique, le maintient de la paix et que sculpteurs et peintres soient tenus de se cantonner dans les allégories exaltant l'amitié entre les peuples* »[108].

En ce qui concerne le PIDCP, celui-ci ne se réfère pas à l'art séparément des autres types d'expression. Il adopte néanmoins un point de vue généralement libéral, bien qu'un peu flou. En effet, en 1983, le Comité a émis une Observation générale concernant l'interprétation de l'article 19[109]. Dans cette Observation assez brève (quatre paragraphes), née, comme le signale M. Bouziri, « *à l'époque où la guerre froide pesait sur les travaux du Comité* », le Comité réitère en effet que « *le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions est un droit qui ne permet aucune exception, ni restriction* » (§1), que la liberté d'expression comprend également l'expression « en forme d'art » (§2) et que l'étendue réelle du droit [à la liberté d'expression] est défini justement par l'interaction ente ce droit des individus et ses restrictions ou limitations (§3). Le Comité des droits de l'Homme a également mis l'accent sur les *devoirs et responsabilités* accompagnant ce droit (§4) – sans pourtant pouvoir définir à cet époque l'étendue de ces devoirs et responsabilités.

Ce n'est que très récemment que ces questions ont été abordées de façon plus détaillée. En effet, le Comité, lors de sa centième session en octobre 2010, acheva l'élaboration d'un nouveau projet d'Observation générale pour l'article 19 du Pacte(OG n°34)[110]. Dans ce projet extrêmement riche en idées, nettement plus long que l'Observation générale n°10(douze pages), et écrit dans un langage beaucoup plus « direct » que le langage onusien habituel[111], le Comité va aborder la quasi-totalité

---

la paix et de la sécurité en resserrant, par l'éducation, la science et la culture, la collaboration entre nations[...]».

[108] 796è séance du troisième Comité, 1957(France), §36, cité par BIDAULT Mylène, *La protection internationale des droits culturels,* Bruylant, Coll.de l'Université Catholique du Louvain, 2010, p.510.

[109] Observation Générale n°10 (article 19), formulée lors de la dix-neuvième session du Comité, 29 juin 1983. Voir aussi BOUZIRI Nejib, *La protection des droits civils et politiques par l'ONU; l'oeuvre du Comité des droits de l'Homme…, op.cit.*, pp.432-433.

[110] Projet d'Observation Générale n°34 (article 19 du PIDCP) du 25 novembre 2010, CCPR/C/GC/34/CRP.5.

[111] En effet, lors des discussions, Mme Ruth Wedgewood, experte des États-Unis, a encouragé les membres du Comité à utiliser ce style plus direct, voir le Communiqué de Presse de 19 mars 2010, Assemblée générale DH/CT/723.

des questions relatives à la liberté d'expression, y compris des questions « difficiles », comme par exemple l'accès des minorités aux médias, les sensibilités culturelles et la diffamation religieuse[112].

Tout d'abord, il est intéressant de noter que, dans ce projet, qui comprend de nombreuses références à la jurisprudence antérieure, le Comité adopte une position très ouverte sur la liberté de pensée et d'opinion, considérant qu'une réserve sur le droit à la « liberté d'opinion et de pensée » n'est pas compatible avec le PIDCP et que cette liberté « *ne peut faire l'objet d'aucune dérogation pendant l'état d'urgence* », même si elle n'est pas comprise parmi les articles cités dans la disposition de l'article 4 §2 du PIDCP (§4). Dans ce projet, le Comité consacre plusieurs pages aux restrictions légitimes de la liberté d'expression, aux liens entre l'article 19 et les articles 18 et 20 du Pacte, ainsi qu'aux notions de « devoirs et responsabilités » accompagnant la liberté d'expression du fait des sensibilités culturelles. Ainsi, il est affirmé tout d'abord que « *lorsqu'un État partie impose des restrictions à l'exercice de la liberté d'expression, celles-ci ne sauraient mettre en danger le droit lui-même* » (§22) et que les lois sur la diffamation en général seraient incompatibles avec les sociétés démocratiques, lorsqu'elles visent à étouffer la liberté d'expression[113]. Toutefois, le Comité note également, tenant compte aussi de son OG n°22 relative à la liberté religieuse, que « *les lois sur le blasphème ne devraient pas être comprises d'une façon incompatible avec le paragraphe 3 de l'article 19 ou d'autres dispositions du Pacte […]* » et que ces lois ne devraient pas discriminer en faveur des croyants d'une religion spécifique (§50)[114]. Il est spécifiquement noté d'ailleurs que « *les lois sur le blasphème ne devraient pas être utilisées pour prévenir ou réprimer les critiques des chefs religieux ou un commentaire sur la doctrine religieuse et les dogmes de la foi »* et que « *Les États parties devraient abroger les dispositions du droit pénal concernant le blasphème et des manifestations d'irrespect des religions ou des systèmes de croyances, autres que celles qui sont conformes avec l'article 20 du Pacte* ». Dans son examen des articles 19 et 20 du Pacte, qui interdit le langage de

[112] A propos de la diffamation religieuse et le blasphème, voir *infra,* Chapitre 4, notes 666 et 1160.

[113] La même conclusion a été tirée dans les Observations finales pour le Royaume Uni et l'Irlande du Nord en 2008, CCPR/C/GBR/CO/6.

[114] OG n°22, relative au droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (article 18 du PIDCP), adoptée en juillet 1993 pendant la 48e session du Conseil, 30 juillet 1993, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

haine, le Comité constate que les deux dispositions sont complémentaire et que, dans une certaine mesure, l'article 20 pourrait être considéré comme *lex specialis* par rapport à l'article 19 §1[115].

Il existe également d'autres instruments garantissant la liberté artistique, notamment ceux qui visent des groupes spécifiques. Il s'agit notamment :

- de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW), qui garantit pour les femmes l'exercice de tous les droits culturels sans discrimination et notamment « *le droit de participer aux activités récréatives, aux sports et à tous les aspects de la vie culturelle* »[116] ;
- de la Convention des droits de l'enfant (*Convention on the Rights of the Child*-CRC), dont l'article 14 garantit le droit des enfants à la liberté d'expression par un moyen de leur choix[117]. Par ailleurs, la liberté d'expression créative étant un droit traditionnellement lié à l'enfance, la CRC considère les médias comme un outil qui devrait viser à l'éducation de l'enfant[118]. D'après la CRC, les États parties devraient également encourager la diffusion des livres d'enfants et inciter les médias à tenir comptes des besoins particuliers des enfants appartenant à des minorités culturelles et linguistiques[119] ;
- de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des personnes appartenant à des minorités (DDDM)[120], qui proclame dans son premier article que « *les États protègent l'existence et l'identité [entre autres] culturelle des minorités [...] et favorisent l'instauration des conditions propres à promouvoir cette identité* ». Elle stipule ensuite, en s'inspirant des dispositions de l'article 27 du Pacte international, que « *les*

---

[115] Voir analytiquement, *infra,* Chapitre 2.

[116] Adoptée le 18 décembre 1979, article 13§1(c).

[117] Adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989. Pour une meilleure compréhension de la Convention, voir DETRICK Sharon, The United Nations Convention on the Rights of the Child: Aguide to the *'Travaux préparatoires'*, Dordrecht-Boston, Martinus Nijhoff, 1992. Pour l'instant, la quasi-totalité des États (191 États) ont signé le Traité, à l'exception de la Somalie et des États Unis. Voir aussi, VAN BUEREN Géraldine, *The international law on the rights of the child,* Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995, p.131et s.

[118] VAN BUEREN Géraldine, *op.cit.,* p.142. L'expression de la peur des enfants sensibles (des enfants réfugiés par exemple) par le biais de la thérapie artistique, devrait aussi être considérée couverte par cette disposition. Voir à cet égard des programmes de nombreuses organisations, y compris le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiées (UNHCR), par exemple « Lesson Plans For Ages 9-11 In Art: A Response Through Artwork ; Teaching Tools», disponible sur le site http://www.unhcr.org/ 468109712.html, consulté le 25 octobre 2010.

[119] *Ibidem*, pp.141-142.

[120] Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 47/135 du 18 décembre 1992.

personnes appartenant à des minorités ont le droit de participer pleinement à la vie culturelle, religieuse, sociale, économique et publique » (2 §2) et que « *Les États prennent des mesures pour créer des conditions propres à permettre aux personnes appartenant à des minorités d'exprimer leurs propres particularités et de développer leur culture, leur langue, leurs traditions et leurs coutumes[...]*» (4§2) ;

- de la Déclaration des Nations Unies sur les droits des peuples autochtones (DRIPS), qui affirme le droit des peuples autochtones « *d'observer et de revivifier leurs traditions culturelles et leurs coutumes* » et notamment « *le droit de conserver, de protéger et de développer les manifestations passées, présentes et futures de leur culture, telles que les sites archéologiques et historiques, l'artisanat, les dessins et modèles, les rites, les techniques, les arts visuels et du spectacle et la littérature*[121]. En outre, la DRIPS prenant en compte la nécessité de préserver et de promouvoir la diversité culturelle, insiste sur le droit des peuples autochtones « *de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur patrimoine culturel, leur savoir traditionnel et leurs expressions culturelles traditionnelles ainsi que [...] leurs traditions orales, leur littérature, leur esthétique, leurs sports et leurs jeux traditionnels et leurs arts visuels et du spectacle* »[122], reconnaissant une obligation positive pour les États de prendre des mesures efficaces pour reconnaître ces droits et en protéger l'exercice, « *en concertation avec les peuples autochtones* »[123]. Dans des affaires récentes d'ailleurs, le Comité a insisté sur le droit des minorités à la liberté d'expression et sur le lien entre cette dernière et le développement de l'identité culturelle[124].

L'UNESCO, pour sa part, prend nettement en compte le rôle important de l'activité artistique pour les sociétés contemporaines. La Déclaration du Mexique sur les politiques culturelles de 1980 stipule : « *La liberté d'opinion et d'expression est indispensable à l'activité créatrice de l'artiste et de l'intellectuel [...] "il est indispensable de créer des conditions sociales et culturelles propres à faciliter, stimuler et garantir la création artistique et intellectuelle, sans aucune discrimination*

---

[121] Adoptée le 29 juin 2006 par la Résolution 2006/2 du CDH et le 3 septembre 2007 par la Résolution 61/295 de l'Assemblée Générale.

[122] Article 31§1 de la DRIPS.

[123] Article 31§2 de la DRIPS.

[124] ComitéDH(jurisprudence): *Poma Poma c. Peru*, Communication No. 1457/2006, 24 avril 2009, CCPR/C/95/D/1457/2006. Voir sur la notion de la culture plus généralement, *infra,* Chapitre 3.

de caractère politique, idéologique, économique et social", tout en soulignant l'importance de la promotion d'activités de nature à sensibiliser l'opinion publique à l'importance sociale de l'art et de la création intellectuelle »[125]. La même année, lors de la formulation de la *Recommandation relative à la condition de l'Artiste* (1980), l'UNESCO a incité les États membres des Nations Unies à prendre toutes les mesures nécessaires afin de développer la création artistique[126]. La recommandation met en exergue, en particulier dans son préambule, que « *la qualité de travailleur culturel qui est reconnue à l'artiste ne doit porter aucune atteinte à sa liberté de création, d'expression et de communication et doit, au contraire, lui assurer sa dignité et son intégrité* »[127]. Plus tard, en 1998, lors de la Conférence intergouvernementale de Stockholm sur les politiques culturelles pour le développement, il a été proclamé que « *les États doivent protéger, défendre et appuyer leurs artistes et la liberté artistique* ». Il a également été affirmé que « *L'art joue un rôle essentiel dans la vie et le développement de la personne et de la société* » et que « *les États doivent protéger, défendre et appuyer leurs artistes et la liberté artistique* »[128].

C. Les mécanismes de protection les plus importants

Tant qu'il n'existe pas d'organe juridictionnel pour le suivi des droits de l'Homme au niveau mondial, on peut distinguer deux catégories de mécanismes de protection : celle des organes quasi-judiciaires et celle des organes non-judiciaires.

1. Les mécanismes quasi-judiciaires : le Comité des Droits de l'Homme et le Comité des Droits économiques, sociaux et culturels

Les deux Comités de suivi des Pactes internationaux de 1966, le Comité des droits de l'Homme et le Comité des droits économiques, culturels et sociaux jouent un rôle de

---

[125] Déclaration du Mexique sur les politiques culturelles, issue de la Conférence mondiale sur les politiques culturelles, Mexico, 26 juillet - 6 août 1982.

[126] Recommandation relative à la condition de l'artiste, adoptée par la Conférence générale de l'UNESCO lors de sa 21e session, Belgrade, 27 octobre 1980.

[127] *Ibidem,* p.23. Voir généralement pour la protection des droits culturels par l'UNESCO SYMONIDES Janusz, « Cultural rights » *in* SYMONIDES Janusz(éd), *Human Rights ; concepts and standards,* Aldershot-Paris,Ashgate- UNESCO, pp.175-227 et BIDAULT Mylène, *La protection internationale des droits culturels, op.cit.*, note 108 et BIDAULT Mylène, *Protection des droits culturels; quelles actions pour l'UNESCO?,*consultation pour l'UNESCO, Institut Interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'Homme; Chaire UENSCO pour les droits de l'Homme et la démocratie, Fribourg 2002, disponible sur www.unifr.ch/iiedh/assets/files/Publications/DT.5.PDF, accédé le 5 juin 2011.

[128] UNESCO : Plan d'action de la Conférence de Stockholm, adopté le 2 avril 1998.

plus en plus important dans la garantie de la liberté d'expression et la liberté religieuse[129].

a. Le Comité des Droits de l'Homme

L'article 28 du Pacte international sur les Droits civils et politiques prévoit l'institution d'un Comité des Droits de l'Homme (ComitéDH), composé de dix-huit experts indépendants, ressortissants des États partie au Pacte et qui y seront des « personnalités de haute moralité », possédant une compétence reconnue dans le domaine des droits de l'Homme[130].

Le Comité a trois fonctions principales :

a) Il examine les *rapports périodiques des États parties*, ce qui permet de veiller à la bonne application du Pacte par les États membres[131] ;
b) Il examine *les plaintes d'un État à l'encontre d'un autre*[132] ;
c) Il examiner *les plaintes individuelles (contrôle contentieux*).

Cette dernière fonction, instituée grâce au protocole facultatif au Pacte[133], est devenue une fonction importante du Comité, car elle permet aux individus qui résident dans un État signataire et qui sont victimes d'une violation des dispositions du Pacte, de soumettre des communications individuelles au Comité[134]. Ensuite, si le Comité

---

[129] Voir COHEN-JONATHAN Gérard, « La Protection Internationale des Droits de l'Homme », *Droit international public*, vol. 3, n° 6, *La documentation française*, 1999, p.63.

[130] Pour l'œuvre et notamment la jurisprudence du ComitéDH, voir à titre indicatif NATIONS UNIES (coll.) *Sélection de décisions du Comité des droits de l'Homme prises en vertu du Protocole facultatif* (Vol.5), New York - Genève, Nations Unies, 2005, CCPR/C/OP/5; REHMAN Javaid, *International Human Rights Law: a practical approach*, Edinbourg, Pearson, 2004, p.89 ss ; HENNEBEL Ludovic *La jurisprudence du Comité des droits de l'Homme,* Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2007, p.268-283; BOUZIRI Nejib, *La protection des droits civils et politiques par l'ONU; l'oeuvre du Comité des droits de l'Homme,* Paris, l'Harmattan, 2003 ; CONTE Alex, *Defining civil and political rights : the jurisprudence of the United Nations human rights committee*, Surrey-Londres, Ashgate, 2004.

[131] Article 40§1 du PIDCP : « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à présenter des rapports sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le présent Pacte et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits ».*

[132] La reconnaissance de la compétence du ComitéDH est alors soumise à la condition d'une déclaration de la part de l'État selon laquelle il reconnaîtrait la compétence du Comité: « *Tout État partie au présent Pacte peut, en vertu du présent article, déclarer à tout moment qu'il reconnaît la compétence du Comité pour recevoir et examiner des communications dans lesquelles un État partie prétend qu'un autre État partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du présent Pacte ».*

[133] Nations Unies: Résolution 2200 A (XXI) de l'AG, du 16 décembre 1966, entrée en vigueur le 23 mars 1976, conformément aux dispositions de l'article 9du PIDCP. Voir le statut des signataires sur le site des Nations Unies http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_ no =IV-5&chapter=4&lang=en, consulté le 25 octobre 2010.

[134] Protocole facultatif au PIDCP, article 1 : « *Tout État partie au Pacte qui devient partie au présent Protocole reconnaît que le Comité a compétence pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers relevant de sa juridiction qui prétendent être victimes d'une violation, par cet État partie, de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte*[…] » et Article 2 du Protocole

constate une violation du Pacte[135], il peut *obliger* l'État signataire à prendre des mesures prévues par le Protocole pour la réparation du préjudice (retour des œuvres confisquées, compensation de la victime) et à fournir à la victime un remède effectif[136]. Les décisions du Comité ont alors un *caractère obligatoire,* ce qui montre, comme le fait remarquer M. Ksentini, que « *le fonctionnement du Pacte s'inscrit dans un processus de renforcement d'un système universel et international de protection des droits de l'Homme* »[137].

En ce qui concerne les requêtes fondées sur l'article 19 du Pacte en particulier, celles-ci se réfèrent à une vaste gamme de sujets : il s'agit par exemple des revendications linguistiques minoritaires[138], de la liberté d'expression pendant les périodes électorales[139], ou des cas de diffamation, notamment des personnes publiques[140]. Le Comité insiste généralement sur les obligations des États en vertu du Pacte, évitant pourtant les solutions radicales. Toutefois, à des nombreuses occasions, le Comité a adopté une position plus dynamique, suggérant que la lecture du Pacte variait selon les mœurs et les périodes. Cette évolution est particulièrement visible dans les affaires

---

facultatif : « […] *tout particulier qui prétend être victime d'une violation de l'un quelconque des droits énoncés dans le Pacte et qui a épuisé tous les recours internes disponibles peut présenter une communication écrite au Comité pour qu'il l'examine* ».

[135] D'après l'article 5, § 4, du PIDCP.

[136] Article 2§3(a), du Protocole facultatif au PIDCP.

[137] KSENTINI Farouk, *Les procédures onusiennes de protection des droits de l'Homme – Recours et détours*, Paris, Publisud, 1994, p.278.

[138] ComitéDH(jurisprudence): *S.G. c. France,* Communication n°347/1988, 15 novembre1991, CCPR/C/43/D/347/1988. Il s'agissait d'une affaire concernant le mouvement « Combat pour la langue bretonne » (*Stourm ar Brezhoneg).* Les requérants visaient à installer des panneaux bilingues (en français et en breton), dans toute la région de la Bretagne, en France. En l'espèce, le Comité a jugé que l'article 19 ne couvre pas la détérioration des panneaux routiers. Voir aussi des nombreuses affaires canadiennes (relatives à la protection du « *visage linguistique du Québec* » par le biais de la *Charte de la langue française*), notamment à propos du remplacement des inscriptions commerciales : en l'espèce, les requérants affirmaient que l'obligation d'employer une langue, quelle qu'elle soit, dans l'activité commerciale *privée* constituait une violation de leur droit à la liberté d'expression garanti à l'article 19§2 du Pacte. Voir, ComitéDH (jurisprudence): *Ballantyne et consorts* c. *Canada*, Communication n° 359/1989 et ComitéDH : *Gordon McIntyre c. Canada*, Communication n°385/1989, 5 mai 1993, CCPR/C/47/D/359/1989). Aussi, Comité DH (jurisprudence) : *Alan Singer c. Canada*, Communication n°455/1991, 26 juillet 1994, CCPR/C/51/D/455/1991 etComité DH (jurisprudence) : *Walter Hoffman & Gwen Simpsonc. Canada* Communication N°1220/2003, 5 août 2005, CCPR/C/84/D/1220/2003 (irrecevable pour des questions de preuve).

[139] ComitéDH(jurisprudence) : *Jong-Cheol contre Corée*, Communication n°968/2001, 27 juillet 2005, CCPR/C/84/D/968/2001. En l'espèce le Comité a jugé que la restriction de la publication des sondages d'opinion pendant la période électorale n'est pas *ipso facto* un but envisagé au 19§3.

[140] ComitéDH(jurisprudence) : *Zeljko Bodrožić c. Serbie et Monténégro*, Communication n°1180/2003, 31 octobre 2005, CCPR/C/85/D/1180/2003.En l'espèce le Comité a observé que l'État partie n'avait pas démontré que le procès pénal et la condamnation de l'auteur pour outrage aient été nécessaires pour protéger les droits et la réputation de M. Segrt, qui était alors une personnalité politique publique de premier plan.

concernant des revendications minoritaires : dans l'affaire *Ballantyne et consorts*, par exemple, en 1989[141] , le Comité avait estimé que les dispositions de la « *Charte de la langue française* » pour la protection du « *visage linguistique du Québec* », à l'époque, interdisaient les publicités en anglais, en concluant à la non-violation de l'article 19§2 du Pacte (mais pas des articles 26 et 27). En revanche, dans l'affaire *Singer* (1994), le Comité a conclu que la Charte canadienne pour la protection de la langue française autorisait des publicités dans d'autres langues, sous certaines conditions[142].

Dans les rapports périodiques, le Comité déplore les violations graves de l'article 19[143] et les restrictions injustifiées à la liberté d'opinion et d'information[144]. A condition que le requérant amène des preuves pour corroborer sa plainte[145], il se montre également très sensible à l'égard de la protection des journalistes, et de la presse plus généralement, ayant confirmé à plusieurs reprises lors de l'examen des communications individuelles que la liberté d'expression était la « *pierre angulaire d'une société démocratique* »[146].

Il n'y a aucun doute sur le fait que l'article 19 du Pacte se réfère également à la liberté de l'art.[147] Toutefois, il n'y a qu'un seul cas, à notre connaissance, où le Comité ait statué sur la légitimité de la censure d'une œuvre d'art: l'affaire *Hak-Chul Shin c. République de la Corée*), s'agissant d'une toile considérée par le juge national

---

[141] ComitéDH(jurisprudence) : *John Ballantyne et autres c. Canada*, précité.

[142] Comité DH(jurisprudence) : *Alan Singer c. Canada*, précité.

[143] Cela était le cas de l'assassinat des journalistes a Mexique en 1996; ComitéDH(Rapports) CCPR/C/76/Add.2, 1994.

[144] Par exemple en Slovaquie, l'article 98 du Code pénal slovaque sanctionnant « la diffusion à l'étranger des fausses informations qui nuisent à l'intérêt slovaque », voir ComitéDH(Rapports), Observations finales, CCPR/C/79/Add.79, 15 et 16 juillet 1997(Slovaquie).

[145] ComitéDH(jurisprudence): *Famara Konè c. Sénégal*, Communication no 386/1989,CCPR/C/52/D/386/1989, 27 décembre 1994**.**

[146] Voir par exemple ComitéDH(jurisprudence): *Velichkin c. Belarus,* Communication n°1022/2001, 23 novembre 2005, CCPR/C/85/D/1022/2001; *Mpandanjila c. Zaïre*, Communication n°138/1983, 26 mars 1996, CCPR/C/27/D/138/1983; *Adimo M. Aduayon et autres c.Togo*, Communication n° 422 à 424/1990, décembre 12 juillet 1996, A/ 51/40, p. 18; *Auli Kivenmaa c. Finlande*, Communication no 412/1990, 31 mars 1994, CCPR/C/50/D/412/1990; *Kalenga c. Zambie*, Communication n°326/1988, 8 février 1993, CCPR/C/48/D/326/1988; *Monja Jaona c. Madagascar*, Communication n°132/1982, 1 avril 1985, CCPR/*C*/24/D/*132/1982*.

[147] ComitéDH(jurisprudence): *John Ballantyne et autres c. Canada*, précité; voir aussi ComitéDH(jurisprudence): *Jong-Cheol contre Corée*, 2005, précité, §8.2.

comme « *faisant le jeu de l'ennemi* »[148] . Les experts du Comité ont affirmé que « *la liberté d'expression artistique fai[sai]t partie intégrale de la protection prévue à l'article 19 du Pacte* » avant de condamner la Corée pour violation de l'article 19[149]. Ils ont par la suite brièvement observé que « *l'image peinte par l'auteur [était] entièrement comprise dans l'étendue du droit à la liberté d'expression*», tout en rappelant que la provision de l'article 19 §2 se référait explicitement aux « *idées répandues en forme de l'art* »[150]. Dans l'affaire *Balantyne*, par ailleurs, le Comité a précisé que l'article 19 irait encore plus loin, en protégeant également l'activité commerciale, et en précisant qu'aucune expression « politique, culturelle ou artistique » ne devrait être restreinte davantage du fait de sa nature : « *Le Comité rejette aussi l'idée que quelque forme d'expression mentionnée plus haut puisse faire l'objet de restrictions à des degrés divers, de sorte que certaines formes d'expression puissent être plus limitées que d'autres ».*

En ce qui concerne les « limites » de la liberté d'expression, certains membres du Comité ont affirmé, dès les années 1980 à l'occasion de l'affaire *Hertzberg,* que les restrictions à la liberté d'expression ne devraient être appliquées de façon à « *perpétue[r] les préjudice ou promou[voir] l'intolerance* » et qu'il est « *d'une importance particulière de protéger la liberté d'expression des points de vue minoritaires, y compris ceux qui offensent, choquent ou dérangent la majorité* »[151]. Par ailleurs, à des nombreuses occasions, le Comité a clarifié que ces restrictions devaient être comprises de façon étroite, à la seule condition qu'elles soient conformes aux articles 19 §2 et à l'article 20[152].

b. Le Comité des Droits économiques, sociaux et culturels

---

[148] ComitéDH(jurisprudence) : *Hak-Chul Shin c. République de la Corée,* Communication No. 926/2000, CCPR/C/80/D/926/2000, décision du 19 mars 2004, à l'occasion d'une plainte individuelle contre la Corée émanant d'un peintre dont un tableau avait été saisi car il a été considéré par le juge national comme « faisant le jeu de l'ennemi ».

[149] *Ibidem,* §7.2.

[150] *Ibidem*: « *the image painted by the author plainly falls within the scope of the right of freedom of expression protected by article 19, paragraph 2; it recalls that this provision specifically refers to ideas imparted in the form of art » .*

[151] ComitéDH(jurisprudence): *Leo Hertzberg et al. c. Finlande*, Communication No. 61/1979, 2 avril 1982, CCPR/C/15/D/61/1979 (opinion individuelle de M.Opsahl, à laquelle s'alignent les membres du Comité Lallah et Tarnopolsky).

[152] *Ibidem.* Voir aussi l'arrêt *Tae Hoon Park,* dans lequel le Comité a rejeté l'argument très vaguement évoqué de la sécurité nationale, sans précision de la nature de la menace; *Tae Hoon Park c. La République de la Corée* communication n° 628/1995, 20 octobre 1998, CCPR/A/54/40.

Le Comité des Droits économiques, sociaux et culturels (Comité des DESC) est l'organe des Nations Unies chargé de la bonne application du PIDESC par les États parties. Il est composé d'experts indépendants et créé en 1985[153]. Depuis le début de ses travaux, il se réunit deux fois par an afin de surveiller la bonne application du PIDESC. Les diplomates de haut niveau représentent 30 à 40% des membres de ce Comité.

Un an après sa création, certains des membres du Comité, accompagnés par d'autres éminents experts du droit international, se réunissaient à l'Université de Limburg, à Maastricht, et signaient les *Principes de Limburg*[154]. Ces derniers donnaient les premières précisions quant au rôle du Comité des DESC et au rapport entre le Comité et les institutions spécialisées et les autres instances internationales.
Les tâches dont le Comité des DESC est en charge lui sont confiées en vertu de la quatrième partie du Pacte et consistent à :
a) examiner les rapports présentés par les États[155]. Le premier rapport doit être soumis au plus tard 2 ans après la ratification ; ensuite sont examinés les rapports des États sous forme de *rapports périodiques* ;
b) examiner *les plaintes d'un État à l'encontre d'un autre* (*state-to-state complaints)*[156].

Lors de l'examen des rapports périodiques, le Comité a en effet parfois examiné des problèmes particuliers émergeant dans le contexte des États membres au PIDESC. Par exemple, lors de l'examen périodique de la République de Corée, le Comité a

---

[153] Par la résolution 1985/17 du Conseil économique et social de l'ONU (ECOSOC) en date du 28 mai 1985.

[154] *Principes de Limbourg*, concernant la mise en place du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels(E/CN.4/1987/17), reproduits in *Human Rights Quaterly*, 1987, vol. 9, n° 2, pp. 122- 135 (en anglais). Voir aussi NATIONS UNIES, *Les droits économiques, sociaux et culturels ; Manuel destiné aux Institutions Nationales des Droits de l'Homme*, publication du Haut Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies, Genève, p. 131 et s.(Annexes). Les principes du Limburg ont été complétés et précisés à deux reprises: 1) en 1992, à l'occasion du rapport du Danilo Türk, (président actuel de Slovénie), ancien rapporteur spécial et représentant permanent des Nations Unies, qui établissait certains postulats concernant la nature des DESC et les obligations étatiques leurs correspondent ; 2) en 1997, à l'occasion des directives de Maastricht, relatives aux violations des DESC, établies à Maastricht par d'autres experts en droit international.

[155] Article 16§1 du PIDESC : « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à présenter, conformément aux dispositions de la présente partie du Pacte, des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées et sur les progrès accomplis en vue d'assurer le respect des droits reconnus dans le* Pacte ».

[156] Articles 11- 13 de la CERD.

examiné quelques problèmes touchant d'une façon ou d'une autre à la liberté des artistes, tels que la censure sur les activités culturelles et éducatives ou l'égalité d'accès aux financements.

Il est vrai que, depuis sa création et au moins jusqu'au début des années 1990, le Comité n'a jamais fonctionné de façon particulièrement dynamique, son rôle étant plus ou moins limité à des remarques relativement « souples »[157]. Les remarques du Comité généralement ne faisant que déplorer les « malheurs » de la liberté d'expression[158]. Certains membres du Comité, à cet époque-là, sont d'ailleurs allés jusqu'à critiquer les bases mêmes de l'approche du Comité : le Sénégalais Monsieur Samba Cor Konate par exemple, dans une étude qu'il publia en 1992 sur le rôle du Comité dans la mise en œuvre des droits culturels, considérait que le Comité percevait les activités culturelles comme un « luxe », alors qu'il ne manifestait aucun intérêt pour leur acception collective[159]. Ces préoccupations sont renforcées par la constatation que, jusqu'en 2008, le Comité n'était pas compétent pour examiner des communications émanant de particuliers ; seuls d'autres organes onusiens pouvaient examiner les questions liées aux droits économiques, sociaux et culturels dans le cadre de leurs missions[160].

Or, ces critiques ne rendent pas tout à fait justice à la réalité du rôle du Comité tel qu'il a évolué aujourd'hui. En effet, depuis les années 1990, ce dernier a entrepris des démarches importantes qui insistent sur les aspects justiciables des droits sociaux, économiques et culturels ; par exemple, par les nombreuses *Observations générales* issues du Comité, à propos de l'application du PIDESC, et notamment l'Observation générale n°9[161], concernant l'applicabilité des normes nationales qui a été, comme le comme le remarque M. Alston, président du Comité, l'« *une des plus fortes déclarations des Nations Unies sur l'importance de transformation des obligations*

---

[157] GHERARI Habib , « Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels », *RGDIP,* 1992, pp.75-102 ; STAMATOPOULOU Elsa, *Cultural Rights in International Law..*, *op.cit.,* p.27.

[158] Comité DESC (rapports périodiques), 18 mai 2001, E/C.12/2001/SR.14 (*République du Corée).*

[159] STAMATOPOULOU Elsa, *Cultural rights in international law*, *op.cit.*, p.49, note 11, citant le rapport E/C.12/1992/WP.4.

[160] PIDESC, article 18: « *conclure des arrangements avec les institutions spécialisées, en vue de la présentation par celles-ci de rapports relatifs aux progrès accomplis quant à l'observation des dispositions du présent Pacte qui entrent dans le cadre de leurs activités* ».

[161] U.N. Doc. E/C.12/1998/24 (1998), §§9-10.

internationales en voies de recours efficaces »[162]. En outre, le rôle du Comité est particulièrement important lors de la réponse proactive du Comité aux appels des ONG internationales et régionales, et qui aboutissent à la résolution de problèmes importants qui impliquent des droits économiques sociaux et culturels[163].

Depuis le début du nouveau millénaire, le rôle du Comité des DESC s'avère d'autant plus important. En effet, certaines démarches fructueuses des représentants du Comité ont abouti à l'adoption, en date du 10 décembre 2008, d'un Protocole facultatif pour le PIDESC ouvert à la signature de tous les États ayant signé ou ratifié le PIDESC, ou y ayant adhéré, conformément à l'article 17 (en mars 2009)[164]– une perspective qui paraissait quelques années auparavant encore utopique[165]. Ce protocole ouvre des perspectives d'un intérêt sans doute majeur pour une meilleure mise en œuvre des droits économiques, sociaux et culturels[166].

2. Autres mécanismes de protection

Parmi les organes non-judiciaires, nous pouvons considérer tout d'abord l'Unesco (organe des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture), dont les

---

[162] ALSTON Philip (entretien) *in* COHRE(Rapport) « Litigating economic, social and cultural rights; achievements, challenges and strategies », Centre on Housing Rights & Evictions (COHRE), Genève, 2003, pp.162-163.

[163] *Ibidem*, p.163.

[164] A/RES/63/117; voir le texte du Protocole sur le site des Nations Unies, http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=fr, consulté le 25 octobre 2010.

[165] En effet, la perspective d'adoption d'un protocole qui aurait octroyé une telle compétence au Comité avait été évoquée pour la première fois lors de la Conférence de Vienne : « *La Conférence mondiale sur les droits de l'Homme encourage la Commission des droits de l'Homme à poursuivre, en coopération avec le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, l'étude de protocoles facultatifs se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* » (Déclaration finale de Vienne, 1993, §75). Or, M. Philippe Texier, ancien expert indépendant au Comité des DESC, en 2003, très peu d'États étaient favorables à l'adoption d'un tel Protocole au sein du Conseil de l'Europe : à l'époque, seuls la Finlande et le Portugal avaient défendu ouvertement et de façon continue ce Protocole ; voir l'entretien avec Philippe Texier, réalisé à Paris le 14 janvier 2003 par Gala Sargiorgi et Maribel WOLF, *in* WOLF Maribel(éd.), *Les droits économiques, sociaux et culturels (DESC): exigences de la société civile, responsabilité de l'État*, Terre des Hommes France, Paris, Karthala, 2003, p.107, note 20.

[166] Voir STAMATOPOULOU, *Cultural Rights in International Law, op. cit.*, pp. 52-54; WILSON Barbara, « *Quelques réflexions sur l'adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies* » *RTDH*, avril 2009, n°78, p.7 et s. La perspective du nouveau Protocol Facultatif, serait en effet extrêmement intéressante, sachant que jusqu'à présente, la jurisprudence du Comité des DESC à propos des droits culturels est relativement clairsemée et concerne notamment des droits des minorités ; par exemple ComitéDH : *Kitok c. Suède,* Communication n° 197/1985, 27 juillet 1988, CCPR/C/33/D/197/1985 (affaire Sami) ou bien *R.T. c France*, Communication N°262/1987 décision du 30 mars 1989 (« *minorités linguistiques Bretonnes* »). Voir à propos, RAMCHARAN Bertrand(éd), *Judicial Protection of Economical, Social and Cultural Rights ; case and materials*, Leiden, Brill, 2005.

domaines d'activités comprennent *ratione materiae* la liberté de l'art, la liberté d'expression et plus généralement les droits culturels. Parmi les procédures spéciales onusiennes, on mentionnera le Rapporteur spécial sur la liberté d'expression, qui a un rôle à jouer dans la protection de la liberté artistique, et tout récemment, la nouvelle Rapporteuse sur les droits culturels. Il serait également utile de faire référence à ce qu'on appelle la « société civile », qui comprend des particuliers, des instituts ou bien des organisations non-gouvernementales (ONG).

a. L'UNESCO et son Conseil exécutif

En 1978, le Conseil exécutif de l'UNESCO, dans sa décision 104 EX/3.3, a mis en place une procédure confidentielle pour l'examen de communications (plaintes) reçues par l'Organisation, concernant des violations alléguées des droits de l'Homme dans ses domaines de compétence[167]. Il y est donc question de la violation du droit à l'éducation, de la liberté d'expression, du droit à la participation à la vie culturelle, et plus généralement toutes les violations qui pourraient relever des articles 26, 27 et 19 de la Déclaration[168]. Dans le cadre de cette procédure (procédure 104 EX/3.3), ce même organe peut être saisi aussi pour examiner soit (a) des cas relatifs à des violations des droits de l'Homme qui sont des cas individuels et spécifiques[169], soit (b) des questions relatives à des violations massives, systématiques ou flagrantes des droits de l'Homme, qui sont la conséquence soit d'une politique contraire aux droits de l'Homme, pratiquée en droit ou en fait par un État, soit d'une accumulation de cas individuels qui constituent un ensemble concordant[170].

Le Conseil exécutif d' UNESCO n'est certainement pas un un corps international judiciaire[171]. Toutefois, il fournit une aide pour trouver des solutions à des problèmes

---

[167] *Ibidem*, p. 631 et s.

[168] Décision 104 EX/3.3 du Conseil exécutif de l'UNESCO. Voir analytiquement, UNESCO(Rapport):184 EX/CR/2, Paris, 19 février 2010, pp.8et s. et aussi UNESCO, *La Procédure de l'UNESCO pour la protection des droits de l'homme; les travaux préparatoires,* Paris, UNESCO, 2009, p.3.

[169] Conformément au paragraphe 14 de la décision 104 EX/ 3.3, la communication peut émaner des personnes ou des groupes de personnes qui peuvent être raisonnablement présumés victimes d'une violation alléguée de l'un des droits de l'Homme mentionnés dans la décision, ou bien de toute personne ou groupe de personnes ou organisation non-gouvernementale qui a une connaissance digne de foi desdites violations.

[170] *Ibidem*, §10.

[171] *Ibidem,* §7 : en agissant « *dans un esprit de coopération internationale, de conciliation et de compréhension mutuelle, l'UNESCO ne pouvant jouer le rôle d'un organisme judiciaire international ».*

spécifiques relevant de sa compétence, en initiant des consultations, sous conditions du respect mutuel, de la confidence et de la confidentialité, par le biais du Comité sur les conventions et recommandations (CR) : de 1978 à 2007, 545 communications ont ainsi été examinées par le Comité sur les conventions et recommandations[172].

Les actions du Conseil exécutif alors viennent compléter le profil de l'UNESCO comme organe onusien « protecteur » de l'éducation et de la culture, aussi bien que des droits culturels, qui dispose d'ailleurs d'un fonds important destiné à l'art et d'un « arsenal » important d'activités, de projets et de programmes, qui encouragent la créativité littéraire, artistique et scientifique[173]. Son profil est également complété par le biais des démarches normatives pour la consolidation de la diversité culturelle et le dialogue interculturel[174], alors qu'il ne faut pas oublier qu'à la suite de la mise en vigueur du PIDESC, il a été question d'une participation de l'UNESCO à la procédure de production des rapports examinés auprès du Comité[175].

b. Les Rapporteurs spéciaux ; le Rapporteur sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression et le nouveau mandat de la Rapporteuse sur les droits culturels

Les Rapporteurs spéciaux des Nations Unis sont des organes du Conseil des Droits de l'Homme ; il s'agit des personnes nommées par le Conseil (auparavant la Commission) des droits de l'Homme dans le cadre de ses « procédures spéciales », choisis sur la base de leur compétence, expérience, indépendance, impartialité et intégrité. Leurs travaux et rapports sont d'une valeur immense, puisque ceux-ci travaillent *sur le terrain* : ils sont généralement chargé d'examiner, de superviser, de conseiller et de faire rapport sur les situations des droits de l'Homme dans des pays ou territoires donnés (mandat par pays) et de dénoncer des phénomènes graves de violations des droits de l'Homme dans le monde entier à propos d'un sujet spécifique

---

[172] D'après le Comité de liaison de l'UNESCO, voir *http://www.ngo-unesco.org/francais/grands-chantiers/droits-de-l-homme/,* consulté le 25 octobre 2010.

[173] Voir généralement KUSI Jonathan, « La compétence de l'UNESCO en matière des droits de l'Homme », in *Les droits de l'Homme à l'aube de XXIè siècle*, Karel Vasak Amicorum Liber, Bruylant, Bruxelles, 1999, p.619; PROHASKA Anton, « UNESCO des nouvelles idées! », *ibidem*, p.1121 et aussi SYMONIDES Janusz, « Cultural rights », *supra,* note 126.

[174] Voir *infra*, Chapitres 3 et 8.

[175] Résolution 5/1, Annexe, du Conseil Exécutif de l'UNESCO.

(mandat thématique)[176]. Ils peuvent répondre à des plaintes individuelles, effectuer des études, conseiller les pays en matière de coopération technique et mener des activités générales de promotion. Dans l'accomplissement de leur mandat, les Rapporteurs spéciaux transmettent des appels urgents et des communications aux gouvernements et effectuent des missions de terrain.

Le Premier Rapporteur sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression était M. Abid Hussain (du 1993 à juillet 2002), nommé par le Conseil (ancienne Commission) des Droits de l'Homme[177], et depuis août 2002, M.Ambeyi Ligabo. Son mandat consiste spécifiquement à constater les violations en matière de liberté d'expression : examiner par exemple des cas de censure ou des mesures de détention, de persécution et d'intimidation « *notamment par un recours abusif aux dispositions législatives concernant la diffamation* », ou constater des menaces, des actes de violence ou des discriminations à l'égard de certains personnes, « *pour avoir exercé le droit à la liberté d'opinion et d'expression et les droits intrinsèquement liés [...]* »[178].

Dans l'accomplissement de son mandat, le Rapporteur est en étroite collaboration avec d'autres organes de la Communauté internationale, tels que le Rapporteur sur la liberté de pensée, de conscience et de religion, le Représentant sur la liberté des médias de l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe ou le Rapporteur sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'expression de la Commission africaine. Le Rapporteur spécial en matière de liberté d'expression a joué un rôle positif dans plusieurs cas de violation de la liberté de l'art[179].

---

[176] Il existe actuellement 30 mandats thématiques et 8 mandats par pays (les pays concernés sont le Burundi, la Cambodge, la République démocratique populaire de Corée, Haïti, le Myanmar, la Somalie et le Soudan). Voir les mandats sur le site du Haut Commissariat des droits de l'Homme http://www2.ohchr.org/french/bodies/chr/special/index.htm, consulté le 25 octobre 2010.

[177] ComitéDH : résolution 1993/45 du 5 mars 1993.

[178] *Ibidem.*

[179] Le Rapporteur spécial a ainsi, entre autres :
- envoyé un appel urgent au gouvernement grec lors le procès de Christos Joachimides, curateur de l'Exposition Outlook, pour l'exposition du tableau « Asperges me » pendant les Jeux olympiques culturels (voir *infra,* Chapitre 5, à propos du cas de la Grèce) ;
- demandé la libération de M. Yan Zhengxue, artiste dissident chinois ;
- appuyé la station brésilienne Radio Antena lors de son procès en diffamation par un feuilleton télévisé ;
- suivi l'affaire des caricatures danoises ;
- fait des efforts pour sensibiliser la société civile en matière de dépénalisation de la diffamation par

Il convient aussi de remarquer qu'en mars 2009, le Conseil des Droits de l'Homme a adopté la résolution 10/23 établissant un nouveau mandat au titre des procédures spéciales, intitulé « Expert indépendant dans le domaine des droits culturels », dont les rapports devraient également avoir un impact important sur les affaires concernant la liberté de l'art dans les années futures[180]. La première Rapporteuse nommée a été la sociologue Madame Farida Shaheed, d'origine pakistanaise ; son premier rapport au Conseil des Droits de l'homme, présenté à la session de juin 2010, portait notamment sur la protection du patrimoine culturel, mais aussi sur la dimension collective du droit à la participation à la vie culturelle[181].

c. La « société civile » comme acteur de protection ?

Le principe de l'*interdépendance* entre tous les acteurs de la société civile a été affirmé par la Commission des Droits de l'Homme lors d'une rencontre internationale à Paris en 1992. Cette rencontre avait en effet pour but d'élaborer le cadre de fonctionnement des institutions nationales pour la protection des droits de l'Homme. Tous les types d'ONG et d'autres organes y ont participé, c'est-à-dire des représentants d'institutions nationales, d'États, de l'ONU et de ses institutions spécialisées, ainsi que d'organisations intergouvernementales. A l'époque, la Commission a élaboré les conditions de l'« interdépendance » des acteurs de la société civile et de la « représentation pluraliste des forces sociales » concernées par la protection et la promotion des droits de l'Homme (ONG, syndicats, institutions, etc.)[182]. D'après la proclamation de ces principes (dits « principes de Paris »), la collaboration entre différents types d'acteurs, sur le plan international, national et régional, a acquis un cadre formel.

En ce qui concerne la liberté d'expression en particulier, l'appui de la société civile est utile à plusieurs niveaux : non seulement l'observation de la situation des droits de

---

le biais de l'art.

[180] Résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme du 26 mars 2009 à propos du nouveau mandat de l'«Expert indépendant dans le domaine des droits culturels».

[181] « Rapport de l'Experte indépendante dans le domaine des droits culturels, Mme Farida Shaheed, soumis en application de la résolution 10/23 du Conseil des droits de l'homme », A/HRC/14/36.

[182] *Principes de Paris*, 1992, Titre II, adoptés par la Résolution 1992/54 de la Commission des droits de l'Homme et la résolution A/RES/48/134 du 20 décembre 1993.

l'Homme, mais aussi l'exercice de pressions (*lobbying*) sur les gouvernements, ainsi que la recherche et la sensibilisation (*advocacy*). Par ailleurs, les acteurs constitutifs de la société civile ne sont pas que des individus au sens strict (des artistes, des intellectuels, des professeurs, des avocats) mais aussi, notamment, des instituts gouvernementaux ou non gouvernementaux agissant à des niveaux international, national ou régional.

En matière de liberté de l'art, le rôle des ONG, notamment internationales, qui ont l'occasion de travailler sur le terrain, est d'une importance singulière. Nous pouvons ainsi établir une typologie tripartite des ONG menant des activités relatives à la liberté d'expression ou à la liberté de l'art en particulier :

- des ONG dont le champ d'action est extrêmement vaste et porte en général sur les droits de l'Homme (ex. Amnesty International) et qui donc, incidemment, peuvent cibler la protection de la liberté artistique ;
- des ONG dont le champ d'action vise spécifiquement la liberté d'expression (ex. Rapporteurs sans frontières, INDEX on censorship, IFEX, Article 19) ;
- des ONG dont le champ d'action vise spécifiquement les arts (ex. PEN pour la littérature, Freemuse pour la musique) ; dans cette dernière catégorie, nous pouvons encore distinguer les ONG qui visent la protection de la liberté d'expression artistique comme élément spécifique de la liberté d'expression, de celles qui visent la protection de la culture et des droits culturels.

§ 2. La protection régionale de la liberté de l'art

Nous envisagerons dans un premier temps la protection de la liberté artistique en Europe, afin d'étudier dans un second temps cette protection dans les systèmes régionaux d'Amérique, d'Afrique et d'Asie.

A. La protection en Europe

Plus qu'un système européen de protection des droits de l'Homme visent à ce que la liberté d'expression (y compris la liberté de création) soit respectée dans les pays qui géographiquement, appartiennent à l'Europe[183]. Nous traiterons parmi ces systèmes la

[183] Outre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe, nous pourrions citer par exemple aussi l'Organisation de la Sécurité et de la Coopération en Europe(OSCE), ou bien la Communauté des États indépendants(CEI). Pour l'OSCE notamment, voir à titre indicatif des travaux sur la

protection juridique offerte à l'art par les deux plus importants d'entre eux : le Conseil de l'Europe et l'Union européenne.

1. Au niveau du Conseil de l'Europe

Il faut distinguer a) l'approche institutionnelle de l'art par le Conseil de l'Europe ; b) la protection offerte par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, signée à Rome en 1950 et notamment le fait de savoir si l'art devrait jouir d'un traitement particulier dans la Convention.

a. L'approche institutionnelle de l'art par le Conseil de l'Europe

Le Conseil de l'Europe, tout comme l'Union, et ce malgré la séparation entre l'Est et l'Ouest jusqu'au début des années 1990, a toujours donné de l'importance à la formation de politiques culturelles et artistiques fortes.

En 1954, au sein du Conseil de l'Europe, a été signée à Paris la Convention culturelle européenne, qui avait pour objectif de « *développer la compréhension mutuelle entre les peuples d'Europe et l'appréciation réciproque de leurs diversités culturelles, de sauvegarder la culture européenne, de promouvoir les contributions nationales à l'héritage et de contribuer à une action concertée en encourageant des activités culturelles d'intérêt européen* ». Depuis, le Conseil de l'Europe a entrepris de nombreuses activités visant à la fois la protection du patrimoine et la promotion de la diversité culturelle[184]. Nous pouvions nous référer notamment à la Recommandation 521 de l'APCE (1968) à propos de la coopération en matière culturelle, par le biais d'une « *politique d'ensemble multilatérale visant à la restauration de l'unité culturelle de l'Europe entière* » ou bien à Conférence de Helsinki de 1972, où il avait été dit que « *si chacun des pays européens avait conscience de participer à une même aire culturelle, la restauration de celle-ci (la coopération culturelle) [était] susceptible d'être accélérée par un ensemble de mesures favorisant la liberté d'expression des artistes européens, d'où résulterait un art proprement européen*»[185].

---

protection de la liberté d'expression , le Rapport final de Vienne, « Freedom of the media: access to information and protection of journalists », 13 et 14 juillet 2006.

[184] CONSEIL DE L'EUROPE, *Orientation du développement de législation et de systèmes de h-gestion du patrimoine culturel*, Strasbourg, 2000; CONSEIL DE L'EUROPE, *La culture au cœur: contribution sur la culture et le développement en Europe*, Strasbourg, 1998.

[185] Document 3185 du Conseil de l'Europe du 12 octobre 1972 cité par DUPUY René-Jean, « La protection et les limites de la liberté d'expression de l'artiste dans la société européenne », *Revue des droits de l'Homme*, Vol. VII, 1974, pp.41- 59.

On peut penser en outre aux activités que mène alors le Conseil pour la protection du cinéma, ou aux politiques culturelles[186]. Aujourd'hui, nous pouvons également songer à ses activités en faveur de la protection du patrimoine culturel, notamment le patrimoine culturel architectural[187], en faveur du retour des biens illicitement volés[188], ou bien, en faveur des démarches pour la coopération – et la diplomatie – culturelle[189], notamment dans la région de la Méditerranée[190].

b. La liberté de l'art inclue dans l'article 10 de la Convention européenne

La Convention européenne ne se réfère pas explicitement à l'art, mais plus généralement à l'expression. En effet, l'article 10 de la Convention prévoit dans son premier paragraphe que *« Toute personne a droit à la liberté d'expression [...] »,* précisant aussi dans un deuxième paragraphe que « *L'exercice de ces libertés comport[e] des devoirs et des responsabilités [...]* »[191]. Ainsi, elle a précisé maintes fois que l'expression est considérée comme l'« *une des conditions primordiales du progrès et d'épanouissement de chacun* » et un « *fondement essentiel d'une société démocratique* »[192]. Cependant, la liberté artistique n'est pas absente de la Convention. En effet, le texte de la Convention se réfère spécifiquement aux « informations » et aux « idées », ainsi qu'au cinéma et à la télévision, des médiums qui peuvent,

---

[186] Voir par exemple le rapport 4306 du 8 mai 1979 à propos du « cinéma et de l'État » et la création envisagée d'un Office européen de cinémathèque et de matériel pédagogique 1831 du 2 novembre 1964.

[187] Notamment par la Convention pour la sauvegarde du patrimoine architectural de l'Europe signée à Granada le 3 octobre 1985. Voir HARALAMBIDIS Constantin, « La convention de Granada et son influence dans la législation grecque pour la protection de l'environnement culturel » [« Η Σύμβαση της Γρανάδας και η επιρροή της στην ελληνική νομοθεσία για την προστασία του πολιτιστικού περιβάλλοντος»] in Tome en l'honneur du Conseil Juridique de l'État[ΝΣΚ], Sakkoulas, Athènes-Commotini, 2008, p.1069-1111; PAPAKONSTANTINOU Apostolos, « La convention de Granada et la Constitution» [« Η σύμβαση της Γρανάδας για την προστασία της αρχιτεκτονικής κληρονομιάς και το Σύνταγμα»], paru le 26 novembre 2004 sur http://www.nomosphysis.org.gr/articles.php?artid=390&lang=1&catpid=72, consulté le 26 octobre 2010.

[188] Voir par exemple le Rapport Doc.10063 du 4 février 2004, intitulé « mettre un terme au pillage des biens culturels africains » .

[189] CONSEIL DE L'EUROPE (& PICKARD Rob), *European Cultural Heritage; Intergovernmental Cooperation*, Vol.1, Strasbourg, 2003.

[190] Voir le rapport à propos de « la coopération culturelle européenne et le rôle futur de l'Assemblée », Doc.9473 du 29 mai 2002 ; la Proposition de recommandation au sujet de «Culture et coopération dans le bassin Méditerranéen », Doc. 8854 du 5 octobre 2000.

[191] A titre indicatif, voir VOORHOOF Dirk, *Analyse critique de la portée et de l'application de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme,* Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995 ; OETHEIMER Mario, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe : contribution à l'étude de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'Homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni*, Paris, Pedone, 2001.

[192] CEDH : *Handyside c. Royaume Uni*, 7 décembre 1976, §49, précité.

éventuellement, diffuser (entre autres) de l'art. Ainsi, M. Dupuis constate en 1974 que la liberté d'expression de l'artiste est « *implicitement reconnue à l'article 10 de la Convention* »[193].

Ainsi, intégrer l'art dans la protection de la Convention n'a soulevé aucune question, comme cela est démontré par une décision de la Commission et un arrêt de la Cour au début des années 1990. En revanche, la question de savoir si l'art peut légitiment ouvrir le droit à une protection « spéciale » a été l'objet de discussions, et demeure encore aujourd'hui ouverte[194].

La question de la liberté de l'art et du statut de l'artiste a occupé pour la première fois les organes juridictionnels de Strasbourg au cours de l'affaire *Nageli,* en 1983[195]. La Commission avait été saisie par un peintre de graffitis notoire des années 1980, qui avait peint en noir à la bombe aérosol diverses figures sur un grand nombre d'immeubles de la ville de Zurich. Elle avait jugé « *utile d'examiner la plainte de l'artiste sous l'angle de l'article 10* » : non seulement il allait de soi que l'article 10 englobait la liberté d'expression artistique mais, de plus, la Commission s'est posé la question d'une protection éventuellement spécifique de la liberté de l'art, se demandant « *si l'expression artistique bénéfici[ait], aux termes de l'article 10, d'une protection plus étendue que toute autre forme d'expression* ». Elle a ainsi conclu que la question pouvait « *demeurer ouverte* »[196].

Un an plus tard, la Commission et la Cour ont eu l'occasion de mener une réflexion plus ample sur la liberté de l'art. En l'espèce, un artiste suisse, Josef Félix Müller, avait participé à l'exposition *Fri-Art 81* dans le canton de Fribourg, y exposant trois toiles de grand format intitulées « Trois nuits, trois tableaux ». Le jour du vernissage, le juge d'instruction, averti par le Procureur général, fit enlever et confisquer les trois toiles du peintre en raison de leur caractère prétendument obscène. Des poursuites ont

---

[193] DUPUY René-Jean, « La protection et les limites de la liberté d'expression de l'artiste… », *op.cit., supra,* note 185, pp.41- 59.

[194] Voir analytiquement le tableau de la jurisprudence de la Cour au sujet de la liberté artistique, *infra,* Chapitre 6.

[195] Comm. eur.dr. Homme : *N. c Suisse*, requête N°9870/82, décision de la Commission du 13 octobre 1983, D.R. 34, p.208, basée sur l'Article 10 de la Convention et concernant les œuvres graffiti.

[196] *Ibidem*.

été initiées, résultant en la condamnation pénale des dix organisateurs ainsi que du peintre, à une amende et à la confiscation des tableaux litigieux[197]. Par un arrêt de 1983, la Cour de Cassation du Tribunal fédéral suisse précisait que « *la liberté artistique, dont le recourant se prévaut, ne saurait justifier, en l'espèce, une autre appréciation* » (selon laquelle l'œuvre d'art aurait pu jouir d'un statut particulier).

La requête auprès de la Commission européenne a été introduite par dix personnes, y compris le peintre, les organisateurs de l'exposition, deux autres artistes, un critique d'art et un professeur de dessin. La Commission, avant d'examiner le fond de l'affaire, a estimé que « *la question de savoir ce qui relève ou ne relève pas de l'expression artistique est complexe et délicate* » et qu'« il *ne lui appartient pas d'émettre un jugement de valeur sur l'éventuelle qualité artistique de telle ou telle œuvre* »[198]. Elle a ensuite remarqué que la liberté d'expression comprend sans doute la liberté de l'art, à savoir la liberté de l'artiste de se faire exposer, ainsi que la liberté des organisateurs de l'exposition à la réaliser : « *La Commission estime que la création d'œuvres d'art tout comme l'exposition de celles-ci sont des activités qui sont, comme telles, protégées par le droit à la liberté d'expression reconnu à l'article 10 §1 de la Convention* »[199].

Quant au jugement sur le fond, la Commission a reconnu que le but légitime poursuivi était la protection de la morale, et a rappelé l'arrêt *Handyside*, d'après lequel « *on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la morale* »[200]. Ensuite, sans procéder à un examen de la qualité des trois tableaux du point de vue esthétique, elle a constaté que le thème des toiles litigieuses était la représentation de relations sexuelles entre des hommes et des animaux et que ce thème aurait pu raisonnablement amener les tribunaux suisses à les considérer comme étant « obscènes »[201]. Or, la Commission a pris en compte d'autres critères[202],

---

[197] Le tribunal interne avait relaxé les accusés au bénéfice du doute du chef d'atteinte à la liberté de croyance et des cultes, conformément à l'article 261 du Code pénal Suisse.

[198] CommDEH : *Müller et autres c. Suisse*, rapport de la Commission du 8 octobre 1986, D.R. 45, p.166, §65.

[199] *Id.*, §67.

[200] *Id.*, § 79. Elle remarqua également que la notion de la morale devrait être appréciée en fonction des circonstances : *« la composition de la population du point de vue sociologique, religieux ou culturel, certains objets acceptés ailleurs pourront être jugés obscènes à certains endroits en de certaines circonstances et à un certain moment* » ; *id.*, §85.

[201] *Id.*, §81.

afin d'apprécier si la protection de la morale justifiait en l'espèce la restriction de l'expression par l'infliction d'amendes aux requérants et la confiscation des tableaux. Ensuite, la Commission a distingué l'amende pénale imposée aux organisateurs de la confiscation des toiles.

Quant à l'amende, la Commission a conclu à l'unanimité qu'elle n'était pas nécessaire[203]. Quant à la confiscation des toiles, elle a d'abord remarqué qu'elles présentaient une valeur artistique, à savoir qu'il s'agissait d'« *exemplaires uniques d'œuvres présentant un intérêt artistique* »[204] . Elle a par la suite noté que ceci avait été reconnu également par les juridictions suisses, puisque ces dernières, « *tout en estimant ces toiles obscènes au sens de l'article 204 du Code pénal, leur ont cependant reconnu un certain intérêt artistique puisqu'ils en ont ordonné la confiscation et non pas la destruction prévue par la lettre de l'article 204 alinéa 3 du Code pénal* »[205]. Elle a alors conclu, par 11 voix contre 3, que dans une société démocratique, l'ingérence n'était pas nécessaire et se révélait disproportionnée par rapport au but légitime poursuivi[206], tout en remarquant la nature particulièrement grave de la mesure de confiscation qui, d'après elle, était apparemment prononcée pour une durée indéterminée[207]. Elle a enfin noté que des alternatives auraient été envisageables dans le but de protéger la morale, par exemple, une simple interdiction d'exposer à l'avenir les toiles en question ou l'imposition d'une obligation d'autorisation préalable ou de fixation d'un âge limite pour pénétrer sur les lieux de l'exposition[208].

La Cour, dans un raisonnement notablement plus succinct que la Commission[209], a expressément précisé que « *l'article 10, ne distinguant pas les diverses formes*

---

[202] *Id*., §83. L'exposition n'était présentée qu'à Fribourg ; l'artiste ayant créé les œuvres sur place ; l'artiste faisait montre d'une activité artistique importante sur le plan national et international ; la presse avait pris position en faveur des requérants suite à l'enlèvement des toiles ; il n'y eut dans la population, apparemment, aucun mouvement de protestation suite à l'exposition des œuvres.

[203] *Id*., §85.

[204] *Id*., §93.

[205] *Id*., §91.

[206] *Id*., §104.

[207] *Id*., §95.

[208] *Id*., §102.

[209] « Markedly weaker », selon LESTER Anthony, « Freedom of Expression » *in* Ronald MACDONALD, Franz MATCHER, Herbert PETZOLD et al.(ed), *The European System for the*

d'expression, englob[ait] aussi la liberté d'expression artistique – notamment dans la liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées – qui permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte, ayant garanti sa liberté de recevoir et communiquer des informations et des idées »[210]. Notant l'importance de la liberté d'expression, la Cour n'a pas négligé d'évoquer aussi le Pacte international des droits civils et politiques, article 19, paragraphe 2, qui désigne explicitement comme un élément de la liberté d'expression les informations et idées revêtant « une forme artistique » et conclut ainsi que la notion de liberté d'expression est sans doute suffisamment large pour inclure l'expression artistique[211]. Or, elle jugea en l'espèce que tant l'amende aux dix organisateurs que la confiscation des toiles étaient des mesures « *nécessaires dans une société démocratique* » puisque, aux yeux de la Cour, ces dernières étaient « *de nature à blesser brutalement la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale* »[212]. Aussi, elle conclut qu'il n'en résultait pas que la condamnation des requérants à Fribourg, « *n'ait pas répondu à un besoin social réel comme l'ont en substance affirmé les trois juridictions suisses saisies de l'affaire* », admettant implicitement la compétence subsidiaire du juge national en la matière[213].

Quant à la confiscation des toiles, cette mesure était, selon la Cour, d'autant plus « nécessaire », puisque les considérations qui justifiaient la condamnation des organisateurs valaient aussi, aux yeux de la Cour, pour la confiscation[214], sachant aussi que le but de la confiscation était de « *prévenir que de telles toiles fussent encore exposées en public, sans précaution aucune* ». Par ailleurs, la Cour n'a aucunement considéré que les toiles devaient bénéficier d'un traitement particulier, se contentant à de noter que « *l'artiste et ceux qui promeuvent ses œuvres n'échappent pas aux possibilités de limitation que ménage le paragraphe 2 de l'article 10. Quiconque se prévaut de sa liberté d'expression assume en effet, selon les propres termes de ce paragraphe, des "devoirs et responsabilités" ; leur étendue dépend de sa*

Protection of Human Rights, The Hague-Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p.471.

[210] Cour eur.dr. Homme : *Müller et autres c. Suisse*, 24 mai 1988, série A, n°133, §27.

[211] *Id.*, §27.

[212] *Id.*, §36b.

[213] *Id.*, §36c.

[214] *Id.*, §43.

situation et du procédé utilisé »[215].

2. Au niveau de l'Union européenne

La promotion de la « liberté de l'art » au niveau de l'Union est attachée à la tradition libérale et démocratique de l'Europe, à son riche héritage artistique, ainsi qu'à son histoire. En effet, les États d'Europe ayant survécu pour la plupart à des expériences totalitaires, la question de la liberté de l'art a toujours eu une grande importance tantôt symbolique, tantôt réelle[216]. Toutefois, la question de l'art au sein de l'Union est posée aujourd'hui plutôt en termes de liberté de circulation des œuvres et de financement des arts.

a. Les questions touchant à la liberté artistique *en principe* exclues des compétences de l'Union

L'objectif principal de l'Union étant la paix, la sécurité et le développement économique en Europe, les questions de la culture en Europe et l'« identité culturelle européenne » ont toujours été porteuses d'ambiguïtés. Au niveau de l'Union, les questions culturelles comme la langue, l'organisation religieuse, l'éducation ou les média étaient, au moins jusqu'à la signature du Traité de Maastricht, traditionnellement liées à la souveraineté des États membres. En effet, l'Union n'a acquis des compétences explicites qu'en 1992, à la suite du Traité de Maastricht[217] et ceci, uniquement en ce qui concerne des domaines de la diffusion de la culture des

---

[215] *Id.*, §34.

[216] L'attache de l'Union au libéralisme aurait des explications historiques et politiques, en particulier le passé totalitaire et fasciste de la plupart des états fondant le « cœur » de l'Union. DUPUY René-Jean, « La protection et les limites de la liberté d'expression de l'artiste.. », *op.cit.*, *supra,* note 185, p.49. En effet, l'auteur remarque que, depuis les fondements de l'Union européenne, il existait en Europe occidentale une tendance généralisée à la reconnaissance de la liberté d'expression. En faisant une comparaison entre le concept libéral et le concept socialiste de la liberté d'expression, il met en exergue un certain « contraste » et constatant que ce dernier « *prend un relief particulier au regard de la liberté d'expression de l'artiste* ». Ainsi, il remarque que « *dans l'approche générale des droits de l'Homme, la société occidentale met l'accent sur la liberté de la personne humaine dans ces rapports avec l'État* », attendant un «*élargissement des conditions de l'exercice de cette liberté* », tandis que « *la société socialiste situe cette liberté en fonction des devoirs individuels envers l'État et la Communauté* ».

[217] Article 128 du Traité sur l'Union Européenne (Traité du Maastricht)- 151§2 du Traité instituant la Communauté Européenne (TCE). Voir à propos, CORNU Marie, *Compétences culturelles en Europe et principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p.155et s. Selon Derout, cet article n'a fait que codifier ce qui existe en pratique: une compétence culturelle de l'Union qui s'exerce depuis 1974 dans le secteur culturelle (depuis une résolution du Parlement européen - JO C62 du 30 mai 1974- à propos de la protection du patrimoine culturel), tout en respectant les compétences nationales à propos des trésors nationaux (article 36 du traité du Rome): DEROUT Anne, *La protection des biens culturels en droit communautaire*, Paris, Apogée, 1993p.12, note 2 et p.39 et s.

peuples européens, de la conservation et de la sauvegarde du patrimoine culturel ou bien de la coopération culturelle extérieure.

Cette spécificité de l'Union, ainsi que le traitement du sujet des « arts » dans la doctrine d'un point de vue principalement technique[218], auraient, en principe, exclu la question des limites de la « liberté d'expression artistique » du champ communautaire – et notamment des limites qui toucheraient – éventuellement – à la protection des croyances religieuses. Par ailleurs, les politiques culturelles de l'Union et l'encouragement (par le biais de financements notamment) de la création artistique, ont un impact implicite mais extrêmement important pour la « liberté de l'art » au sein de l'Union, puisqu'ils aboutissent à ce que le statut de l'artiste au sein de l'Union soit généralement, à la différence d'autres continents, particulièrement élevé[219]. En outre, l'européanisation des politiques publiques de l'Union, y compris donc les politiques culturelles[220], entraîne une impulsion certaines des arts et des lettres, dans un esprit libéral de définition des arts et de la liberté de création : par exemple, donne de plus en plus de moyens d'aides à la création à des pratiques, qui ne peuvent que vaguement être définies de l'« art » ou de la « culture » : les jeux vidéos par exemple, par le biais de son programme d'aide au cinéma européen[221].

Le corollaire du ce libéralisme serait d'ailleurs le fait que la Charte des droits fondamentaux, à l'instar de la Constitution allemande[222], comprend une disposition

---

[218] Voir par exemple, CRAUFORD SMITH(ed.), *Culture and European Union Law*, Oxford University. Press, 2004; EDJAHARIANE Vérane, *L'œuvre d'art dans l'Union Européenne*, thèse en droit public, Grenoble, 1996.

[219] Il s'agit par exemple du « European Social Fund », de la protection de l'héritage architectural(notamment en collaboration avec le CoE), du programme MEDIA, du programme CULTURE et d'autres initiatives récentes, visant en particulier les livres, les arts plastiques, la production audiovisuelle. Voir généralement « State aids and National Cultural Policy» et «EEC Cultural Policy» *in* LOMAN Annemarie, MORTELMANS Kamiel et al., *Culture and Community law : before and after Maastricht*, Kluwer, 1992 pp.123-139 et pp.159-177.

[220] Voir par exemple MORABITO Marcel, « L'européanisation des politiques éducatives », *in* OBERDORFF Henri (dir), *L'Européanisation des politiques publiques*, Presses Universitaires de Grenoble, coll. Europa, 2008, pp.47-60.

[221] AMIEL Olivier, *Le financement public du cinéma dans l'UE,* Paris, LGDJ, 2007, pp.31-32. Pour cet auteur, il est discréditant pour l'art de vouloir tout intégrer à la conception de l'« art », *idem,* citant l'ouvrage de Alan Bloom, *L'âme désarmée, essai sur le déclin de la culture générale* », 1987. En revanche, un tribunal français de première instance considéra que les jeux vidéos ne sont considérés de l'art que si les critères de l'originalité dans l'idée, le son, la musique et la programmation sont couvertes, voir TPI de Versailles, *Vincent c. Software,* arrêt du 18 novembre 1999.

[222] Voir *infra,* notes 327 et 1814 et s.

intitulée « *liberté des arts et des sciences* », qui prévoit que *« les arts et la recherche scientifique sont libres* »[223] ; c'est l'un des rares cas sur le plan international à émanciper la *liberté de l'art* de la liberté d'expression. La Charte, désormais contraignante dans les États membres de l'Union (mis à part le Royaume-Uni, la Pologne et la République tchèque)[224], « dote » de cette façon la liberté de l'art, et les droits culturels plus généralement, d'une normativité, voire d'une justiciabilité dont seul le futur pourra nous montrer les effets . Sans doute alors, l'adoption du Protocole n°14, qui autorise l'adhésion de l'Union à la Convention[225], constitue une étape décisive vers la création d'un espace européen des droits fondamentaux[226], ce qui entraînerait donc le renforcement des droits à la liberté d'expression, de la liberté de l'art et des droits culturels plus généralement au sein de l'Union[227].

Toutefois, il serait faux de considérer que la Charte prévoit une liberté « illimitée » de l'art. L'article 13 de la Charte devrait, selon les explication de la Charte, être perçu comme une disposition complémentaire à l'article II, paragraphe 1, concernant la liberté d'expression et d'information, qui dispose à son tour que « *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 frontières* ». Par ailleurs, la Charte « *n'a pas pour vocation de remplacer la Convention, ni même de la*

---

[223] Article 13 de la Charte européenne des droits fondamentaux, proclamée à Nice le 7 décembre 2000 (JO C 364). Voir aussi la version du 12 décembre 2007, qui « reprend en adaptant la Charte proclamé le 7 décembre 2000 et la remplacera à compter du jour de l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne » (JO C303, 14 décembre 2007, p.1).

[224] Article 6§1, al.3, du Traité sur l'Union Européenne. Ce dernier, signé à Lisbonne le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1 décembre 2009, modifia l'ancien traité sur l'UE (ainsi que le traité instituant la CE, qui est remplacé par le traité sur le fonctionnement de l'UE (le TFUE, *JO* C 306 du 3 mai 2008).

[225] Protocole n° 14, Article 17: « *[l]'Union européenne peut adhérer à la présente Convention* ».

[226] En effet, le Conseil Européen a adopté à l'unanimité le projet de mandat de négociation en vue de l'adhésion future de l'Union à la Convention en juillet 2010. Voir pour les négotiations antérieures IMBERT Pierre-Henri, « De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », *Droits fondamentaux*, n° 2, janvier - décembre 2002 et généralement OBERDORFF *Henri*, « La reconnaissance des droits fondamentaux dans l'Union européenne », *in* FERRAND Jérôme et PETIT Hugues, *L'Odyssée des Droits de l'Homme, Tome 2 : Enjeux et perspectives des Droits de l'Homme*, Harmattan, Paris, 2003, pp.363-372. Voir aussi, PAPADIMITRIOU Christos, « La contribution des prinicpes de subsidiarité et de proportionnalité à la protection juridiques des droits fondamentaux en droit communautaire » [Η συνεισφορά των αρχών της επικουρικότητας και της αναλογικότητας στη δικαστική προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων από το κοινοτικό δίκαιο], *Nomiko Vima*, Vol.57, n°2, 2009, pp. 361-375. CHRISTIANOS Vassileios, « Η συνθήκη της Λισσαβόνας και οι νέοι κανονισμοί λειτουργίας της ΕΕ », [Η συνθήκη της Λισαβόνας και οι νέοι κανονισμοί της΄Ενωσης], *Nomiko Vima*, Vol.57, 2009, pp. 811-824.

[227] Voir tout de même la problématique sur l'identité culturelle de l'Union, *infra,* Chapitre 7.

concurrencer »[228] et la Cour de Justice n'a jamais laissé sous-entendre que la liberté de l'art pourrait être considérée comme un droit absolu et ne devrait pas être considérée, tout comme la liberté d'expression, selon sa fonction dans une société donnée[229]. En toute logique, alors, l'article 13 ne saurait être considéré comme entrant en concurrence avec l'article 10 de la CEDH – y compris donc l'article 10 §2 qui prévoit des restrictions – puisque l'article 52 §3 de la Charte stipule que cette dernière « *respecte la CEDH, ses protocoles et la jurisprudence développée par la Cour européenne des droits de l'Homme* »[230].

b. La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne(CJUE) à propos de la liberté de l'art

Dans un célèbre arrêt de 1970, la Cour de Justice affirme qu'elle se considère le « gardien » des droits fondamentaux dérivant des « *traditions constitutionnelles communes* » aux États membres[231]. Cette formule est également inscrite dans la version du Traité sur l'Union européenne signée à Maastricht en 1992[232]. Depuis, elle a eu l'occasion de consolider des droits tels que la liberté d'expression, qui ne sont pas directement fondés dans le système communautaire, mais qui découlent justement des traditions des États membres. Par ailleurs, déjà avant la mise en vigueur de la Charte des droits fondamentaux, la jurisprudence constante de la Cour de Justice affirmait que « *les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux*

---

[228] BENOIT-ROHMER Florence, « L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'Homme», *RUDH,* Vol.12, n°1-2, 2000, pp.57-61.

[229] CJCE: arrêts du 8 avril 1992, *Commission c. Allemagne*, C-62/90, Rec., p. I-2575, point 23, et du 5 octobre 1994, X. c. Commission, C-404/92, Rec., p. I-4737, point 18; 12 juin 2003, *Schmidberger c. Autriche*, aff.C-112/00, Rec.2003, pp. 1-5659, point 80: « *les droits à la liberté d'expression et à la liberté de réunion pacifique garantis par la Convention européenne n'apparaissent pas non pluscontrairement à d'autres droits fondamentaux consacrés par la même Convention[…], comme des prérogatives absolues, mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société. Des restrictions peuvent ainsi être apportées à l'exercice de ces droits, pour autant que celles-ci répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général et ne constituent pas, compte tenu du but poursuivi par de telles restrictions, une intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance même des droits protégés*».

[230] D'après l'explication de la Charte (Charte 4473/1/00 REV 1, Bruxelles, le 19 octobre 2000, Convent. 49) « *ce droit est déduit en premier lieu des libertés de pensée et d'expression. Il s'exerce dans le respect de l'article 1er et peut être soumis aux limitations autorisées par l'article 10 de la CEDH* ». Il est par ailleurs précisé que *« les libertés énoncées doivent s'exercer dans le même cadre limitatif que la liberté d'expression, prévu par l'article 10.2 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et dans le respect de l'article 1er de la Charte relatif à la dignité humaine, qui couvre notamment les questions d'éthique en matière de recherche scientifique* ». Voir généralement SCHNEIDER Catherine « De quelques nouvelles péripéties de la dialectique de l'ordre et le désordre dans le système communautaire ; réflexions sur la *Charte* des droits fondamentaux de l'Union européenne », *in* FERRAND *Jérôme et PETIT Hugues, L'Odyssée des droits de l'homme…*, *op.cit.,* pp.373-390.

[231] CJCE : 12 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, *C-11/70*, Rec. CE I- p.1125.

[232] Article F, §2 du Traité sur l'Union Européenne (Traité du Maastricht).

du droit dont la Cour assure le respect »[233]. Par ailleurs, un nombre d'arrêts relatifs à la liberté d'expression portent justement à la désignation des « limites » de la liberté d'expression : l'affaire *Schmidberger*, par exemple, où la Cour s'est trouvée confrontée à la question de savoir si la liberté de transport des marchandises devrait prévaloir sur la liberté de rassemblement et d'expression (s'agissant d'une manifestation des activistes qui avait immobilisé le trafic des autoroutes pendant trente heures)[234] ; l'affaire *Damgaard*, dans laquelle elle a dû mettre en balance la santé publique et la liberté d'expression publicitaire[235] ; ou bien l'affaire *Lindqvist*, où elle a dû résoudre un conflit la liberté d'expression et la protection de la vie privée devrait emporter[236] ; tout comme le conflit entre la protection des consommateurs et la liberté d'expression dans l'affaire *Karner*[237].

A notre connaissance, la Cour de Justice n'a pas eu, pour l'instant, l'occasion de se prononcer sur la question de la liberté d'expression artistique en tant que telle. En revanche, elle s'est prononcée depuis très tôt sur le statut des artistes et des œuvres d'art au sein de l'Union. Dans son fameux arrêt « des œuvres d'art », concernant une affaire d'exportation des œuvres d'art opposant la Commission contre l'Italie, elle s'est contenté de préciser que le marché commun n'établit aucune exception « artistique » pour les œuvres d'art[238], en rejetant implicitement la thèse initiale des auteurs du Traité de Rome, d'après laquelle les œuvres d'art n'étaient pas assimilables à des biens de consommation et d'usage générale[239]. Elle précisa dès lors que les dispositions sur la libre circulation des marchandises visaient l'ensemble des

---

[233] CJCE : 18 juin1991, *ERT*, C-260/89, Rec. pp.1-2925, point 41; 6 mars 2001, *Connolly c. Commission,* C-274/99 P, Rec. p. I-1611, point 37; 22 octobre 2002, *Roquette Frères,* C-94/00, Rec. p. I-9011, point 25.

[234] CJCE : 12 juin 2003, *Schmidberger c. Autriche*, précité, obs. VIAL Clair, « Libre circulation des marchandises et protection des droits fondamentaux : à la recherche d'un équilibre », *RTDH,* n°58, 2004, pp.439-459.

[235] CJCE : *Damgaard,* 2 avril 2009, C-421/07, *Europe,* juillet 2009, n°270, obs. D.SIMON.

[236] CJCE : 6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, aff.C-101/01, Rec. 2003, pp.1-12971, obs. C. de Terwangne, «Affaire Lindqvist ou quand la Cour de justice des Communautés européennes prend position en matière de protection des données personnelles », *Revue du droit des technologies de l'information*, 2004, p.67-99 et et L. COODRAY, « Case C-101/01, Bodil Lindqvist », *Common Market Law Review*, Vol.41, 2004, pp.1361-1376.

[237] CJCE : *Karner c. Commission,* 25 mars 2004, C-71/02, p.I-3025, *RTDH,* n°63, 2005, p.655, obs. Picheral.

[238] CJCE : Arrêt « Œuvres d'art », *Commission contre l'Italie*, 10 décembre 1968, Affaire 7/68, Réc. 1968, p.617. Voir BYRNE-Quentin et SYTTON RENOLD Marc-André, *Les objets d'art dans l'Union européenne: aspects juridiques et pratiques*, Actes d'une rencontre organisee le 27 septembre 1993, Paris, La Bibliothèque des arts, Coll. Études en droit de l'art, 1993, pp.94-95.

[239] *Ibidem,* p.94

échanges des marchandises, à savoir à tous les produits qui peuvent être « *appréciés en argent et susceptibles d'être l'objet de transactions commerciales* »[240].

B. La protection de la liberté d'expression artistique en Amérique, en Afrique et en Asie

La liberté de l'art n'est pas spécifiquement traitée dans les instruments régionaux de l'Amérique, de l'Afrique et de l'Asie. Toutefois, des nombreux éléments, notamment la jurisprudence de la Cour interaméricaine et les initiatives des organisations régionales avec celles de l'UNESCO, permettent de diagnostiquer la consolidation d'un droit à la liberté de l'art sur ces trois continents.

1. Sur le plan de l'Organisation des États Américains

Il semble que la liberté de l'art est bien protégé, au moins formellement, sur le plan de l'Organisation des États Américains (OEA) [241], notamment gràce à l'existence des sources spécifiques pour la protection de la culture et des arts, aussi bien qu'au rôle dynamique de la Cour Interaméricaine.

a. Les sources de la protection juridique de la liberté de l'art au sein de l'Organisation des États Américains (OEA)

Sur le plan de l'OEA, la liberté d'expression artistique est protégée par la *Convention américaine relative aux Droits de l'Homme* (la CADH ou bien, Pacte de San José)[242]. A titre complémentaire, elle est protégée par le Protocole de San Salvador, qui vise spécifiquement à la protection des droits économiques, sociaux et culturels[243].

L'article 14 du Protocole additionnel notamment, intitulé « *le droit aux bienfaits de la culture* », dicte que « *chacun a le droit de prendre part à la vie culturelle et artistique de la communauté* ». Les individus, les groupe de personnes, ou ONG reconnus par au

---

[240] *Ibidem,* p.95.

[241] L'OEA trouve ses origines dans l'Union internationale des Républiques américaines, établi par la première Conférence interaméricaine dans les années 1890.

[242] Adoptée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969.

[243] Adoptée à San Salvador, Bahames, le 17 novembre 1988, à la dix-huitième Session ordinaire de l'Assemblée générale de l'OEA. Analytiquement voir CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, « Le système inter-américain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIe siècle », AFDI, Vol. 46, 2000, pp. 548- 577.

moins un pays membre de l'Organisation des États Américains, qui ont ratifié le Pacte, peuvent alors faire appel à l'article 13 §1 qui dicte que : « *Toute personne a droit à la liberté de pensée et d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, que ce soit oralement ou par écrit, sous une forme imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix* ». Cette Convention justement, ayant établi deux mécanismes de suivi (la Commission et la Cour interaméricaine des Droits de l'Homme (Commission IADH et CIADH respectivement), donne d'ailleurs à chacun le droit de pétition individuelle ou de communication[244].

b. L'application de la protection juridique de la liberté de l'art au sein de l'OEA

Dans la jurisprudence de la CIADH, le droit à la liberté d'expression n'a été jusqu'à présent que rarement interprété[245]. D'ailleurs, généralement, la CIADH renvoie à l'interprétation de l'article 10 de la Convention européenne par la Cour européenne[246]. La première affaire que la CIADH a jugée en matière de liberté d'expression était l'affaire de « *l'adhésion obligatoire* » en 1985[247]. Depuis, la Cour a précisé à plusieurs reprises que l'article 13 de la Convention américaine interdisait la censure préalable[248], qu'il allait plus loin que le droit de parler ou d'écrire et qu'il comprenait aussi le droit d'utiliser n'importe quel médium jugé approprié pour partager des idées et les répandre le plus largement possible, moyens artistiques

---

[244] Analytiquement voir CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, « Le système inter-américain …», *op.cit.,* p.553.

[245] WECKEL Philippe et RINARDI Catherine, *Droit international et diversité des cultures juridiques - International law and diversity of légal cultures*, Journée franco-allemande de la Société Française pour le Droit International, Pedone, Paris, 2008.

[246] BERONI Eduardo, « The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a dialogue on freedom of expression standards » *in* Colloque, « La protection européenne de la liberté d'expression : réflexions sur des évolutions restrictives récentes », organisé conjointement par l'Université Robert Schuman, l'Université de Gand et l'Open Society Justice Initiative, Strasbourg, 10 octobre 2008.

[247] CIADH : *Affaire* de *l'adhésion obligatoire dans une association prescrite par la loi pour la pratique du journalisme,* Opinion Consultative du 13 novembre 1985, n° 5, OC-5/85, concernant, 13 novembre 1985, Série A, n° 5, § 30 – 34.

[248] Selon l'article 13 de la CADH, « *Toute personne a droit à la liberté de pensée et d'expression ; ce droit comprend la liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontières, que ce soit oralement ou par écrit, sous une forme imprimée ou artistique, ou par tout autre moyen de son choix* ».

inclus. Cette jurisprudence sera répétée en 2001, dans les affaires *Ivcher et Brostein*[249] et *Olmedo Bustos*[250].

Cette dernière affaire est d'ailleurs le précédent juridique le plus célèbre en matière de liberté artistique au niveau international, à propos justement d'un cas de « conflit » entre l'art et la religion[251] : le film de Scorcèse *La Dernière Tentation du Christ*, tiré du livre de Nikos Kazantzakis écrit en 1958 et racontant la vie du Christ[252], a justement été mis en cause par les tribunaux chiliens en raison de la protection des sensibilités religieuses[253].

En l'espèce, le Conseil de Classification cinématographique du Chili avait refusé d'octroyer une visa cinématographique à la compagnie *United International Pictures Ltd* pour autoriser la diffusion au public du film *La dernière tentation du Christ*. Toutefois, cette dernière parvint à obtenir une première autorisation en 1996 ; cependant, la décision a été renversé par la Cour d'Appel de Santiago le 20 janvier 1997 et confirmée par la Cour suprême chilienne le 17 juin 1997. Le raisonnement de la Cour d'Appel était fondé sur le fait que « *l'image du Christ [a été] déformée et diminuée à l'extrême* »[254]. Pour la Cour, le problème se posait alors « *en termes de savoir s'il est possible, au nom de la liberté d'expression, de détruire les croyances sincères d'un grand nombre de personnes* », sachant que les croyances, d'après la

---

[249] CIADH : *Ivcher Bronstein c. Peru,* Série C, n° 74, jugement de 6 février 2001, §147-149.

[250] CIADH : *Olmedo Bustos et al. c. Chili* (arrêt « La dernière Tentation du Christ»), Série C, n°73, Jugement de 5 février 2001, p.12.

[251] A propos d'une lecture de cette affaire sous le prisme de la liberté religieuse, voir GOMES Evaldo Xavier « Implementation of Inter-American Norms on Freedom of Religion in the National Legislation of OAS Member States », *Brigham Young University Law Review*, Vol.1, 2009, p.588.

[252] Nikos Kazantzakis est un des écrivains grecs modernes les plus importants, qui lui même fut la cible de la rage de l' « Église orthodoxe de l'orient » à cause de l'incompatibilité de ses écrits (la « Dernière Tentation du Christ » ; le « Capitan Michalis ») avec le dogme chrétien. Kazantzakis a pour cela reçu l'anathème de l'Église orthodoxe, ses œuvres étant qualifiés de blasphématoires, alors que l'Église catholique l'a compris dans sa « liste des livres interdits ». D'ailleurs, le film en question a été censuré, mis à part le Chile, dans un nombre d'autres pays (parmi lesquels la Grèce, l'Afrique du Sud et les Philippines) et provoqua de scandale dans d'autres, parmi lesquels la France et les États-Unies. Néanmoins, cette approche n'a pas été partagée par tous les membres de l'Église. M. Stavrou, président de l'Institut « Kazantzakis », nous rapporte: « *En 1968, le patriarche œcuménique a fait une réunion officielle en Crète. L'Église de Crète appartient au Patriarcat œcuménique. A Héraklion, quelqu'un a demandé: - Quelle est votre avis à propos de Kazantzakis, l' « athée»? - Les œuvres de Nikos Kazantzakis ornent la Bibliothèque patriarcale, rétorqua le Patriarche œcuménique Athénagoras* ». Voir STAVROU Patroklos, « Avec la *Dernière Tentation*, le Christ est récrucifié » [« Με τον *Τελευταίο Πειρασμό*, ο Χριστός ξανασταυρώνεται], *To Vima,* samedi 29 avril 2000.

[253] CIADH : *Olmedo Bustos et al. c. Chile*, précité, §§64-67.

[254] *Id.,* §78.

Constitution chilienne de l'époque, faisaient partie des « *éléments les plus cruciaux pour l'identité de l'individu* », qui lui permettent « *de participer et de coexister avec les autres harmonieusement dans un monde pluraliste* »[255].

Ainsi, la Cour suprême interne aurait mis en avance une certaine compatibilité entre le pluralisme religieux et l'interdiction de l'outrage aux croyances religieuses : « *Le pluralisme ne signifie pas dénigrer et détruire les croyances des autres, qu'ils soient une majorité ou une minorité, mais les assumer en tant que contribution à l'interaction de la société, basée sur le respect de l'essence et le contexte des idées des autres* »[256]. Par la suite, elle souligna l'importance de la valeur de la religion, dont le « mauvais traitement » constituerait par conséquent une menace pour la nation chilienne : « *Nul doute que la grandeur d'une nation peut être mesurée à l'attention qu'elle porte aux valeurs qui lui ont permis d'exister et de grandir. Si elles sont négligées [ou] maltraitées, l'image du Christ est déformée et abusée, la nation est menacée, parce que le valeurs sur lesquelles il est fondé, sont prises en considération »*[257]. Selon la Cour, d'ailleurs, le dogme religieux détenait la qualification de vérité historique, qui ne saurait être lu de façon non conforme aux enseignements religieux : « *Participer à la nécessité d'une information ou expression est étroitement liée à la vérité des faits et, par conséquent, l'historique distorsion d'un fait ou une personne cesse d'être information ou expression. En conséquence, le juges estiment que le droit d'émettre un avis est le plus adéquat pour décrire une réalité, mais jamais pour la déformer ni la réinventer* »[258].

La plainte a été portée à la Cour interaméricaine par des individus dénonçant une violation de leur liberté d'expression en vertu de la Convention, et en particulier de la liberté d'accès à une œuvre en tant que public. Dès lors, il est aussi intéressant de noter que la plainte a été déposée également sous le prisme de la liberté religieuse : les victimes, se présentant comme le « public », ont soumis à la Cour que leur droit à la liberté religieuse avait été violé, puisque celui-ci implique la réception d'idées et l'accès aux informations nécessaires à la formation personnelle des croyances, à leur

[255] *Ibidem*.
[256] *Ibidem*.
[257] *Ibidem*.
[258] *Ibidem*.

maintien, leur modification, leur contestation ou leur discussion[259]. La Cour, alors, après avoir mis l'accent sur l'importance des possibilités d'accès à l'art pour le public[260], s'est concentrée sur le système de censure des films et, renvoyant à l'importance de la liberté d'expression dans une société démocratique, telle qu'elle affirmée par la Cour européenne et le droit international[261], a déterminé que le droit des requérants à l'accès au film avait été violé et, après avoir examiné la plainte également sous le prisme de la liberté religieuse, elle a suggéré la responsabilité internationale de Chili pour son système de censure préalable[262].

2. Sur le plan de l'Union africaine

La *Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples*[263] ne contient pas de précision concernant la liberté artistique, qui est considérée alors comme couverte par les dispositions générales sur la liberté d'expression : « *toute personne a droit à l'information* » et « *toute personne a le droit d'exprimer et de diffuser ses opinions dans le cadre des lois et règlements* »[264].

Toutefois, nous pourrions présumer que le droit à la liberté de l'art en Afrique est protégé tout comme le droit à la liberté d'expression[265]; tout d'abord, la Commission africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP) endosse le point de vue de

---

[259] *Id.*, § 45c.

[260] *Id.*, § 67.

[261] *Id.,* §69 - 72.

[262] *Id.,* §72et s.

[263] Adoptée le 27 juin 1981 à Nairobi, Kenya, lors de la 18e Conférence de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA) et entrée en vigueur le 21 octobre 1986, après ratification par 25 États. En effet, la Charte a été ratifiée par les 53 États membres de l'ex-OUA, soit tous les pays d'Afrique, à l'exception du Maroc. Voir généralement ETEKA YEMET Valère, *La charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples*, Paris, Harmattan, 1996.

[264] Article 9§1 et 2 de la Charte Africaine.

[265] Voir notamment :
- la Résolution sur la liberté d'expression adoptée à sa 29e session ordinaire tenue du 23 avril au 7 mai 2001 à Tripoli, Libye, en vue de mettre en place un mécanisme approprié pour aider à l'examen et au suivi du respect des normes de la liberté d'expression et d'enquêter sur les violations et faire des recommandations appropriées à la Commission africaine ;
- la Déclaration de principe sur la liberté d'expression en Afrique adoptée à sa 32e session ordinaire tenue du 17 au 23 octobre 2002 à Banjul, Gambie ;
- la 33e Session ordinaire de la Commission africaine, tenue du 15 au 29 mai 2003, à Niamey, Nigéria, afin de désigner un « Point focal » chargé de contrôler toute activité relative à la mise en œuvre de la Déclaration de principes sur la liberté d'expression en Afrique, conformément à la résolution adoptant la Déclaration ;
- les Principes de Johannesburg sur la liberté d'expression organisée par la Commission africaine en collaboration avec ses partenaires, en août 2003 ;
- les Principes de la Conférence africaine sur la liberté d'expression organisée en février 2003 à Pretoria, Afrique du Sud.

la Cour européenne sur le fait que la liberté d'expression est la « pierre angulaire » de la démocratie[266], ce qui nous amène à imaginer que cela serait le cas également pour la protection de la liberté artistique, comme il ressort de la jurisprudence de la Cour [267]. Ensuite, plusieurs constitutions des États africains font référence explicitement à la liberté de l'art en tant que droit culturel[268] : la constitution du Burkina Faso par exemple, qui vise à promouvoir la création artistique[269], la constitution congolaise, qui proclame la liberté de création artistique[270], ou la constitution sénégalaise, qui désigne le président de la République de cet État comme « premier protecteur des Arts et des Lettres »[271].

Par ailleurs, au cours des dernières années, un certain progrès a été fait au niveau juridique vers la reconnaissance d'un droit à la liberté de l'art comme droit culturel des peuples africains et des nombreux programmes culturels soient mis en place en tant que partie des programmes de développement pour l'Afrique et des nombreuses actions sous les auspices de l'UNESCO. Il s'agit notamment de la déclaration de la Conférence intergouvernementale sur les Politiques culturelles en Afrique (1975), du Protocole de Nairobi (1976), des Conclusions de la Consultation panafricaine sur les Politiques culturelles qui a lieu à Lomé (Togo) du 10 au 13 février 1998 et plus récemment de la Conférence régionale sur l'éducation artistique en Afrique qui a eu

---

[266] A titre indicative, voir CADHP(jurisprudence) : *Soudan c. Ghazi Suleiman*, Communication n° 228, 16e Rapport 2002 – 2003, n° 228/99, Annexe VII. Par ailleurs, en décembre 2004, la Commission a aussi désigné un Rapporteur spécial sur la liberté d'expression en Afrique.

[267] Voir *infra,* Chapitre 6 et *supra,* VOORHOOF Dirk, *Analyse critique…* et OETHEIMER Mario, *L'harmonisation de la liberté d'expression…, supra,* note 191 et texte accompagnant.

[268] Ce qui n'équivaut pas pour autant la présence de censure étatique ; au Cameroun par exemple, un musicien a été arrêté et un autre condamné à six mois d'emprisonnement pour avoir critiqué des amendements constitutionnels dans une chanson. Voir le communiqué de presse de l'ONG Freemuse du 24 avril 2008 sur http://www.freemuse.org/sw26809.asp, consulté le 26 octobre 2010. Pour un aperçu global sur la situation en Afrique de l'Ouest, voir les communiqués de Presse diffusés régulièrement sur le site de la « Fondation des médias pour l'Afrique de l'Ouest » : http://www.mfwaonline.org/.

[269] Article 18 de la Constitution du Burkina Faso de 1991/1997, (*Chapitre IV - Des droits et devoirs* sociaux et culturels): « *L'éducation, l'instruction*, *la formation, le travail, la sécurité sociale, lelogement, le sport, les loisirs, la santé, la protectionde la maternité et de l'enfance, l'assistance auxpersonnes âgées ou handicapées et aux cas sociaux, la création artistique et scientifique, constituent des droits sociaux et culturels reconnus par la présente Constitution qui vise à les promouvoir ».*

[270] Article 46 de la Constitution congolaise de 2006 : « *Le droit à la culture, la liberté de création* intellectuelle et *artistique, et celle de la recherche scientifique et technologique sont garantis sous réserve du respect de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs. Les droits d'auteur et de propriété intellectuelle sont garantis et protégés par la loi. L'État tient compte, dans l'accomplissement de ses tâches, de la diversité culturelle du pays. Il protège le patrimoine culturel national et en assure la promotion* ».

[271] Article 42 de la Constitution sénégalaise de 2001 : « *Le Président de la République est le gardien de la Constitution. Il est le premier protecteur des arts et des lettres du Sénégal ».*

lieu à Port Elizabeth (Afrique du sud) du 24 juin au 1 juillet 2001, de la mise en œuvre des ateliers de l'art numérique à l'occasion de la Biennale Digi-Arts à Dakar (Sénégal) etc[272].

3. La protection de l'art dans le reste du monde

Dans le monde arabe et asiatique, les systèmes de protection de la liberté d'expression sont moins développés qu'en Europe et aux Amériques, la première raison pour cette faiblesse étant l'absence d'un cadre normatif qui garanti réellement le pluralisme et la diversité.

a. La protection de l'art dans le monde arabe

Dans la plupart des Constitutions du monde arabe, il n'y a pas d'expression spécifique à l'art ; l'art est généralement identifiée à l' expression, qui est généralement mentionnée de pair avec la liberté d'association[273]. Toutefois, des exceptions à cette règle peuvent être observées ; par exemple, l'article 23 de la Constitution syrienne de 1973: «*l'encouragement des talents artistiques et des capacités est l'une des bases du progrès et du développement de la société, la création artistique est fondée sur le contact étroit avec la vie du peuple. L'État encourage les talents artistiques et les capacités de tous les* citoyens » ou bien l'article 27 de la Constitution turque récente (2007) qui est intitulée « *la liberté des sciences et des arts* » et qui dispose que *« chacun est libre de diffuser les arts* », à côté de l'article 28 §1 qui garanti la liberté de la presse[274].

Selon une conception islamique des droits de l'Homme, telles qu'elle ressort des textes de la pratique des États à majorité musulmane et leurs Organisations intergouvernementales régionales, la liberté des arts n'existe pas indépendamment de la liberté d'expression, et cette dixième à son tour, est associée à la liberté religieuse. Par exemple, dans la *Déclaration islamique universelle*, fruit de l'organisation de la Conférence islamique, préparée à Dacca (Bangladesh) en 1981 et circulée à

---

[272] Voir généralement des information sur le site de l'Observatoire des politiques culturelles en Afrique http://ocpa.irmo.hr/resources/ref/index-fr.html, consulté le 10 mars 2011.

[273] Par exemple, l'article 42 de la Constitution marocaine de 1980/1995: « *la liberté d'opinion, la liberté d'expression sous toutes ses formes et la liberté de réunion* »; l'article 13 de la Constitution libanaise: « *La liberté d'exprimer sa pensée par la parole ou par la plume, la liberté de la presse, la liberté de réunion et la liberté d'association, sont garanties dans les limites fixées par la loi* ».

[274] Voir tout de même, *infra,* Chapitre 5.

l'UNESCO en 1984[275], une disposition suffit pour les deux: «*Toute personne a le droit d'exprimer ses pensées et ses convictions dans la mesure où elle reste dans les limites prescrites par la Loi* »[276]. De même, d'après l'article 26 de la Charte arabe des droits de l'Homme de 1994, adoptée par le Conseil de la Ligue des États arabe « *toute personne a droit à la liberté de religion, de pensée et d'opinion* »[277]. Selon la *Déclaration des droits de l'homme en Islam* (Déclaration du Caire) de 1990[278], qui stipule que « *les hommes sont tous sujets de Dieu» et qu' « aucune forme de contrainte ne doit être exercée sur l'homme pour l'obliger à renoncer à sa religion pour une autre ou pour l'athéisme* », « *tout homme a le droit d'exprimer librement son opinion pourvu qu'elle ne soit pas en contradiction avec les principes de la Charria* »[279]. La quête du savoir selon cette déclaration d'ailleurs devrait se faire « *dans l'intérêt de la société et de façon à permettre à l'homme de connaître la religion islamique et de découvrir les réalités de l'univers, en vue de les mettre au service de l'humanité* » [280].

En outre, des arguments culturels sont parfois avancés par les États musulmans, et notamment par l'Organisation de la Conférence Islamique (aujourd'hui, de la Coopération Islamique) pour limiter la liberté d'expression, y compris donc la liberté artistique[281]. Par exemple, selon la Déclaration du Caire sur les Droits de l'Homme en Islam, adoptée par la Conférence islamique des ministres des Affaires étrangères en 1990, « *Tout homme a le droit d'exprimer librement son opinion pourvu qu'elle ne soit pas en contradiction avec les principes de la Charia*»[282]. Selon la même

---

[275] « Déclaration Islamique et ses notes d'explication » *in* FENET Alain, *Droits de l'Homme, droits des peuples*, Paris, PUF, 1982, p.235.

[276] Déclaration islamique universelle, article 12. Aussi, des aspects intéressants de la loi islamique en droit voir : KOURIDES Nicholas, « The influence of islamic law on contemporary middle eastern legal systems », *Columbia Journal of Transnational Law*, n°9, 1970, p.384-435. AL MIDANI Mohammed Amin, *Les droits de l'homme en Islam,* Textes des organisations arabes et islamiques, Strasbourg, Marc Bloc, 2003.

[277] En effet, cette Charte a été si fortement critique qu'elle n'est jamais entrée en vigueur ; elle a été amendé en 2004 par la nouvelle Charte arabe, voir le paragraphe suivant.

[278] Déclaration du Caire, adoptée par l'OCI le 2 août 1990 et présentée le 9 juin 1993 à la Conférence de Vienne sur les droits de l'Homme (voir *infra,* notes 821 et 988ss), A/CONF.157/PC/62/Add.18.

[279] Articles 1 et 10. Le document présentant certaines nuances selon la traduction, précisons que nous avons consulté le texte de la déclaration qui a été présentée le 9 juin 1993 à la Conférence de Vienne sur les droits de l'Homme (voir infra, notes 821 et 988ss), A/CONF.157/PC/62/Add.18.

[280] Article 22§1 de la Déclaration du Caire.

[281] Voir analytiquement, *infra,* Chapitre 7, à propos des problèmes posés par le « relativisme culturel ».

[282] Déclaration du Caire, article 22§2.

Déclaration, l'enseignement artistique, tant comme obligation que comme droit, serait restreint en fonction de sa conformité avec les principes de l'Islam : « *La quête du savoir est une obligation. L'enseignement est un devoir qui incombe à la société et à l'État. Ceux-ci sont tenus d'en assurer les voies et moyens et d'en garantir la diversité dans l'intérêt de la société et de façon à permettre à l'homme de connaître la religion islamique et de découvrir les réalités de l'univers, en vue de les mettre au service de l'humanité* ». En outre, selon la Déclaration, « *Tout homme a droit à une éducation cohérente et équilibrée [...]Cette éducation doit développer la personnalité de l'homme, consolider sa foi en Dieu, cultiver en lui le sens des droits et des devoirs et lui apprendre à les respecter et à les défendre* »[283]. Aucune autre référence à l'art n'existe dans le texte, mis à part la protection des droits moraux et patrimoniaux des artistes, à condition qu'ils soient conformes aux principes de la loi islamique : « *Tout homme a le droit de jouir du fruit de toute œuvre scientifique, littéraire, artistique ou technique dont il est l'auteur. Il a également droit à la protection des intérêts moraux et matériels attachés à cette œuvre, sous réserve que celle-ci ne soit pas contraire aux préceptes de la loi islamique* »[284].

Cependant, des nombreuses efforts de création de projets spécifiquement consacrés aux droits culturels et à l'expression artistique peuvent être observés les dernières années dans le monde arabe : lors de la réunion de l'ALECSO (l'Organisation Arabe pour l'Éducation, la Culture et la Science) par exemple, tenue à Tunis en février 1998, l'importance de la culture et des droits culturels a été soulignée[285]. Ainsi, la nouvelle *Charte arabe des droits de l'Homme* (qui remplace celle de 1994)[286], garanti de façon distinguée l'expression et la religion, ainsi que *la liberté de la créativité*. L'article 32 de cette Charte garantie le droit à l'information et la liberté d'opinion et d'expression et le droit de rechercher, de recevoir et de répandre des informations, alors que d'après l'article 42 §1(b) : « *Les États parties s'engagent à respecter la liberté de la recherche scientifique et de la créativité et garantissent la protection des intérêts moraux et matériels liés à la production scientifique, littéraire ou artistique* ».

---

[283] Article 9§1, et article 2.

[284] Article 16 de la Déclaration du Caire.

[285] Cette deuxième réunion était en effet tenue sous les auspices du Conseil de l'Europe et le rapport « La culture au cœur » en est le produit.

[286] Adoptée à Tunis en 2004 par la *Ligue des États arabes* et entrée en 2008 (après les sept ratifications nécessaires : la Jordanie, l'Algérie, Bahreïn, Lybie, Syrie, Palestine et Émirats Arabes Unis.

Par ailleurs, depuis 2004, le monde arabe dispose sa propre *Déclaration islamique sur la diversité culturelle*; cette déclaration en effet, met l'accent sur l'importance de renforcer la production artistique locale[287] et aussi, sur le fait que les États devraient mobiliser, entre autres, les artistes pour qu'eux même travaillent pour le renforcement « de *la culture de la justice, de la paix et du dialogue des cultures et des religions* »[288].

b. La protection de l'art dans le monde asiatique

L'Asie dans sa globalité est la seule région au monde qui ne dispose pas encore d'instrument régional ou de mécanisme de protection des droits de l'Homme[289]. Toutefois, comme en Afrique, l'influence étrangère a eu un grand impact sur la formation des règles constitutionnelles dans les États d'Asie (notamment dans des pays comme les Indes, la Malaisie, la Thaïlande, le Japon et les Philippines), ce qui résulte à l'existence de dispositions constitutionnelles favorables à l'art et à la création. La réalité est en toute évidence souvent différente à ces énoncés. Un bon exemple peut en être la Constitution de la République chinoise où, indifféremment de la pratique régulière de la censure[290], la liberté de l'art est garantie de la façon suivante : « *Les citoyens de la République populaire de Chine sont libres de se consacrer à la recherche scientifique, à la création littéraire et artistique et aux autres entreprises culturelles* ». Ceci est même accompagné d'une obligation positive : « *l'État encourage et soutient le travail créateur des citoyens qui se*

---

[287] *Déclaration islamique sur la diversité culturelle*, adoptée par la 4ème Conférence islamique des Ministres de la Culture à Alger en 2004, p.8: « *Au moment où les industries culturelles dépendent de plus en plus des nouvelles technologies d'information et de communication (NTIC), devenues de puissants vecteurs de création artistique, force est de soulager les pays les moins nantis du fardeau de la dette, leur permettant ainsi d'affecter davantage de fonds à la promotion de la culture locale, rétablir l'équilibre de leurs marchés qui se trouvent envahis par des produits culturels en provenance des pays riches, réduire le fossé numérique qui les sépare des pays industrialisés pour leur permettre de redevenir des pays producteurs de culture et contribuer, par là même, à la construction et à l'enrichissement de la civilisation humaine* ».

[288] *Ibidem,* p.16.

[289] Pour les démarches faites jusqu'à présent et les perspectives d'adoption d'un tel instrument, voir CHIAM Sou, « Asia's experience in the quest for a regional human rights mechanism », *Victoria University Wellington Law Review,* n°40, pp.127-148; HARRIS Seth, « Asian Human Rights : forming a regional convenant », *APLPJ,* Vol.1, n°17, pp.1-22.

[290] En effet en Chine, la censure est une pratique régulière, l'« intérêt du peuple » constituant un paramètre qui peut ouvrir la voie à plusieurs interprétations. En ce qui concerne la liberté de la presse, la société civile est extrêmement inquiète (en avril 1991, l'Institut international de la Presse avait invité la Chine à respecter la liberté de la presse. Aujourd'hui encore en Chine, un certain nombre de journalistes sont emprisonnés, exilés et censurés), alors que dans le domaine des arts, quelques démarches sont entreprises par des ONG internationales.

consacrent, dans l'intérêt du peuple, à l'éducation, la science, la technologie, la littérature, l'art et les autres activités culturelles »[291].

Ce n'est que récemment que les États asiatiques se sont intéressés à la problématique de la liberté d'expression et des droits liés à la culture plus généralement au plan normatif. Ainsi, la conférence sur les politiques culturelles en Asie, qui s'est tenue à Yogyakarta en 1973, a stipulé le rôle des « *spécialistes du développement culturel* », qui « *constituent les relais [...] de la politique culturelle des États* ». Cette Déclaration faisait d'ailleurs appel aux résultats de la Conférence de Venise de 1970[292] qui, à son tour, s'était référé à la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, selon laquelle « *toute personne a le droit de prendre part librement à la vie culturelle de la communauté* »[293]. Le projet de Charte des Droits de l'Homme en Asie de 1998[294] réitère lui aussi la nécessité du respect des droits de l'Homme et notamment la prise en considération de leur indivisibilité[295]. Notant que la diversité des identités culturelles ne devrait pas aller à l'encontre des droits de l'Homme[296], elle met l'accent sur la nécessité du pluralisme, seul état dans lequel les individus sont « libres de s'exprimer », afin d'assurer la démocratie[297].

Section 2. La spécificité du *droit* à la « liberté de l'art »

Nous allons étudier successivement les perspectives de l'émancipation de la liberté de l'art par rapport à la liberté d'expression au plan mondial, et ensuite les effets d'une telle reconnaissance.

---

[291] Constitution de la République populaire chinoise du 4 décembre 1982/1988/1993/1999/2004, articles 47-48.

[292] *Conférence intergouvernementale sur les aspects institutionnels, administratifs et financiers des politiques culturelles* réunie par l'Unesco à Venise en 1970, qui avait abouti à une prise de conscience, sur le plan international, de la nature et de l'importance des problèmes culturels dans le monde moderne.

[293] Article 27§1 de la Déclaration universelle.

[294] Projet de Charte des droits de l'Homme en Asie, Faite à Kwangju, Corée du Sud, en 1998 à l'initiative de la Commission asiatique des droits de l'Homme(AHRC) et la Conférence Chrétienne de l'Asie(CCA), afin de coïncider avec la cinquantenaire de la Déclaration Universelle. Le texte de la déclaration est disponible sur le site de la AHRC, www.material.ahrchk.net/charter/pdf/charter-final.pdf,consulté le 25 novembre 2010.

[295] Projet de Charte asiatique des droits de l'Homme, §2.2.

[296] *Id.*, §6.2.

[297] *Id.,* §5.2.

§ 1. La reconnaissance de la spécificité de la *liberté de l'art* en tant que droit fondamental ?

Avant toute réflexion à propos d'une « défense » éventuelle de l'art[298], nous devrions nous interroger préalablement pour savoir dans quelle mesure un droit autonome à « la liberté de l'art » peut être déjà déduit : d'une part à partir de la spécificité du mot « création », et d'autre part, à partir de la pratique législative des États.

A. La spécificité à partir de quelques remarques linguistiques

Nous avons déjà suggéré que la liberté de l'art concerne *toute expression par médium artistique* et notamment la création (ou la diffusion) d'une œuvre d'art. Ces mots sont enracinés dans le vocabulaire juridique, accompagnés de toutes leurs connotations (linguistiques, philosophiques, religieuses etc.). L'expression et la création différant sémantiquement, une approche linguistique nous paraît utile.

1. Les aspects philosophiques de l'idée de la *création*

Initialement, le mot « démiurge » (le créateur) est rencontré plusieurs fois chez Platon[299]. En effet, Platon, dans *La République*, par le biais de Socrate qui dialogue avec Glaukon, prétend que l'art n'a qu'une fonction mimétique. Son argumentation est la suivante :

- Dans le langage courant, tous ceux qui forment quelque chose (les menuisiers, les artisans, etc.)[300] ainsi que les artistes[301], sont appelés des « créateurs » (démiurges)[302] .
- D'après Platon, cette appellation est erronée. Ni les artisans, ni les artistes ne sont des créateurs véritables, car ceux-ci ne créent pas *les idées des choses*[303]. Le seul créateur véritable *des idées de choses* est Dieu, puisque celui-ci a formé l'idée initiale

---

[298] Cette question sera analytiquement traitée dans la Seconde Partie de la thèse, notamment le Chapitre 6.

[299] Platon, *République*, Livre X, Dialogue entre Glaukon et Socrate.

[300] Comme « chose », il prend l'exemple de deux objets, un lit et une table (596b) : « Mais pour ces deux meubles, il n'y a que deux Formes, l'une de lit, l'autre de table».

[301] *Ibidem*(596e) : « *- (...)car, parmi les artisans de ce genre, j'imagine qu'il faut compter le peintre, n'est-ce pas? - Aucunement.* »

[302] *Ibidem*(596b) : *« N'avons-nous pas aussi coutume de dire que le fabricant de chacun de ces deux meubles porte ses regards sur la Forme, pour faire l'un les lits, l'autre les tables dont nous nous servons)* »

[303] *Ibidem*(596b) :« *- Car l'Idée elle-même, aucun des créateur ne la crée, sinon comment (serait-elle crée)? –Elle ne saurait être crée.* »

des choses et lui seul est le créateur des objets dans leur forme *initiale*. [304] Dieu est d'après Socrate le « poète » de tout [305].

- Il s'ensuit que les artisans sont bien des créateurs, mais à un degré éloigné de la vérité[306]. Les artistes[307], eux, ne sont même pas des créateurs ; ce sont des *imitateurs* : ils imitent des choses réelles (faites par les artisans) et sont donc encore plus éloignés de la vérité (à deux degrés)[308] .

En effet, selon la théorie des idées, seule l'apparence des objets, et non leur réalité, nous serait visible[309]. Le lit et la table, en tant qu'objets, ne sont donc visibles au monde des humains qu'à travers la *mimèsis*[310] artisanale. C'est le résultat du travail du menuisier qui donne au lit sa forme *spécifique*, imitant l'idée « divine » de ce dernier. Les artistes donc (les tragédiens, les peintres, les musiciens) ne sont que des ouvriers de l'image, « éloignés au troisième degré de la vérité » du point du vue de la vertu platonicienne. Leur tâche est l'imitation de l'imitation de la nature (*μίμησις [mimésis] μιμήσεως*) : la création primaire aurait sans doute besoin d'un Dieu ou d'une nature créatrice. Les peintres en particulier sont, d'après Platon, des « charlatans » capables de produire des illusions visuelles et donc d'éloigner les citoyens de la vérité.

Pour toutes ces raisons, les artistes sont naturellement exclus de la République idéale de Platon. Cependant, il faut faire certaines remarques :

1) L'exclusion n'est pas due à un *mépris* à l'égard des artistes, mais à la *crainte* que nourrit Platon de l'influence que l'art et de la peinture en particulier sur les mœurs des

---

[304] *Ibidem*, (596c-d) : « *- Mais vois maintenant quel nom tu donneras à cet ouvrier-ci. - Lequel?- Celui qui fait tout ce que font les divers ouvriers, chacun dans son genre- Tu parles là d'un homme habile et merveilleux! Attends, et tu le diras bientôt avec plus de raison. Cet artisan dont je parle n'est pas seulement capable de faire toutes sortes de meubles, mais il produit encore tout ce qui pousse de la terre, il façonne tous les vivants, y compris lui-même, et outre cela il fabrique la terre, le ciel, les dieux, et tout ce qu'il y a dans le ciel, et tout ce qu'il y a sous la terre, dans l'Hadès En tous cas il s'agit d'un sophiste, dit-il, tout à fait admirable.- Tu ne le crois pas?, fus-je. Alors, explique moi. Si tu ne penses pas que celui-ci c'est un créateur, de quelle façon sont les choses fabriquées? Et si c'est lui qui les a fabriquées, de quelle façon l'a-t-il fait? Ou penses-tu que même si celui est (créateur), tu pourrais aussi en être (créateur), d'une certaine façon ?- Mais quelle serait cette façon ?, demanda-t-il(...)*».

[305] *Ibidem*(597d). Glaukon est d'accord, quoiqu'il hésite un peu à accepter tout-à-fait le syllogisme.

[306] *Ibidem*(597d).

[307] *Ibidem*(597d) : Platon toutefois ne parle que des peintres et des poètes tragiques ; et non pas des poètes lyriques par exemple ou des musiciens.

[308] *Ibidem*, (597e).

[309] Platon, *République*, 514a – 517a (l'allégorie de la caverne).

[310] *Ibidem,* 401b.

citoyens. En effet, d'après Platon, l'impact de l'art sur les esprits pourrait être très fort, *l'imitation poétique* (c'est-à-dire artistique) affranchissant le côté émotionnel de l'Homme (le θυμικόν [thumikon] – la partie la plus basse de l'âme) au détriment de son côté logique (le λογικόν, [logikon] – la partie supérieure de l'âme) ; elle nourrit ses passions « *en les arrosant, alors qu'il faudrait les dessécher, elle les fait régner sur nous, alors que nous devrions régner sur elles pour devenir meilleurs et plus heureux, au lieu d'être plus vicieux et plus misérables* »[311].

2) Tous les écrits de la « République » correspondent en effet à une « mission philosophique » ; une argumentation sur l'importance de l'esprit humain et sa supériorité sur les passions du corps. Il est à notre avis impossible que les artistes prennent part à cette quête ; ni l'art, ni l'histoire de l'art, ni même la philosophie de l'époque ne sont en mesure de parler de la quête de la vérité par le biais de l'art.
3) Dans le troisième livre de la *République*, certaines nuances sont visibles. Le philosophe considère en effet que les poètes sont indispensables à la formation des gardiens de la Cité. Dans d'autres dialogues socratiques tels que *Phèdre*, Platon reconnaît aussi la valeur de l'esthétique[312].
4) Comme le relève Cassirer, Platon était lui-même poète avant de devenir philosophe ; il était même un poète doué[313]. De la même façon qu'il prétendait que les meilleures politiciens seraient les philosophes, il cherchait peut-être à « exclure » les artistes de la Cité. Il faut donc attendre des philosophies plus tardives pour rencontrer un lien entre l'art et la quête de la vérité et, par là, entre l'art et le spirituel ; ce sont surtout les théories nietzschéennes qui y concourront[314]. Afin de ne pas nous éloigner

---

[311] *Op.cit.*, 695b : *« Le plus grand des méfaits de la poésie, nous ne l'en avons pas encore accusée : c'est qu'elle est capable de contaminer même les sages, à l'exception de quelques-uns en très petit nombre ; [...] les meilleurs d'entre nous, quand ils entendent Homère, ou tel autre parmi les tragiques, imiter un héros qui est dans le deuil, qui remplit de ses lamentations une longue tirade ou qui, en chantant, se frappe la poitrine, ils y trouvent, tu le sais bien, du plaisir, ils se laissent aller, ils suivent le mouvement,ils s'associent aux émotions exprimées, ils louent gravement comme un bon poète celui qui, le plus possible, les aura placés dans de telles dispositions ».* Nous pouvons ici pourtant se demander, que, puisque l'art n'est qu'une « pauvre imitation », comment serait-il possible que l'art soit « capable de corrompre même les plus sages » ?

[312] ANDRONIKOS Manolis, *L'art chez Platon* [*Η τέχνη στον Πλάτωνα*], Athènes, Nefeli, 1986 ; BEARDSLEY Monroe, *Histoire des théories esthétiques de l'antiquité jusqu'à aujourd'hui* [d'après la trad. grecque : *Ιστορία των αισθητικών θεωριών*], 1976, Athènes, Nefeli, 1989(reéd).

[313] CASSIRER Ernst, *La valeur éducative de l'art* [d'après la trad.grecque : *Η παιδευτική αξία της τέχνης*], Athènes, Erasmos, 1996, p.13.

[314] Par exemple dans le christianisme : « *Au commencement, Dieu créa le ciel et la terre... » et « Le sixième jour de la création, Dieu se dit : Faisons l'homme à notre image, selon notre ressemblance (...).Et Dieu créa l'homme à son image ; il le créa à l'image de Dieu*. » (Genèse, 1, 26-27).

de notre question, nous pourrions résumer notre approche par cette remarque de M. Dany Cohen : « *créer, c'est déjà beaucoup* »[315] ou bien que « créer n'est pas facile »[316]. C'est le sociologue M. Revault d'Allones d'ailleurs qui met l'accent sur le fait qu'il existe également *« des pratiques artistiques où la création soit est absente, soit ne jouit que d'une place réduite* »[317].

2. La différenciation entre « création » et « expression »

En droit, la *création* manifeste le plus souvent sa présence au travers du critère de l'*originalité*, de l'apport personnel du créateur, de la singularité de l'œuvre. L'originalité semble être le critère le plus pertinent de la définition de l'œuvre d'art en matière de propriété intellectuelle[318]. La notion de la création tout de même se distingue de l'expression pour des raisons plus essentielles. Nous allons essayer d'interpréter dans un premier temps la différenciation entre « création » et « expression », en nous concentrant ensuite sur la conception platonique de la création artistique.

Le mot « créer » provient du latin *creare*[319]. La signification primaire du mot « création » est : « donner de l'existence à », « tirer quelque chose du néant »[320]. La « création » évoque alors initialement la spiritualité, voire la sacralité. En grec ancien, le thème *erg-* (qui signifie « œuvre ») dans le mot *démiourg-os* évoque le mouvement, la production ; la création, alors, dans le sens de la *démiourgie*, fait appel à quelque

---

[315] COHEN Dany, « La liberté de créer, liberté spécifique ? » in CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (dir), *Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 1997(4e éd.), p.327 et s.

[316] REVAULT D'ALLONNES Olivier, *La création artistique et les promesses de la liberté,* thèse soutenue à Paris en 1972, Klincksiek, 2007(reéd), p.262.

[317] *Ibidem.*

[318] Voir aussi, la Directive 92/100/CEE du Conseil Européen, du 19 novembre 1992, relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle. La Cour de Justice des Communautés a ainsi stipulé à plusieurs reprises la nécessité du critère d'originalité d'une œuvre ; à titre indicatif, CJCE Affaire C-200/96, Metronome Musik GmbH c. Music Point Hokamp GmbH, Conclusions de l'avocat général, 2 janvier 1998. Par ailleurs, dans la plupart des législations européennes, copier une œuvre existante puis prétendre à l'originalité de cette réalisation donne droit au créateur de l'œuvre principale à des dommages et intérêts, sur la base du principe du préjudice moral, indépendamment du préjudice économique

[319] *Dictionnaire Le Littré ,* version numérique,disponible en ligne sur http://dictionnaire.sensagent.com, consulté le 25 octobre 2010.

[320] *Dictionnaire de l'Académie française*, version numérique, disponible en ligne sur http://atilf.atilf.fr, consulté le 25 octobre 2010.

chose qui est en mouvement, qui est vivant. En grec moderne, le mot « *création* » fait directement référence à un Dieu ou à une nature créatrice[321]. Ainsi, la création, en grec, comme en français, aurait aussi le sens de *donner de la forme* ; la création ferait ainsi appel à la *poésie* [du grec ancien : *-ποιός* (du verbe *ποιῶ= former*)]. Dans ce sens, M. Cohen remarque que « *le modèle du Créateur élève l'Homme qui crée au rang du "démiurge" ; privée de sa majuscule, la création ne perd pas tout à fait son essence divine* »[322].

La liberté de création n'est pas inconnue dans l'Athènes du Ve siècle. Gombrich argumente que « *L'art a pris conscience de sa liberté au cours des cent années entre 520 et 420bc* », peut être non son raison[323]. Poésie et théâtre offrent de la « *diaskedasis* », moins au sens de « divertissement » qu'au sens d'« amusement de l'âme » et vivifient le débat entre l'art et le politique. Le public aurait ensuite accès à l'art indépendamment de sa classe sociale, avec l'aide du systèmes des *chorèges* (financement des spectacles culturels), instauré par Périclès.

On peut toutefois débattre de cette liaison entre l'art et la spiritualité. Dans l'Antiquité grecque, le statut de l'artiste est généralement bas ; seuls les « génies » (tels que l'architecte Phidias ou les trois poètes Tragiques (Eschyle, Sophocle et Euripide), de même que les auteurs dramatiques comiques, tels Mendandre et Aristophanes, font exception à la règle, ce qui fait appraître que la liberté de créer dans l'antiquité est inextricablement liée au talent et au succès de son créateur.

En revanche, la signification du mot « expression » relève d'une problématique tout-à-fait différente. Selon le Dictionnaire de l'Académie, le mot *exprimer* a été calqué sur le latin *exprimere*, de la forme ancienne *espreindre*. Il aurait le sens de *faire sortir*

---

[321] En grec ancien, le verbe *créer* [« démiourg(e)oo »- δημιουργέ-ω] dont découle le nom donc *création* [« démiourgia »- δημιουργία], provient de la racine *<δημος* (mot qui se prête à fournir des composés dans des structures diverses, et qui désigne généralement le peuple, le pays, le territoire + le mot *έργον*(fait, mouvement, énergie). Le mot « créateur » alors, en grec ancien, désigne celui qui fabrique, le créateur mais aussi, l'artiste, l'artisan, le spécialiste et chez Platon en particulier, il évoque le Créateur, le Démiurge. CHANTRAINE Pierre, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque ; histoire des mots,* Tome I,Paris, Kliencksieck, 1968, p.273 et 364. Aussi pour la racine *erg-* voir HOFFMAN J.B. (trad..PAPANIKOLAOU Antonios), *Dictionnaire du grec ancien [d'après la trad.grecque : Λεξικό της αρχαίας ελληνικής]* (1950), Athènes, 1974, p.101.

[322] COHEN Dany, « La liberté de créer, liberté spécifique ? » *supra,* note 315, p.327 et s.

[323] GOMBRICH Ernst, *Histoire de l'art, op.cit.,* p.99.

et, déjà au XVe siècle, il aurait signifié *manifester par le langage*[324]. Quelqu'un qui s'exprime *extériorise* alors forcément un minimum d'idées, en les « faisant sortir » de la sphère de sa propre pensée (de son for intérieur), et en les manifestant « *par toutes les possibilités du langage, plus particulièrement par celles du langage parlé et écrit* »[325]. Le sens de l'expression serait alors lié à la manifestation d'une idée qui, d'ailleurs, peut naître dans la pensée de la personne qui l'exprime ou non. La liberté d'expression pourrait de ce point de vue être invoquée dans le cas du simple *transfert des idées d'autres* et, dans cette perspective, elle serait lié à la *diffusion* d'une idée[326].

A partir de ces nuances sémiologiques, nous pourrions dès à présent faire deux remarques : 1) que toute *expression* n'implique pas forcément une *création* et 2) que l'expression et la création artistique sont deux idées distinctes, d'un point de vue linguistique, sociologique et philosophique, mais qu'en droit elles sont utilisées sans distinction spécifique.

B. La spécificité *du droit* à la liberté de l'art à partir de la pratique législative des États ?

Nous pourrions distinguer d'une façon générale les États qui proclament la *liberté de l'art* de façon autonome, de ceux qui la protègent par le biais de dispositions générales sur la liberté d'expression.

1. Les États proclamant la *liberté de l'art* de façon autonome

Un argument en faveur de la protection spécifique de la liberté de l'art peut être déduit du fait que la liberté de l'art est protégée à titre autonome de la liberté d'expression dans certaines constitutions – comme par ailleurs dans la *Charte européenne des Droits fondamentaux* de l'Union.

---

[324] *Dictionnaire Le Littré,* version numérique, *op.cit.,* citant Montaigne, *Essais*, II, 12 (1595), Thibaudet, 1625 et J. Le Fèvre, *Lamentations*, I, 178.

[325] *Dictionnaire du Centre National des Ressorces Textuelles et Lexicales,* version numérique, disponible sur http://www.cnrtl.fr/definition/, consulté le 26 octobre 2010.

[326] Notons ici que dans l'affaire *Jersild*, la Cour européenne aurait sans hésitation accepté qu'il n'y a pas eu e violation de l'article 10, lorsqu'elle examina la plainte d'un journaliste condamné « *pour complicité dans la diffusion de propos racistes* », même si « *l'intéressé n'a[vait] pas proféré les déclarations contestables lui-même, mais a[vait] aidé à leur diffusion en sa qualité de journaliste* ». *Jersild c. Danemark*, précité, §31.

Il semble pourtant que seuls certains États européens aient cette conception favorable à la liberté de l'art. Nous pouvons nous référer à cet égard tout d'abord à l'exemple de l'Allemagne : en effet, la Constitution allemande de Weimer de 1919 – par laquelle la Charte Européenne des Droits de l'Homme est évidemment influencée – a été la première à consacrer la liberté des arts, affirmant : « *L'art, la science et leur enseignement sont libres* » et « *L'État leur donne protection et contribue à les favoriser* »[327]. Cette disposition est transposée dans la Loi fondamentale de Bonn de 1949, qui dicte : « *L'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres* » et « *La liberté de la presse et la liberté d'informer par la radio, la télévision et le cinéma sont garanties. Il n'y a pas de censure.* ». Aujourd'hui, la liberté de l'art est consacrée sans réserves dans la Constitution allemande[328] ; elle n'est donc pas, en principe, soumise aux limitations constitutionnelles auxquelles est soumis l'article concernant le développement libre de la personnalité[329]. Nous pouvons donc considérer que l'Allemagne crée alors un précédent européen en matière d'affirmation jurisprudentielle de la spécificité de l'art.

Dans un arrêt important, l'arrêt *Esra,* à propos d'une nouvelle inspirée des personnages réels (une actrice et sa famille), la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a réaffirmé sa jurisprudence, constante depuis l'arrêt *Méphisto*[330], selon laquelle « *la liberté de l'art n'est pas un cas particulier du droit plus large à la liberté d'opinion, mais une garantie distincte et spécifique* »[331].

---

[327] Constitution de Weimar, 11 août 1919, Article 142§1 : « *L'art, la science et leur enseignement sont libres. L'État les protège et participe à leur culture*».

[328] Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne, amendée par la loi du 26 juillet 2002, article 5.

[329] Ce qui ne va pas sans problèmes, puisque, sur le plan constitutionnel, il s'agit de se demander si la « liberté de l'art », consacrée en tant que telle, connaît des limites ou non. Voir la bibliographie allemande, citée par THEODOSIS Gerasimos, *La liberté de l'art*, Kastaniotis, Athènes, 2004 et notamment : Ekkehart Steiin, *Staatsrecht*, p.264 ; Muller Friedrich, *Freiheit des kunst asl problem der Grundrechtsdogmatik*, 1969, p.40 et s. Il existe également un discours dans la doctrine grecque, où la Constitution consacre la « liberté de l'art » sans réserves (article 16 de la Constitution 1975/1986/2001). Voir notamment VLACHOPOULOS Spyros, *La liberté de l'art ; les limites d'une liberté individuelle* [*Το δικαίωμα της ελευθερίας της τέχνης : τα όρια ενός ανεπιφύλακτου δικαιώματος*], *RHTD*, Vol. 1, 1999, pp. 73-115 ; TSAKYRAKIS Stavros, *Religion v. Art, op.cit.* ; KTISTAKIS Ioannis, « La liberté de l'art …», [« Ελευθερία της τέχνης και προσβολή των θρησκευτικών πεποιθήσεων »], MAGGANAS(dir.) *Tome en l'honneur de Alice Yotopoulou-Marangopoulou*, Athènes, Nomiki Vivliothiki- Bruylant, Tome 1, 2003, p.702et s.

[330] Cour Const. Allemande: *Mephisto, BVerf GE30,* 1971, §173-191et s.

[331] JOUANJAN, Olivier, « La liberté d'expression en République fédérale d'Allemagne », *in* ZOLLER Elisabeth (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, Paris, p.152.

D'autres constitutions, à l'instar de la tradition allemande, garantissent l'art ou la création séparément de la liberté d'expression. Par exemple, la Loi fondamentale autrichienne affirme : « *La création artistique, la propagation de l'art et son enseignement sont libres* »[332]. De même va pour la Constitution fédérale de la Confédération suisse: « *La liberté de l'art est garantie* ». La liberté d'opinion et d'information est l'objet d'un article séparé qui prévoit que « *La liberté d'opinion et la liberté d'information sont garanties* », que « *toute personne a le droit de former, d'exprimer et de répandre librement son opinion* » et que « *toute personne a le droit de recevoir librement des informations, de se les procurer aux sources généralement accessibles et de les diffuser* »[333].

Les Constitutions des États européens méditerranéens comprennent des affirmations similaires : la Constitution grecque, par exemple, inspirée de la tradition allemande, affirme que : « *l'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres* », puis que : « *leur développement et leur promotion constituent une obligation de l'État* »[334]. Dans la Constitution italienne, on retrouve la même formule : « *l'art, la science et l'enseignement sont libres* »[335]. De plus, la Constitution italienne prévoit la promotion de la culture et la protection de l'héritage culturel et des sites de beauté en particulier, et l'érige en obligation positive de l'État (article 9 à propos de la recherche et de la culture : « *la République favorise le développement culturel et la recherche scientifique et technique* » et « *protège la beauté naturelle et l'héritage culturel et artistique* »[336]. Dans la constitution espagnole, il est dit que chacun a le droit « *d'exprimer et diffuser librement ses pensées par le biais des mots, de l'écriture ou toute autre forme de production* »[337] et les droits à « *la production littéraire,*

[332] Article 17a de la Loi fondamentale autrichienne, intitulée « Liberté des arts et des sciences »(Les droits fondamentaux n'apparaissent pas dans la Loi constitutionnelle fédérale du 1er octobre 1920 mais dans la Loi fondamentale relative aux droits généraux des citoyens dans les royaumes et pays représentés au Conseil de l'Empire (StGG) ; voir ÖHLINGER, Théo, « Objet et portée des droits fondamentaux en Autriche, du 21 décembre 1867; Cour constitutionnelle autrichienne », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 33, N° 2, 1981, pp. 543-579.

[333] Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, mise en état le 1er janvier 2008, article 16 et 21.

[334] Constitution grecque de 1975/ 1986 (révision) / 2001(révision), Article 15§1(a) et (2).

[335] Constitution italienne, Article 33§1.

[336] Constitution italienne, article 9§§ 1 et 2.

[337] Constitution espagnole, article 20§1(a).

artistique, scientifique et technique » et à « *la création* » sont également reconnus et protégés[338]. Et dans la Constitution portugaise[339], on peut lire : « *Chacun a droit à l'éducation et à la culture* » (§1) ; « *L'État doit promouvoir la démocratisation de la culture, en encourageant et en assurant l'accès de tous les citoyens aux plaisirs culturels et à la création artistique, en collaboration avec les médias, les associations et les fondations à finalité culturelle, les collectivités de culture et de loisirs, les associations de défense du patrimoine culturel, les organisations d'habitants et les autres agents de la culture* » (§3) ; *La création et la recherche scientifique sont encouragées et soutenues par l'État […] de façon à garantir leur liberté et leur autonomie, une compétitivité plus aiguë et la coordination entre les institutions scientifiques et les entreprises* » (§4).

Ceci est d'ailleurs le cas aussi pour certains États de l'Europe de l'Est : dans la Constitution russe, par exemple, nous lisons que « *La liberté de la création et de l'enseignement littéraire, artistique, scientifique, technique et des autres types de création et d'enseignement sont garantis à chacun. La propriété intellectuelle est protégée par la loi* » et « *Chacun a le droit de participer à la vie culturelle, d'utiliser les établissements culturels et d'accéder aux valeurs culturelles* »[340]. La Constitution bulgare affirme que « *la créativité artistique (scientifique et technologique) doit être reconnue et garantie par la loi* » et que « *[chacun a le droit de] jouir des valeurs culturelles humaines nationales et internationales et de développer sa propre culture selon son identification ethnique, qui devrait être reconnue et garantie par la loi* »[341].

2. Les États proclamant la *liberté de l'art* de façon implicite

Dans tous les autres États européens, nous ne rencontrons que des références implicites à la liberté de l'art : en France[342], au Royaume-Uni[343], à Chypre[344], on ne

---

[338] *Ibidem,* article 20§1(b).

[339] Constitution portugaise du 2 avril 1976, chapitre III intitulé « Droits et devoirs culturels », article 42.

[340] Constitution russe, article 44, §§1 et 2.

[341] Constitution bulgare, article 54, §§1-3

[342] « *Tout citoyen peut […] parler, écrire, imprimer librement… » et « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme :* Constitution française de 1946, qui prévoit aussi l'égal accès de l'enfant et de l'adulte à la culture. Toutefois, le droit « à l'art » était initialement prévu dans le projet de Constitution de 1946, alors que certains auteurs français plaident pour un droit à la culture. Par ailleurs, comme le remarque M.Riou, certains

trouve pas de prévision particulière concernant l'art. Dans le reste du monde, quelques constitutions font référence, de façon vague, à la création ou à la créativité et à l'interdiction de censure, alors que d'autres se montrent sensibles à la consécration des droits culturels, plus dans le sens de l'« identité culturelle » que dans le sens des « arts et des lettres ». Ceci est le cas, en principe, des États d'Amérique centrale et d'Amérique latine.

La Constitution argentine par exemple, prévoit ainsi l'obligation de l'État de définir des lois « *qui protègent l'identité culturelle et la pluralité, la création libre et la diffusion des œuvres artistiques des auteurs, l'héritage artistiques et les endroits dédiés à des activités culturelles et audiovisuelles* »[345]. La Constitution colombienne, mise à part la garantie de la liberté d'expression (« *il est garanti à toute personne la liberté de s'exprimer et de diffuser ses pensées et opinions…* »), stipule également que « *l'État a l'obligation de promouvoir et parenter l'accès égal de tous les Colombiens à leur culture, par le biais d'une éducation permanente scientifique, technique et artistique…* », puisque « *la culture dans ses manifestations diverses est la base de la nationalité* ». La liberté d'expression artistique est mentionnée séparément dans l'article 71 : « *La liberté de la recherche de la connaissance et de l'expression artistique est reconnue. Les projets du développement économique et social comprendront la promotion des sciences et de la culture en général* »[346]. La Constitution brésilienne prévoit que « *l'expression d'activités intellectuelles, artistiques, scientifiques et communicatives [est] libre, sans censure ni autorisation* »[347]. De plus, « le droit des auteurs, des artistes (*performers*) et celui de leurs unions et associations respectives, de veiller à l'exploitation économique des œuvres qu'ils

---

auteurs ont de nombreux arguments en faveur de l'existence d'un droit à la culture Nous pourrions aussi, à son avis, déduire l'existence de ce droit à partir non seulement de la Constitution, mais également de la pratique politique. Voir RIOU Alain, *Le droit à la culture, op.cit.*, note……

[343] Au Royaume-Uni, le droit coutumier de valeur constitutionnelle protège la liberté d'expression : voir notamment l'Acte de la régulation de l'Imprimerie. Aussi, à l'instar d'autres pays européens, le Royaume-Uni a également incorporé les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans son droit interne, par l'*Acte des Droits de l'Homme* du 9 novembre 1998.

[344] Constitution chypriote, Article 19§1. En Chypre, le droit de la presse et de l'expression est garanti en toute forme, et aucune ingérence quant à la liberté d'opinion et d'information n'est permise.

[345] Constitution argentine, Article 19§1.

[346] Constitution colombienne, Articles 20, 70 et 71.

[347] Constitution brésilienne, Article 5§9.

créent ou dans lesquelles ils participent », est protégé[348]. Quant à la Constitution des États-Unis du Mexique, celle-ci ne contient pas de prévisions particulières concernant la liberté de l'art, mais bien la garantie de la *liberté des idées* en général (accompagnée de ses exceptions) et de *la liberté de l'écriture et de la presse*, considérées comme importantes : « *l'expression des idées ne devrait pas être assujettie à l'investigation judiciaire ou administrative, sauf si elle offense les mœurs publiques, enfreint les droits d'autrui, incite au crime ou porte atteinte à l'ordre public* » ; « *La liberté d'écrire et de publier des écrits sur tout sujet est inviolable. Aucune loi ne peut instaurer la censure [...]* ». D'après le même article, la liberté d'écrire peut également être limitée pour faits de « *vie privé, moralité et paix publique* ».

§ 2. Les effets de la reconnaissance de la spécificité de la liberté de l'art

La reconnaissance de la spécificité de la liberté de l'art aurait un effet symbolique important : tout comme la liberté de croyances diffère de la liberté d'expression, de la liberté de culte, ou de celle d'association, de même, la liberté de l'art diffère de la liberté d'expression. Au niveau pratique, cela a deux effets principaux :

1) englober directement dans la protection juridique les médiateurs, les éditeurs et, plus généralement, pour reprendre l'expression du sociologue américain Howard Becker, tous ces « mondes de l'art »[349] ;

2) percevoir l'art comme un ensemble au profit d'une « société de culture » et donc légitimer l'argument de la liberté de l'art dans toutes ses phases et étapes, de la conception à la distribution de l'œuvre.

A. A propos des titulaires de la liberté de l'art

Le titulaire de la liberté d'expression artistique et de création est tout Homme ; le fait de l'art n'est pas le fait exclusif d'une minorité d'individus mais bien une capacité appartenant à tous les gens. Toutefois, les premiers intéressés à se voir appliquer une législation bénéfique à propos de la liberté de l'art, sont les artistes, suivi par les

[348] *Ibidem,* Article 5, §28, al(b).

[349] Ainsi également THEODOSIS Gerasimos, *La liberté de l'art…, supra,* note 329, p.49.

éditeurs, les galeristes, ou autres « diffuseurs » de l'art, et également le public, voire la « société de la culture » d'une façon plus générale.

1. L'artiste

La définition de la figure de *l'artiste* semble être un pas important vers la légitimation du statut de la liberté de l'art comme droit de l'Homme fondamental. Il convient de différencier les branches du droit qui désignent un « artiste créateur » de celles qui désignent un « artiste professionnel », tout en admettant que « *les définitions pragmatiques de l'artiste ne sont jamais entièrement séparables des définitions conceptuelles* »[350].

a. L'artiste créateur

Afin d'en « *finir avec le principe du génie* », l'UNESCO, en 1980, a demandé à des artistes et à des experts de l'Organisation internationale du Travail (OIT) de préparer une « Recommandation relative à la condition de l'artiste ». Ainsi, après avoir entrepris diverses études et mené plusieurs consultations auprès des États membres et des ONG concernées, la Conférence générale de l'UNESCO a adopté le 27 octobre 1980 la définition suivante : « *on entend par "artiste" toute personne qui crée ou participe par son interprétation à la création ou à la recréation d'œuvres d'art, qui considère sa création artistique comme un élément essentiel de sa vie, qui ainsi contribue au développement de l'art et de la culture, et qui est reconnue ou cherche à être reconnue en tant qu'artiste, qu'elle soit liée ou non par une relation de travail ou d'association quelconque* »[351].

Cette définition de l'UNESCO n'a pas de normativité effective ; elle consacre simplement l'impossibilité de la définition de la figure de l'artiste, laissant sous-entendre que l'artiste est toute personne qui se considère comme telle. Nous pouvons continuer à chercher une définition de l'artiste parmi les instruments de la propriété intellectuelle. Dans les termes de la Convention de Rome de 1961, les « *artistes interprètes ou exécutants* » sont les acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres

---

[350] Voir généralement les travaux du Conseil d'Art finnois et en particulier MITCHELL et KARTTUNEN Sari, « Why and How to Define an Artist?: Types of Definitions and their Implications for Empirical Research Results », *in* TOWSE Ruth et KHAHEE Abdul, *Cultural Economics,* Berlin, Springer, 1992, pp.175-186.

[351] UNESCO *Recommandation relative à la condition de l'Artiste*, précitée, note 126.

personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent ou exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques[352].

La Convention de Berne ne donne pas de définition de l'artiste, mais se réfère simplement aux « auteurs »[353] des œuvres littéraires et artistiques, à savoir les auteurs « *des productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, tels que : les livres, brochures et autres écrits ; les conférences, allocutions, sermons et autres œuvres de même nature ; les œuvres dramatiques ou dramatico-musicales ; les œuvres chorégraphiques et les pantomimes ; les compositions musicales avec ou sans paroles ; les œuvres cinématographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la cinématographie ; les œuvres de dessin, de peinture, d'architecture, de sculpture, de gravure, de lithographie ; les œuvres photographiques, auxquelles sont assimilées les œuvres exprimées par un procédé analogue à la photographie ; les œuvres des arts appliqués ; les illustrations, les cartes géographiques ; les plans, croquis et ouvrages plastiques relatifs à la géographie, à la topographie, à l'architecture ou aux sciences* »[354].

Le traité de l'OMPI de 1996[355], par contre, est le seul qui désigne certaines catégories d'artistes, prévoyant que les artistes, interprètes ou exécutants sont « *les acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent, interprètent ou exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques ou des expressions du folklore* ».

b. L'artiste professionnel

Comme il existe des définitions de l'« artiste auteur » d'une œuvre d'art en matière de propriété intellectuelle, il existe aussi des définitions « techniques » de l'« artiste professionnel » de l'art en droit commercial, administratif et fiscal. Pour

[352] OMPI-OIT-UNESCO, *Convention internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*, signée à Rome le 26 octobre 1961.

[353] *Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques*, du 9 septembre 1886, article 1. Voir DESBOIS Henri « Les Conventions de Berne (1886) et de Genève (1952) relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques », *AFDI, Vol.6,* 1960, p.41-62 ; voir aussi *infra*, Chapitre 3.

[354] OMPI, *Convention de Berne*, Article 2, § 1..

[355] OMPI, *Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes* (WPPT).

l'Organisation internationale du Travail (OIT) par exemple, l'« artiste professionnel » est classifié sous la catégorie des « professionnels artistiques, culturels et culinaires » sous le titre 343 de la catégories des professions libérales[356], alors que dans le droit interne de certains États, nous pourrions même rencontrer des dispositions concernant la liberté d'exercer l'art comme activité professionnelle[357].

Afin de trouver des critères d'identification de l'artiste, nous pourrions faire référence aux travaux de la Fédération internationale de Conseils des Arts et des Agences de Culture (FICAAC) sur le sujet. En effet, les personnes en charge de cette organisation, dans le but de rassembler les informations des différents Conseils artistiques, ont fait des recherches en la matière et ont envoyé des questionnaires aux institutions et organisations pour les arts dans le monde, à partir desquels elles ont construit un rapport intitulé *Définition de l'artiste à des fins fiscales* (mars 2002)[358], sous le programme « D'arte ». La première question était posée la directrice exécutive de l'Association nationale pour les Arts visuels d'Australie (NAVA), une organisation qui lutte pour la reconnaissance du professionnalisme dans les arts, était de savoir comment les artistes professionnels sont définis et selon quels critères[359].

Explorons les réponses reçues. Pour le Conseil artistique d'Irlande, une responsable de projets de soutien pour les artistes, Madame Tara Byrne, a répondu que celui qui est considéré comme artiste est « *tout praticien de l'art qui travaille dans des arts (architecture, danse, théâtre, film, vidéo et animation, littérature, musique et opéra, arts visuels et nouveaux médias) créatifs ou interprétatifs et qui gagne ou essaie de gagner sa vie de son travail* » et que « *l'artiste professionnel [est] aussi défini à travers la reconnaissance par ses collègues* comme tel » *[peer recognition]*[360]. La

---

[356] OIT(rapport), *Résolution concernant la mise à jour du Classification International standards de Occupation*,The Tripartite Meeting of Experts on Labour Statistics on Updating the International Standard Classification of Occupations (ISCO), décembre 2007.

[357] En France par exemple, ce principe trouve son origine dans l'article 7 du décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791, qui abolit les corporations, également pour les artistes : « *Il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouve bon* ».

[358] MADDEN Christopher (Rapport), «Defining Artists for Tax and Benefit Purposes », *D'Art Topics in Arts Policy*, n°1, mars 2002, Sydney, FICAAC, disponible sur le site de la FICAAC, *http://www.ficaac.org/topic/defining-artists-for-tax-and-benefit/*, consulté le 25 octobre 2010.

[359] *Ibidem*, p.2. Aussitôt, la FICAAC a reçu six réponses de six institutions : du Conseil artistique d'Irlande, de l'Observatoire sur le Financement de la Culture à Budapest, du Conseil des Arts d'Angleterre, du Secrétariat de la Ligue Européenne des Instituts des Arts (ELIA), de l'Université de Utrecht et du Conseil d'Art de Finlande.

[360] *Ibidem*, p.3.

tâche de définition n'était toutefois pas facile : comme le relève le rapport, il n'est pas toujours aisé de distinguer, d'un point de vue fiscal, le professionnalisme du simple passe-temps. En Australie par exemple, il appartiendrait au Commissariat du Service des Taxes d'évaluer, au cas par cas, si une œuvre d'art est présentée dans le but d'en tirer profit. Au Canada, cette notion de « profit » est également critique pour déterminer si l'activité artistique du redevant constitue un entrepreneuriat ou simplement un hobby « qui va plus loin ». Aux États-Unis, les critères sont le temps passé sur une œuvre, l'effort consommé, le profit « track record » et le niveau du *business*[sic][361]. Le Conseil artistique finlandais particulier dispose de deux projets de recherche sur la définition de l'artiste. La *Société autrichienne d'Économie culturelle* a lancé elle aussi, en 2001, un projet intitulé « De-fine arts », afin d'éclaircir la notion de l'artiste. En Angleterre, le projet « *L'année de l'artiste* » a défini les artistes comme des professionnels « *impliqués dans la création d'une œuvre, de toute forme* »[362].

Ainsi, la FICAAC a pu mettre en exergue cinq modes de définition :

1) du fait de la participation à une association artistique ;

2) du fait de l'appartenance à un Comité autonome ; aux Pays-Bas, un corps indépendant consultatif désigne le statut professionnel des artistes. Au Mexique, un Comité d'experts détermine et classe les artistes selon un schéma qui leur permet de payer des taxes avec des œuvres d'art et non de l'argent[363]. Selon le Statut canadien de l'artiste (Artist Act) de 1992, il appartient au tribunal de déterminer qui est et qui n'est pas un artiste « professionnel »[364] ;

3) du fait l'autorité fiscale : en Irlande par exemple, les artistes soumettent leur demande à l'Office des taxes et des revenus ;

4) du fait de la production d'un résultat artistique, comme c'est par exemple le cas en France (Syndicat national des Sculpteurs et Plasticiens, 2001), au Royaume-Uni (*Inland Revenue*, 2001) et en République d'Irlande (*Revenue Commissioners*) ;

---

[361] *Ibidem,* p.4.

[362] *Ibidem,* p.4.

[363] *Ibidem,* citant« Mexican Artists Pay Taxes with their Works », *The Washington Post,* 29 août 1999.

[364] *Ibidem,* d'après le département de justice canadienne.

5) du fait de la nature de l'activité. Un artiste est professionnel si ses œuvres sont traitées de façon « *businesslike* », « comme dans les affaires ». Ce dernier mode de définition, comme le remarque le rapport de la FICAAC, est particulièrement évidente pour les systèmes de taxation de biens[365].

c. L'artiste titulaire de la liberté d'expression artistique

Les problématiques du juriste de la propriété intellectuelle et du juriste des droits de l'Homme se chevauchent parfois. Savoir si une œuvre est une œuvre d'art est un problème pour chacun d'eux ; le premier doit définir s'il faut accorder la protection juridique du droit d'auteur, le second, s'il faut accorder la protection juridique de la liberté d'expression. « *Qu'est-ce que le "Joyeux anniversaire"* », se demande un auteur écrivant sur la protection des droits de l'auteur. « *Une idée, une expression, ou les deux ? Est-ce que le jouer à partir d'une note différente serait l'expression de la même idée ? [...] Si la propriété intellectuelle est chargé de protéger un arrangement particulier de notes, qu'est-ce qu'elle devrait protéger, la mélodie, l'harmonie, le rythme, ou tout cela ?*»[366].

Toutefois, l'apport de la propriété intellectuelle à la définition de l'artiste présente peu d'intérêt pour notre problématique. Ceci pour trois raisons :

1) *du fait du caractère tautologique des définitions* : les généralités et imprécisions de ces définitions, même dans le cas des définitions techniques, sont remarquables. En effet, toutes les définitions des sources mentionnées ci-dessus sont tautologiques. Aucune des définitions n'est *substantielle*, aucune n'implique des indices permettant de désigner *la qualité de l'artiste*. La référence aux formes de l'art par exemple, auxquelles un artiste peut s'impliquer, ne résout par le problème de son essence ; elle reporte simplement le problème aux autres notions, lesquelles demeurent indéfinies ;

2) *du fait de l'improbabilité d'être appliquées* : les définitions de l'artiste créateur et professionnel sont à la fois restrictives et trop générales. La protection de la Convention de Berne s'étend aussi expressément aux traductions, arrangements musicaux et autres transformations d'une œuvre originale, aux encyclopédies et anthologies – des œuvres difficiles à imaginer comme litigieuses d'un point de vue

---

[365] *Ibidem*.

[366] VAIDHYANATHAN Siva, « American music challlenges the copyright tradition » *in* ATKINS Robert, MINTCHEVA Svetlana, *Censoring Culture*, New Press, New York, 2006, p.29.

des droits de l'Homme. Ces œuvres sont naturellement couvertes par les droits d'auteur à des fins de protection des droits moraux et patrimoniaux de leurs créateurs. Il est toutefois peu probable que le « contenu » d'une telle œuvre (d'un dictionnaire par exemple) créé sous les auspices d'une société publicitaire rentrerait dans le cadre du débat sur la liberté d'expression artistique au sens analysé dans cette étude, ou plus généralement dans le cadre d'un conflit avec d'autres valeurs de la société[367] ;

3) *du fait de leur caractère potentiellement trompeur* : dans le cadre de cette recherche, tantôt les définitions de propriété intellectuelle, tantôt celles du droit administratif et fiscal, peuvent nous égarer de notre objectif :

- Les premières, parce que le juriste des droits de l'Homme risque de prendre pour acquis ce qui est justement à démontrer : les lois de la propriété intellectuelle et les autres définitions techniques se réfèrent aux œuvres *qui ont déjà* le statut d'œuvre d'art. Or, si le débat sur la notion d'œuvre d'art est important pour la revendication de la « liberté de l'art », il l'est justement pour les œuvres ambiguës et controversées ;
- les secondes, parce que l'on risquerait d'oublier que le sujet des droits de l'Homme est *l'Homme* tout court, et donc *tout* Homme, et non pas uniquement celui qui est officiellement défini comme artiste.

Le terme d'« artiste », en effet, ne saurait jouer que dans un cas : « *lors de la mesure des "devoirs et des responsabilités" qui accompagnerait la liberté d'expression. Dirait-on que l'artiste, en tant qu'acteur social important, aurait, à l'instar des journalistes, certains "devoirs et responsabilités" plus accentués ?* [368] *Ou, en revanche, que, du fait de son art, il pourrait se passer de certains de ces devoirs et responsabilités ?* »[369].

---

[367] En revanche, ceci n'est pas le cas pour les publicités car celles-ci, par définition, cherchent à « choquer ou inquiéter » afin de vendre un produit - à ce titre, nous pourrions faire allusion par exemple à la publicité de Benetton « Tribute to women », voir *infra*, à propos du cas de la France, Chapitre 5.

[368] Voir notamment les interventions à la Conférenceorganisée conjointement par l'Université Robert Schuman, l'Université de Gand et l'Open Society Justice Initiative à Strasbourg, le 10 octobre 2008, sur le sujet de « La protection européenne de la liberté d'expression : réflexions sur des évolutions restrictives récentes ». Voir notamment OETHEIMER Mario, « Les devoirs et responsabilités des journalistes : Une garantie pour l'exercice de la liberté d'expression? »; SCHELIN Anne Louise Schelin, « Journalists' Rights and Responsibilities and the Impact of Ethics and Self-regulation »; WHITE Aidan, « The Two-Edged Sword of Legal Protection for Journalists' Rights ».

[369] Voir *infra*, Chapitre 6, à propos du traitement de cette question par la Cour, qui, en toute évidence, demeure encore ouverte.

2. Le public

Le public est aussi titulaire du droit à la liberté d'expression, puisque le droit de « partager des idées » est complémentaire au droit de « recevoir des idées »[370] . Ainsi, tant la Cour européenne[371], que la CIADH[372], ont insisté sur ces deux dimensions de la liberté de pensée et d'expression, déclarant à plusieurs reprises que le public devait avoir un rôle actif dans l'accès à l'information.

Il en va de même pour la liberté de l'art, qui seule peut garantir l'accès du public à l'art et la culture. Comme le remarque M. Ktistakis : « *la production artistique supporte l'échange public de toute sortes d'informations et idées culturelles, politiques et sociales* »[373]. Ainsi, ceux qui « *créent, traduisent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange de l'information et des opinions, nécessaires dans une société démocratique* »[374].

Il convient ici de se référer encore une fois l'arrêt *Olmedo Bustos* de la Cour interaméricaine concernant l'interdiction du film *La dernière tentation du Christ*. Mis à part son importance générale, cette affaire, exceptionnellement bien motivée, nous munit d'arguments importants concernant la légitimation de l'intérêt du public envers la liberté de l'art[375] :

- La première victime allégua que la restriction de l'émission du film a provoqué pour lui une « *lésion importante parce qu'il lui a été interdit d'avoir accès à un film artistique de contenu manifestement religieux* » et que par conséquence « *il a été*

---

[370] A titre indicatif, PINTO Roger, *La liberté d'information et d'opinion en droit international*, Paris, Economica, Etudes juridiques comparatives et internationales, 1984.

[371] COUR EUR.DR. HOMME: *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, Série A, N° 103, p. 26, § 42 ; *Sener c. Turquie*, 2000; *Thoma c. Luxembourg*, 2001; *Dichand c. Autriche*, 2002, etc.

[372] CIADH : *Opinion Consultative dansl'affaire de l'adhésion obligatoire*, précité, §§30-34 et *Ivcher Bronstein c. Peru, précité,* §§147-149et s. « *Le droit à la liberté d'expression a deux dimensions. La première est la dimension individuelle, qui signifie que chacun a le droit de s'exprimer librement, sous quelque forme que ce soit. La seconde est la dimension sociale de la liberté d'expression, qui, selon la Cour américaine, est un moyen d'échange interactif d'idées et d'informations parmi les êtres humains ; il s'agit du droit d'une société à être "honnêtement" informée* ».

[373] Voir KTISTAKIS Ioannis, « La liberté de l'art …», *op.cit.,* p.702et s.

[374] *Ibidem,* p.702, citant DE SILVIA Michele– VILLIGER Mark(dir.), *L'éclosion des Droits de l'Homme*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 81-90.

[375] CIADH : *Olmedo Bustos et al. c. Chili*, précité, §§64-67.

privé de la possibilité de se procurer des éléments de jugement, de se former une opinion et d'avoir accès à des éléments qui le concernent »[376].

- La deuxième victime prétendit qu'« *il a été empêché d'avoir accès aux informations fondamentales afin de pouvoir former son opinion à la base des faits et non des préjugés* » et que « *la possibilité de son développement intellectuel afin de prendre part au débat public a été restreinte* »[377].
- La troisième victime proposa la relativité du goût du public : *« d'aucuns trouvent le film choquant et blasphématoire, d'autres le trouvent illuminant et instructif* ».

Mis à part le « fond » de l'affaire, y compris la mise en balance des croyances religieuses et de l'art, la Cour interaméricaine a en l'espèce réussi de démontrer deux choses : 1) l'importance des droits du public à l'accès à l'art et 2) l'importance de l'accès à l'art comme *réalisation d'autres droits*, comme par exemple la liberté religieuse, au sens où il permettrait la réflexion sur la religion et donc la liberté de choix de religion[378]. En réalité, la qualification de l'art et l'importance donnée au public joue pour déterminer le *genre* de public qui serait éventuellement intéressé par une exposition, un film, une pièce de théâtre, un concert, etc. Ainsi, comme « l'auteur de l'art » peut être « tout Homme », de même, le « récepteur de l'art » peut être aussi tout Homme[379].

B. La société de l'art

L'expression « société de l'art » se réfère au fait que le titulaire de la liberté de l'art est la société entière. L'œuvre d'art, certes, ne cesse jamais d'être la création de son ou de ses auteurs ; elle est pourtant en même temps le fruit d'une époque sociale donnée.

1. Les artistes dans la « société de l'information » d'aujourd'hui

Le rôle de l'art et de la littérature ne devrait pas être méconnu dans la société de l'information. La Conférence intergouvernementale sur les Politiques culturelles pour

---

[376] *Id.*, § 45a.

[377] *Id.*, § 45b.

[378] SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1989, 2006(8e éd), p.57 et s.

[379] Pour certains enjeux contemporains auxquels le système de la propriété intellectuelle est confronté, voir *infra*, Chapitre 3.

le Développement, tenue à Stockholm du 30 mars au 2 avril 1998, avait proclamé la liaison entre l'art, la culture et la société de l'information : « *L'entrée dans la société de l'information et l'appropriation par chacun des techniques de l'information et de la communication constituent une dimension majeure de toute politique culturelle* ». Ainsi, « *reconnaître l'importance des nouvelles technologies de l'information pour le travail des créateurs, aussi bien que le rôle clé de la création artistique dans les efforts en vue de construire la société de l'information »*[380]. Selon la Conférence de Stockholm alors, le public devrait alors être impliqué au maximum dans les activités artistiques et culturelles, ce qui favoriserait son acculturation – cet « intérêt général » ou « intérêt public » auquel fait si souvent allusion la Cour européenne[381]. Cette dernière, par ailleurs, exige que les restrictions de l'article 10 §2 de la Convention européenne soient interprétées de façon particulièrement étroite, notamment lorsque des questions d'intérêt général sont en débat[382].

L'essor d'une société de l'information sans art, ou plus généralement, sans culture, semble un piège. Certes l'art pourrait jouer le rôle de « contrepoids » au droit de l'information, au sens où le modèle de la société occidentale moderne est hypertrophique d'un point de vue d'accès à l'information. Or, le grand défi est maintenant la qualité de cette culture, plutôt que l'accès à cette dernière, afin de pouvoir construire une *société de l'art* véritable, voire une *société de culture*. A cet égard, il est important de souligner non seulement que l'art est menacé par des formes de censure plus latentes que la presse[383], mais aussi qu'il appartient à lui seul de nourrir les idées, les talents et l'imagination et de résister à l'uniformité de la masse.

---

[380] *Rapport final de la Conférence intergouvernementale de Stockholm* de 1998, §§4 et 9.

[381] Cour eur . dr. Homme : *Jersild c. Denmark*, précité, § 31 ; *De Haes and Gijsels v. Belgium*, Décision du 24 février 1997, § 37 ; *Bladet Tromsø and Stensaas c. Norvège*, § 5.

[382] Voir, parmi beaucoup d'autres, les arrêts *Lingens c. Autriche*, précité, § 43 ; *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, Série A, N° 239, p. 27, § 63.

[383] Voir GAMET Laurent, « La liberté des arts et des sciences », *in* BOURGOGUE-LARSEN Laurence, *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union,* Bruylant, 2005, p.357-386, qui voit dans la phraséologie de la Charte des droits fondamentaux, une nécessité de protéger les arts contre des formes de censure plus latentes, et notamment la censure émanant du privé et la censure cinématographique(évoquant par exemple l'article 19 du Code de l'industrie cinématographique, de la loi française du 1er août 2000 et la loi du 16 juillet 1949, destinées à assurer la protection de « la jeunesse, la morale et la dignité ».

2. Les artistes et la « société de l'art » de demain

Nous avons déjà suggéré que l'œuvre d'art n'est pas une création individuelle car, aussitôt qu'elle est créée, elle s'émancipe de la possession de son créateur[384]. Une lecture de Heidegger, selon qui « *l'origine de quelque chose est le source de sa nature* » et « *l'origine de l'art n'est pas l'artiste mais l'art même* »[385] , relève justement que l'art, en tant que concept, s'autonomise de son créateur. Ceci signifie que le titulaire de la liberté de l'art n'est pas seulement le public, mais la société entière, voire les générations futures, puisque ce qui est banni aujourd'hui n'appartiendra plus – ou n'aura pas la chance d'appartenir – à l'héritage artistique de l'humanité[386].

Les réactions de la société civile en France à propos des controverses relatives à la violation des dispositions d'urbanisme ou de protection de la propriété (publique ou privée) par des créateurs[387] ou bien, la réflexion sur les arts de la rue ou la mode de la création dans l'espace public en Angleterre en utilisant la technique de *stensil*[388], illustrent aussi cette problématique et ouvrent des pistes de redéfinition des relations entre l'art, la société et le droit.

On dirait alors que les enjeux juridiques de la liberté de l'art ne peuvent être lus sans une prise en compte de l'impact de cette liberté sur les générations de demain. Les démarches récentes de la Communauté internationale, notamment l'adoption de la Convention de la Diversité Culturelle par l'UNESCO[389], l'adoption du Protocole facultatif au PIDESC en décembre 2008, ainsi que le nouveau mandat de la

---

[384] Ceci n'est pas simplement un point de vue des sociologues de l'art ; c'est un lieu commun en matière de propriété intellectuelle, où le droit personnel de l'auteur peut parfaitement coexister avec le droit de propriété d'un tiers. Voir COHEN Dany, « La liberté de création… », *supra,* note 315, p.333.

[385] HEIDEGGER Martin, *L'origine de l'œuvre d'art [d'après la trad.grecque : Η προέλευση του έργου τέχνης],* (1950), Athènes, Dodoni, 1995, p.37.

[386] BEDJAOUI Mohamed, « Des œuvres de l'esprit d'intérêt universel comme patrimoine culturel de l'humanité », in *Les droits de l' homme à l' aube…*, *op.cit.,* 1999, pp.951-970.

[387] Voir sur ce sujet la conférence du Pr. Jean-Michel BRUGUIERE sur « L'œuvre d'art contemporain et le juge », dans le cadre du Colloque « L'art et le Droit » organisée par l'Université de Grenoble le jeudi 30 avril 2009, à l'Auditorium de Musée de Grenoble, évoquant entre autres l'affaire de la « Demeure du Chaos ».

[388] Il s'agit des « violations » vendues pourtant très chères : à titre indicatif, voir l'œuvre graffiti de Banksy *Kate Moss,* inspirée du portrait que Andy Warhol a fait de Marilyn Monroe, qui a été vendue en février 2008 pour 191.000 dollars par une galerie « de la rue ».

[389] Voir *infra ,* Chapitre 3.

Rapporteuse sur les Droits culturels depuis 2010, telles que nous les avons exposés[390], posent cependant des jalons qui renforcent ce point de vue de la liberté de l'art considérée dans sa dimension culturelle. Or, aucun changement ne saurait être fait sans reconnaissance politique de l'importance du patrimoine culturel en tant que patrimoine de l'humanité – c'est le cas pour le patrimoine artistique, tout comme pour le patrimoine naturel. Citons la réponse du président brésilien à propos de l'internationalisation de l'Amazonie[391] : « *Avant l'Amazonie, j'aimerais assister à l'internationalisation de tous les grands musées du monde. Le Louvre ne doit pas appartenir à la seule France. Chaque musée du monde est le gardien des plus belles œuvres produites par le génie humain. On ne peut pas laisser ce patrimoine culturel, au même titre que le patrimoine naturel de l'Amazonie, être manipulé et détruit selon la fantaisie d'un seul propriétaire ou d'un seul pays. Il y a quelque temps, un millionnaire japonais a décidé d'enterrer avec lui le tableau d'un grand maître. Avant que cela n'arrive, il faudrait internationaliser ce tableau* »[392]. Or, pour l'instant, parmi les organisations internationales, seule l'UNESCO semble avoir des préoccupations concernant le patrimoine culturel des générations futures[393].

---

[390] Voir *supra,* notes 180 - 181.

[391] Cette réponse, vraisemblablement réelle a été rapportée par Geneviève ANCELIN sur http://edmondsimeoni.blog.lemonde.fr/, disponible en portugais sur le site du Ministère de l'Education du Brésil : http://www.educacao.gov.br/acs/pdf/a160203.pdf, consulté le 20 octobre 2010. Toutefois, les démarches ultérieures du gouvernement brésilien montrent qu'elle était peut être un *hoax.*

[392] Il s'agit probablement du portrait du Dr. Gachet de Van Gogh, une des œuvres vendues les plus chères dans l'Histoire de l'Art, voir l'histoire de l'œuvre SALTZMAN Synthia, *Portrait of Dr. Gachet,* New York, Penguin, 1998.

[393] BUSUTTIL Salvino, « Human rights and future generations »,in *Les droits de l' homme à l' aube…*, *op.cit.,* 1999, pp.951-970.

Conclusions du chapitre

Les deux « axes » de ce chapitre ont suivi deux objectifs examinés successivement : esquisser le cadre de la protection de la liberté de l'art ; savoir en quelle mesure la protection de la liberté d'expression se différencie de la liberté d'expression.

En guise d'introduction, nous avons commencé par quelques remarques à propos de notre préférence pour l'expression « liberté de l'art ». Nous avons justifié cette préférence par notre volonté de reconnaissance juridique de l'art comme un droit à la fois plus spécifique et plus étendu que la liberté d'expression. Nous avons mis l'accent en particulier sur le fait que seule l'expression « liberté de l'art » tienne compte de l'« art » comme d'un ensemble impersonnel, qui fait appel aux « mondes de l'art » et non pas uniquement aux « artistes » ; en effet, ce terme « renforce » l'aspect collectif et culturel de l'art, qui implique l'absence de toute sorte de censure et met l'accent sur les obligations étatiques pour la promotion de l'art[394].

Nous avons ensuite été amenée à étudier notre premier objectif. En traçant les modalités de la protection de la liberté de l'art aux niveaux international et régional, nous avons constaté que la notion de protection du droit à la « liberté de l'art » se dégage d'une combinaison de différents textes juridiques concernant non seulement la « liberté de l'art » en tant que telle, mais aussi la liberté d'expression, notamment dans le cadre de dispositions relatives à la protection de la culture et à la diversité des expressions artistiques et culturelles. Il s'est agi des éléments suivants :

- Au niveau international, nous avons fait allusion à des nombreuses déclarations et instruments, tels que la DUDH (articles 19 et 27), le PIDCP (article 19) et le PIDESC (article 15 §1). Nous nous sommes référée en particulier aux travaux préparatoires de la Déclaration universelle et aux travaux préparatoires du PIDESC. Nous nous

[394]Nous avons également évoqué que l' « art» pourrait, éventuellement, faire l'objet d'un traitement particulier par le droit, à savoir une éventuelle « défense » dans le cas d'une offense par le biais de l'expression artistique. Remarquons que cette question concerne *l'expression de l'artiste* en particulier et non *l'ensemble impersonnel de l' « art »* : elle est alors indépendante de l'appellation du droit à « liberté de l'art », et elle sera traitée dans la partie relative dans notre thèse (Chapitre 7).

sommes également référée à d'autres instruments qui garantissent la liberté artistique pour certains groupes de personnes spécifiques (la CEDAW, la CRC, la DRIPS), et à pléthore d'autres textes, déclarations et recommandations, telles que la Déclaration du Mexique sur les Politiques culturelles et la Recommandation relative à la condition de l'Artiste de l'UNESCO en 1980, les Principes de Limburg de 1997 et la Déclaration de la Conférence intergouvernementale de Stockholm de 1998[395]. En outre, nous avons examiné les mécanismes internationaux quasi-judiciaires de protection de la liberté de l'art, et notamment la jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme (pour lequel la liberté de l'art est explicitement prévue dans le Pacte).

- Nous avons fait allusion à d'autres instruments régionaux et textes de *soft law,* existant dans le reste du monde, aux Amériques, en Afrique, en Asie et dans le monde arabe. Nous avons insisté notamment sur la Convention américaine relative aux droits de l'Homme (CADH), complétée par le Protocole de San Salvador, qui vise spécifiquement la protection des droits économiques, sociaux et culturels. Nous nous sommes particulièrement penchée sur l'arrêt-clé de la Cour interaméricaine *Olmedo Bustos* (2001) concernant le cas de censure du film de Scorsese *La dernière tentation du Christ* par l'État chilien. En outre, nous nous sommes référée à la *Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples* et à d'autres textes régionaux, comme la « Déclaration islamique universelle des Droits de l'Homme » de 1981, tout en soulevant certains problèmes à propos de la limitation de l'expression à des fins de protection des sensibilités religieuses et qui seront examinés ultérieurement dans notre thèse.

- Au niveau européen, nous avons insisté en particulier sur la question de savoir si la protection de l'art est comprise dans l'article 10 de la Convention et nous avons conclu que l'affirmative peut être aisément déduite du texte de la Convention (qui se réfère spécifiquement aux « informations » et aux « idées », mais aussi au cinéma et à la télévision), de la doctrine (notamment d'un article de M. René Dupuis datée de 1974) et de la jurisprudence de la Cour depuis les années 1980 (nous nous sommes référée à la décision de la Commission *Nageli contre Suisse* de 1983 et à l'arrêt

[395] Nous avons expressément évité de se référer aux textes concernant la diversité des expressions culturelles et artistiques, considérant que ceux ci sont moins relatifs à la *liberté de l'art* en tant que telle et plus au *poids de l'art ;* ces textes alors seront examinés dans la partie relative de la thèse, dans le Chapitre 4.

Müller de la Cour de 1986). Nous nous sommes également référée à l'encouragement de l'art au sein de l'Union européenne, par le biais des politiques culturelles et des importants financements dédiés à la création artistique (la Cour de Justice, de son côté, n'ayant pas eu, pour l'instant, l'occasion de se prononcer sur la question de la liberté d'expression artistique en tant que telle). Par ailleurs, la Charte des Droits fondamentaux comprend une disposition qui prévoit que « *les arts et la recherche scientifique sont libres* » ; c'est l'un des rares textes de niveau international à émanciper la *liberté de l'art* de la liberté d'expression.

Quant à l'étendue de la protection des expressions artistiques qui pourraient être considérées comme offensives, nous avons déduit de notre étude jusqu'ici que les pensées et idées créatives au sein du système de protection international des droits de l'Homme sont protégées de façon absolue et inconditionnelle : cette idée se dégage également de la lecture de la nouvelle Observation générale sur l'article 19 du Comité des Droits de l'Homme, qui souligne qu'une réserve au droit à la « liberté d'opinion et de pensée » n'est pas compatible avec le PIDCP et que cette liberté « *ne peut faire l'objet d'aucune dérogation pendant l'état d'urgence* », même si elle n'est pas comprise parmi les articles cités dans la disposition de l'article 4 §2 du PIDCP. Selon le Comité, seule la *manifestation* des idées peut être sujette à limitations : celles prévues dans les instruments internationaux et régionaux, notamment les articles 19 §2 et 20 §1 du PIDCP ou l'article 10 §2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Depuis l'arrêt *Balantyne* d'ailleurs (1993), le Comité a précisé qu'aucune expression « politique, culturelle ou artistique » ne devrait être davantage restreinte.

Nous avons ensuite procédé à l'examen de la mesure dans laquelle la protection de la liberté d'expression se différencie de la liberté d'expression.

- Nous avons commencé avec certaines remarques linguistiques à propos des notions de l'« expression » et de la « création », en nous référant notamment à la philosophie de Platon sur la *mimèsis,* et nous avons constaté qu'il s'agit des notions de nuance linguistique différentes.
- Sur le plan juridique, nous avons constaté qu'il n'existerait pas de consensus des États quant à la consécration de le liberté de l'art. En effet, seuls certains droits nationaux insistent sur la spécificité de l'art (Allemagne, Autriche, Italie, Espagne, Grèce, Portugal), considérant que cette dernière devrait jouir d'une certaine

autonomie, alors que d'autres considèrent que la liberté de l'art est une forme de *lex specialis* par rapport à la liberté d'expression (France, Royaume-Uni, Chypre). Dans le reste du monde, on ne rencontre pas, à notre connaissance, de droits « à la « liberté de l'art » proclamées indépendamment de la liberté d'expression : quelques constitutions font référence, de façon vague, à la création ou à la créativité (Chine, Russie, Bulgarie), alors que d'autres (notamment en Amérique latine et centrale) se montrent sensibles à la consécration des droits culturels.

D'après nos conclusions jusqu'à présent, nous pouvons constater que la « liberté de l'art » est protégée sur le plan *formel* par une multitude de dispositions qui reconnaissent sa spécificité, soit de façon explicite (par exemple, la Charte de Nice, le PIDESC ou les recommandations de l'UNESCO) soit de façon implicite (par exemple, la Convention européenne ou le PIDCP). Étant donnée la différenciation essentielle entre *l'expression* et *la création,* nous considérons donc que nous avons pu dégager suffisamment d'arguments qui pourraient fonder la conception de l'autonomie de l'art sur le plan international. Les effets d'une telle approche sont particulièrement importants, non seulement pour une meilleure consécration des droits du public « à l'art et à la culture », mais également pour une meilleure prise en compte de l'impact des politiques culturelles sur les générations futures. Nous avons à également dans ce chapitre exprimé notre souhait que le droit à la liberté de l'art sera encore mieux protégé dans le futur, notamment depuis l'adoption récente du Protocole facultatif au PIDESC en décembre 2008 (qui permettrait l'examen de communications individuelles par le Comité des DESC) et le nouveau mandat de la Rapporteuse sur les Droits culturels depuis 2010.

Chapitre II. La liberté religieuse

La liberté de pensée, de conscience et de religion est une notion polyvalente, une véritable « liberté-clé » du système de protection des droits de l'Homme : elle englobe des questions à la fois morales et socioculturelles. Liberté par excellence collective[396], elle est inextricablement liée au politique. Il n'est point fortuit qu'elle ait été caractérisée par la doctrine comme la « racine » ou la « matrice » des autres libertés[397]. Comme le remarque le Professeur Dagtoglou, elle pourrait servir de « *signe infaillible des droits de l'Homme* » dans un État, puisque c'est « *l'acceptation générale du sacré à l'envers du droit humain […] [qui] avait créé le fondement pour rétorquer des obligations individuelles religieuses à l'engagement étatique* »[398]. Condition nécessaire à la vie démocratique[399], elle est alors l'un des éléments « *les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents* »[400]. Ce qui fait que, depuis la mise en place des fondements primaires de la Communauté internationale, des nombreux travaux ont été consacrés à la question

---

[396] GARAY, Alain, « L'exercice collectif de la liberté de conscience en droit international », *RTDH*, 67/2006, p.597 et s. , et SHOUPPE**,** Jean-Pierre, La dimension collective et institutionnelle de la liberté religieuse à la lumière de quelques arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'Homme, RTDP, 63/2005, p.611 et s.

[397] Voir généralement EVANS Malcom, *The Evolution of Religious Freedom in International Law: Present State and Perspectives*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, N° 6, Université de Bristol, 1997 ; FLAUSS Jean-François (dir.), La protection internationale de la liberté religieuse, Bruxelles, Bruylant, 2002 ; TAYLOR Paul, *Freedom of religion : UN…, op.cit*; MOULIER Isabelle, « La notion de religion dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux et de la Cour international de Justice », *in* MILLET-DEVALLE Anne-Sophie, *Religions et Droit International Humanitaire*, issu du Colloque de Nice des 18-19 juin 2007, Pedone, 2008 ; BUZAN Barry et LITTLE Richard, *International Systems in world history,* Oxford University Press, 2000, p.204 ; EVANS Carolyne, « Religious freedom in European Human Rights Law », *in* JANIS Mark et EVANS Carolyne(dir), *Religion and international law,* Boston – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp.385-400 ; ROUCOUNAS Emmanuel, « Facteurs privés et droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, Tome 299 de la Collection(2002), Leiden- Boston, Martinus Nijhoff, 2003, p.148 et s.

[398] DAGTOGLOU Prodromos, *Libertés individuelles [Ατομικά Δικαιώματα],* Athènes -Comotini, Sakkoulas, 1991, p.364.

[399] Ainsi le stipulent la Convention européenne des droits de l'Homme, le PIDCP, la CERD, la Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination basées sur la religion de 1981 et la Déclaration universelle des droits de l'Homme des Nations Unies de 1948.

[400] Cour eur.dr.Homme: *Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, Série A, N° 260-A. 127, §31.

de sa protection[401].

Dans ce deuxième chapitre, notre objectif n'est pas de nous pencher sur la totalité des aspects de la protection de la liberté religieuse. Nous nous contenterons de renvoyer le lecteur aux travaux existants chaque fois que cela sera nécessaire et, de notre côté, nous ciblerons deux objectifs : (1) savoir si la protection de la liberté religieuse a la même valeur normative que la protection de la liberté d'expression artistique, afin de démontrer notre postulat d'« égalité formelle » entre les deux droits fondamentaux, et (2) examiner si éventuellement sa protection juridique comprend également un droit à la « non offense » des croyants.

Section 1. La protection juridique de la liberté religieuse

Comme nous l'avons fait pour la liberté de l'art, nous envisagerons d'abord la protection de la liberté religieuse sur le plan international, puis sur le plan régional.

§ 1. La protection internationale de la liberté religieuse

Afin de voir s'il existe une « *formulation universellement acceptée* »[402] de la liberté religieuse, nous devons étudier successivement les sources et les mécanismes internationaux de sa protection, les dispositions relatives prévues dans les instruments internationaux, leur interprétation par les diverses juridictions, ainsi que les mécanismes spécifiques de protection.

A. Quelques remarques à propos de l'étendue de la protection

La liberté religieuse est une liberté de l'esprit. Sa protection découle d'une part de la protection de la personnalité et du droit à l'autonomie et à l'autodétermination de la personne humaine[403] ; d'autre part, elle découle de la liberté de pensée. Exprimant

[401] Voir par exemple certains travaux « pionniers » du XIXe siècle : VERVOORT, Adrien, *De la liberté religieuse selon la charte,* Paris, Landois et Bigot, 1830 ; LABOULAYE Édouard, *La liberté religieuse*, 1866. Aujourd'hui, les travaux concernant la liberté religieuse sont d'autant plus nombreux. Notre but n'est naturellement pas de répéter les objectifs visés par ces travaux. Il nous appartient simplement d'étudier les aspects de la liberté religieuse qui seraient utiles dans le cadre de notre démarche.

[402] EVANS Malcom, *The Evolution of Religious Freedom…, op. cit.*, p.35.

[403] McBRIDE Jeremy « Autonomy if Will and religious Freedom », in FLAUSS Jean-François (dir.), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

l'une des dimensions les plus importantes de l'identité culturelle d'un peuple, elle comporte à son tour deux dimensions, l'une civile et l'autre, culturelle, qui impliquent deux obligations étatiques :

- l'abstention d'interférence (aspect négatif de la liberté religieuse) ; notamment l'abstention d'interférence dans le libre choix de la religion et dans l'exercice du culte ;
- l'intervention par des mesures positives (aspect positif de la liberté religieuse) telles que l'élimination des obstacles à l'exercice du culte, au droit de fonder, de faire enregistrer et d'obtenir la reconnaissance d'une association religieuse, ainsi qu'à l'accès à l'éducation religieuse.

Il n'est pas facile de préciser l'étendue de la protection de la liberté religieuse, sachant que la notion même de religion peut être caractérisée de « variable ». La doctrine opère généralement une distinction entre le *for intérieur* et le *for externe* de la liberté religieuse[404]. Le *for intérieur* comprend la pensée, la conscience et les croyances[405]. Le *for externe* comprend la liberté de *manifester* le for intérieur, de l' « extérioriser »[406]. De surcroît, le for externe comprend aussi la liberté d'éducation religieuse, notamment au sens du droit des parents de choisir une certaine éducation religieuse pour leurs enfants[407]. Cette distinction n'est en effet pas uniquement théorique : le for intérieur correspond à des droits « inviolables, sacrés et absolus » tandis que le for externe peut être sujet à des limitations.

---

[404] Voir, à titre indicatif, TAYLOR Paul *Freedom of religion: UN and European human Rights Law And Practice*, Cambridge University Press, 2005, p.24 ss ; ROZAKIS Christos « The case law of the Commission as regards freedom of thought, conscience and religion » *in* DE SALVIA Michele et VILLIGER Mark (éd.), *L'éclosion du droit européen des droits de l'Homme: mélanges en l'honneur de Carl Aage NØRGAARD*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, p.203ss ; KTISTAKIS Ioannis, *La liberte de religion et la Convention Europeenne des droits de l'Homme [Θρησκευτική ελευθερία και ευρωπαϊκή σύμβαση δικαιωμάτων του ανθρώπου]*, thèse soutenue à l'Académie européenne de théorie du Droit à Bruxelles en 1996, Athènes, Sakkoulas –Fondation Marangopoulou pour les droits de l'Homme, 1996.

[405] « *Si Dieu n'existait pas, il faudrait l'inventer* », selon la formule célèbre de Dostoïevski, qui révèle non seulement la nécessité pour l'Homme de croire à la divinité, mais aussi son besoin primaire de s'identifier à une doctrine spirituelle.

[406] D'après une formulation courante, « *la liberté de conscience ou de religion ne se rend visible par le droit qu'au moment où elle se manifeste par les pratiques* » ; voir ROLLAND Patrice, « Ordre public et pratiques religieuses », in FLAUSS Jean- François(dir), *La protection internationale de la liberté religieuse*, *op. cit.*, p.231.

[407] OG n°22, §8, précitée: « *Aucune restriction ne peut être apportée à la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction en l'absence de toute contrainte ni à la liberté des parents et des tuteurs d'assurer à leurs enfants une éducation religieuse et morale* ». Voir également sur ce sujet la problématique de l'éducation religieuse en Grèce : PAPADIMITRIOU Georges et MAKRIDIMITRIS Antonis (dir.), *Questions de liberté religieuse au milieu de l'éducation[Ζητήματα θρησκευτικής ελευθερίας στο χώρο της εκπαίδευσης]*, Athènes-Comotini, Sakkoulas, 1997.

En outre, il est difficile de distinguer les notions de pensée, de conscience et de croyance – ou de convictions – quand aucun texte international n'indique clairement si ces notions sont distinctes les unes des autres ou si elles constituent des facettes différentes de la même liberté[408]. Ainsi, certains juristes hésitent également à accepter que la liberté de conscience soit un droit autonome ; ils la considèrent plutôt comme un principe général à l'origine des libertés publiques[409]. D'une manière générale, nous pourrions dire que certaines nuances sémantiques existent et notamment que :
1) la pensée est plus susceptible au changement (par rapport à la conscience, la croyance ou la conviction) ;
2) la conscience implique notamment des questions éthiques ;
3) la croyance implique des questions non seulement éthiques mais aussi spirituelles ;
4) les convictions correspondent tant à la conscience qu'aux croyances.

En ce qui concerne la notion de conscience, on pourrait dire qu'elle est le principe général qui est à l'origine de la liberté religieuse. Or, comme le souligne M. Garay, cette liberté « *reste relativement mal définie quant au fond et d'une valeur normative incertaine quant à la force exécutoire* »[410]. D'après une autre définition de la conscience, celle-ci consiste en les « *convictions personnelles de l'Homme ; non seulement ses opinions et pensées mais ces certitudes immuables qui lui dictent une manière de conduite donnée conséquente à leur endroit* »[411]. Ainsi, la liberté de conscience ne se réduirait pas « *à l'adhésion individuelle à la foi et à une croyance (la liberté des religions, en elle-même et pour elle-même), ni à la liberté de religion* », mais plutôt à l'adhésion à un système de valeurs[412]. En revanche, le fait de manifester ses pensées, ses croyances et ses convictions, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites relève du *for externe* de la liberté religieuse.

---

[408] GARAY Alain, « L'exercice collectif… », *op. cit.*, p.601.

[409] Voir par exemple LUCHAIRE F, La protection constitutionnelle des droits et des libertés, Paris, 1987, p.111 ; ANTHOPOULOS Charalambos, *La liberté de conscience*, *op.cit.,* p.15. Voir aussi MARIE Jean – Bertrand, MEYER BISCH Patrice, *Un nœud de libertés. Les seuils de la liberté de conscience dans le domaine religieux*, Bruxelles-Genève, Bruylant-Schullthess, 2005.

[410] *Ibidem*, p.599.

[411] ANTHOPOULOS Charalambos, *La liberté de conscience [Το συνταγματικό δικαίωμα στην ελευθερία της συνείδησης*], Athènes, Sakkoula, 1992, p.15.

[412] GARAY Alain, « L'exercice collectif… », *op. cit.*, p.597.

Il faut d'ailleurs remarquer que la liberté religieuse ne concerne pas que les croyants, puisqu'elle comprend la liberté de choisir, maintenir, changer ou abandonner une certaine religion, ainsi que celle de ne choisir aucune religion ou de l'abandonner et, plus généralement, de choisir d'être agnostique ou athée « *sans subir des conséquences négatives* »[413]. Par ailleurs, *lato sensu,* ce droit est complété par le droit à la non-discrimination fondée (entre autres) sur la religion : l'Assemblée générale des Nations Unies, à travers plusieurs résolutions, a maintes fois stipulé que la liberté de pensée, de conscience, de religion et de conviction constituait un droit de l'Homme découlant de la dignité inhérente à la personne humaine et garanti à tous, sans discrimination[414].

B. Les instruments internationaux de la protection

Nous esquisserons la protection internationale de la liberté religieuse en insistant sur quelques points concernant les dispositions relatives à la liberté religieuse contenues dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

1. Les dispositions générales

Comme le suggère M. Evans, la protection internationale fait apparaître un consensus général basé sur une structure juridique tripartite : 1) l'assertion générale de la liberté de « pensée de conscience et de religion » ; 2) le fait que la « liberté de croyance » peut être manifestée par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement ; et 3) le fait que son exercice peut être limité pour un nombre de raisons spécifiques[415].

La Déclaration universelle des Droits de l'Homme (DUDH), contient deux dispositions cruciales pour la protection de la liberté religieuse, qui, d'après Evans, « *représentent un "effort" de la Communauté internationale pour forger une compréhension du contenu de la liberté de religion et de croyance* »[416].

---

[413] DAGTOGLOU Prodromos, *op. cit.*, p.369.

[414] Nous allons étudier le droit à la non-discrimination fondée sur la religion, dans le Chapitre 4, notes 1026et s.

[415] EVANS Malcolm, *The Evolution of Religious Freedom…, op. cit*., p.31.

[416] *Ibidem.*

La première ne saurait être autre que l'article 18 : « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites* ».
La seconde est l'article 26 §2, qui prévoit que l'éducation devrait favoriser la tolérance religieuse : « *L'éducation doit viser au plein épanouissement de la personnalité humaine et au renforcement du respect des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Elle doit favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux, ainsi que le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix* ».

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (PIDCP) contient, quant à lui, une définition plus « opaque » de la Déclaration universelle, car il remplace l'approbation explicite de la « *liberté de changer de religion* » par la liberté plus ambiguë « *d'adopter une religion* »[417]. Comme dans la DUDH, le droit à la liberté de choisir l'éducation religieuse de l'enfant est spécifiquement mentionné également dans l'article 18 §4 du Pacte : « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions* ».

La protection internationale de la liberté religieuse pourrait également être abordée à la lumière des droits des minorités et des peuples autochtones. À cet égard, l'article 27 du Pacte stipule que *« Dans les États où il existe des minorités […] religieuses […], les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit […] de professer et de pratiquer leur propre religion* »[418]. En outre, l'article 13 de la

[417] *Plus particulièrement, l'article 18 du Pacte énonce que : « 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement ; 2. Nul ne subira de contrainte pouvant porter atteinte à sa liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix ».*

[418] Certes l'article 27 consacre les droits des minorités comme des droits individuels, certaines interprétations du Comité cependant préconisent certaines caractéristiques des droits collectifs. Voir par exemple, *Bernard Ominayak, chef de la bande du lac Lubicon c. Canada*, Communication no.167/1984, le 10 mai 1990, CCPR/C/38/D/167/1984, § 32.2.

Déclaration sur les Droits des Peuples autochtones prévoit un droit d'accès aux lieux sacrés et un droit à la préservation des coutumes religieuses, qui va de pair avec une obligation expresse de l'État de veiller à permettre la mise en œuvre de ces droits[419] : « *Les peuples autochtones ont le droit de manifester, de pratiquer, de promouvoir et d'enseigner leurs traditions, coutumes et rites religieux et spirituels ; le droit d'entretenir et de protéger leurs sites religieux et culturels et d'y avoir accès en privé ; le droit d'utiliser leurs objets rituels et d'en disposer ; et le droit au rapatriement de leurs restes humains* ». L'obligation des États de veiller à l'accès au culte des minorités est également souligné : « *Les États veillent à permettre l'accès aux objets de culte et aux restes humains en leur possession et/ou leur rapatriement, par le biais de mécanismes justes, transparents et efficaces mis au point en concertation avec les peuples autochtones concernés* »[420].

Il existe finalement d'autres instruments concernant des groupes spécifiques, et en particulier les femmes et l'enfant. Tant la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (CEDAW)[421], que la Convention des droits de l'Enfant (CRC)[422], chacune de son côté, prêtent une attention importante à la liberté religieuse.

La *Convention sur la protection de la discrimination contre les femmes* insiste plutôt sur les incidents d'inégalités, du fait des préceptes de certaines religions[423], alors que la CRC a un rôle important dans la consécration de l'importance de la liberté religieuse *per se.* L'article 14 de la CRC notamment, similaire mais moins détaillé que l'article 18 du PIDCP, prévoit que « *les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion »*, sans pour autant

---

[419] Voir à ce sujet LERNER Natan « Religious Human Rights under the UN » *in* VAN DER VYVER Johan et WITTE John (dir), *Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives*, Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p.112.

[420] Article 12, §§1 et 2 de la DRIPS, *supra,* note 121.

[421] Adoptée et ouverte à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 34/180 du 18 décembre 1979.

[422] Adoptée et ouverte à la signature, ratification et adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/25 du 20 novembre 1989, entrée en vigueur le 2 septembre 1990, conformément à l'article 49.

[423] C'est pour cela que nous allons étudier la jurisprudence du Comité dans la partie correspondante à la non-discrimination fondée sur la religion, voir *infra*, notes 1026et s.

préciser les limites de la liberté de l'enfant vis-à-vis de ses parents[424], considérant l'éducation religieuse également comme un *devoir*[425]. En outre, l'article 30 de la CRC protège les enfants appartenant à des minorités en prévoyant que « *dans les États où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques ou des personnes d'origine autochtone, un enfant autochtone ou appartenant à une de ces minorités ne peut être privé du droit d'avoir sa propre vie culturelle, de professer et de pratiquer sa propre religion […]* »[426]. Par ailleurs, le Comité CRC a aussi une rôle important à jouer pour la protection de la liberté religieuse des enfants appartenant aux minorités : dans l'OG n°11, par exemple, le Comité stipule que les enfants autochtones ont le droit de pratiquer leur propre religion à leur façon.

2. La liberté religieuse comme droit absolu ?

La liberté religieuse n'est certainement pas un droit absolu, puisque son exercice peut être limité pour un nombre de raisons spécifiques. Ces restrictions en effet, sont prévus dans les textes des instruments internationaux ; l'article 18§3 du PIDSCP par exemple dispose que « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet que des seules restrictions prévues par la loi et qui sont nécessaires à la protection de la sécurité, de l'ordre et de la santé publique, ou de la morale ou des libertés et droits fondamentaux d'autrui»* ; de même la Convention européenne admet des restrictions si du moment où elles sont *« prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». D'autres auteurs d'ailleurs, pensent aussi que l'application de la limite de la *légalité* peut également s'avérer précieux, par le biais du critère de l' « ordre public »[427].

---

[424] Toutefois, pendant les travaux du Pacte, le droit des parents d'élever l'enfant à partir de leur propres convictions a été une des questions provoquant le plus de débats, en raison de les pratiques différentes dans les religions. En effet, en certaines États, les enfants suivent la religion de leurs parents comme résultat de la loi divine et il est impossible d'envisager une religion de l'enfant différente de celle de ces parents. voir VAN BUEREN Géraldine, *The international law…,op.cit.* pp.155-157.

[425] D'après l'article 14 du Pacte « *Les États parties respectent le droit de l'enfant à la liberté de pensée, de conscience et de religion », « Les États parties respectent le droit et le devoir des parents ou, le cas échéant, des représentants légaux de l'enfant, de guider celui-ci dans l'exercice du droit susmentionné d'une manière qui corresponde au développement de ses capacités »* et « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut être soumise qu'aux seules restrictions qui sont prescrites par la loi et qui sont nécessaires pour préserver la sûreté publique, l'ordre public, la santé et la moralité publiques, ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui* ».

[426] Article 30 de la CRC.

[427] ROLLAND Patrice, « Ordre public et pratique religieuse » *in* FLAUSS Jean-François (dir.), *La*

Or, le PIDCP contient une disposition qui pourrait justifier une lecture « absolutiste » de la liberté religieuse et dont l'acception placerait cette dernière au dessus de la liberté d'expression : il s'agit de l'article 4 concernant les « États d'urgence », qui tente le compromis difficile entre la sauvegarde des droits individuels et les intérêts étatiques en période de crise. Cette disposition, en effet, situe la liberté religieuse parmi les droits énoncés à l'article 4, à côté donc du droit à la vie (article 6), du droit à ne pas subir de tortures, de peines ou de traitements cruels (article 7), de ne pas être tenu en esclavage (article 8), de ne pas être condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un délit (article 11), de ne pas être emprisonné (article 15) et de se voir reconnaître en tous lieux sa personnalité juridique (article 16)[428].

Nous avons considéré ici utile d'exposer les nombreuses raisons pour lesquelles nous ne considérons pas cette lecture pertinente, et qui sont liées notamment à la nature exceptionnelle et spécifique des dérogations aux traités des droits de l'Homme[429]:

1) L'article 4 vise à régulariser un régime d'exception, le cas d'un « menace » ou d'un « danger » national (*public emergency*). En effet, ces situations, dont les causes sont souvent perplexes, semblent augmenter le danger que l'étendue des « mesures de nécessité » prises par un État soient particulièrement vastes, nécessitant alors une plus grande rigueur de traitement, puisque l'État partie pourrait essayer de prendre des mesures discriminatoires sous certains prétextes. Par l'adoption de l'article 4 du Pacte, la Comité de rédaction a donc voulu assurer qu'« *en aucun cas la proclamation d'un état d'exception [...] ne [puisse] être invoquée par un État partie pour justifier qu'il se livre [...] à de la propagande en faveur de la guerre où à des appels à la*

---

protection internationale de la liberté religieuse, op. cit., p.231.

[428] Article 4 du PIDCP : « *Dans le cas où un danger public exceptionnel menace l'existence de la nation et est proclamé par un acte officiel, les États parties au présent Pacte peuvent prendre, dans la stricte mesure où la situation l'exige, des mesures dérogeant aux obligations prévues dans le présent Pacte, sous réserve que ces mesures ne soient pas incompatibles avec les autres obligations que leur impose le droit international et qu'elles n'entraînent pas une discrimination fondée uniquement sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'origine sociale* » et 4§2 : « *La disposition précédente n'autorise aucune dérogation aux articles 6, 7, 8 (par 1 et 2), 11, 15, 16 et 18* ».

[429] Voir généralement, HIGGINS « Derogation Under Human Rights Treaties », Vol.48, *BYIL,* 1976-1977, pp.281-320 ; HARTMAN Joan, « Derogation from Human Rights Treaties in Public Emergencies ; A Critique of Implementation by the European Commission and Court of Human Rights and the Human Rights Committee of the United Nations », *Harvard International Law Journal,* Vol.22, 1981, pp.1-52.

haine nationale, raciale ou religieuse qui constitueraient une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence »[430]. En effet, les dispositions concernant les menaces ou dangers et généralement les situations d'urgence et les dérogations qui pourraient être accordées aux obligations découlant des traités des droits de l'Homme, font appel à des situations particulièrement graves, politiquement sensibles, instables et exceptionnelles[431]. Il s'agit généralement de coups d'États, de situations d'agitation des minorités, de révoltes, ou d'autres situations impliquant le plus souvent des violations massives des droits de l'Homme (à l'époque de la rédaction du PIDCP par exemple, il s'agissait notamment des révolutions dans les anciennes colonies)[432]. De ce fait, l'article 4 devrait être pris en compte dans sa spécificité – et sa finalité – et non pas comme l'indice d'une lecture de la liberté religieuse en tant que droit absolu.

2) Un autre élément qui indique la spécificité des situations de « danger ou menace exceptionnelle » est le fait qu'il n'y ait pas de « standard commun » dans les dérogations aux instruments des droits de l'Homme. A cet égard, l'article 4§1 ne devrait être pris en compte dans une perspective isolée ; son étendue, son sens et sa finalité devraient être examinés à la lumière des dispositions d'autres instruments des droits de l'Homme et en particulier la Convention européenne des Droits de l'Homme. Nous pouvons alors remarquer que la Convention européenne précise que la manifestation de la liberté religieuse peut être restreinte pour plusieurs raisons, qui y sont énumérées dans l'article 8 §2[433], alors qu'elle ne contient aucune autre disposition qui laisserait sous entendre que la liberté de manifestation des croyances puisse faire l'objet d'une lecture absolue. Plus spécifiquement, l'article 15 de la Convention européenne, concernant les cas de guerre ou « *autre danger public menaçant la vie de la nation »,* précise dans son paragraphe 2 que cette disposition

---

[430] OG n°21, adoptée le 24 juillet 2001 à propos des « États d'urgence», CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, qui remplaça donc l'OG n°5 du 31 juillet 1981.

[431] Voir aussi l'OG n°5, §3(31 juillet 1981): « *Le Comité est d'avis que les mesures prises en vertu de l'article 4 ont un caractère exceptionnel et temporaire, et ne peuvent être maintenues que tant que l'existence de la nation intéressée est menacée* ».

[432] HARTMAN Joan, « Derogation from Human Rights Treaties… », *op. cit.,* p.2.

[433] Article 8§2 de la Convention européenne : « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité* publique*, àlaprotection de l'ordre, de lasanté ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui »* . Dans le même sens, la Charte africaine précise elle aussi que la manifestation de cette liberté peut être restreindre pour des raisons liées à l'ordre public. Article 8 de la Charte africaine: « *Sous réserve de l'ordre public, nul ne peut être l'objet de mesures de contrainte visant à restreindre la manifestation de ces libertés* ».

« *n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 §1 et 7* », sans donc inclure la liberté religieuse. A l'inverse, le fait que la disposition similaire de la Convention américaine (qui énumère, tout comme le Pacte, la liberté religieuse parmi les droits pour lesquels elle ne permet pas de dérogation en cas d'urgence) [434], interdit les dérogations pour une gamme extrêmement vaste de libertés (y compris certaines qui ne sauraient être considérées comme des droits absolus, telles que « le droit à un nom » ou « le droit à une nationalité » – ou des dispositions très générales, comme « les droits de l'enfant » ou « les droits politiques »)[435]. La variété et la généralité de cette disposition seraient donc la preuve qu'il s'agit d'une disposition qui vise à maintenir des équilibres difficiles pendant une période de crise, et qui ne devrait pas être prise « à la lettre », afin d'établir une prétendue inégalité formelle de la liberté religieuse et d'autres droits.

3) Cette approche est conforme également aux discussions pendant les *Travaux préparatoires* du Pacte. En effet, comme le relève M. Bossuyt, l'inclusion de l'article 18 dans l'article 4 n'est pas allée de soi ; en revanche, elle aurait provoqué de nombreuses contestations[436]. Le choix a pourtant été maintenu, du fait que la plupart des membres du Comité de rédaction ont considéré qu'il n'était pas souhaitable de fournir aux États une autorisation générale (« *white blanket* ») pour restreindre la liberté religieuse précisément pendant les temps de crise, et sachant que les autorisations permises dans l'article 18 §3 étaient déjà très vastes[437].

4) D'ailleurs, lorsque le Comité des Droits de l'Homme s'est prononcé à propos de la liberté religieuse dans l'Observation générale n°22 [438], les membres du Comité ont

---

[434] Il s'agit de l'article 27 de la CADH, intitulée « suspension des garanties », qui prévoit qu'« en cas de guerre, de danger public ou dans toute autre situation de crise qui menace l'indépendance ou la sécurité d'un État partie, celui-ci pourra, strictement en fonction des exigences du moment, prendre des mesures qui suspendent les obligations contractées en vertu de la présente Convention, […] ».

[435] Il s'agit en effet des articles: 3 (Droit à la reconnaissance de la personnalité juridique); 4 (Droit à la vie); 5 (Droit à l'intégrité de la personne); 6 (Interdiction de l'esclavage et de la servitude); 9 (Principe de légalité et de rétroactivité); 12 (Liberté de conscience et de religion); 17 (Protection de la famille); 18 (Droit à un nom); 19 (Droit de l'enfant); 20 (Droit à une nationalité); 23 (Droits politiques).

[436] BOSSUYT Marc, *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff, 1987, p.91-98 et analytiquement HARTMAN Joan, « Derogation from Human Rights Treaties… », *op. cit.,* p.8et s.

[437] *Ibidem,* p.95.

[438] Observation générale n°22(48), précitée, §3: « *L'article 18 distingue la liberté de pensée, de*

rappelé que seul le *for intérieur* est protégé « *sans réserve, au même titre que le droit de chacun de ne pas être inquiété pour ses opinions* » et qu'« *aucune restriction quelle qu'elle soit* » n'est autorisée, alors que la manifestation de ces opinions peut être soumise à des restrictions autorisées par le paragraphe 3, « *pour protéger la sécurité, l'ordre et la santé publics, ou la morale ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui* » (§8)[439].

5) Enfin, dans son Observation générale n°29 (2001)[440], le Comité affirme explicitement la prépondérance de l'article 18 §3 sur l'article 4, en reconnaissant que « *lorsque des circonstances exceptionnelles justifient la restriction de certains droits dans des situations légitimes et clairement définies autres que des situations d'urgence, les principes de nécessité et de proportionnalité doivent toujours être pris en considération* » (§4), tout en ajoutant que « *même en cas de danger public extrêmement grave, les États qui font obstacle à l'exercice de la liberté de manifester sa religion ou sa conviction doivent justifier leurs actions en fonction des impératifs mentionnés au paragraphe 3 de l'article 18* » (§7).

C. Les mécanismes de protection

Reprenons la distinction des mécanismes de protection entre organes quasi-judiciaires et organes non-judiciaires, distinction que nous avons établie pour étudier le cadre protecteur de la liberté de l'art.

1. Les mécanismes quasi-judiciaires : les organes des traités

Comme pour la liberté de l'art, deux des organes des traités, à savoir le Comité des Droits de l'Homme (le Comité DH) et le Comité des Droits économiques, culturels et

---

conscience, de religion ou de conviction, et la liberté de manifester sa religion ou sa conviction. Il n'autorise aucune restriction quelle qu'elle soit à la liberté de pensée et de conscience ou à la liberté d'avoir ou d'adopter la religion ou la conviction de son choix. Ces libertés sont protégées sans réserve au même titre que le droit de chacun de ne pas être inquiété pour ses opinions, énoncé au paragraphe 1 de l'article 19. Conformément à l'article 17 et au paragraphe 2 de l'article 18, nul ne peut être contraint de révéler ses pensées ou son adhésion à une religion ou une conviction».

[439] *Ibidem*, §8 : « *Le paragraphe 3 de l'article 18 n'autorise les restrictions apportées aux manifestations de la religion ou des convictions que si lesdites restrictions sont prévues par la loi et sont nécessaires pour protéger la sécurité, l'ordre et la santé publics, ou la morale ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui. Aucune restriction ne peut être apportée à la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction en l'absence de toute contrainte ni à la liberté des parents et des tuteurs d'assurer à leurs enfants une éducation religieuse et morale* ».

[440] OG n°21(2001), précitée, *supra,* note 430, §7.

sociaux (le Comité DESC), travaillent régulièrement sur des questions de liberté religieuse. En outre, le Rapporteur spécial sur la Liberté de conscience et de religion joue un rôle clé pour rendre cette protection effective.

a. Le Comité des Droits de l'Homme

Le Comité des Droits de l'Homme(Comité DH) a eu l'occasion de se prononcer sur l'importance de l'article 18 du Pacte, tant lors de l'interprétation du Pacte, que lors de l'examen des rapports périodiques de États et des communications individuelles[441].

Dans son Observation générale n°22, le Comité avait, entre autres, souligné le « *caractère fondamental* » de la liberté religieuse et en particulier le fait qu'elle « *protège les convictions théistes, non théistes et athées, ainsi que le droit de ne professer aucune religion ou conviction* » et que « *les termes "conviction" et "religion" doivent être interprétés au sens large* » et dans un souci d'égalité. De surcroît, le Comité avait à cette occasion clarifié que l'expression « *d'avoir ou d'adopter* », utilisée dans le Pacte, se référait aussi au fait de choisir sa religion ou de changer de position vis-à-vis de la religion. Selon la formulation du Comité, « *une religion ou une conviction implique nécessairement la liberté de choisir une religion ou une conviction, y compris le droit de substituer à sa religion ou sa conviction actuelle une autre religion ou conviction ou d'adopter une position athée, ainsi que le droit de conserver sa religion ou sa conviction* »[442].

Le Comité a également eu l'occasion d'examiner plusieurs communications individuelles dont les auteurs allèguent une violation de l'article 18 de la part de l'État partie. Une grande partie de ces décisions portent sur le champ d'application de l'article 18 et notamment la possibilité d'exception des règles générales en raison de la religion : le Comité jugea par exemple que le droit à la liberté religieuse comprend le droit d'un parent athée de faire exempter son enfant des cours de l'enseignement religieux scolaire[443] ou de s'opposer à l'imposition du

---

[441] HENNEBEL Ludovic, *La jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme…*, 2007, p.259-268; BOUZIRI Nejib, *La protection des droits civils et politiques, op.cit.,* p.401et s. ; REHMAN Javaid, *International Human Rights Law: a practical approach*, Edinbourg, Pearson, 2004, p.89et s.

[442] OG n°22, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4., précitée.

[443] ComitéDH(jurisprudence):*Erki Juhani Hartikainen c. Finlande,* Communication n°40/1978,

serment religieux auprès les autorités publiques, si cela est dû à une discrimination intentionnelle[444]. Les objecteurs de conscience sont également depuis 2006[445] protégés par l'article 18 du Pacte[446] ; dans une décision de 2006, le Comité estima clairement « *qu'un droit à l'objection de conscience peut être déduit de l'article 18, dans la mesure où l'obligation d'employer la force au prix de vies humaines peut être gravement en conflit avec la liberté de conscience et le droit de manifester sa religion ou ses convictions ».* D'autres décisions portent sur le droit de manifester la religion : les affaires *Soeur Immaculate Joseph et 80 sœurs enseignantes de la Sainte contre le Sri Lanka*[447] et *Malakhovsky contre Bélarus*[448] par exemple, donnent un appui important aux groupes religieux qui veulent enregistrer leur association religieuse, même si cela est considéré par un État comme du prosélytisme. D'ailleurs, en ce qui concerne la question controversée du port du foulard (*hijab)* à l'Université, le Comité a jugé qu'une interdiction de porter le voile dans une université est incompatible avec l'article 18 du Pacte[449].

CCPR/C/12/D/40/1978, 9 avril 1981, jugeant que la restriction était justifiée. Voir aussi plus récemment, *Leirvak contre Norvège*, Communication n°1115/2003, 23 novembre 2004, CCPR/C/82/D/1155/2003.

[444] ComitéDH(jurisprudence): *Vassilari et al. c. Grèce,*Communication n°1570/2007, 19 mars 2009, CCPR/C/95/D/1570/2007. En l'espèce, les requérants avaient été obligé de déceler leurs croyances religieuses pendant une procédure pénale afin d'éviter le serment religieux, et se plaignaient donc devant le Comité pour discrimination au motif raciste(article 26 du Pacte) et pour la violation de leur liberté religieuse (article 18)).Le Comité ne constata pas de violation du Pacte en l'absence de l'élément de la discrimination « intentionnelle », requise par la loi grecque (d'ailleurs, également pour des questions de preuve). Voir aussi l'affaire similaire, Cour eur.dr.Homme: *Alexandridis c. Grèce*, n° de requête 19516/06, 21 février 2008.

[445] Dans des décisions antérieures il s'était montré plus hésitant : dans certaines affaires antérieures, notamment contre la France, le Comité avait jugé qu'il y avait eu violation de l'article 18 du Pacte car le service alternatif auquel devraient être soumis les objecteurs de conscience avait été considéré comme discriminatoire, par exemple: *Foin c. France*, Communication n° 666/1995, 9 novembre 1999, CCPR/C/67/D/666/1995; *Maille c. France,* Communication n° 689/1996, CCPR/C/69/D/689/1996, 31 janvier 2000; *Venier et Nicolas c. France,* Communications n°690/1996 et 691/1996, CCPR/C/69/D/690/1996, 8 janvier 2000. En revanche, dans l'affaire *Westerman c. Pays Bas*, Communication n° 682/1996, CCPR/C/67/D/682/1996, 13 décembre 1999, §9.5, le Comité a été beaucoup plus hésitant pour admettre le fait de la discrimination, le requérant en l'espèce n'ayant pas parvenu à convaincre les autorités de l'État, ni le Comité, qu'il n'avait une « *objection de conscience insurmontable* » (décision prise avec 3 opinions dissidentes).

[446] ComitéDH(jurisprudence): *Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi c. République de Corée*, Communications n°1321/2004 et 1322/2004, 23 janvier 2007, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004.

[447] ComitéDH(jurisprudence): *Soeur Immaculate Joseph et 80 sœurs enseignantes de la Sainte-Croix du Troisième Ordre de Saint-François c. Sri Lanka*, Communication n°1249/2004, 18 novembre 2005, CCPR/C/85/D/1249/2004.

[448] ComitéDH(jurisprudence): *Malakhovsky c. Bélarus*, Communication n°1207/2003, 23 août 2005, CCPR/C/84/D/1207/2003, à propos du refus de l'enregistrement de la communauté Vaishnava (communauté du mouvement pour la conscience de Krishna) de Minsk (violation de l'article 18 du Pacte).

[449] ComitéDH(jurisprudence): *Hudoyberganova c. Ouzbekistan,* Communication n°931/2000, CCPR/C/82/D/931/2000, 18 janvier 2005, §4.2 et 4.3 concernant la compatibilité de la loi ouzbèke interdisant de porter des vêtements « suscitant une attention excessive », sachant que la victime était aussi accusée d'appartenir à une organisation extrémiste. La position différente a été adoptée

En revanche, selon le Comité, l'article 18 ne comprend pas d'exception des mesures de sécurité, ni de la santé : par exemple, on ne pourrait évoquer, pour justifier le refus de porter un casque de sécurité au travail, ses convictions *Sich* (qui obligent à porter un turban[450]), ni justifier le fait de cultiver du cannabis par des fins religieuses[451]. Le Comité a considéré par exemple que seule la liberté de la vie privée (article 17), et non la liberté religieuse, pouvait être évoquée pour un changement de prénom en prénom religieux[452]. Enfin, le Comité a aussi donné son opinion dans des affaires concernant l'éducation religieuse des enfants, notamment par rapport à leurs parents[453].

b. Le Comité des Droits économiques, sociaux et culturels

Le Comité des Droits économiques, sociaux et culturels (Comité DESC) est compétent pour examiner des rapports et des plaintes relevant du PIDESC, concernant donc aussi la liberté religieuse[454]. En particulier, il est compétent pour examiner les plaintes concernant des questions de tolérance ou l'absence de discrimination fondée sur la religion, puisque selon l'article 2 du PIDESC, « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, […]* ». Par ailleurs, selon l'article 13 du PIDESC, « *l'éducation doit mettre toute personne en mesure de jouer un rôle utile dans une société libre, favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes*

---

dans l'affaire controversée *Leyla Sahin*, voir *infra,* notes 2006, 2011, 2022 et texte accompagnant.

450 ComitéDH(jurisprudence): *Bhinder c. Canada,* Communication n°208/1986, 28 novembre 1989, CCPR/C/37/D/208/1986; Les membres de la Commission Européenne se sont amenés à la même conclusion en l'affaire *X c. Royaume Uni* (Comm. eur.dr. Homme), n° de requête 7992/ 77.

451 ComitéDH(jurisprudence): *Mab Wat et Jayt contre Canada,* Communication n°570/1993, CCPR/C/50/D/570/1993, 15 avril 1993, §4.2, à propos de la demande de l' « *Assemblée de l'Église de l'Univers* » de se livrer au culte du cannabis, nommé par ses fidèles « *L'arbre de la Vie de Dieu* ». La Cour Suprême américaine a été confrontée à des dilemmes pareils et notamment à propos des demandes pour la culture du stupéfiant puissant *ayahuaska* de la part des populations indigènes: *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal,* 546 US 418 (2006).

452 ComitéDH(jurisprudence): *Coeriel et Autric contre Pays Bas*, Communication n° 453/1991, CCPR/C/52/D/453/1991, 9 décembre 1994 le refus des Pays Bas de changer des noms hollandais en noms hindous, ce qui aurait permis, selon les requérants, l'accès aux études hindous aux Indes. Le Comité a considéré qu'une telle plainte était inadmissible quant à l'article 18, mais contraire à l'article 17(décision prise avec deux opinions dissidentes) .

453 ComitéDH(jurisprudence): *Buckle c. Nouvelle-Zélande*, communication No. 858/1999, 25 octobre 2000, CCPR/C/70/D/858/1999.

454 Pour le rôle du Comité des droits de l'Homme, voir *supra*, Chapitre 1, note 130 et s.

raciaux, ethniques ou religieux et encourager le développement des activités des Nations Unies pour le maintien de la paix ».

c. Le Comité des Droits de l'enfant

Le Comité des Droits de l'enfant, établi sous l'article 43 de la Convention sur les Droits de l'enfant, a également un rôle important en matière de liberté religieuse des enfants[455]. Certes, il n'y aurait pas de mécanisme de plainte individuelle attaché à la Convention; d'ailleurs, traditionnellement, les rapports du Comité se concentrent sur les enfants-soldats et sur la lutte contre le trafic des enfants. Toutefois, le Comité aurait à faire une contribution importante en matière de garantie de la liberté religieuse des enfants, de leurs parents, ainsi que des questions d'éducation religieuse plus généralement, et ce, non seulement, lors de la procédure de l'examen des rapports des États parties[456] mais aussi dans ses *observations finales*. Ainsi, le Comité rappelle à chaque occasion l'importance du libre exercice de la religion par les enfants et le respect de leur droit à la liberté de religion et de conviction[457] ou bien le devoir de fournir un enseignement religieux alternatif[458]. En effet, quasiment toutes les controverses en matière de liberté religieuse pourraient être vues également de la perspective des droits de l'enfant[459]. Toutefois, ce droit des enfants acquiert un intérêt particulier dans des contextes sensibles de religion officielle ou majoritaire, et notamment vis-à-vis du droit des parents à l'éducation religieuse ou bien dans les cas où la religion officielle (ou majoritaire) jouit d'un statut privilégié, aboutissant à des discriminations à l'égard des enfants[460].

---

[455] Voir généralement: VERHEYDE Mieke et GOEDERTIER Geert, *The UN Committee on the rights of the child,* Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2006. Aussi BOWERS ANDREWS Arlene et HENEVER KAUFMAN Natalie(éd), *Implementing the U.N. Convention on the Rights of the Child: a standard ofof Living Adequate for Development,* Westport (États-Unis), Praeger Publishers, 1999.

[456] Les rapports que ces derniers doivent présenter conformément à l'article 8§1 du protocole facultatif à la CRC, selon la procédure défini dans la résolution du comité, CRC/C/33,du 24 octobre 1994.

[457] Voir par exemple, les observations finales pour le Nigéria, Comité CRC(Rapport) : 3-4, 11 juin 2010 (Nigéria).

[458] Celui-ci également le point de du ComitéDH depuis les années 1980, voir le rapport du ComitéDH pour les années 1980, A/45/40.

[459] Un bon exemple serait la controverse du foulard islamique; Voir généralement pour une lecture « transversale » de cette affaire, BREMS Eva, « Above Children's Heads - The Headscarf Controversy in European Schools from the Perspective of Children's Rights », *International Journal on Childrens' Rights*, n°119, 2006, pp.119-136.

[460] Pendant l'examen du rapport soumis par le Nigéria en 2010, par exemple, le Comité regretta que « *l'État partie n'ait pas procédé à une vérification complète de la compatibilité des dispositions du droit écrit, de la loi religieuse (charia) et du droit coutumier avec la Convention et la loi sur les*

2. Autres mécanismes de protection

Il existe aussi d'autres mécanismes – non-judiciaires – qui visent le respect de la liberté religieuse, tels que l'Unesco ou le Rapporteur spécial sur la Liberté religieuse.

a. L'UNESCO

L'UNESCO protège la liberté religieuse, notamment par le biais de la promotion de la tolérance. Dans le cadre de son mandat, elle a élaboré de nombreux documents luttant, entre autres, contre les discriminations religieuses ; on citera, à titre d'exemple, les importants jalons posés par la *Convention concernant la lutte contre les discriminations dans le domaine de l'enseignement* et, plus tard, par la *Déclaration du Directeur général de l'UNESCO* (à la fin de l'année 1994), qui constituait un appel à la tolérance à travers le monde[461]. Par ailleurs, à la suite d'une résolution de l'Assemblée générale des Nations Unies, l'UNESCO prépara la *Déclaration de principes sur la tolérance* de 1995 et un *Plan d'action pour la promotion de la tolérance, la paix et la solidarité entre les nations* ainsi qu'un rapport associé, qui « *dev[ait] aider les États membres à examiner les orientations définies par l'UNESCO dans le plan d'action* »[462]. Par ailleurs, dans le cadre de la procédure 104 EX/3.3[463], le Conseil exécutif peut être saisi pour examiner également des cas relatifs à la violation de la liberté religieuse.

b. Le Rapporteur spécial sur la liberté de religion et de conviction

Le « *Rapporteur spécial sur la Liberté de religion ou de conviction* »[464] est un expert indépendant, dont les *pro bono* activités sont principalement centrées sur la protection du droit des personnes à la liberté de religion ou de conviction.

Le premier mandat octroyé par l'ancienne Commission des Droits de l'Homme à un tel expert concernait un « *Rapporteur spécial sur l'intolérance religieuse* »[465]. Le

---

droits de l'enfant », CRC/C/NGA/CO/3-4, 21 juin 2010.

[461] SINGH Kishore, « Le rôle de l'UNESCO », *RQDI,* Vol.1, n°12, 1999.

[462] UNESCO : A/51/201 du 10 juillet 1996, adopté par acclamation par la Conférence générale de l'UNESCO, à sa réunion du 16 novembre 1995, dans le cadre de sa 28e session (25 octobre-16 novembre 1995).

[463] Voir *infra*, Chapitre 4.

[464] Décision 2000/261 de l'ECOSOC.

[465] Résolution 1986/20 de la Commission DH.

premier Rapporteur était M. Angelo d'Almeida Ribeiro du Portugal (1986-1993), à qui ont succédé M. Abdelfattah Amor de Tunisie (1993-2004) puis, depuis 2004, l'activiste des droits de l'Homme Madame Asma Jahangir de Pakistan, succédée en 2010 le Professeur allemand Mr. Heiner Bielefeld, toujours en poste. Les trois premiers Rapporteurs ont eu des approches différentes à leurs mandats, en se fondant à la fois à la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction* de 1981[466], aux Résolutions onusiennes aussi bien qu'aux textes contraignants, tels le PIDCP. Pendant le mandat de M. Amor d'ailleurs, membre du Comité DH, l'ancienne Commission à modifié le titre du mandat[467] et nomma désormais un « *Rapporteur spécial sur la liberté de religion ou de conviction* »[468], chargé de « *repérer les obstacles existants et naissants à l'exercice du droit à la liberté de religion ou de conviction et de faire des recommandations sur les moyens de les surmonter* »[469]. Dans l'exercice de son office, le Rapporteur n'est pas restreint aux dispositions concernant la liberté religieuse mais peut se pencher sur les violations d'autres droits fondamentaux et notamment la liberté d'expression[470] ou celle d'association. À cet égard, le recours aux communications gouvernementales est particulièrement important : le Rapporteur peut demander aux gouvernements des explications au sujet des allégations de violation des droits individuels[471], afin de leur recommander des mesures à prendre pour y remédier et peut avoir également un rôle de, soi disant, *lobbying* important

[466] *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction*, adoptée par la résolution 36/55 de l'Assemblée générale du 25 novembre 1981, Article 1 et article 6, A/RES/36/103. Malgré son caractère non contraignant, ce texte a une importance fondamentale lors de son utilisation comme point de repère par les Rapporteurs spéciaux.

[467] Résolution 55/97 de l'Assemblée générale.

[468] Décision 2000/261 de l'ECOSOC.

[469] Voir les informations relatives sur le site du Haut Commissariat, www2.ochcr.org.

[470] C'est le cas par exemple du contrôle de la religion et de la censure d'Internet par le Parti communiste chinois : en effet, des sites Internet chinois qui sont automatiquement bloqués sont reliés à la persécution des chrétiens et d'autres religions, au Dalai Lama, au mouvement (spirituel) du Falun Gong, aux Musulmans Ouighours du Xinjiang et à un certain nombre de sites catholiques, y compris ceux du diocèse de Hong Kong et des Missionnaires de la parole divine à Taiwan.

[471] Résolution 36/55 de l'Assemblée générale du 25 novembre 1981.

pour la mise en œuvre des droits de l'Homme, parmi autres choses, par ses rapports joints avec d'autres rapporteurs[472].

§ 2. La protection régionale de la liberté religieuse

A l'exception de la Déclaration universelle (et de la Convention européenne qui en est inspirée), la « *structure tripartite* » proposée par Evans, telle que nous l'avons mentionnée, est plus ou moins nuancée[473]. Toutefois, sur le plan régional, la protection de la liberté religieuse est plus homogène que sur le plan international.

A. La protection de la liberté religieuse en Europe

Alors que plusieurs organismes au sein de l'Union européenne garantissent la liberté religieuse, on peut affirmer que la Cour européenne reste le mécanisme essentiel de garantie de la liberté religieuse.

1. La liberté religieuse au sein du système de la Convention européenne

L'article 9 de la Convention européenne prévoit que « *Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion* » et que « *La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». La liberté d'avoir, de ne pas avoir ou de changer de pensée, de conscience et de religion est aussi protégée d'après l'article 2 du protocole n°1 de la Convention, par le biais de la protection de la liberté des parents de choisir l'éducation religieuse pour leurs enfants[474].

---

[472] Voir par exemple les Rapports joints des Rapporteurs sur l'expression et la religion et l'intolérance, dans leurs efforts de combattre l'avènement de la diffamation religieuse, *infra,* notes 667 et texte accompagnant.

[473] EVANS Malcolm, « The evolution of religious freedom in international law ; present state and perspectives », *in* FLAUSS Jean-François(dir.), *La protection internationale…*, *op. cit.*, pp. 15-56.

[474] Pour l'interprétation de l'article 2 du protocole n°1 de la Convention, voir : Cour eur.dr.Homme: *Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark,* 7 décembre 1976, Série A, n°23 ; voir notamment l'opinion dissidente de Kellberg, à propos de la prise en considération de la liberté de l'enfant et VAN BUEREN Geraldine, *The international law…*, *op. cit.,* p.245. Voir aussi Cour eur.dr.Homme:*Folgerø c. Norvège,* no. 15472/02, 27 juin 2007, où la Cour a affirmé que la participation à des activités religieuses peut avoir une influence sur des enfants (évoquée également dans l'affaire *Lautsi c. Italie* dans l'arrêt de la Chambre, voir *infra,* notes 1885 et 1996et s. ; voir aussi *Angelini c Suède, requête no* 10491/83, 1986, D.R.51, p. 41; *Efstratiou c Grèce, Requête n° 24095/94, Arrêt du 27 novembre 1996 ; Valsamis c. Grèce* requête n° 21787/93, 18 décembre 1996.

La distinction entre *for intérne* et *for extérieur* est maintenue également par la Cour européenne : comme le remarquèrent les juges de la Cour européenne dans le fameux arrêt *Kokkinakis,* « *si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle "implique" de surcroît, notamment, celle de "manifester sa religion*" »[475]. Par ailleurs, la Cour insiste sur l'idée de la non-contrainte en matière de religion : indépendamment des désaccords des juges à propos de l'étendue exacte de la notion de prosélytisme dans les affaires relatives, l'idée sous-jacente est précisément la mise en exergue de la liberté « *de changer de religion ou de conviction* » telle qu'elle est exposée à l'article 9 de la Convention[476]. De même, la Cour a considéré incompatible avec la Convention la légitimité du sermon religieux obligatoire dans un milieu politique ; ainsi, dans l'affaire *Buscarini,* et d'autres qui ont suivi, la Cour a remarqué que l'obligation pour deux élus du peuple de faire allégeance à une religion donnée n'était pas compatible avec l'article 9 de la Convention[477]. Nous pouvons encore nous référer à d'autres affaires : dans l'affaire Darby, tant la Commission[478]que la Cour[479] ont jugé que l'individu devait être protégé contre la cotisation involontaire par souscription obligatoire à l'Église de Suède et paiement de l'impôt correspondant. Ainsi, la manifestation de la religion peut être limitée, comme le suggère le second paragraphe de l'article 9 de la Convention européenne et les travaux préparatoires de 1950[480].

Dans ces affaires, la Cour généralement examine la requête sous l'angle de l'article 9 pour les enfants, et sous celui de l'article 2 du Protocole n°1 pour les parents.

[475] Cour eur. dr. Homme *Kokkinakis c. Grèce*, *précité*.

[476] Il en suit que seul le prosélytisme abusif ou violent devrait être interdit; *Kokkinakis c. Grèce*, précité. Comme le remarque M. Rozakis, le principe qui est sousjacent à cette affaire est que les individus ne devraient pas être impliqués dans des activités religieuses sans assurant leur autonomie et leur liberté personnelle; ROZAKIS Christos, « The case… », *op.cit,* p.204.

[477] *Buscarini et autres c. Saint-Marino, précité,* §39; *Alexandridis c. Grèce*, précité.

[478] *Darby c. Suède, 11581/85, 13 octobre 1990, DH (90) 42*: « *A la lumière des autres principes ci-dessus mentionnés, ce droit de "manifestation" s'étend aussi à la liberté de ne pas manifester une religion et de ne pas y adhérer. En effet, l'article 9 de la Convention protège toute personne également contre l'obligation qui pourrait être imposée de participer directement à des activités religieuses contre son gré, sans être membre de la communauté religieuse qui dirige ces activités* ».

[479] *Darby c. Suède*, 11581/85, 23 octobre 1990, série A no 187, p.19. En l'espèce, la Cour européenne avait jugé que le refus de la Suède d'exonérer le requérant de la partie litigieuse de l'impôt ecclésial pour la seule raison qu'il n'était pas officiellement enregistré comme résident en Suède constituait une discrimination par rapport à d'autres individus, eux aussi non membres de l'Église mais enregistrés de la sorte. Toutefois, la Cour ne s'était pas spécifiquement prononcé sur le fait de la légitimité du traitement fiscal particulier des religions ; voir FLAUSS Jean-François, « Liberté de religion et fiscalité », *RTDH*, n°10, 1992, p.183 et s.

[480] Recueil des travaux préparatoires de la Convention (article 9) disponible sur le site du CoE.

La Cour européenne, au moins jusqu'aux années 1990, n'avait pas encore clarifié le contenu exact des notions ; d'après M. Rozakis, juge à la Cour européenne et membre de l'ancienne Commission, « *le contenu exact des notions reste une question ouverte et serait assujetti à des circonstances sociales* »[481]. A ce titre, il est instructif que la Cour ait jugé que « *le terme "convictions" n'est pas synonyme des mots "opinions" et "idées" mais s'applique à des vues atteignant un certain degré de force, de sérieux, de cohérence et d'importance* » [482]. Par ailleurs, jusqu'au début des années 1990, l'article 9 n'étant pas encore « *common ground* », ce qui s'explique de point de vue du juge Rozakis non seulement du fait de la position stricte de la Commission lors du « filtrage » des affaires, mais davantage encore du fait de l'association de la liberté religieuse avec d'autres libertés[483]. Ainsi, jusqu'alors, le thème de la liberté religieuse était abordée par la Cour de manière « *quasiment apophatique, [seulement] à travers une analyse d'une accumulation de décisions négatives de rejet* »[484] et peu d'études étaient faites sur la garantie *européenne* de la liberté religieuse[485].

La situation a changé au milieu des années 1990, où le prosélytisme a été amené au cœur du débat sur la liberté religieuse : un grand nombre d'appels interjetés entre 1993 et 1999 par des témoins de Jéhovah en Grèce, avec tout d'abord le fameux arrêt *Kokkinakis*[486], ont été l'occasion pour la Cour de se pencher sur la question de la liberté de diffusion des croyances, en particulier la question de savoir si la liberté religieuse comprenait aussi la liberté de parler à son prochain dans le but de le convertir. La réponse n'était pas, et n'est toujours pas, évidente, vu que la notion de

---

481 ROZAKIS Christos,« The case law of the Commission..», *op. cit,* note 404.

482 Cour eur.dr.Homme: *Valsamis c. Grèce,* précité, §25.

483 ROZAKIS Christos, « The case law of the Commission… », *op. cit.,* note 404.

484 ROLLAND Patrice, « Le fait religieux devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *in :Mélanges Raymond Goy : du droit interne au droit international. Le facteur religieux et l'exigence des droits de l'Homme*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 1998, p.271 et s.

485 GOY Raymond « La garantie européenne de la liberté de religion. Article 9 de la Convention de Rome », *RDP*, 1991, pp. 5-60.

486 M. Kokkinakis avait était arrêté par les autorités grecques une soixantaine de fois pour prosélytisme et avait aussi exécuté des peines de prison avant de recourir à la justice. Voir *Kokkinakis c. Grèce du 25 mai 1993, Série A, n° 260-A. 127*. Voir aussi VALTICOS, N., « Le premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de liberté de religion. L'affaire Kokkinakis c. Grèce », dans *Mélanges en l'honneur de G.C. Vlachos, Athènes-Kommotini*, Sakkoulas/Bruylant, 1995, pp. 551-567. D'autres affaires à la Cour eur.dr.Homme sont *Larissis et autres c. Grèce*, n° 23372/94, le 24 février 1998 ; *Manoussakis et autres c. Grèce*, n° 18748/91, le 26 septembre 1996 ; *Serif c. Grèce*, n° 38178/97, le 14 décembre 1999, ainsi que *Georgiadis c. Grèce*, le 29 mai 1997 ; *Tsirlis et Kouloumpas* c. Grèce, le 29 mai 1997 ; *Pentidis et autres c. Grèce,* 2 juin 1997 ; et *Tsavachidis c. Grèce*, 21 janvier 1999.

diffusion des croyances est absente de la plupart des textes internationaux, ainsi que de la Convention. Comme le souligne M. Sicilianos, cette notion découle de la liberté de « *manifester* » sa religion, même si elle a « *toujours animé les passions, au point d'amener parfois à des manifestations de conflits, voire des conflits religieux* »[487]. Or, s'il est généralement accepté que le droit à la liberté religieuse comprend aussi « *le droit de convaincre son prochain* »[488], il n'est pas clair si ce droit à la diffusion des croyances comprend aussi des manifestations qui pourraient être qualifiées d' « abusives », telles qu'un prosélytisme de « *mauvais aloi* » ou un « *prosélytisme agressif* »[489].

Ainsi, depuis l'arrêt *Kokkinakis*, les juges du Strasbourg ont dû répondre à de nombreuses questions difficiles autour la thématique de la liberté religieuse, impliquant elles-mêmes un certain nombre de sous-questions et des jugements de valeurs. Mise à part la question de l'éducation religieuse[490], que nous avons déjà mentionnée, il s'agissait également de savoir, 1) quelles sont les conditions auxquelles doit être octroyée la permission de construire une maison de prière[491] ; 2) si les Églises sont des personnes morales ayant une personnalité juridique[492] ; 3) si l'interdiction du voile islamique en milieu scolaire doit être maintenue[493] ; 4) quelles doivent être les limitations de l'autorité parentale en matière d'activités religieuses

---

[487] SICILIANOS Linos- Alexandre, « La liberté de diffusion des convictions religieuses », p.205 et s. , dans FLAUSS, *La protection…, op. cit.*, p.207 et s.

[488] La Cour européenne aurait à plusieurs reprises remarqué la liaison « intrinsèque » entre liberté de diffusion et la liberté de changer sa religion ou sa conviction.

[489] Voir sur le sujet SURREL H., « La liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue française de Droit administratif*, 1995, pp. 573- 581 ; SICILIANOS Linos-Alexandre, « L'exercice collectif… », *op.cit.*, pp207et s. Voir aussi RIGAUX François, « L'incrimination du prosélytisme face à la liberté d'expression », *RTDH*, éd. spéciale, 1995, p.147; GARAY Alain Garay, « Liberté religieuse et prosélytisme : l'expérience européenne », *RTDH*, n°17, 1994, p.7, ROLLAND, Patrice, « Le fait religieux devant la Cour européenne des droits de l'Homme » *in Mélanges Raymond Goy, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'Homme,* publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 271.

[490] Une certaine antinomie existe à propos de si le droit à l'éducation religieuse peut être considéré comme distinct de celui tiré de l'article 9 au sein de la Convention, réponse positive par la Grande Chambre de la Cour eur.dr.Homme, voir la discussion de l'affaire *Leyla Sahin c. Turquie*, *infra,* notes 2006, 2011, 2022 et texte accompagnant.

[491] Cour eur.dr.Homme: *Manoussakis et autres c. Grèce*, n° 18748/91, le 26 septembre 1996.

[492] En effet depuis 1979(requête 7805/77) la Cour accepte que les Églises, en tant que personnes morales, peuvent se plaindre sous l'artile 9 de la Convention ; même si effectivement elles ont pas légitimées à avoir une 'liberté de conscience'. Voir à titre indicatif *Église catholique de la Canée c. Grèce, n° 25528/94, le 16 décembre 1997*, et la jurisprudence citée par VELU/ ERGEÇ mentionné par Rozakis (note 9), cité *supra*, note 404.

[493] Cour eur.dr.Homme: *Dahlab c. Suisse* (2001) et *Leyla Sahin c. Turquie*, *Dogru c. France* arrêt du 4 Décembre 2008, n° 27058/05, *infra,* Chapitre 7.

des enfants[494] ou la façon de les élever[495]; 5) si un gouvernement a le droit de congédier/licencier un musulman fondamentaliste de son armée[496] ; 6) s'il est conforme à la Convention d'exiger un aveu religieux[497] ; 7) si une personne peut être punie pour son implication dans un parti politique communiste, lorsque cette participation implique aussi des questions de laïcité[498] ; 8) quelles sont les croyances qui sont considérées comme des convictions religieuses[499] ; ainsi qu'un certain nombre d'autres questions liées à l'appréhension de l'article 9 de la Convention[500].

2. La liberté religieuse au sein d'autres systèmes européens de protection des droits de l'Homme

Pour ce qui concerne les autres systèmes européens de protection des droits de l'Homme liés à la liberté religieuse, nous devons mentionner, tout d'abord, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantit la liberté religieuse: « *Ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en*

---

494 Cour eur.dr.Homme: *Efstratiou, Valsamis, Pedersen* précités.

495 Cour eur.dr.Homme: *Palau Martinez c. France*, n° 64927/01, CEDH 2003-XII.

496 Cour eur.dr.Homme: *Kalac c. Turkey*, n° 20704/92, 23 juin 1997, CEDH 1997- IV.

497 Cour eur.dr.Homme: *Buscarini and Others c. San Marino*, 18 février 1999, et plus récemment *Alexandridis c. Grèce,* précité.

498 Par exemple *Hazar, Hazar et Açik c Turquie*, requêtes n°s 16311/90, 16312/90 et 16313/90, 11 décembre 1991.

499 Cour eur.dr.Homme: *Arrowsmith c. Royaume-Uni*, n° 7050/77, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, DR 19, p. 49, § 71.

500 Pour des contributions significatives à ces questions voir GUNN Jeremy, « Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights », *in* VAN DER VYVER Johan/ WITTE John, *Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives*, Hague, 1996, pp. 305-30 ; HARRIS, O'BOYLE, WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, Londres, 1995 KTISTAKIS Ioannis *La liberte de religion et la Convention Europeenne…», op.cit.;* MALCOLM N., « Freedom of Thought, Conscience and Religion », dans MACDONALD, R. St. J./ MATSCHER F. et PETZHOLD H.(dir.), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dortrecht, 1993, pp. 445-63; ROZAKIS Christos, « The case law of the Commission… », voir *supra,* note 404 ; SACE J., « La liberté de conscience et l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », *in Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000 ; SCHOUPPE Jean-Paul, « The emergence of freedom of religion in the case law of the European Court of Human Rights », Strasbourg, Council of Europe, *Human rights information bulletin*, n°62, 2004, pp. 16-18 ; VEGLERIS Phédon, « Quelques aspects de la liberté de religion en Grèce » in Revue trimestrielle des droits de l'Homme, 1995, p. 556. Et pour quelques apporches comparatives en droit grec et français voir aussi MARINOS Anastasios, *La liberté religieuse en Grèce ; Questions constitutionnelles [Η θρησκευτική ελευθερία στην Ελλάδα : Συνταγματικά ζητήματα*], thèse soutenue à la Faculté de Droit de l'Université d'Athènes, 1972, disponible sous forme électronique sur le site national grec de la documentation, www.ekt.gr; GERALDY Yves, *La religion en droit privé [français]*, thèse soutenue à la Faculté de Droit de l'Université de Limoges, sous la dir. de Claude Lombois, Limoges, 1978; ROBERT Jacques La liberté religieuse », *Revue internationale de droit comparé*, Année 1994, Volume 46, n°2, pp. 629 – 644.

public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites »[501] et « *ne peut recevoir d'autres limites que celles prévues par la CEDH* »[502]. Ensuite, et pour esquisser un visage complet de la protection de la liberté religieuse en Europe, nous pouvons nous référer aussi à l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (l'OSCE), qui possède aussi un Conseil d'experts sur la liberté de religion et de conviction[503].

Toutefois, lorsque l'on se réfère à ces systèmes de protection, il ne faut pas oublier que leur rôle est relativement restreint et entièrement subordonné à celui du Conseil de l'Europe en ce qui concerne le domaine des droits de l'Homme. Le mécanisme principal de la garantie des droits fondamentaux dans la région européenne est, à notre avis, assuré par le Conseil de l'Europe, notamment à travers la Convention des droits de l'Homme (CEDH), et de la Charte sociale européenne[504]. En revanche, de la formulation même de leurs textes respectifs, tantôt l'Union, tantôt la CEI nous renvoient directement à la Convention européenne et à la jurisprudence de la Cour.

---

[501] Article 10 de la Charte des Droits Fondamentaux de l'Union européenne.

[502] Nous avons décidé de se référer ici à des systèmes régionales en Europe plus généralement et ne pas consacrer plus d'un paragraphe spécifiquement au rôle de l'Union à la consécration de la liberté religieuse dans les États membres : non seulement pour « varier », ni pour méconnaitre le rôle catalyseur de l'Union à la législation, la politique, l'économie, voir la vie sociale et culturelle dans les États-membres, mais notamment, parce que le seul instrument juridique de contrôle des droits de l'Homme est la Charte de Nice, annexé dans le Traité de Lisbonne, qui est entrée en vigueur sa force après la signature du Protocole optionnel au Traité par les États membres de l'Union, sauf le Pologne et le Royaume Uni. Voir à propos du débat au sein de l'UE, *infra*, Chapitre 7.

[503] Et notamment avec le Rapporteur Spécial et le Rapporteur Spécial pour l'Afrique ou d'autres organes européens et des ONG, voir par exemple la rencontre « Liberté de religion ou de croyance» était organisée par le Bureau pour les Institutions démocratiques et les droits de l'Homme (ODIHR) de l'OSCE en 2008, où les représentants des États de l'OSCE, en collaboration avec la 'Sainte Siège' ont « *affronté trois grands thèmes : la protection de la liberté de religion ou de croyance, le statut des confessions religieuses et les lieux de culte* ». Par ailleurs, dans la préambule de la Charte de Nice, nous pouvons lire : « *La présente Charte réaffirme, dans le respect des compétences et des tâches de la Communauté et de l'Union, ainsi que du principe de subsidiarité, les droits qui résultent notamment des traditions constitutionnelles et des obligations internationales communes aux États membres, du traité sur l'Union européenne et des traités communautaires, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés* fondamentales, des Chartes sociales adoptées par la *Communauté et par le Conseil de l'Europe, ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'Homme.* Cette considération est effectivement réciproque, puisque le Conseil de l'Europe de sa part, dans sa Résolution 1249, adoptée le 23 mai 2001, et intitulée «Coexistence de la Convention des droits de l'Homme et des libertés fondamentales des Communautés d'États indépendants et de la Convention européenne des droits de l'Homme» affirme : « *il ne faut laisser aucun mécanisme régional des droits de l'Homme – qu'il s'agisse de la convention de la C.E.I. ou de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – affaiblir le système unifié de protection des droits de l'Homme qu'offrent la CEDH et la Cour européenne des droits de l'Homme* » : CoE Doc. 7791, du 7 avril 1997.

[504] Signée en 1961 et revisée en 1996. Cette Charte garantie notamment le logement, la santé, l'éducation, l'emploi, la protection juridique et sociale, la circulation des personnes et la non-discrimination, et à ce titre, donc, forcement, certains aspects des droits à la liberté d'expression et à la liberté religieuse.

B. Autres systèmes régionaux

D'autres systèmes régionaux assurent la protection de la liberté religieuse. Par exemple, la Convention américaine des Droits de l'Homme(CADH) prévoit quant à elle, dans son premier article, que « *les États parties s'engagent à respecter les droits et libertés reconnus dans la présente Convention […] sans aucune distinction fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion […]* ». L'article 12 garantit explicitement la liberté religieuse et ses différentes formes de manifestation, de façon plus détaillée encore que la Convention européenne ou que le PIDCP : « *Toute personne a droit à la liberté de conscience et de religion. Ce droit implique la liberté de garder sa religion ou ses croyances, ou de changer de religion ou de croyances, ainsi que la liberté de professer et de répandre sa foi ou ses croyances, individuellement ou collectivement, en public ou en privé* ». En ce qui concerne les restrictions, le texte indique : *« Nul ne peut être l'objet de mesures de contrainte de nature à restreindre sa liberté de garder sa religion ou ses croyances, ou de changer de religion ou de croyances* » et, enfin : « *La liberté de manifester sa religion ou ses croyances ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, sont nécessaires à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publics, ou à la sauvegarde des droits ou libertés d'autrui* ». La Convention américaine prévoit également le droit des parents à éduquer leurs enfants selon leurs convictions : « *Les parents, et le cas échéant, les tuteurs, ont droit à ce que leurs enfants ou pupilles reçoivent l'éducation religieuse et morale conforme à leurs propres convictions* »[505].

La Charte africaine (Charte de Banjul)[506] quant à elle, indique plusieurs manières de « manifester » la liberté religieuse. D'après son article 8, « *la liberté de conscience, la profession et la pratique libre de la religion, sont garanties. Sous réserve de l'ordre public, nul ne peut être l'objet de mesures de contrainte visant à restreindre la manifestation de ces libertés* ». Aussi le préambule de la Charte interdit-il « *toutes*

[505] Le sens du mot « primaire » ne se réfère pas à l'époque de l'enseignement des religions, mais aux premières apparitions du précepte de blasphème. Voir : Article 12, Paragraphes 1, 2 et 3 de la Convention américaine relative aux droits de l'Homme, O.A.S. Treaty Series, n° 36, 1144 U.N.T.S., 123 entrée, en vigueur le 18 juillet 1978.

[506] La Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (CADHP ou Charte de Banjul) a été adoptée le 27 juin 1981 à Banjul (Gambia), lors de la 18e Conférence de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) et entrée en vigueur le 21 octobre 1986, après ratification de la Charte par 25 États.

formes de discrimination, notamment celles fondées sur la race, l'ethnie, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'opinion politique ».

Section 2. L'offense à la religion

Au regard de la complexité qu'implique la notion controversée d'« offense à la religion », il nous a paru indispensable, d'un point de vue méthodologique, d'étudier dans un premier temps les origines du blasphème au sens « primaire » du terme[507]. On verra, dans un second temps, si et dans quelle mesure cette offense est transcrite dans la loi positive.

§ 1. Le blasphème en tant qu'offense à la religion

En précisant dès l'abord qu'il s'agit d'une notion purement religieuse, nous allons tenter d'esquisser un aperçu général de la notion de blasphème, afin d'étudier ensuite la transcription juridique qui lui a été donnée.

A. Aperçu général de la notion du blasphème

Nous allons d'abord tenter de définir la notion de « blasphème », en précisant ses origines divines et en le distinguant de la diffamation de la religion et de l'offense à la religion au sens large, afin de constater par la suite la difficulté de son traitement en droit.

[507] Comme le remarque M. Vitit Muntarbhorn « il est possible qu'une religion soit de nature compréhensive et tolérante, mais que son interprétation l'est beaucoup moins ouverte », MUNTARBHORN Vitit, « Religion and Expression in the Human Rights Framework: Walking the Middle Path », *Séminaire d'experts sur les liens entre l'article 19 et l'article 20 du PIDCP* [*the Links Between Articles 19 and 20 of the ICCPR:Freedom of Expression and Advocacy of Religious Hatred that Constitutes Incitement to Discrim ination,Hostility or Violence*], organisé par le Haut Commissariat des droits de l'Homme (UNHCHR), les 2-3 octobre, Genève). En effet, toutes les religions subissent une relativisation inévitable. Nous pourrions alors mentionner à cet égard l'exemple donné par le professeur Muntarbhorn; à l'époque de Buddha, il était aussi possible tantôt pour les femmes que de devenir moines, alors qu'aujourd'hui ceci n'est pas permis que si elles remplissent certaines obligations, beaucoup plus exigeantes que celles requises il y deux milles ans. Aussi nous pourrions mentionner d'autres exemples, comme l'abolition de la peine de mort au Japon aux alentours de 800 sous l'influence de bouddhisme, alors que celle ci est en vigueur aujourd'hui ; MESMER Philippe, « La société japonaise confrontée à la question de la peine de mort », paru dans *Le Monde diplomatique,* le 10 Octobre 2009.

1. Définition du blasphème

D'un point de vue philosophique, le *blasphème* est une notion entièrement impossible à définir : non seulement parce qu'elle comprend des interprétations infinies, mais aussi parce qu'aucune preuve scientifique ne saurait être pertinente pour démontrer la suprématie de l'une ou de l'autre définition. Dieu – ou toute autre entité métaphysique à laquelle s'adresse le blasphème – n'est par définition pas une entité susceptible d'être soumise à une démonstration par la raison.

La notion de blasphème au sens strict est donc initialement liée à une offense qui a trait *à la langue*[508], orale ou écrite, car elle implique forcément une injure *verbale* au nom du dieu ou une épreuve de mépris à l'envers du nom du dieu, des personnages ou des lieux sacrés[509]. D'après le dictionnaire Merriam – Webster, le « blasphème » est considéré comme « *parole méprisable et irrévérente à propos de Dieu ou des Rois qui sont considérés comme tels* »[510] . Ainsi, le blasphème consiste initialement à proférer contre Dieu, intérieurement ou extérieurement, des paroles de haine, de reproche, de défi, qui manifestent un manquement du respect envers lui. Pour Dartevelle, le blasphème est le fait « *d'attribuer à Dieu ce qui ne lui convient pas ou de lui refuser ce qui lui convient par une affirmation, une négation ou une interrogation verbale insolente* »[511].

Toutefois, sous l'influence du christianisme, la notion de blasphème a acquis un sens large, plus généralement lié à l'offense à la religion, à la doctrine, au personnel religieux, aux symboles, aux rites ou aux objets religieux[512]. Nous pourrions à cet

---

[508] C'est pour ainsi que les punitions tortueuses entrainés par le blasphème entrainait des traitements tortueuses, telles que le coupage de la langue, qui s'inscrivaient dans la logique de la culpabilité personnelle et de la prise en conscience du péché. Pour la punition néanmoins le crime de blasphème devrait être établi, par la comparution de deux témoins.

[509] Il y aurait alors déjà une incompatibilité du blasphème dans ce sens « stricte » avec les arts plastiques, la danse et la musique; seul le la littérature, la poésie, le théâtre ou en général toute forme d'art qui utilise le verbal pourrait être considérée « blasphématoire », sachant que le langage courant tend à institutionnaliser une signification qui est plus proche à l'offense de la religion plus générale.

[510] Une définition selon le Dictionnaire Webster, cité par le rapport du Comité de Venise, CDL-AD(2008)026add, p.23 et 24.

[511] DARTEVELLE Patrice, DENIS Philippe et ROBYN Johannes(dir.), *Blasphèmes et libertés*, Paris, Cerf, Coll.L'histoire à vif, 1993 p.11.

[512] Et ceci depuis les premières années: si par exemple la Bible ne mentionne que l'interdiction de la prononciation simplement « nuisible » du nom de Dieu, St. Thomas d'Aquin pour autant considère que le blasphème peut aussi avoir lieu à l'encontre des saints ; DARTEVELLE Patrice et al. (dir) *Blasphèmes et libertés*, *op.cit,* p.12 et s.

égard considérer comme « blasphématoire » toute insulte ou utilisation déviée de symboles religieux, ou encore, toute mauvaise représentation d'icônes, de scènes, de thèmes musicaux et religieux, ou d'actes de culte sacrés, lorsque celles-ci font preuve de mépris envers les normes et les idées religieuses. En ce qui nous concerne, nous avons choisi de nous référer à l' « offense à la religion » comme à un terme qui englobe à la fois la notion de « blasphème » (qui est en soi un terme religieux) et celle de « diffamation des religions » (qui est un terme plus neutre, mais aussi plus vaste que le blasphème).

Le mot *blasphème*, du grec *blasphèmia* (*βλασφημία*), est formé sur la racine *blas-, blapt-* (*βλασ-, βλαπτ-*) qui porte la signification de « mauvais, nuisible » et sur le verbe *fèmi* (*φημί*) qui signifie *dire*. D'après M.Flauss, *blasphème* signifierait *parole impie*[513]. Or, pendant l'Antiquité grecque, le blasphème n'existait pas, puisque la religion occupait beaucoup moins de place que le *politique* : on assistait à une « vénération de l'État ». Aristote, dans sa *Politique* et son *Éthique*, nous fait bien comprendre ce qu'était aux yeux des Grecs de son temps l'influence de la Cité sur l'Homme[514]. Il était alors inconcevable pour un orateur, un tragique ou un comédien de s'exprimer à l'encontre des valeurs ou des traditions de la Cité, et de déroger de cette manière au « bien commun »[515] : selon le décret de Canon, celui qui était coupable d'avoir été injuste dans ses paroles ou son œuvre à l'encontre du peuple devait affronter la peine d'exil ou de mort[516]. Or, cela avait trait à son attitude à l'encontre la cité et non pas à l'encontre des Dieux. Par ailleurs, *l'anthropomorphisme* des Dieux permettait une grande liberté et satire : on peut songer par exemple à cet égard aux œuvres d'Aristophane, de Menandre et d'autres

---

[513] FLAUSS Jean- François, « La diffamation religieuse» in *La protection internationale de la liberté religieuse*, p.273.

[514] ROUBIER Paul, *Théorie générale du Droit*, Paris, Recueil Sirey, 1946, p.93.

[515] Dans l'Athènes du Ve siècle, en effet, ceux qui avaient le privilège d'être des citoyens libres avaient le droit de s'exprimer librement, de parler en orateurs à leurs concitoyens à la Pnyx, de faire des discours politiques et philosophiques à l'Agora et de critiquer et faire la satire du pouvoir politique. L'interdiction de déroger du bien commun, pourrait être due à l'idée du « bonheur », telle qu'elle a été développée par Aristote : d'après le philosophe, le bonheur est la fin ultime de la pensée et de la pratique, alors que l'individu est considéré un élément actif de la cité et non pas une unité (voir, à par exemple, Aristote, *Politique,* §1253a, 10-20). Une certaine généralisation est ici inévitable et en particulier parce que d'autres courants philosophiques, telles que les Épicuriens par exemple ont des positions nuancées puisqu'ils placent au dessus des valeurs non pas la vertu mais le plaisir.

[516] Philocrates par exemple a été condamné à la mort sans la moindre célébration funèbre; on l'a jeté dans une gouffre et sa fortune fut confisquée, *in* VOUDAÏSKIS Vasileios, *Le droit à la liberté d'expression..*, *op. cit.*, p.34.

comédiens, mais aussi, aux nombreuses caricatures de l'époque[517].

Ainsi, il était interdit d'offenser le « divin » au même titre qu'il était interdit de mentir à ces concitoyens, de les encourager à des actions politiques répréhensibles ou de les diriger de façon inadéquate. Dès lors, si Protagoras fut exilé d'Athènes sous prétexte qu'il affichait un manque de respect « à l'égard des Dieux », ou si Anaxagore, dont les idées étaient considérées comme réactionnaires, fut envoyé en exil et qu'une des accusations de Socrate était qu'il cherchait à introduire de « nouveaux démons »[518], le fait d'insulter les dieux constituait plutôt une trahison de la Cité que des dieux en tant que tels[519].

De même, dans l'Antiquité romaine, le blasphème était entièrement lié à la personne de l'Empereur, dont la critique (par des paroles, des poèmes, des œuvres, etc.) était interdite et punie de la peine de mort. Alors que la liberté d'expression était encouragée[520], le prérequis pour y accéder était « *d'avoir quelque chose d'important à dire* », quelque chose qui ne serait pas nuisible à la Cité. A ce titre, l'expression ne devait pas aller à l'encontre des valeurs et des traditions.

2. La difficulté de traduire le blasphème en droit

Le blasphème interfère ainsi avec de nombreux aspects de la liberté religieuse (tels que la liberté du choix religieux, la liberté de changer ou de maintenir une religion) ou bien avec les droits d'autrui. L'« offense à la religion », prise au sens large, peut indiquer plusieurs types d'offenses, tels que :

- le blasphème *stricto sensu*, c'est-à-dire l'insulte du nom de Dieu (ou d'autres personnages divins) ;
- les propos diffamatoires à l'encontre de Dieu ou d'autres personnages religieux ;

---

[517] Pour la plupart sur des vases ; voir *infra,* Chapitre 5, à propos de l'impact des religions sur la caricature.

[518] Comme il est connu, Socrate écoutait un « démon », une voix de l' intérieur ce qui fut traduit par ses ennemis comme de la méconnaissance pour les dieux. Voir *l'Apologie de Socrate* de Platon et également le dialogue « Faidon ».

[519] Par ailleurs, du fait notamment de leur *anthropomorphisme*, une grande tolérance était accordée à la satire à l'envers des dieux; voir *infra,* Chapitre 5.

[520] Car, d'après *Tiverius* (selon *Souétonius*) « *dans une Cité libre, la pensée et la parole devraient être libres aussi » et, d'après Sénèque, les hommes spirituels avaient l'obligation morale de s'exprimer*»; VOUDAÏSKIS Vasileios *Le droit à la liberté d'expression..*, *op. cit.*, p.38

- l'insulte des autorités des groupements religieux ou des chefs religieux ou spirituels ;
- les propos diffamatoires à l'encontre des autorités des groupements religieux ou des chefs religieux ou spirituels ;
- la diffamation du dogme religieux (l'outrage à la religion en général) ;
- l'insulte d'autrui en tant que croyant ;
- la profanation des objets de la vénération religieuse ;
- l'empêchement des prières, des rites, des cérémonies religieuses ou plus généralement des actes de culte.

D'après M. Robertson, « *l'idée d'interdire le blasphème semble dépendre du droit à la liberté religieuse, dès lors qu'on défini ce dernier comme un droit positif à la jouissance pacifique des croyances, plutôt que comme le droit plus habituel négatif de ne pas être persécutés pour ses opinions religieuses* »[521]. L'intervention étatique relève donc, dans le cas du blasphème, d'un paradoxe : elle est demandée, non pas pour éliminer les obstacles lors de l'exercice de culte, ni même pour éradiquer les discriminations fondées sur la religion, ni pour quelque autre raison entièrement légitime (au sens de l'existence d'une nuisance physique), mais bien pour assurer le croyant dans la « tranquillité de sa conscience », au sens où il ne doit pas voir ses croyances altérées ni offensées. Elle aurait pour motif de réparer une nuisance émotionnelle chez le croyant, qui voit ses sentiments, ses croyances, sa foi blessée.

C'est précisément pour cela que, historiquement, les lois sur le blasphème ont été utilisées pour punir les hérétiques et ceux qui sont considérés une menace à la religion dominante – ce qui peut alors être le cas encore aujourd'hui[522]. Ce n'est pas à tort donc que M. Dimoulis définit le blasphème comme une « *survivance féodale* », qui constitue en premier lieu la « *transcription juridique des exigences religieuses*

[521] ROBERTSON, cité par RODUIT Christophe, *Le blasphème en droit international*, Institut des Hautes Etudes Internationales et du Développement(HEI), Genève, Suisse, 2000, p.34 : « *the whole idea of forbidding blasphemy appears to depend on the right of freedom of religion being defined very powerfully as a positive right to peaceful enjoyement, rather than the more usual negative right not to be persecuted for religious beliefs* ».

[522] Voir, par exemple, le cas du Pakistan, REHMAN Javaid, « Minority Rights and Constitutional Dilemmas of Pakistan », *Netherlands Quarterly of Human Rights,* Vol. 19, n°4, 2001, p.440 et s.

"incompatibles avec un état démocratique et moderne, qui tiendrait en compte les principes de l'égalité et de la pluralité des valeurs »[523].

Au niveau de la terminologie, il est vrai que la « diffamation des religions » (*defamation of religions*) tend à substituer le « blasphème » (*blasphemy*) dans le langage du droit européen international[524]. Comme l'observe en effet M. Flauss, le recours de nombre d'auteurs au terme de « blasphème » exclusivement, sans aucune mention du terme plus neutre de « diffamation des religions » démontre que « *la doctrine, même la plus récente, demeure attachée à tout le moins conceptuellement à une vision conservatrice (au sens technique) des sentiments religieux des croyants* »[525].

B. La désignation des « règles du jeu » par le pouvoir religieux

De ces repères historiques, on peut conclure que le blasphème est une notion entièrement subordonnée à la position et au pouvoir de la religion au sein d'une société donnée, ainsi qu'à la position du blasphémateur et de l'objet du blasphème. C'est à cet égard que Cabantous note que le blasphème est un acte « sérieux » parce qu'elle « *offense simultanément le pouvoir religieux, social et politique* »[526]. Il a aussi trait à des questions différentes, telles que la morale acceptée par une doctrine religieuse ou sa demande d'exclusivité et de dévotion.

1. Le blasphème et les autres formes d'offense de la religion dans les trois religions monothéistes

[523] C'est à dire, d'après l'auteur, à une disposition du droit positif «contraire aux principes énoncés du droit constitutionnel » qui « puise ses origines dans des matrices d'organisation de modes de production pré-capitalistes » in DIMOULIS Dimitris, « Blasphème, une survie féodale dans l'État religieux » [Βλασφημία, μια φεουδαρχική επιβίωση στο θρησκευόμενο κράτος] *in* DARTEVELLE Pierre, *Le droit au blasphème[d'après la trad.grecque : Δικαίωμα στη βλασφημία],* Athènes, Mavri Lista, 2000, pp.18 -50.

[524] Voir *infra,* à propos du blasphème en droit européen et international.

[525] FLAUSS Jean- François, « La diffamation religieuse », *op.cit.,* p.279.

[526] WEBSTER Richard *Liberalism, Censorship and 'The Satanic Verses',* Suffolk, The Ornell Press, 1990.

On peut dire sans hésitation que les religions monothéistes se sont montrées moins tolérantes au blasphème que les autres religions non déistes ou polythéistes connues. Dès lors, en ce qui concerne l'Europe, nous pouvons dire que le blasphème s'est conceptualisé seulement au cours du Moyen Âge.

a. Le blasphème dans le judaïsme et dans le christianisme

D'un point de vue historique, linguistique, culturel et social, le blasphème puise ses sources dans le christianisme. En christianisme, ses origines se trouvent dans la Bible et notamment le Deutéronome[527] : « *Tu ne jureras pas le nom de Dieu en vain* » (c'est-à-dire « à tort »), dit le deuxième commandement[528]. Luc l'évangéliste, rajoute que le blasphème est « impardonnable »[529], alors que et dans le *Lévitique* (le livre qui suit l'*Exode* dans le *Pentateuque*) il est dit que celui qui blasphème devrait être *certainement* lapidé et tué[530]. En judaïsme classique d'ailleurs, la profanation du tétragramme « YHWH », le nom ineffable de Dieu, entraîne la peine de mort et celui qui profane les autres noms de Dieu est condamné à des coups de fouet[531], dont le nombre, selon la loi mosaïque, ne peut être inférieur à quarante[532].

La position des Églises orthodoxe et catholique sur l'interdiction du blasphème et la répression de la mise en question du dogme catholique est flagrante. La première législation qui punit le blasphème – jugé par des tribunaux ecclésiastiques – remonte au VIe siècle et à l'époque de Justinien(535-540) [533]. M. Voudaïskis, professeur de sociologie des droits de l'Homme, fait allusion à une gamme extrêmement barbare de punitions destinées à l'époque aux blasphémateurs et aux hérétiques, notamment

---

[527] Les cinq premiers livres de la Bible (Pentateuque) sont: la Genèse, l'Exode, le Lévitique, les Nombres et le Deutéronome.

[528] *Exode*, Chapitre 7.

[529] *Luc*, 12 :10.

[530] *Léviticus*, 24 :16 : « *et celui qui blasphémera le nom de l'Éternel sera certainement mis à mort : toute l'assemblée ne manquera pas de le lapider ; on mettra à mort tant l'étranger que l'Israélite de naissance lorsqu'il aura blasphémé le Nom* ».

[531] ZOMERSZTAJN Nicolas, « Le blasphème dans le judaïsme : de la condamnation à mort à la désuétude » *inMorale Laïque*, dossier Blasphème, Bruxelles, n°151, 2006.

[532] Mais dont le nombre pourrait en pratique se multiplier et aller même jusqu'à la mort ; KIECKHEFER R., The repression of Heresy in Medieval Germany, Liverpool, 1979, p.76, cité par VOUDAÏSKIS Vasileios *Le droit à la liberté d'expression et les médias, une approche historico-sociologique [«Το δικαίωμα της ελευθερίας της έκφρασης και τα μέσα μαζικής επικοινωνίας, ιστορικο-κοινωνιολογική προσέγγιση* »], Athènes, Papazisis, Athènes, 2003, p.69, note 11.

[533] CABANTOUS Alain, *Histoire du blasphème…, op. cit.*, p.134.

depuis l'installation de la Sainte Inquisition en 1542[534]. Dans un décret de 1546, par exemple, l'Église affirme que personne ne saurait profaner les Saintes Écritures contre ses propres conceptions ni oser les interpréter contrairement à l'Église Sainte-Mère, qui détient la capacité de juger leur sens et de donner leur interprétation[535]. Selon les instructions morales sur la doctrine chrétienne, le blasphème appelait de surcroît des punitions tortueuses. Les mutilations étaient alors à l'ordre du jour : « *Déchirez avec les dents votre langue et traînez la dans la poussière, employez les moyens les plus efficaces que vous pourrez pour extirper cette coutume* »[536].

Toutefois, comme nous l'avons déjà mentionné, la notion de blasphème a acquis au fur et à mesure un sens beaucoup plus large, plus généralement lié à l'offense à la religion, ce qui fait que les tortures ne sont pas limités à des mutilations de la langue. C'est peut-être pour cette raison que M. Dartevelle, en esquissant l'histoire du blasphème en Occident et en parlant de l'époque antérieure à la Réforme, remarque une certaine confusion en la matière de la part des tribunaux : « *L'inflation législative contre le blasphème est importante et la répression physique se durcit considérablement. Tout n'est pas parfaitement clair. Les sentences des tribunaux et leurs archives ne distinguent pas bien deux interprétations du délit de blasphème. Il y a d'une part le juron qui peut être un écart de langage, qui n'infirme pas la religion, et d'autre part, l'affirmation plus construite qui contredit de manière importante le dogme – sans pour autant vouloir dire qu'il s'agit d'athéisme* »[537]. Dartevelle démontre aussi qu'aux XVIe et XVIIe siècles, les États ont augmenté le volume des lois répressives dirigées contre le blasphème[538] ; il remarque néanmoins que « *ceux qui sont familiarisés avec ces périodes, connaissent bien que la multiplication des décrets sont inversement analogues à leur efficacité* »[539].

---

[534] Seulement dans la péninsule ibérique en particulier, le blasphème était punie à condition que le délit blasphématoire fut reconnu hérétique, voir BENNASSAR Bartolomé[et al.](dir) *L'inquisition espagnole: XVe-XIXe siècle,* Paris, Hachette, 1979, cité par CABANTOUS Alain, *op.cit.,* p.164.

[535] FINOCCHIARO (1989), p.12 cité par OLSON Richard, *Science and religion, 1450-1900: from Copernicus to Darwin*, Johns Hopkins University Press, 2006, p.13.

[536] Citation d'un ouvrage édité en 1809, cite par CABANTOUS Alain, *ibidem,* p.68.

[537] DARTEVELLE Pierre, *Le droit au blasphème[Δικαίωμα στη βλασφημία],* Athènes, Mavri Lista, 2000 (traduit du français), p.232.

[538] En Espagne de Carole Quinto, dans la démocratie de Vénice, Toscane ainsi qu'en Angleterre et en France, il remarque que les lois sont très similaires dans le contenu et leur motivation.

[539] DARTEVELLE Patrice, *Le droit au blasphème..,op. cit.*, pp.53-54(à partir de la trad. grecque).

Dans le monde hispanique, les procès pour blasphème instruits par l'Inquisition espagnole n'ont diminué qu'à partir des années 1570, du fait de l'ordonnance de Villers- Cotterêts de 1539, qui restreignait le pouvoir ecclésiastique[540]. En revanche, en France, le blasphème reste un crime sérieux. Dans un décret du XVIe siècle par exemple il est affirmé que : « *de tous les péchés meurtriers, le blasphème est le plus sérieux, car il est proche de l'infidélité, du désenchantement et de la haine contre Dieu* »[541]. Et l'assemblée de 1579 déclare solennellement : « *il n y a point de crime qui exige la plus grande diligence de la part d'un évêque et qui doit être poursuivi avec autant de violence que le concubinage et la coutume infâme des blasphèmes* »[542]. Ainsi, les punitions ecclésiastiques du blasphème continuent jusqu'au XIXe siècle[543], même si, effectivement, « *l'acculturation spirituelle qui succède les Lumières en Angleterre et en France s'accompagne d'une nouvelle morale sociale qui entraîne une certaine épuration du vocabulaire* » qui rend la punition pour blasphème moins fréquente qu'avant[544]. Généralement parlant néanmoins, en Europe, ce n'est qu'au XVIIIe siècle que le nombre et la sévérité des jugements commenceront à s'atténuer.

b. Le blasphème en Islam

Le Coran ne comprend pas d'interdiction particulière de souiller le nom de Dieu, contrairement à la Bible. De même il n'existe pas de verset dans le Coran qui punit l'apostasie, à savoir la conversion à une religion autre que la religion musulmane. En revanche, le « bon musulman » tel qu'il est décrit dans le Coran, est celui qui ne s'intéresse pas au mauvais comportement des autres et, en particulier, qui ne s'insulte pas les personnes athées ou les croyants d'une autre religion[545]. Il est même rapporté par le Professeur iranien M. Hatami que le Prophète et ses premiers successeurs étaient tolérants à l'envers les autres religions, ou bien à l'envers la manifestation des

---

[540] DARTEVELLE Patrice, *op. cit.*, pp.242-243 et CABANTOUS Alain, d'après une étude de BENASSAR dans *Histoire du blasphème…, op. cit.*, p.49.

[541] DARTEVELLE Patrice, dans DIMOULIS Dimitris « Blasphème, une survie féodale…», *op. cit.*, p.58.

[542] CABANTOUS Alain, *Histoire du blasphème.., op. cit.*, p. 49, citant J.MARGUET *Essai sur le blasphème*, Besançon, 1825, 8e éd., p.77.

[543] VOUDAÏSKIS Vasileios, *Le droit à la liberté d'expression..*, *op. cit.*, p.71.

[544] CABANTOUS Alain, *Histoire du blasphème…, op. cit.,* p.80 et s.

[545] HASHEMI Kamran, *Religious legal traditions, op.cit.,* p.31.

opinions divergentes en public pour autant que cela n'allait jusqu'à l'offense de la personne du Chalef[546].

L'interdiction du blasphème en Islam résulte donc notamment de l'interprétation du Coran par les ulémas et plus généralement par tout ce qui peut être qualifié comme la tradition islamique. D'après Cabantous, le blasphème en Islam serait mieux exprimé par le mot « Kufr », qui signifie l'action de cacher la vérité, de réfuter les principes essentiels de l'Islam[547]. La plupart des juristes spécialistes à la loi islamique néanmoins se réfèrent pourtant plus à *sabb*, une offense considérée comme une sous-catégorie de l'apostasie. Ce crime se rapproche en effet au blasphème au sens large, et fait appel à des offenses « blasphématoires » à Dieu (*sabb-Allah*) ou au Prophète (*sabb-al- Rasoul*)[548]. En outre, relativement tôt dans la tradition musulmane juridique, l'apostasie commence à être punir sévèrement, parfois même par la peine d'emprisonnement ou par la peine de mort[549].

Les incidents impliquant le *sabb* pendant les temps du Prophète impliquaient notamment des guerriers ennemis. Le plus célèbre cas était sans doute le cas de Ka'b-ben Al-Ashraf, qui avait composé de la poésie qui insulté le Prophète et ses compagnons : selon l'histoire, Ka'b avait été tué sur le champ de la bataille[550]. M.Hashemi d'ailleurs rapporte que cette interdiction du *sabb* a été étendue également aux musulmans, dans les codifications ultérieures de la loi islamique[551]. Dès lors, la punition était, parfois obligatoirement d'après certains juristes, de tuer l'auteur de l'offense[552]. Il est d'ailleurs également rapporté que les lois contre les hérétiques avaient été fréquemment utilisées pour l'oppression politique des opinions dissidentes[553].

---

[546] *Ibidem,* p.33.

[547] CABANTOUS Alain, *Histoire du blasphème en occident : fin XVIè - milieu XIXè siècle*, Paris, Albin Michel, 1998, p.38.

[548] SAEED Abdulahh et SAEED Hassan, *Freedom of religion, apostasy and Islam,* cité par HASHEMI, *ibidem,* p.31.

[549] *Coran,* 2 :256, 3 :72, 3 :90, 4 :48, 4 :137, 5 :54 cités par HASHEMI Kamran, *Religious legal traditions, international human rights law and Muslim states »,* Coll. Studies in religion, secular beliefs and Human Rights, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2008, p.36.

[550] TORBADINEJAD Hosein, *Islam and violence,* cité par HASHEMI, *ibidem,* p.32.

[551] *Ibidem,* p.32.

[552] MONTAZERRI Ayatollah, cité par HASHEMI, *ibidem,* p.32.

[553] SAEED, *cité par* HASHEMI, *op.cit.,* p.34.

Une mention particulière doit être faite ici concernant l'*apostasie*. En effet, ce terme se réfère à la non-croyance en l'Islam, à la négation de l'existence de Dieu et de celle du Prophète Mahomet. Selon une conception très répandue, la *Charia* punirait l'apostasie par la peine de mort[554]. Cette conception est néanmoins trompeuse. Le « crime » de la non-croyance en l'Islam est une construction très contestable, car rien n'est écrit concernant l'apostasie dans le Coran ; l'idée de faire de la divergence d'opinion religieuse un délit ne saurait être déduite d'aucun verset du Coran[555]. Par ailleurs, les deux cent versets (parmi les six milles versets que compte le Coran) auxquels on a attribué un caractère législatif contraignant, sont d'origine éthique, et ne peuvent se dissocier de leur contexte dans lequel ils ont été formulés[556].

En effet, il ne saurait y avoir d'indication plus éloquente du fait que la « répression de la liberté », dans les États islamiques et parfois aussi dans les États majoritairement musulmans[557], tout comme les nombreuses *fatwas* énoncées à l'encontre des apostâtes[558], les nombreuses exécutions pour apostasie ou blasphème[559], et les interdictions de conversion, relèvent de la manipulation politique des religions et aucunement des enseignements religieux en soi. En effet, la position pacifique et démocratique de la doctrine islamique est aussi adoptée par un certain nombre

---

[554] SYED ALI Mumtaz Ali, *The Salman Rushdie Issue: A Synthesis of the Islamic Law of Blasphemy/Apostasy in the Context of Canadian Multiculturalism*, consultable sur le site muslim-canada.org, consulté le 17 octobre 2010 .

[555] GOUELLOUZ Azzedine, « L'Islam» *in* DELUMEAU Jean(dir), *Le fait religieux,* Paris, Fayard, 1993, p.344.

[556] CHARFI Abdelmajid « Regards musulmans », *in* PURY Albert(de), Jean-Daniel MACCHI (éd), *Juifs, chrétiens, musulmans ; que pensent les uns des autres ?,* Genève, Labor et Fides, 2004, pp.87-99 ; de même, GOUELLOUZ Azzedine, « L'Islam», *op.cit.,* pp.341-349.

[557] Par exemple, les tribunaux égyptiens interdisent régulièrement aux coptes de convertir, en évoquant l'article 2 de la Constitution égyptienne ; voir ABDELMASSIH Mary, « Conversion to Christianity Threatens Public Order: Egyptian Court», paru sur le site freecopts, www.english.freecopts.net/english//index2.php?option...do..., le 17 juin 2009, consulté le 25 octobre 2010.

[558] Nous devrions tout de même clarifier que les *fatwas* ne sont pas forcement liés à la peine de mort. D'après Black et Hosen, ceux-ci sont des jugements religieux sans normativité juridique, alors que plusieurs fatwas émanant des autorités différentes peuvent coexister sur le même sujet, les croyants musulmans étant libres de choisir celui qui les convient le plus. En outre, d'après les auteurs une certaine vision libérale des *fatwas,* comme de la *Charia* comme étant tous les deux susceptibles à l'évolution pourrait être avancée: « *the popularist notion of a fatwa as a pronouncement of death or a declaration of opposition to the West is not representative of the legal rulings issued by Islamic scholars[…]Fatwas demonstrate a mechanism for growth and adaptability inherent in Islam that is to be valued by Muslims and non-Muslims alike. From the media, one can get the impression that the Chariah is locked in a static medieval vault of Taliban construction, but it can be a living, evolving and dynamic force in contexts like Australia ».*BLACK Ann et HOSEN Nadirsyah, « Fatwas: Their Role in Contemporary Secular Australia », *Griffith Law Reviw,* n°18, 2009, p.425.

[559] Voir, CORDOUE Fandila, *« L'exécution du chrétien » in* DILLENS Anne-Marie, *Pouvoir et religion*, Bruxelles, Facultés Universitaires Saint-Louis, 2005.

d'intellectuels contemporains. L'intellectuel soudanais Abdullahi An'naim, Professeur à l'Université de Emory aux États- Unis, condamne entièrement l'apostasie : « *Bien que je connaisse la position de la Charia sur l'apostasie, je suis incapable en tant que musulman d'accepter la loi d'apostasie comme loi de l'Islam d'aujourd'hui […] La loi de l'Islam peut être facilement détournée à des fins politiques afin de supprimer toute opposition et d'inhiber toute dévotion intellectuelle et spirituelle. Cet usage de l'apostasie est en désaccord avec les normes du Coran et de la Sunna qui insistent sur la liberté de religion et d'expression* »[560]. Dans le même esprit, Aldeeb Abu-Sahlieh Sami Awad dénonce l'exploitation politique ou médiatique de l'idée de l'apostasie. Et M. Charfi remarque que Dieu n'est pas fanatique lui-même, mais que « *les ulémas d'hier et les intégristes d'aujourd'hui le sont* »[561].

2. L'improbabilité du blasphème dans les religions autres que les religions monothéistes

Le nombre incalculable des religions dans le monde rend impossible un examen au cas par cas de leur rapport avec le blasphème et de la punition éventuelle qu'ils lui réservent. Toutefois, on notera avec intérêt que dans d'autres courants spirituels, tels le bouddhisme, par exemple, ou le confucianisme, il n'y aurait pas de règles sur le blasphème ou – en tous les cas- ces règles ne releveraient pas de la même problématique[562]. De même, dans l'hindouisme, il est rare de rencontrer des règles relatives au blasphème. L'hindouisme en principe, non seulement encourage les arts mais les imprègne aussi, bien souvent, d'une sensualité inconnue dans le judaïsme, le christianisme ou l'Islam ; il en va ainsi non seulement pour le Kama Sutra[563], qui est en soi une allégorie de l'union (*yoga*) au divin, mais aussi pour les danses et plus généralement l'ensemble des représentations sacrées[564].

---

[560] Cité par ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami Awad, *ibidem,* p.249, voir à ce sujet AN-NAIM Abdulahi Ahmed, « The Islamic Law of Apostasy and its Modern Applicability : a case from the Sudan », *Religion,* n°16, 1986, pp.197-224.

[561] M. Charfi, cité par ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami Awad, *ibidem,* p.249.

[562] ARVON Henri, *Le bouddhisme*, Paris, PUF, coll. Que sais-je, 2005.

[563] Par ailleurs, la première transmission du *Kama Shutra* est attribuée selon la mythologie hindouiste aux Dieux, et en particulier à *Nandi*, le gardien de Shiva, pendant qu'il écoutait Shiva faire l'amour avec sa femme Parvati ; *Encyclopedia of world religions*, Merriam Webster - Encyclopaedia Brettanica, Springfield, Massachusetts, 1999, p.447-448.

[564] Chez les hindous, les symboles et les pratiques rituelles font partie intégrante de la pensée, de la culture et de la religion. Une légende par exemple dit que c'est le Dieu Brahmâ qui révéla le 5è dicta les règles de la danse et du théâtre; nous pourrions faire ici aisément une comparaison avec la

Certes, cela ne veut pas dire que les controverses ou bien les manifestations d'extrémisme sont absentes dans les parties du monde où ces religions sont dominantes. Par exemple, il est connu qu'un groupe radical hindou a énoncé, tout comme l'Ayatollah Khomeini dans le cas de Salman Rushdie, un prix de 11, 5 millions de dollars pour la tête de Maqbool Fida Husain, artiste indien des plus connu, surnommé le *Picasso des Indes*, qui a été accusé du blasphème pour avoir représenté des dieux nus et aussi pour son film *Meenaxi: A Tale of Three Cities*[565]. Il est également connu que la récupération de la personne de Bouddha par l'univers pictural et musical, et l'industrie publicitaire en Indonésie n'est pas allée sans contestations[566]. En outre, les allégations de l'offense aux religions dans certains cas posent également des questions liées à la culture et au développement. Lors le gouvernement indien a voulu ouvrir une ligne maritime à travers le détroit de Palk, une région sacrée pour les hindous étant considérée le lieu natal du Dieu Ram, certains groupes religieux ont accusé le gouvernement pour offense à la religion et ont déposé une plainte devant la Cour suprême indienne. Le projet est toujours controversé, même s'il permettrait aux navires de gagner 30 heures de traversée puisqu'il unirait les Indes et le Sri Lanka en ouvrant un passage entre la mer d'Oman et le golfe du Bengale [567].

Or, ces controverses ne seraient pas, pour le moins, associés forcement à un cadre stricte qui aurait une force potentiellement contraignante ou ou bien un texte religieux, comme c'est le cas de la Bible ou du Coran. Il nous semble en effet que la spiritualité qui y est par définition exigée, exclut par principe l'idée de blasphème. Max Weber écrit à propos de cette spiritualité : « *Ce qui caractérisait en propre ce type, par rapport au confucianisme, c'était la mise en œuvre d'une rationalisation du monde, le contraire d'une fuite hors du monde, et ceci malgré, ou plutôt justement sous la forme d'un refus ascétique du monde. Comme il ne peut y avoir par rapport à*

---

mythologie grecque et les origines dionysiaques de la tragédie.

[565] Cet artiste s'est exilé au Qatar, où il a décédé : JAMKHANDIKAR Shilpa, « Picasso of India M.F. Husain dies in exile aged 95 », *Reuters*, 9 juin 2011.

[566] Mis à part certaines plaintes récentes de diffamation de religion, comme c'est le cas pour l'ouverture d'un « Buddah Bar » à Jakarta en Indonésie par exemple, voir FREEMUSE.org « Indonesia: Religious group protests against new Buddha Bar », lettre d'information de 28 avril 2009 et « Indonesia group protests over Jakarta's Buddha Bar », paru sur Reuters, le 5 mars 2009, http://uk.reuters.com, consulté le 5 mars 2009.

[567] Le projet était d'ailleurs surnommé le « Canal de Suez Indien » ; voir MUKHERJEE Krittivas, India backs its Suez canal through 'God's bridge', *Reuters,* 28 février 2008; - 'Report on Hindu god Ram withdrawn', *BBC,* 14 septembre 2007.

Dieu de différences dans la corruption des créatures, les hommes sont tous également réprouvés et complètement insuffisants sur le plan éthique ; le monde est un réceptacle des péchés. L'adaptation aux habitudes frivoles du monde serait un signe de l'état de réprouvé, l'auto-perfectionnement au sens confucéen serait un idéal blasphématoire et idolâtre »[568].

§ 2. La transcription juridique du blasphème : du blasphème à la diffamation des religions

En droit, le blasphème se traduit par l'interrogation de savoir si l'offense aux sensibilités religieuses constitue une restriction valide de la liberté d'expression. En effet, la réponse ne saurait être uniforme : dans certains États, l'un des délits susmentionnés pourrait automatiquement donner lieu à un procès pour renonciation de religion (cas de l'apostasie), alors que, dans d'autres, l'offense à la religion peut être réprimée par voie civile ou administrative, et notamment par le biais des dispositions sur la protection de la personnalité (ou, encore plus strictement, de l'offense de l'ordre public).

Nous allons voir que, si les institutions européennes adoptent une approche généralement modérée à l'encontre des offenses de la religion, celle-ci ne vaut pas pour la Cour européenne, ni pour le Comité des droits de l'Homme, qui tiennent, eux, une position plus hésitante, ni évidemment pour les organes politiques des Nations Unies qui ont, eux, introduit dans le langage international la notion de « diffamation religieuse ».

A. Le blasphème et la diffamation des religions en Europe

Sur le plan européen, les approches divergent. La pénalisation du blasphème demeure une réalité dans une majorité de pays, y compris dans certaines démocraties, même si elle est peu usitée. Le Parlement européen (PE), comme par ailleurs l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (APCE), par le biais de résolutions, adoptent naturellement un point de vue libéral, qui valorise la liberté d'expression plus que la

[568] WEBER Max, « Confucianisme et puritanisme »(1920) *in* WEBER Max, *Confucianisme et taoïsme*, trad. française, Paris, Thélène, 2000.

non-offense des croyances. La Cour européenne, en revanche, semble hésitante quant à adopter une position claire et laisse une marge d'appréciation très étendue aux États parties.

1. L'approche variée des États européens ; vers l'abolition du blasphème

Suite à une Résolution de l'APCE en 2006, qui examine la question de savoir si le respect des croyances religieuses justifie de limiter la liberté d'expression[569], le groupe du travail de la Commission de Venise a été chargé de « *préparer un document synoptique sur les lois et pratiques nationales en matière de blasphème et d'infractions apparentées, à caractère religieux, en Europe* ». Le rapport, qui propose une étude analytique des variations législatives sur la répression du blasphème dans les pays membres du Conseil de l'Europe[570]. Adopté en octobre 2008, ce texte réunit les dispositions légales en vigueur dans tous les États membres de l'Organisation, ainsi que certaines références à la jurisprudence pertinente des juridictions internes. Le rapport fait également allusion aux réflexions de la table ronde internationale organisé par la Commission, où « *des avocats, des artistes, des journalistes, des parlementaires et des représentants de la société civile [...] ont mené des discussions intenses sur l'intersection entre la liberté d'expression et la liberté de religion, afin de proposer des solutions constructives aux conflits apparus ces dernières années* »[571].

D'après le rapport de la Commission de Venise, *l'incitation à la haine* est qualifiée de crime pénal à l'unanimité des États-membres[572]. Le *blasphème* n'est qualifié d'*infraction* que dans une minorité d'États[573]. La « profération d'insultes » est en général considérée comme un délit pénal ou administratif dans tous les pays ; par

[569] Résolution 1501 du 28 juin 2006 de l'APCE intitulée « Liberté d'expression et respect des croyances religieuses ».

[570] Le rapport a été préparé par Louis-Léon CHRISTIANS, expert, assisté de trois membres du Secrétariat de la Commission : Pieter van DIJK, Finola FLANAGAN et Hanna SUCHOCKA.

[571] COMMISSION DE VENISE(Rapport) « Réglementation et répression du blasphème, de l'injure à caractère religieux et de l'incitation à la haine religieuse », adopté par la Commission de Venise lors de sa 76e session plénière (Venise, 17-18 octobre 2008) CDL-AD(2008)026, Strasbourg, le 23 octobre 2008. Ce rapport a suivi en effet le Colloque « Art et convictions religieuses : de l'affrontement à la coexistence » (organisé à Athènes les 31 janvier et 1er février 2008 par la Commission de Venise et la *Ligue hellénique des droits de l'Homme*).

[572] *Ibidem*, p.27.

[573] *Ibidem* : Autriche, Danemark, Finlande, Grèce, Italie, Liechtenstein, Pays-Bas, Saint-Marin.

exemple, la loi pénale suisse prévoit expressément la punition de l'offense à la religion[574].

Toutefois, la variété des modalités législatives est impressionnante. En effet, plusieurs éléments jouent aussi sur la lourdeur de la peine dans les droits nationaux, comme l'exigence éventuelle d'une intention (*mens rea*) ou d'un lien causal entre le comportement de l'accusé pour offense à la religion et la nuisance, issue de l'offense. De même, quant aux peines respectives, celles-ci varient considérablement. Le blasphème est généralement punissable d'une peine d'emprisonnement (qui va jusqu'à trois, quatre ou six mois le plus souvent ; jusqu'à deux ans en Grèce pour le « blasphème malveillant »[575]) ou d'une amende[576].

Dans les États européens, l'infraction de blasphème fait aujourd'hui rarement l'objet de poursuites[577]. L'« injure à caractère religieux » constitue une infraction pénale dans environ la moitié des États membres [578] de l'UE et les sanctions varient considérablement (de quelques mois à un, deux, trois, voire cinq ans en Ukraine, par

---

[574] *Ibidem*, p.27, citant le Code Pénal suisse, article 261, intitulé « Atteinte à la liberté de croyance et des cultes» : « *Celui qui, publiquement et de façon vile, aura offensé ou bafoué les convictions d'autrui en matière de croyance, en particulier de croyance en Dieu, ou aura profané les objets de la vénération religieuse, celui qui aura méchamment empêché de célébrer ou troublé ou publiquement* bafoué un acte cultuel garanti par la constitution, *celui qui, méchamment, aura profané un lieu ou un objet destiné à un culte ou à un acte cultuel garantis par la constitution, sera puni d'emprisonnement pour six mois au plus ou de l'amende* ».

[575] Plus précisément, le Code pénal grec en vigueur prévoit : (1) la punition du « Blasphème malveillant », en vigueur de l'article 198 du Code pénal: « 1. *Toute personne qui, de quelque manière que ce soit et dans une intention malveillante, offenserait Dieu publiquement, encourt une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans. 2. Celui qui, en dehors du cas spécifié au paragraphe 1, blasphèmerait en public, témoignant ainsi son manque de respect envers Dieu, encourt une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à trois mois* . (2) la punition de l'« Outrage à la religion», en vigueur de l'article 199 du Code pénal : « *Celui qui, de quelque manière que ce soit et dans une mauvaise intention, offenserait en public l'Église orthodoxe d'Orient ou toute autre religion reconnue en Grèce, encourt une peine emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans* ». (3) la répression de la« Perturbation d'une assemblée religieuse», en vigueur de l'article 200 du Code pénal: « 1. *Celui qui, par malveillance, essaierait délibérément d'empêcher ou de perturber une assemblée religieuse, reconnue par l'État, pendant un office ou une cérémonie, encourt une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à deux ans. 2. La même peine est applicable à celui qui, dans une église ou un lieu consacré à des assemblées religieuses, reconnues par l'État, se livrerait à des actes inconvenants et offensants*». (4) La répression de la« Outrage aux morts», en vigueur de l'article 201 du Code pénal: « *Celui qui, de son propre chef, soit violerait une sépulture pour en retirer un mort, l'amputer de ses membres ou subtiliser ses cendres - en dehors de ceux qui y sont autorisés - soit se livrerait à des actes inconvenants et outrageants à* l'égard des morts ou de leur sépulture, encourt une peine d'emprisonnement *pouvant aller jusqu'à deux ans*».

[576] Rapport de la Commission de Venise, précité, pp. 23 et 24.

[577] Rapport de la Commission de Venise, précité, p.26

[578] *Ibidem* : Andorre, Chypre, Croatie, République tchèque, Danemark, Espagne, Finlande, Allemagne, Grèce, Islande, Italie, Lituanie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, Fédération de Russie, République slovaque, Suisse, Turquie et Ukraine.

exemple). Des amendes peuvent toujours être versées en remplacement des peines d'emprisonnement[579].

Il est d'ailleurs paradoxal de constater que la législation sur le blasphème ne suit pas l'évolution des mœurs publiques mais plutôt les pressions politiques : il ne semble pas y avoir d'autres raisons permettant d'expliquer qu'au Royaume-Uni, le blasphème ait été abrogé en mai 2008, alors que deux ans plus tard, en Irlande de 2010, il est redevenu un délit alors qu'il était aboli depuis les années 1980[580].

2. L'approche des institutions européennes ; une approche favorable à la liberté d'expression

Les restrictions de la liberté d'expression à l'égard du discours sur les croyances religieuses, qui se constituent de discours de haine, y compris la haine religieuse, sont sans doute condamnées tant par le Conseil de l'Europe que par l'Union. En outre, il semble que les deux institutions européennes condamnent l'idée du blasphème et de l'offense aux sensibilités religieuses ; dans les cas de conflit entre la liberté d'expression et la liberté religieuse, elles semblent alors se positionner en faveur de la liberté d'expression.

a. L'approche du Conseil de l'Europe

Tout d'abord, le Conseil de l'Europe condamne le discours de haine : d'après la Recommandation du Comité des Ministres, le terme « discours de haine » couvre « *[...] toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine fondées sur l'intolérance, y compris l'intolérance qui s'exprime sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrés et des personnes issues de l'immigration* »[581].

---

[579] *Ibidem,* pp.27 et 29.

[580] Acte sur la Diffamation (*Defamation Act*) de 1961, §13, qui proscrit des peines pour la « diffamation blasphématoire » (*blasphemous libel*). En effet, le blasphème était toujours prévu dans la constitution irlandaise, mais n'était jamais assez précisément défini pour entraîner la culpabilité.

[581] Recommandation N° R (97) 20 sur le «discours de haine», adoptée par le Comité des Ministres le 30 octobre 1997, lors de la 607è réunion des Délégués des Ministres.

En outre, le Conseil est favorable à la liberté d'expression dans l'hypothèse de l'offense des sensibilités. Le rapport de la Commission de Venise affirme que la liberté d'expression ne devrait pas être davantage restreinte pour répondre à la sensibilité croissante de certains groupes religieux[582]. L'APCE en particulier est d'avis que « *les sanctions pénales ne se justifient pas […] en cas d'insulte au sentiment religieux, et encore moins en cas de blasphème* »[583] et met l'accent « *sur la nécessité de promouvoir le dialogue et d'encourager une éthique de la communication pour les médias et pour les groupes religieux* ». Elle remarque aussi que « *l'éducation, qui peut apporter une meilleure compréhension des convictions d'autrui et une tolérance accrue, doit également être envisagée comme un outil essentiel dans ce domaine* »[584].

b. L'approche de l'Union européenne

L'Union européenne semble être davantage « militante » en faveur de la liberté d'expression. Plus particulièrement, le Parlement de l'Union européenne s'est penché sur les questions de la liberté d'expression et du respect des convictions religieuses suite à « l'affaire des caricatures danoises»[585], en se prononçant en faveur de la liberté d'expression. En l'espèce, les députés européens avaient estimé que « *la liberté d'expression doit toujours s'exercer dans les limites imposées par la loi et coexister avec la responsabilité et le respect des droits de l'Homme, ainsi que des sentiments et des convictions religieux, que ceux-ci soient liés à la religion musulmane, chrétienne, juive ou à toute autre religion* » mais en considérant en même temps que « *la liberté d'expression et l'indépendance de la presse, droits universels, ne sauraient être mises en péril par aucun individu ou groupe s'estimant offensé par des paroles ou des écrits* » tout en exprimant leur solidarité « *avec les journalistes en Jordanie, en Égypte et en Algérie, ont courageusement reproduit et ouvertement commenté les caricatures* »[586].

---

[582] Recueil des législations nationales européennes, en matière de blasphème, insultes religieuses et incitation a la haine religieuse, étude n° 406 / 2006, cdl-fr(2007)003, Strasbourg, 8 mars 2007.

[583] Rapport de la Commission de Venise, précité, §92.

[584] *Ibidem*, p.98.

[585] Voir *supra*, l'introduction de notre thèse, note 35 et texte accompagnant.

[586] PE : Résolution du Parlement européen sur la liberté d'expression et le respect des convictions religieuses, P6_TA(2006)0064, points 4 et 5, jeudi 16 février 2006.

En outre, il semble que les tentatives d'institutionnaliser la diffamation des religions soient entièrement condamnées par l'Union. Dans la déclaration de l'UE auprès du CDH[587], portant sur « les manifestations de la diffamation des religions et en particulier sur les incidences graves de l'islamophobie sur la jouissance de tous les droits, l'Union rappelle clairement qu'elle « *n'acceptera pas que la notion de diffamation des religions soit intégrée dans le cadre relatif aux droits de l'Homme » ;* elle se montre *« convaincue que la notion de "diffamation des religions" n'est pas compatible avec un discours sur les droits de l'Homme et qu'elle n'y a pas sa place »,* en opérant de tracer des lignes plus claires entre racisme, incitation à la haine, discrimination et blasphème, et en regrettant que les propos des Rapporteurs spéciaux se concentrent notamment sur l'islamophobie.

Également dans sa Résolution du 14 janvier 2009, à propos de « *l'évolution du Conseil des droits de l'Homme de l'ONU* », le Parlement européen « *se déclare fortement préoccupé par le fait que le principe de l'universalité des droits de l'Homme soit de plus en plus remis en cause, comme l'illustrent en particulier les tentatives de certains pays d'introduire des limites à des droits humains bien reconnus, tels que la liberté d'expression, ou d'interpréter les droits de l'Homme en fonction d'un contexte culturel, idéologique ou traditionnel ; invite l'Union à rester vigilante vis-à-vis de ces tentatives et à défendre vigoureusement les principes de l'universalité, de l'indivisibilité et de l'interdépendance des droits de l'Homme* »[588]. Dans la proposition de résolution suivante, du 11 novembre 2009[589], le Conseil de l'Union Européenne affirme beaucoup plus explicitement que « *la diffamation des religions n'est pas un concept qui relève des droits de l'Homme* »[590]: en effet, ce rapport serait l'un des rares à distinguer entre l'incitation à la haine et la diffamation religieuse, ainsi qu'à soulever les liens entre cette dernière et les discriminations

---

[587] Intervention de l'Ambassadeur Jean-Baptiste Mattéi, représentant permanent de la France au nom de l'Union européenne, auprès du CDH, 19 septembre 2008, point 9.

[588] PE : Résolution du Parlement européen sur l'évolution du Conseil des droits de l'homme des Nations unies, et notamment le rôle de l'Union (2008/2201(INI)), 14 janvier 2009.

[589] PE : Résolution relative à la liberté de religion ou de conviction, 11 novembre 2009.

[590] Rapport *draft,* contenant les conclusions du Conseil de l'Union Européenne à propos de la liberté de religion ou de conviction, adoptée le 11 novembre 2009 et adressé à COREPER, 15510/09; COHOM 250, PESC 1488 ; COPOL 72, p.3.Voir aussi, à propos, ECLJ&PUPPINCK Grégor(Rapport), « Diffamation des religions », soumis en juin 2008 et actualisé en juin 2010, disponible sur le site du European Centre for Law and Justice (ECLJ), ww.eclj.org/.../ECLJ_French_submission_to_OHCHR_on_Combating_Defamation_diffamation_des_religions_Puppinck.pdf, consulté le 25 octobre 2010, p.11.

subies par les minorités religieuses, dans les États respectifs[591].

3. L'approche hésitante de la Cour européenne

La jurisprudence de la Cour diffère de l'approche du Conseil de l'Europe et de celle de l'Union européenne. Tout d'abord, comme nous l'avons remarqué, la Cour reconnaît un poids important à l'article 9 et reconnaît abondamment le principe de la non-discrimination religieuse et interdit la haine religieuse[592]. Toutefois, il semble aussi, d'après sa jurisprudence, qu'un droit de « ne pas être offensé » peut découler également de la liberté religieuse telle qu'elle est garantie par l'article 9 de la Convention.

a. L'interdiction de la discrimination et du discours de haine religieuse

Le Conseil de l'Europe lutte à l'encontre des discriminations religieuses. Sur le plan institutionnel, l'APCE a adopté de nombreuses recommandations et résolutions concernant l'interdiction des discriminations, et en particulier les discriminations religieuses[593], alors que sur le plan de la Convention européenne des Droits de l'Homme, c'est l'article 14 qui interdit tout type de discrimination, y compris donc la discrimination religieuse. En outre, la Cour, malgré une certaine « obscurité » initiale dans la formulation et l'application de l'article 14[594], a réussi aujourd'hui, grâce à une interprétation très dynamique de la Convention, non seulement à étendre le droit à la non-discrimination, y compris la discrimination religieuse (au sens de l'interdiction des discrimination indirectes et de l'établissement des obligations positives, mais aussi à reconnaître une obligation, pour les États parties à la Convention, d'établir des « exceptions » dans les lois, afin précisément de garantir un traitement différencié.

---

[591] Ainsi que le réclament des organisations pour la liberté d'expression, voir par exemple, la déclaration jointe de Article 19, l'Institut de Caire pour les études en droits de l'Homme(CIHRS), auprès le Conseil des droits de l'Homme, 11 septembre 2008.

[592] Cour eur.dr.Homme: *Kokkinakis c. Grèce*, précité.

[593] Voir par exemple, la Recommandation 1927, 23/6/2010 intitulée «L'islam, l'islamisme et l'islamophobie en Europe», ou la Résolution 1278, 23/04/2002, intitulée «La loi russe sur la religion ».

[594] COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on HumanRights*, 1987, Tome V, p.23 et 243; BOSSUYT Marc, «Article 14 » *in* PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri (dir), *La Convention européenne des droits de l'homme ; commentaire article par article*, Economica, 1999(2è éd.), p.475et s. et DIJK HOOF, *ibidem*, p.711. Aussi, WILDHABER Luzius, « The cultural rights and the case law of the organs of the European Convention of HumanRights » *in* COUNCIL OF EUROPE *Yearbook of the European Convention on HumanRights - 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Budapest, 20-23 September 1995, M. Nijhoff, 1997, p.58.

Plus précisément, l'idée de l'interdiction de la discrimination - et donc de la discrimination fondée sur la religion- a été érigée en principe par la Cour européenne en 2000, dans un arrêt rendu contre la Grèce, l'arrêt *Thlimmenos*[595]. Dans cette affaire en effet, le requérant, M. Thlimmenos, qui était témoin de Jéhovah, avait été condamné à nombreuses reprises par la Grèce pour avoir refusé d'accomplir son service militaire - ce qui le priva de sa nomination à un poste d'expert comptable d'État quelques années plus tard. En l'espèce la Cour, non seulement a considéré qu'il y avait eu violation du principe de non discrimination (article 14 de la Convention), dans le sens qu'il n'y a pas eu de « *traitement différent des personnes dont les situations sont sensiblement différentes* »[596], mais a considéré en outre que l'État défendeur aurait dû introduire des exceptions à la règle générale d'obligation d'accomplissement du service militaire (pour les témoins de Jéhovah par exemple, dont M. Thlimmenos), du fait, justement, des leurs convictions religieuses[597].

La protection de la Convention au droit à la non-discrimination a été plus récemment complétée par la mise en vigueur du Protocole n°12, qui garantit d'une façon générale le principe de non-discrimination[598]. Depuis, de nombreuses décisions de la Cour vont dans le sens de la mise en œuvre du principe de non-discrimination, notamment concernant la mise en œuvre des droits culturels des personnes appartenant, entre autres, à des minorités religieuses[599]. Ensuite, et selon les standards du droit international, la Cour a su affirmer à plusieurs reprises que l'incitation à la haine

---

[595] Cour eur.dr. Homme : *Thlimmenos c. Grèce,* n° de Requête 34369, 6 avril 2000.

[596] *Idem*, §38-44: « *Le droit de jouir des droits garantis par la Convention sans être soumis à discrimination est également transgressé lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes* ». A titre purement indicatif voir, DUBOUT Edouard, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour Européenne des Droits de l'Homme », *RTDH,* n°75, 2008, pp.813-856.

[597] *Id.,* §48 : « *c'est l'État qui, en adoptant la législation pertinente sans introduire les exceptions appropriées à la règle excluant de la profession d'expert-comptable les personnes convaincues d'un crime, a enfreint le droit du requérant de ne pas subir de discrimination dans la jouissance de son droit au regard de l'article 9 de la Convention* ».

[598] Le protocole n°12 a été signé le 4 novembre 2000 et il est déjà en vigueur pour les pays qui l'ont ratifié, parvenant les 10 ratifications requises par l'article 7. Jusqu'à présent, 18 États ont ratifié le Protocole(la liste des États signataires ne comprend pas toutefois la Grèce, la Turquie, la France, la Grande-Bretagne, la Bulgarie, la Pologne). L'état des ratifications est disponible sur le site du Conseil de l'Europe: http://conventions.coe.int/Treaty/FR/v3DefaultFRE.asp, consulté le 26 octobre 2010.

[599] Par exemple, Cour eur. dr. Homme : *Sejdic et Finci c. Bosnia et Herzegovina*[GC], nos 27996/06 et 34836/06, 22 décembre 2009, et voir généralement *infra* Chapitre 7.

religieuse, telle qu'elle est interdite par l'article 4 de la CERD, consiste en un « abus de droit » et est à ce titre exclue de la protection de la Convention[600]. Dans l'affaire *Norwood,* par exemple, concernant la requête d'un activiste d'extrême-droite qui se plaignait pour violation de son droit à la liberté d'expression, la Cour a affirmé que les propos véhiculant la haine religieuse (comme d'ailleurs les propos racistes[601]) ne sont pas couverts par la Convention[602]. A d'autres occasions, la Cour se réfère également à la Recommandation du Comité des Ministres sur le discours de haine, implicitement ou explicitement[603].

b. L'offense à la religion en principe comprise dans l'article 9 de la Convention ?

Reste à savoir quel est le degré de protection assuré aux religions du point de vue *négatif*, c'est-à-dire le degré de protection vis-à-vis des propos offensants[604]. Ici alors, précisément, la question de l'offense suggère, à son tour, d'autres questions : comment définir, et bien, comment démontrer l'offense ? La critique constitue-t-elle une offense ? Et quels critères permettent-ils d'affirmer qu'une certaine forme

---

[600] Voir généralement à ce sujet OETHEIMER Mario « La Cour Européenne des droits de l'Homme face au discours de haine », *RTDH*, n°69, 2007, pp.63-80. Généralement, la Cour pose les limites de la liberté d'expression au discours de haine : *Lehideux et Isorni* c. *France*, 23 septembre 1998, requête no 24662/94, par. 50 à 53. Voir aussi des nombreux arrêts à l'égard la liberté d'expression des kurdes en Turquie, celle qui ont été considérés comme *incitant à la haine*: *Erdogdu et Ince c. Turquie* [GC], nos 25067/94 et 25068/94, CEDH 1999-IV; Sürek c. Turquie (no 1) [GC], no 26682/95, CEDH 1999-IV; *Zana c. Turquie*, 25 novembre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VII.

[601] Comm. eur.dr. Homme: *Glimmerveen* et Hagenbeek *c. Pays-Bas*, nos 8348/78 et 8406/78, décision de la Commission du 11 octobre 1979, DR 18, p. 187 ; Cour eur.dr.Homme: *Jersild* c. *Danemark*, précité, §35 (diffusion de propos racistes contre les noirs), et plus récemment, *Pavel Ivanov c. Russie* (déc.), no 35222/04, CEDH 2007-II: « *La Cour n'a aucun doute quant à la teneur fortement antisémite des opinions du requérant et elle fait sienne la conclusion des tribunaux internes selon laquelle l'intéressé cherchait par ses publications à faire haïr le peuple juif. 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 »*.

[602] Cour eur.dr.Homme: *Norwood c. Royaume-Uni* (déc.), no 23131/03, CEDH 2004-XI. En effet le requérant avait posé une affiche sur la fenêtre de sa maison avec les mots « Islam ouf of Britain », accompagnée d'une photo des « Twin Towers » en flammes ; voir aussi *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A no 45 et *Constantinescu c. Roumanie*, n° 28871/95, § 74, CEDH 2000-VIII.

[603] Voir notamment OETHEIMER Mario, « La Cour Européenne… », *op.cit,* p.65.

[604] Ce qui relève également des questions de tolérance, puisqu'il pourrait, éventuellement, comprendre aussi des propos offensantes émanant des adeptes d'autres religions: voir par exemple, *infra*, l'affaire *Murphy*. Pour de tels cas, la Cour généralement renvoie à l'affaire *Gündüz c. Turquie, no* 35071/97, § 37, 4 décembre 2003, CEDH 2003-*XI*, mais aussi à d'autres, par exemple, *Larissis c. Grèce* : « *le droit d'un individu d'exprimer des convictions religieuses est nécessairement défini et limité par rapport aux droits d'autrui protégés par l'article 9* (*Larissis et autres c. Grèce*, arrêt du 24 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 383, §§ 63-64).

d'expression constitue à une « critique » ou de la « haine religieuse » ?

1) La première affaire relative à la question de l'outrage aux croyances religieuses a été une requête amenée devant la Commission par « *l'Église de Scientologie de la Suède et 128 de ses fidèles* » en 1980[605]. L'Église en question considérait que le fait que la Suède l'ait privée de recours judiciaire à l'encontre d'un professeur de théologie qui avait qualifié la scientologie de « *choléra de la vie spirituelle* », consistait à une violation de l'article 9. A l'époque, la Commission avait clairement identifié les limites de la liberté religieuse, en estimant que la liberté de religion ne comprenait pas le droit d'être à l'abri des critiques, « *à moins que celle-ci n'atteigne une telle violence que cette liberté soit réellement mise vendanger et que les pouvoirs publics le tolèrent* »[606].

2) Deux ans plus tard, en 1982, la Commission a été appelé pour statuer sur une autre affaire (*R. V. Lemond c. Royaume-Uni*), à propos d'un poème considéré comme blasphématoire, publié dans le magazine *Gay News*[607]. Sachant qu'à l'époque, le Royaume-Uni maintenait des lois à l'encontre du blasphème contre la religion chrétienne, la Commission adopta une position différente qu'en l'affaire de l'Église de Scientologie, déclarant la requête irrecevable et confirmant dans sa décision que la question du blasphème tombait sous le coup de l'article 9 de la Convention.

3) En 1990, après l'explosion de la controverse mondiale issue du roman *Les Versets Sataniques* de M. Salman Rushdie[608], la question du blasphème fut posée très intensément au Royaume-Uni. Tout commença lorsque M. Choudhury, résident britannique et musulman, s'est senti offensé par la publication dudit livre et déposa une demande de persécution pénale de Salman Rushdie et de sa maison d'édition *Viking Penguin Co* pour blasphème à l'encontre la religion musulmane. La suite est

---

[605] Cour eur.dr.Homme: *Église de Scientologie et 128 de ses fidèles c. Suède,* n° 8282/78, décision du 14 juillet 1980, D. R. 21, p. 113.

[606] *Id.*, §5.

[607] Comm. eur.dr.Homme: *X. Ltd . et Y. c. Royaume-Uni*, requête n° 8710/79, décision du 7 mai 1982 (à la suite du cas *Whitehouse v. Gay News Ltd & Lemon*, jugée en Angleterre en 1979). La Commission à l'époque avait admis qu'« *une fois admis que les sentiments religieux méritent protection, on peut considérer que la répression pénale du blasphème a la demande de particuliers est une mesure proportionnée au but visé* ». Voir PARMAR Staphanie, « Blasphemy and the Margin of Appreciation », *Cambridge Law Journal,* Vol.56, 1997, pp. 469-471.

[608] Voir l'introduction de notre thèse.

plus ou moins connue : la *High Court of Justice* confirma en 1991 que l'offense de blasphème ne protégeait pas de religion autre que la religion chrétienne[609] et le requérant a poursuivi l'affaire à la Commission européenne des Droits de l'Homme, en se plaignant sous l'angle de l'article 9 de la Convention, puisque la loi anglaise ne l'avait pas protégé contre les offenses à sa religion. Sachant qu'en Angleterre, à l'époque, le crime de blasphème n'était défini qu'à l'encontre du seul christianisme, la Commission a évité de se prononcer sur la légitimité du blasphème, avançant la marge d'appréciation des États en la matière[610].

4) Dans l'affaire *Otto-Preminger-Institut c. Autriche* (1994), la Cour européenne a rejeté un recours introduit par l'Institut Otto-Preminger (situé à Innsbruck, une ville majoritairement catholique), qui a été condamné pour la projection d'un film de Werner Schroeter basé sur le livre « Le Concile d'amour » d'Oskar Panizza. Le livre était écrit lui même en 1894 et son auteur condamné pour blasphème en 1895[611]. La Cour est arrivée à la conclusion d'une violation de l'article 10, votant par 13 voix contre 1 pour la confiscation du film (malgré l'avis de la Commission, plutôt favorable à la requérante[612], et malgré les interventions par *commentaires écrits [amici curiae]* de la part d'organisations internationales pour la liberté d'expression[613]), établissant désormais que « *l'exercice de cette liberté [d'expression] comporte toutefois des devoirs et des responsabilités. Parmi e*
ux, dans le contexte des croyances religieuses, figure l'obligation générale d'assurer à ceux qui professent ces croyances la paisible jouissance du droit garanti par

---

[609] Voir l'initiative « Comité pour le salut de Salman Rushdie et ses éditeurs », constitué des membres de plusieurs ONG tels que PEN, IFEX etc sous les auspices de Article 19, l'organisation internationale pour la protection de la liberté d'expression : (ARTICLE19) BOYLE Kevin, « The International Committee for the defence of Salman Rushdie and his publishers », Londres, 1991.

[610] Comm. eur.dr. Homme : *Choudhury c. Royaume Uni*, requête n° 17439/90, Décision du 5 mars 1991 sur la recevabilité; requête irrecevable *ratione materiae*. Voir la critique de cette affaire dans REHMAN Javaid*, International Human Rights Law*, *op.cit.,* p.210.

[611] Cour eur.dr.Homme: *Otto-Preminger-Institut,* précité, §10, observations de WASCHMANN Patrick, « La religion contre la liberté d'expression… »*, op.cit,* note 48. L'idée de la nouvelle était en effet que « *la syphilis est le châtiment de Dieu pour la fornication et le péché auxquels se laissait aller l'humanité sous la Renaissance, surtout à la cour du pape Borgia Alexandre VI* ».

[612] Comm. eur.dr. Homme : *Otto-Preminger c. Autriche*, n° 13470/87, D.R., 12 avril 1991, n° 69, p. 179 : « *le champ d'appréciation de l'article 10 de la Convention ne se limite pas a l'expression des opinions propres. Quiconque désire communiquer d'autres informations ou idées, quelle qu'en soit la source, peut se fonder sur cette disposition Une entreprise cinématographique également,* désireuse de montrer un film particulier dans le *cadre de son programme, bénéficie donc de la protection de l'article 10* ».

[613] (Article 19) D'SOUZA Frances et COLLIVER Sandra (Article 19) et PLAYFAIR Emma et SCHRIFFIN Nathalia(Interights), auprès de la Cour Européenne pour l'affaire *Otto Preminger c. Autriche*, 14 octobre 1993.

l'article 9, y compris l'obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui, à l'égard des objets de vénération, sont gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices »[614]. La Cour justifia son opinion en considérant en l'espèce « *que de telles représentations peuvent passer pour une violation malveillante de l'esprit de tolérance, qui doit aussi caractériser une société démocratiqu*e »[615]. En ce qui concerne la grande marge d'appréciation des États, elle l'a justifiée à la grande délicatesse des affaires touchant à la morale et à la religion et en l'absence d'un dénominateur commun (« conception uniforme ») dans les États parties à la Convention[616].

L'interdiction du film était alors nécessaire dans une société démocratique, puisqu'« *on peut juger nécessaire, dans certaines sociétés démocratiques, de sanctionner, voire de prévenir, des attaques injurieuses contre des objets de vénération religieuse, pourvu toujours que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée soit proportionnée au but légitime poursuivi* »[617]. Ce syllogisme de la Cour, fort critiquée par la doctrine[618], signifierait alors, non seulement qu'en cas de conflit entre la liberté d'expression et la liberté religieuse, la liberté religieuse prime, mais aussi qu'il incombe aux États une certaine obligation positive de protéger les citoyens croyants de telle ou telle religion de toute offense potentielle : les « *devoirs et responsabilités* » prévues par l'article 10 de la Convention (unique article du texte à s'y référer[619]) sont alors compris comme des

---

[614] Cour eur.dr.Homme: *Otto-Preminger*, précité, note 45, §§ 46, 47 et 49 ; *Murphy*, précité, §65.

[615] *Ibidem*, §47.

[616] *Ibidem*, §50, voir aussi *Müller et autres*, précité, §35 : « *comme pour la "morale", il n'est pas possible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société* ; *semblables conceptions peuvent même varier au sein d'un seul pays. Pour cette raison, il n'est pas possible d'arriver à une définition exhaustive de ce qui constitue une atteinte admissible au droit à la liberté d'expression lorsque celui-ci* s'exerce contre les sentimentsreligieux d'autrui. Dès lors, les autorités nationales doiventdisposer *d'une certaine marge d'appréciation pour déterminer l'existence et l'étendue de la nécessité de pareille ingérence* ».

[617] *Ibidem*, §49.

[618] DIJK Petrus van, VAN HOOF Godefridus (et al.), *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer International, The Hague, 1997, p.550 ; WASCHMANN Patrick, « La religion… » , *op.cit,* note 48 ; RIGAUX François, « La liberté d'expression et ses limites », *RTDH*, 1995, pp. 402-415; Aussi PEYROU-PISTOULEY Sylvie, « L'affaire Otto Preminger Institut et la Liberté d'Expression Vue de Strasbourg: Censure ou Laxisme? », *Revue Française de Droit Administratif*, 1ème année, Vol. 6, 1995, pp. 1189- 1198 ; Mario OETHEIMER, *L'harmonisation de la liberté d'expression…, op.cit*, *supra,* note 191; KTISTAKIS Ioannis, *La protection européenne…, op. cit.* ; TSAKYRAKIS Stavros, *L'art et la religion, op.cit., supra,* note 47, 729.

[619] En effet, la notion des « devoirs et de responsabilités » s'est intégrée dans la Convention sans même être débattue pendant les travaux préparatoires de la Convention, voir COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights*,

« *restrictions* » à la liberté d'expression lorsque les sensibilités religieuses sont en cause[620].

5) Deux ans plus tard, et malgré les critiques que l'affaire *Preminger* avait suscitées, la Cour a réussi à nier encore une fois la violation de l'article 10 dans l'affaire *Wingrove contre Royaume Uni*. L'affaire concernait une bande vidéo de dix-huit minutes sans dialogue (seulement des images et une bande musicale) et visant un public extrêmement spécialisé (voire minime), jugée « blasphématoire » car elle constituait, selon son créateur M. Wingrove, une allégorie des fantasmes de Sainte-Thérèse[621]. En l'espèce, l'Angleterre maintenant toujours à l'époque des lois anti-blasphème, la Cour, par sept votes contre deux, a conclu aisément à l'absence de violation de l'article 10, confirmant la décision du Conseil britannique de classification cinématographique de ne pas octroyer de visa à la vidéo en question.

D'un point de vue méthodologique, il est cependant intéressant de noter que la Cour, après les critiques qu'elle avait subies[622], a centré dans cette dernière affaire son analyse sur l'article 10 et considéré que la liberté d'expression était en conflit avec les « droits d'autrui »[623] et non pas avec la morale, comme elle l'avait fait dans l'affaire

---

1987, Tome V, article 10.

[620] Seuls alors les juges dissidents (opinion dissidente commune à M. Palm, M. Pekkanen et M. Makarczyk) ont remarqué que « *la Convention ne garantit pas explicitement un droit à la protection des sentiments religieux* », que « *plus précisément, semblable droit ne peut être dérivé du droit à la liberté de religion qui, en réalité, inclut un droit d'exprimer des vues critiquant les opinions religieuses d'autrui* » (§6). Ces juges, ont en effet indiqué le critère qui leur a semblé bon pour trancher ce type de conflit, à savoir le fait que l'artiste, ou celui qui diffuse l'œuvre, agit dans les limites d'une certaine « prudence raisonnable », et qu'ils ont donc agi d'une manière responsable: « *le devoir et la responsabilité d'une personne cherchant à user de sa liberté d'expression doit être de limiter, autant que l'on peut raisonnablement attendre d'elle qu'elle la limite, l'offense que sa déclaration peut causer à autrui* » (§7) et « *Contrairement aux peintures de M.* Müller, le film devait être projeté à des spectateurs payants, dans un " cinéma d'art" qui *servait un public* relativement restreint, amateur de filmsexpérimentaux. Il est dès lors peu probable *qu'eussent figuré parmi eux des personnes non spécialement intéressées par le film* (§9) ». *Nous concluons dès lors qu'OPI a agi d'une manière responsable, propre à limiter, autant qu'on pouvait raisonnablement attendre d'elle qu'elle les limitât, les éventuels effets préjudiciables résultant de la projection du film* »(§9).

[621] Cour eur.dr.Homme: *Wingrove,* précité, note 45. Notons que « les extases de Sainte-Thérèse » ont été longtemps une source d'inspiration des artistes, dont l'exemple le plus majestueux serait la sculpture baroque « l'extase de Sainte-Thérèse » de Gian Lorenzo Bernini, située à Chapelle Cornaro de Santa Maria della Vittoria à Rome.

[622] Par exemple, WASCHMANN Patrick, « La religion… sur un arrêt regrettable de la Cour européenne », *op. cit., supra,* note 48.

[623] En l'espèce, la Cour identifie un conflit horizontal entre deux droits de la Convention, sans s'intéresser à justifier la thèse selon laquelle « le droit à la non-offense » est un droit compris par l'article 9. Voir *Wingrove*, précité, §48 : « *La Cour relève d'emblée que, comme l'a souligné l'Office, l'ingérence avait pour but de protéger contre le traitement d'un sujet à caractère religieux d'une manière qui est de nature à choquer (dans le sens de susceptible de, et non de conçue pour*

Preminger – même si, précisément, ce qui était en jeu était plutôt la morale que les droits d'autrui, puisque le film contenait des scènes obscènes[624]. Elle a alors dû « inventer » un *droit,* explicite cette fois ci, *à la non-offense* des croyances religieuses fondé sur la Convention, destinée en principe « *à protéger les personnes dont les sentiments et les convictions les plus profonds en seraient gravement offensés* »[625]. La Cour alors, justifia la marge d'appréciation par le fait que « *les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences par rapport aux droits d'autrui comme sur la 'nécessité' d'une restriction destinée à protéger contre ce genre de publications les personnes dont les sentiments et les convictions les plus profonds en seraient gravement offensés* ».

Il s'agit à nos yeux de l'une des décisions les plus discutables de la Cour, sachant que ce qui était en jeu était le système de *censure* du Royaume-Uni (autorisation préalable)[626]. Or, cette position confirma justement les hésitations de la Cour à sanctionner les États parties à la Convention lorsque des questions délicates sont en

---

choquer) quiconque connaît, apprécie ou fait siennes l'histoire et la morale chrétiennes, en raison de l'élément de mépris, d'injure, d'insulte, de grossièreté ou de ridicule que révèlent le ton, le style et l'esprit caractérisant la présentation du sujet. Voilà indéniablement un but qui correspond à celui de protection des droits d'autrui au sens du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2). *Il cadre aussi parfaitement avec l'objectif de protection de la liberté religieuse offerte par l'article 9* ».

[624] À cet égard, l'opinion concordante de M. Petiti est ambiguë, puisque d'un côté, il est d'accord à ce que ce qui était en question était les droits d'autrui (« *La Cour a eu tout à fait raison d'axer sa décision sur la protection des droits d'autrui par application de l'article 10 ...)* , mais de l'autre côté admet l'existence du facteur de l'obscenité (voir, d'après le Juge, de la pornographie) : « ... *mais elle pouvait, à mon sens, adopter une motivation plus large et davantage inspirée par le souci de protéger la liberté d'expression dans le contexte des croyances religieuses ou dans un autre* », tout en mettant l'accent sur « les conséquences sociales néfastes de la diffusion, par millions d'exemplaires, de vidéos obscènes ou pornographiques échappant pour la diffusion dans le public à un contrôle minimum des signes d'identification ».

[625] *Ibidem*, § 58, voir les observations de LARRALDE Jean Manuel, « La liberté d'expression et le blasphème », *RTDH*, 1997, pp.725-732 notamment sur les méthodes de pondération des deux libertés par les juges.

[626] Nous serions alors tout à fait d'accord avec M. le Juge Meyer qui constate, dans son opinion dissidente qu' « *il s'agit en l'espèce d'une restriction préalable pure et simple, forme d'ingérence […] inadmissible dans le domaine de la liberté d'expression ». Nous serions aussi entièreent d'accord avec M.le Juge Lohmus, qui considère que l'application discriminatoire du blasphème « qui ne protège que les adeptes de la religion chrétienne et, plus particulièrement, ceux de l'Église établie d'Angleterre (paragraphe 28 de l'arrêt)* »… « *soulève la question de savoir si l'ingérence était nécessaire dans une société démocratique » et qui conteste ma méthode de la marge d'appréciation lorsque des conceptions uniformes ne peuvent pas être dégagées (« les pays européens n'ont pas une conception uniforme des exigences afférentes à l'a protection des droits* d'autrui" s'agissant des attaques contre des convictions *religieuses"[…] La Cour opère des distinctions au sein de l'article 10 lorsqu'elle applique sa doctrine sur la marge d'appréciation des* États. Pour certaines affaires, la marge laissée est vaste, pour *d'autres, plus réduite. On voit mal toutefois sur quels principes se détermine l'ampleur de cette marge d'appréciation* »).

cause, et ceci, par peur de faire ingérence dans les affaires nationales[627].

6) Dans l'affaire *Murphy c. Irlande* (2003), la Cour a également eu l'occasion de se prononcer en matière de réglementation de la diffusion des annonces à caractère religieux[628] . En l'espèce, le Centre irlandais de la Foi avait soumis une annonce à une une station de radio « indépendante, locale et privée », concernant la projection d'une vidéo traitant de « *faits historiques sur le Christ* » et de « *preuves de la résurrection* » en vue de sa diffusion. Or, le Ministère irlandais ayant choisi comme « *seule politique viable* » en Irlande de n'autoriser la diffusion d'aucune annonce à caractère religieux, il s'opposa à la diffusion de l'annonce. Le requérant alors, (pasteur, attaché au Centre irlandais de la foi), après avoir épuisé les recours internes, déposa une plainte auprès de la Cour européenne.

Cette dernière, tenant compte de la situation extrêmement délicate en matière de religion en Irlande (ce qui suggère que, dans le cas traité, les adeptes d'autres religions auraient pu trouver ces propos offensants et que des violences auraient pu avoir lieu), a estimé à l'unanimité qu'en l'espèce, il n'y avait eu aucune violation de la liberté religieuse. Elle estima en particulier, en se fondant alors sur l'arrêt *Otto-Preminger*, et l'inévitable relativité de la notion d'offense des sensibilités[629], qu'un message « *qui n'est à première vue pas offensant, puisse, dans certaines conditions, se révéler tel* » et que « *la question qui se pose à elle est donc de savoir si une interdiction d'un certain type (annonce) d'expression (religieuse) par un média donné (l'audiovisuel) est justifiée dans les circonstances particulières de l'affaire* »[630] . Elle conclut alors, encore une fois, que les États ont une grande marge d'appréciation lorsque des questions touchant à la religion sont en cause, pour lesquelles « *il ne se dégage apparemment pas de consensus clair entre les États contractants sur la*

---

[627] Voir l'opinion concordante de M. Benhardt qui commence par disant qu'il n'y a pas eu de nécessité d'interdire le film : « *Personnellement, je ne suis pas convaincu de la nécessité d'interdire le film vidéo Visions of Ecstasy en lui refusant le visa d'exploitation, et cette conviction se fonde, notamment, sur mes impressions lorsque j'ai vu le film. Cependant, il est dans la nature de la marge nationale d'appréciation qu'en présence d'opinions différentes, le juge international n'intervienne que si la décision interne n'a pas de justification raisonnable* ».

[628] Cour eur.dr.Homme: *Murphy c. Irlande,* n° 44179/98, CEDH 2003-IX.

[629] *Id.*, §67 : « En rappelant que « *ce qui est de nature à offenser gravement des personnes d'une certaine croyance religieuse varie fort dans le temps et dans l'espace, spécialement à notre époque caractérisée par une multiplicité croissante de croyances et de confessions* ».

[630] *Id.,* §72.

manière »[631].

7) En l'affaire *İ. A. c. Turquie* (2005) concernant la publication d'un roman qui abordait des questions philosophiques et théologiques[632], la Cour est retournée à la jurisprudence des affaires *Otto Preminger* et *Wingrove*, afin de remarquer encore une fois, que les responsabilités accompagnant la liberté d'expression comprennent l'obligation d'éviter les expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices[633].

Nous revenons ultérieurement dans la thèse sur les critiques qui pourraient être dégagées à partir de la jurisprudence de la Cour européenne, en ciblant les méthodes de résolution par la Cour du conflit entre la liberté d'expression artistique et la religion, en particulier. Nous mettons néanmoins l'accent sur le fait que la Haute Juridiction est très prudente dans la formulation de cette jurisprudence, sans mettre en cause tous les types de critiques ou d'« offenses », mais uniquement ces offenses qui sont « *gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices*[634]. Nous nous expliquerons dans les chapitres suivantes des approches récentes et qui font preuve d'un plus grand libéralisme en la matière[635]: il suffirait de dire pour l'instant que la Cour européenne, en principe, n'exclue pas la diffamation religieuse des restrictions légitimes à la liberté d'expression, à la base des droits d'autrui.

B. Le blasphème en droit international

L'offense des religions pourrait-elle être conforme aux standards internationaux? A priori, la réponse devrait être négative car aucune des trois notions (blasphème, offense des religions, diffamation religieuse) n'est explicitement mentionnée dans un

---

[631] *Id.,* §81.

[632] Cour eur.dr.Homme: *İ.A. c. Turquie*, requête n° 42571/98, 13 décembre 2005.

[633] *Id.*, § 24.

[634] *Otto-Preminger,* §49 ; *Murphy,* précité, §65, *İ.A. c. Turquie*, précité, §24 ; mais aussi, généralement celle ci est la position de la Cour dans d'autres affaires concernant des cas de diffamation, voir *Ormanni c. Italie*, n 30278/04, 17 juillet 2007: « *contenant une certaine dose de provocation, l'article du requérant ne saurait s'analyser en une attaque personnelle gratuite à l'encontre de M. S* »; *Kwiecień c. Pologne*, n° 51744/99, § 54, 9 janvier 2007. Voir l'approche évolutive de la Cour, *infra,* Chapitre 6.

[635] Voir *infra*, note 1740 et s.

instrument international ou régional. Toutefois, la notion de « diffamation des religions » a émergé ces dernières années au sein des Nations Unies.

1. Les standards du droit international

Le blasphème n'est pas inclus dans les standards définis pas le CERD et par le PIDCP. Toutefois, aucun consensus ne peut être dégagé des législations nationales quant à son interdiction.

a. La non-discrimination et l'interdiction du discours de haine religieuse

Les standards du droit international ne prévoient rien sur le blasphème. Les dispositions des articles 19 §3 et 20 §2 du PIDCP interdisent uniquement la *haine* – entre autres – religieuse, et l'article 4 §1 de la CERD interdit la discrimination fondée sur la religion (ou la race, etc[636]).

Ces standards sont constamment rappelés par les organes internationaux. Ainsi, dans son Observation générale n°15 en 1993, à propos des violences organisées fondées sur l'origine ethnique, le Comité de la CERD a souligné que « *l'interdiction de la diffusion de toute idée fondée sur la supériorité ou la haine raciale est compatible avec le droit à la liberté d'opinion et d'expression* »[637]. Par ailleurs, le Comité, dans l'affaire des *Communautés juives de Norvège*, a remarqué que « *le principe de la liberté d'expression a bénéficié d'un faible niveau de protection dans les affaires de propos racistes et haineux examinées par d'autres organes internationaux* » (en se référant aux affaires *Lehideux et Isorni c. France* et *Jersild c. Danemark* de la Cour européenne) et que « *donner au droit à la liberté d'expression un rôle plus limité dans le contexte de l'article 4 [de la CERD] ne prive donc pas cette clause de sens et ce d'autant moins que tous les instruments internationaux qui garantissent la liberté d'expression prévoient l'éventualité d'en limiter l'exercice dans certaines*

[636] L'interdiction du révisionnisme est l'exemple le plus clair, voir ComitéDH(jurisprudence): *Faurisson c. France*, Communication n° 550/1993, CCPR/*C*/58/D/*550/1993,* 8 novembre 1996, concernant la condamnation de Faurisson en vertu de la loi française *Gayssot (*Loi 90-615, du 13 juillet 1990), conformément à laquelle commet une infraction pénale quiconque conteste l'existence d'un ou de plusieurs crimes contre l'humanité, tel que les définit l'article 6 du Statut du Tribunal militaire international.

[637] OG n°15 du Comité CERD à propos de l'interprétation de l'article 4 de la CERD et ses liens avec l'article 20, 23 mars 1993, paragraphe 4.

circonstances »[638].

A l'instar du CERD, le Comité des Droits de l'Homme (Comité DH) a également, à plusieurs reprises, jugé que l'interdiction de l'appel à la haine religieuse est compatible avec le PIDCP. Par exemple, dans l'affaire *JR. T. et W.G. Party contre Canada*, où l'article 20 était directement invoqué, le Comité a considéré la plainte non admissible au vu des obligations du Canada comprises sous l'article 20 du PIDCP[639]. De même, dans l'affaire *Ross contre Canada,* le Comité a jugé à l'unanimité que le Canada n'avait pas violé ses obligations internationales découlant du Pacte, lorsque le professeur canadien Malcolm Ross avait été muté à un poste sans vocation pédagogique parce que ses écrits et ses déclarations avaient créé dans son établissement un climat malsain pour les élèves juifs (le professeur distribuait, entre autres, des pamphlets au contenu offensant pour la religion juive). En l'espèce, M. Ross avait allégué une violation découlant des articles 18 et 19 du Pacte, alors que le Comité, mettant en balance la liberté d'expression et les « *droits d'autrui* », a conclu que le droit d'autrui (qui correspondaient en l'espèce à la Communauté entière) à « *être protégés à l'encontre la haine religieuse* » était d'un poids plus important[640].

Par ailleurs, dans son Observation générale n°22, le Comité DH avait même reconnu le rôle négatif des législations sur le blasphème à l'égard des minorités religieuses, et avait demandé de ce fait aux États parties d'inclure dans leurs rapports des renseignements sur les pratiques qui selon leur législation et leur jurisprudence sont blasphématoires, souhaitant « *être informé des mesures prises par les États parties*

---

[638] CERD(jurisprudence): *Communautés juives d'Oslo,* Communication n° 30/2003, CERD/C/67/DR/30/2003, point 10§5. En l'espèce, des groupes nazis violents de Norvège avaient été permis d'organiser un défilé en mémoire du dirigeant nazi Rudolph Hess, accompagné d'un discours raciste; les communautés juives d'Oslo alors ont réagi, considérant que la loi norvégienne ne les protégeait pas contre la diffusion de propagande antisémite et raciste (point 7§3). En revanche, l'État défendeur considéra que la Recommandation générale no 15 du Comité devrait être interprétée comme reconnaissant que l'application de l'article 4 exige que l'on trouve un équilibre entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre la discrimination raciale (point 8§2).

[639] ComitéDH(jurisprudence): *J.R.T. & the W.G. Party c. Canada*, Communication n°104/1981, CCPRJC/OP/2/1983, 6 avril 1983, §8b, concernant le parti politique « W. G. » qui a voulu attirer des membres et de promouvoir sa politique par le biais des messages racistes envers les juifs (les messages étaient enregistrés sur une bande magnétique et pouvaient être écoutés en composant un numéro téléphoniques), destinés à prévenir les électeurs potentiels des «*dangers de la finance internationale et Juive, leader mondial dans les guerres, le chômage, l'inflation et l'effondrement des valeurs et des principes du monde* ». Voir BACIRCIOGLU, « Freedom of expression and hate speech », *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol 1 n°16, 2008-2009.

[640] ComitéDH(jurisprudence): *Malcolm Ross c. Canad*a, Communication n° 736/1997, CCPR/C/70/D/736/1997, 26 octobre 2000.

concernés pour protéger la pratique de toutes les religions ou convictions contre toute atteinte, et pour protéger leurs adeptes contre la discrimination »[641]. Dans le même esprit, le Rapporteur spécial sur la Tolérance religieuse, à la suite de son voyage au Pakistan en 1995, avait observé que le blasphème devrait être réprimé uniquement en cas d'abus ou d'utilisation à l'encontre des minorités religieuses : « *Blasphemy as an offense against belief may be subject to special legislation. However, such legislation should not be discriminatory and should not give rise to abuse. Nor should it be so vague to jeopardize human rights especially those of minorities* »[642]. La nécessité de respecter les standards du droit international qui excluent le blasphème et la diffamation des religions a été également soulignée par d'autres textes de *soft law,* comme par exemple les Principes de Camden sur la liberté d'expression, adoptés à la suite de deux rencontres d'experts internationaux à Londres, en 2008 et 2009[643].

Toutefois, le Comité ne s'est jamais explicitement dit contraire à l'idée du blasphème. Lors des deux occasions qu'il a eu de le faire (l'examen du rapport périodique de 1991 du Soudan, seul État jusqu'à présent examiné sur le sujet par le Comité[644], et l'examen de l'Iran en 1994), a préféré rester muet. Entretemps, il a maintenu sa position à propos de Salman Rushdie et de ses *Versets Sataniques* blasphématoires[645].

a. L'approche des États extrêmement contrastée

L'approche des États sur le plan mondial est extrêmement contrastée, allant de la pénalisation du « blasphème » par la peine de mort et jusqu'à primauté quasi-absolue

---

641 ComitéDH(jurisprudence): OG n°22, précitée, CCPR/C/21/Rev.1/Add.4., §9.

642 E/CN.4/1996/95.

643 Principes de Camden, §12, adoptés à Londres en avril 2009, à l'initiative de Article19.

644 Lors de l'examen du Soudan certains membres du Comité ont voulu savoir si l'apostasie était considérée compatible à l'article 18 du PIDCP. Alors que le représentant soudanais a maintenu la position des États Islamiques sur la pénalisation du délit de l'apostasie par la peine de mort, le Comité ne s'est pas positionnéeet seuls les trois représentants musulmans du Comité ont écrit un rapport à propos de compatibilité entre l'Islam et les droits de l'HommeM. Bouziri cite la réponse du représentant soudanais : « *Le délit de l'apostasie est paisible par la peine de mort[…] Les personnes commettant l'apostasie sont donc un danger pour le tissu social et peuvent être comparés à des traitres à des pays où la législation est différente* » : ComitéDH(Rapport)1991 (A 46/40), §138 et p.125, §501 (Soudan). TAYLOR p.50 et s. ; BOUZIRI *op.cit.* Voir aussi le code soudanais à propos de l'apostasie : UN DOC E/CN.4/1993/62 (1993) , p.89, §55.

645 ComitéDH(Rapport) 1994 A/48/40, p.49, §217 (République Islamique de l'Iran) ; ComitéDH(Rapport) 1994 A/48/40, p.53, §236 ; Observations finales *Ibid*, p.57, §236.

de la liberté d'expression. Toutefois, la majorité des législations des États du monde contiennent des lois qui interdisent le blasphème – ou l'outrage aux religions – sur le plan du droit positif. Il est alors impossible de présumer de l'existence d'un « consensus » international concernant la nécessité de supprimer en droit la notion de blasphème.

Dans les États à majorité musulmane, une sorte d'obligation générale existe, pour les citoyens, de ne pas s'exprimer de façon à contrarier la *Charia* : par exemple à Bahreïn, au Maroc, aux Maldives, au Koweït, en Malaisie, en Égypte, à Qatar[646]. Dans le cas extrême des États islamiques, le blasphème est puni de la peine de mort. La Constitution pakistanaise, notamment, qui fait référence à « *la gloire de l'Islam* », prévoit aussi que « *la liberté d'expression est libre et […] assujettie tout de même à des restrictions raisonnables imposées par la loi dans l'intérêt général de la gloire de l'Islam* »[647].

Le code pénal pakistanais, en particulier, contient un chapitre intitulé « Offenses relatives à la religion » et qui, entre autres, punit le blasphème de la peine de mort, alors que l'insulte du Coran est passible d'un emprisonnement à vie (295a). Les autres dispositions, extrêmement détaillées, font état des punitions d'autres injures contre l'Islam ; de la diffamation de personnages religieux, des lieux saints etc. (298b). Par ailleurs, d'après la loi pakistanaise, les hérétiques encourent des peines graves (298c)[648].

---

[646] Article 22 de la Constitution de Bahreïn ; article 39 de la Constitution marocaine ; article 22 de la Loi de la Presse de Maldives ; article 11 de l'Ordonnance 06-03 de la loi Algérienne de la Presse ; l'article 98f du Code pénal égyptien ; l'article 11/2004 du Code pénal du Qatar, cités par TEMPERMAN Jeroen, « Blasphemy, Defamation of Religion…», *op.cit.,* p. 522.

[647] Article 19 de la Constitution Pakistanaise, cité par JILANI Hina, « Les droits de la personne et le développement démocratique au Pakistan », Janvier 1998, disponible sur le site http://www.dd-rd.ca, consulté le 26 octobre 2010.

[648] SIDDIQUE Osama, « Unholy speech and Holy Laws, Blasphemy Laws in Pakistan », *Minnesota Journal of International Law,* n°17, 2008, p.303- 385 ; HAYAT Zahra « Apostasy and Blasphemy in Pakistan », *Connecticut Journal of International Law,* Vol 10, 1996, p.27-68 ; RABBANI Raza « Recommendations of the Human Rights Commission of Pakistan (HRCP) on Constitutional Reform », Rapport de Human Rights Commission of Pakistan, disponible sur http://www.hrcp-web.org/consultations.html. Voir aussi la « *Déclaration sur l'abus de la Loi sur le blasphème et la sécurité des minorités religieuses au Pakistan* » adoptée par le Comité Central du Conseil de l'Europe à Genève le 1er septembre 2009 (notamment page 105ss). En effet, les dispositions concernant le blasphème dans le code pénal pakistanais fussent originellement introduites en 1860 par les Britanniques, dans l'Inde alors indivise (auxquelles s'ajoutent les ordonnances, les *hadad*, une catégorie de sanctions légales, la flagellation et la lapidation inclues, pour des actes déclarés incompatibles avec la loi islamique). En 1927, le paragraphe 295 a été ajouté pour traiter les « actes délibérés et malveillants avec l'intention d'outrager les sentiments religieux d'un groupe quelconque en insultant sa religion ou sa croyance religieuse ». Ce paragraphe a été amendé

Si la loi exige, pour établir la culpabilité de ces crimes, l'existence d'une *intention*, qui doit être à la fois « malveillante et délibérée », elle a néanmoins été appliquée à plusieurs reprises, comme nous l'indiquent plusieurs documents de l'ONU et des organisations internationales[649].

---

pendant le régime militaire de Zia (1977-1988). Cinq nouvelles clauses ont alors été ajoutées pour « radicaliser » celles déjà existantes dont une (295c) qui punit le blasphème du nom du Prophète par la peine de mort. La déclaration du Conseil de l'Europe sur le Pakistan explique ainsi l'insertion des nouvelles clauses: « *Après la fondation du Pakistan en 1947 et pendant 40 ans, la Loi sur le blasphème alors en existence a été jugée adéquate; durant cette période, aucun gouvernement n'a éprouvé le besoin de la modifier, jusqu'au moment où le général Zia Ul Haq introduisit un certain nombre d'amendements au Code pénal, à l'instigation des partis islamiques du pays. Les changements d'orientation des politiques de l'État, introduits par le général Zia Ul Haq, ouvrirent la voie à l'intolérance en invoquant le blasphème. Depuis lors, les chrétiens minoritaires au Pakistan ont subi de manière croissante des humiliations et des persécutions en raison d'allégations mensongères en vertu de la Loi sur le blasphème* ».
Nous disposons ci-contre le texte de la loi tel qu'il est cité par Osama Siddique et Zahra Hayat, p.310s.:
- 295B: Profanation d'une copie du Saint Coran. « *Celui qui défile, dégrade ou profane un exemplaire du Coran ou un extrait quelconque ou celui qui l'utilise de quelque manière péjorative ou à des fins illégales, est passible d'emprisonnement à vie* ».
- 295C: Utilisation des remarques désobligeantes etc. l'égard du Saint Prophète. « *Celui qui par des* mots, par l'oral ou à l'écrit ou par une représentation visuelle, ou par tout autre imputation, ou directement *ou indirectement souille le nom sacré du Saint Prophète Mohammed sera puni de mort ou l'emprisonnement à vie, et sera également passible d'une amende* ».
- 298A: Utilisation de remarques désobligeantes, etc., à l'égard de personnages saints. « *Celui qui par des mots, soit à l'oral ou à l'écrit, ou par une représentation visuelle, ou par tout autre imputation, innuendo ou insinuation, directement ou indirectement defile le nom sacré de toute femme (Ummul Mumineen), ou des membres de la famille (Ahle-bait) du Saint Prophète* » (BP sur lui), ou l'un des califes justes (khulafa-e-Rashideen) ou de ses compagnons (Sahaaba) de la description Saint Prophète pour une durée pouvant aller jusqu'à trois ans ou une amende, ou les deux.
- 298B: Détournement d'épithètes, des descriptions et des titres, etc réservée à certains personnages ou lieux saints. « *1. Toute personne du groupe Qadiani ou des Lahoris (qui s'appellent eux-mêmes Ahmadis ou par tout autre nom) qui, par paroles, soit parlée ou écrite ou par une représentation visible:*
a) fait référence ou s'adresse à toute personne, autre qu'un calife ou d'un compagnon du Prophète Mohammad, comme «Ameerul Momneen », «Khalifat-ul-Momneen », «Khalifat-ul-Muslimeen », «Compagnon » ou «Allah Anho Razi ».
a. fait référence à ou s'adresse à toute personne autre que l'épouse de Mohammed Saint Prophète, comme Ummul-Mumineen;
b. fait référence à, ou s'adresse à toute personne, autre qu'un membre de la famille (Ahle-Bait) de Mahomet Saint- Prophète, comme Ahle-Bait, ou
c. fait référence à, ou s'adresse à toute personne, autre qu'un membre de la famille (Ahle-Bait) deMahomet Saint- Prophète comme Ahle-Bait, ou
d. *fait référence à, à des noms ou à des appellations, ou à des lieux de culte comme Masjid, sera puni d'un emprisonnement ou autre description pour une durée pouvant aller jusqu'à trois ans, et est également passible d'une amende[...]*
- 298C: Les personnes du groupe Qadiani, etc., se disant musulman ou faisant de la prédication ou la propager de leur foi. « *Toute personne du groupe Qadiani ou des Lahoris (qui s'appellent eux-mêmes Ahmadis ou tout autre nom), qui directement ou indirectement, elle-même possède en tant que musulman[...] se réfère à sa foi en l'islam, ou prêche ou propage sa foi , ou invite les autres à accepter sa foi, par des mots, soit parlé ou écrit, ou par une représentation visible ou de toute autre manière que ce soit des outrages aux sentiments religieux des musulmans, sera puni d'un emprisonnement pour une durée qui peut aller jusqu'à trois ans est également passible d'une amende* ».

[649] Voir les rapports de la Commission des droits de l'Homme de Pakistan, disponible sur *www.hrcp-web.org* et de la Commission des droits de l'Homme en Asie, disponibles sur http://pakistan.ahrchk.net/, consultés le 26 octobre 2010.

En Arabie Saoudite[650], au Yémen[651], à Oman[652], en Afghanistan et en Iran la situation est similaire. Ce dernier cas tout en particulier mérite notre attention puisque, depuis la révolution de 1981, il n'y a sur le plan juridique interne aucune cohésion entre la constitution iranienne et la loi internationale. L'article 4 de la Constitution iranienne prévoit que toutes les lois et règlements doivent être fondées sur des « *critères islamiques* » et que ce principe s'applique de manière absolue et générale à tous les articles de la Constitution, à toutes les autres lois et réglementations, dont les sages du Conseil et les juges sont les gardiens[653]. De plus, la loi iranienne mélange apostasie (*irtidad*) et blasphème (*sabb*), l'article 26 du Code de la Presse iranien disposant que : « *Celui qui insulte l'Islam et ses choses sacrées et son offense s'elève à l'apostasie, devrait être puni comme un apostate, assujetti au Code pénal iranien »*[654].

La législation sur le blasphème n'est cependant pas un privilège des États islamiques. En effet, un grand nombre d'États libéraux, voire laïques, maintiennent également des lois sur le blasphème, même si elles sont parfois inusitées. L'article 18 du PIDCP étant muet à ce sujet, les représentants des États parties ont parfois suggéré la compatibilité de la pénalisation du blasphème avec l'article 19 §3 du PIDCP ; c'est le cas de Trinité et Tobago en 1998[655] et de l'Algérie en 1992[656]. Lors de l'examen d'un rapport périodique en 1989, concernant la discussion sur l'abolition des lois anti-blasphème en Nouvelle Zélande, le Comité des Droits de l'Homme a évité de donner plus de précisions sur le sujet[657]. Certains États, comme le Finlande, ont considéré que les athées ont une obligation de s'abstenir de blasphémer[658], alors que d'autres, comme l'Angleterre jusqu'en 2008, ont considéré que le blasphème n'existait qu'à

---

650 En Arabie Saoudite, il y a eu des nombreuses exécutions pour blasphème, parmi lesquelles au moins une de mineurs (voir l'Index de *Amnistie Internationale*, document ACT 50/05/95 ; information citée également dans la communication présentée par *Les Avocats des droits de l'Homme* à ECOSOC, E/CN.4/2000/NGO/110, 17 février 2000.

651 Article 103 de la Loi de la Presse er des Publications, 25/1990.

652 Article 29 du Code Pénal du Oman (décret 7/1974).

653 Rapport de Article 19, *op. cit.*, p.10. Les « critères islamiques » étant une notion ouverte à l'interprétation jurisprudentielle, la Constitution est en soi est moins problématique que la jurisprudence.

654 « Current application of traditional rules on blasphemy » *in* HASHEMI Kamran, *Religious legal traditions…*, *op.cit.,* p.58.

655 ComitéDH(Rapport), A/43/40, 1998, p.19, §7; CCPR/C/37/Add.7(Trinité et Tobago).

656 *Ibidem,* p.82, §273 ; CCPR/C/62/Add.1(Algérie).

657 ComitéDH(Rapport) CCPR/C/37/Add.8 (Nouvelle Zélande).

658 ComitéDH (Rapport), A/41/40 (1986), p.46, §211, CCPR/C.32/Add.7 (Finlande).

l'encontre de la religion d'État[659]. Par ailleurs, nous avons vu qu'un nombre important d'États membres du Conseil de l'Europe (Autriche, Danemark, Finlande, Grèce, Italie, Liechtenstein, Pays-Bas, Saint-Marin) ont des lois allant à l'encontre du blasphème[660]. Des lois similaires, qui prohibent le dénigrement des religions, peuvent être repérées aussi dans certains États qui sont – ou qui tendent à devenir – « multiculturels », comme par exemple le Canada[661], l'Australie ou la Nouvelle Zélande, ainsi que certains États asiatiques comme Singapour[662].

A notre connaissance, les États–Unis sont le seul cas d'État où la liberté d'expression jouit d'une primauté quasi-absolue vis-à-vis de la religion. Aux États–Unis en effet, la religion s'est officiellement séparée de l'État à la fin du XVIIIe siècle et les lois sur le blasphème ont été abandonnées entre le XIXe et le XXe siècles et le principe de la laïcité est rapidement devenu une conviction fondamentale pour les Américains du XIXe siècle, étant assurée par le Premier Amendement qui garantit la liberté religieuse au même titre que la liberté d'expression sans aucune restriction[663]. Par

---

[659] ComitéDH (Rapport) A/46/40 (1991), p.108, §401. Voir aussi ComitéDH (Rapport) A/55/40 Vol. I, p.56, §310 CCPR/C/95/Add.10 et CCPR./C/UKCD/99/5(Rapport périodique du Royaume-Uni en 2000).

[660]Pour une analyse comparative (Belgique, Royaume Uni, Danemark ; France, Allemagne, États-Unis, Italie, Pays-Bas) voir les commentaires écrits (*amicus curiae*) par ARTICLE 19(Centre international contre la censure), et Interights (Centre international pour la protection juridique des droits de l'Homme), D'SOUZA Frances et COLLIVER Sandra (Article 19) et PLAYFAIR Emma et SCHRIFFIN Nathalia(Interights), voir *supra,* note 613 ; aussi TEMPERMAN Jeroen, « Blasphemy, Defamation of Religion…, *op.cit.*, p. 524.

[661] Voir *infra,* Chapitre 5.

[662] ZEWEI Zhong, « Racial and religious hate speech in Singapore: management, democracy, and the victim's perspective », *Singapore Law Review*, Vol.27, 2009, p.20. Voir aussi, DANCHIN Peter, « Defaming Muhammad: dignity, harm, and incitement to religious hatred *», Duke forum for law & social change*, Vol.2, p.11.

[663] En effet, la liberté religieuse et la laïcité n'ont été que progressivement instaurées comme des valeurs fondamentales des États Unis, sachant que la persécution des croyances autres que le catholicisme étant très fréquente dans les anciennes colonies (par exemple, la liberté religieuse a été appliquée comme un principe gouvernemental dans l'institution de l'État de Maryland ; le décret sur la liberté religieuse de Maryland de 1649 (le *Maryland Toleration Act*), dispensait que personne ne devrait être poursuivi ou embêté du fait de ses croyances religieuses. « Maryland ; colonial to early republic » *in* COOKSON Catharine(ed), *Encyclopedia of Religious Freedom,* Londres, Routledge, Coll.Religion and Society, 2003, p. 265. En effet, l'indépendance des États-Unis est survenue dans une époque où la religion importait peu, pour les milliers d'immigrants qui, chacun avec ses bagages, ses considérations, sa langue et sa religion, sont venus du monde entier chercher un meilleur sort dans le rêve américain. Le fait de l'immigration, accompagné par l'évolution du commerce et de l'économie libérale, n'ont permis, ni de maintenir une religion officielle étatique, ni de donner une place prépondérante à l'Église ; le libéralisme prenant le pas, par le biais du dogme de « laissez-faire/laissez-passer », la religion n'était pas forcement la première préoccupation des entrepreneurs.« People were coming to America in search for Gold, not God. This commitment to commerce and trade was a clear sign of sécularisation and was reflected in the decline in Church attendance during the eighteenth century ». Voir DOLAN Jay « From coercion to perusasion dans LEE Francis (éd), *All Imaginable Liberty: The Religious Liberty Clauses and the First Amendment,* University Press of America, Maryland& London, 1995, p.23.ANDERSON Jeff « The séparation of Church and the state » *in* COOKSON Catharine (éd), *Encyclopedia of Religious… , op.cit,* pp. 14-

ailleurs, aux États-Unis, il n'y a aucune loi sur le blasphème : la Cour suprême annule toute loi de ce type, de crainte que des censeurs bien intentionnés soient eux aussi tentés de favoriser une religion par rapport à une autre, et parce que « ce n'est pas l'affaire du gouvernement »[664].

2. L'émergence de la notion de « diffamation des religions » au sein des Nations Unies

Le CDH et les Rapporteurs spéciaux semblent avoir au cours des dernières années tenu une position relativement favorable à la pénalisation du blasphème. Il est d'ailleurs remarquable que, alors que les instruments distinguent nettement la diffamation des religions de l'incitation à la haine religieuse, sur le plan du CDH il n'y a aucune distinction claire entre ces deux notions[665].

a. L'introduction de la notion de la diffamation des religions dans le langage onusien

La notion de la diffamation des religions a été introduite au Conseil des Droits de l'Homme par le Pakistan en 1999[666]. Depuis, et pratiquement chaque année, tantôt l'Assemblée générale[667] tantôt le Conseil, adoptent des résolutions en invitant les États à offrir à leurs citoyens « *une protection adéquate contre toutes les violations*

---

17. En effet, le Premier Amendement a été rédigée principalement par Thomas Jefferson (un des principaus « founding fathers » des états Unies et premier président de 1801 à 1809) : « *Le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre* ». Il fait partie du fameux Bill of Rights américain (les dix premiers amendements à la Constitution de 1774), qui a été introduit par James Madison en 1798, autre « founding father » des États-Unis, et du Bill of Rights. En outre, Thomas Jefferson, un des co-auteurs principaux de la Déclaration américaine de 1774, aurait rédigé aussi en 1777 qui, transposé dans la loi de l'État de Virginie en 1786, fut, avec le premier amendent, le premier texte américain à instaurer la liberté de conscience (Virginia Statute for Religious Freedom) ; voir LERI Thomas, « Virginia Statute for Religious Freedom » *in* COOKSON Catharine (éd), *Encyclopedia of Religious…* , *op.cit,* p. 505. La religion fut considérée désormais une affaire individuelle.

[664] *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U.S. 495* (1952). Voir notamment notre chapitre suivant sur la résolution du conflit entre l'art et la religion aux États-Unis et aussi CALLAMARD Agnès(directrice de Article 19), « A-t-on le droit de tout dire ? », *Le monde diplomatique*, avril 2007. Voir analytiquement, *infra,* Chapitre 5.

[665] Par exemple, la résolution 4/9 du CDH de 2006: « *{Le Conseil} engage de même instamment les États, dans le cadre de leurs systèmes juridiques et constitutionnels propres, à offrir une protection adéquate contre les actes de haine, de discrimination, d'intimidation et de coercition résultant de la diffamation des religions…*».

[666] ESOSOC: Communication à propos des Droits de l'Homme, Projet de Resolution à propos du racisme, de la discrimination raciale, de la xénophobie et de toutes formes de discrimination, U.N. Doc. E/CN.4/1999/L.40 (20 avril 1999) ; Résolution de la Commission 1999/82 du 30 avril 1999.

[667] Les plus récentes étant la résolution 64/156 intitulée « Lutte contre la diffamation des religions», du 18 décembre 2009, A/RES/64/156 et la résolution 63/171 du 18 décembre 2008, intitulée « Lutte contre la diffamation des religions», A/RES/63/171.

des droits de l'Homme résultant de la diffamation religieuse »[668]. Par exemple, la Résolution de 2007 du Conseil affirme que celui-ci « *engage de même instamment les États à offrir, dans le cadre de leurs systèmes juridiques et constitutionnels respectifs, une protection adéquate contre les actes de haine, de discrimination, d'intimidation et de coercition résultant de la diffamation de toute religion* »[669].

Effectivement, ces résolutions traduisent des volontés politiques ; en l'espèce, ils reflètent les préoccupations de l'Organisation de la Conférence islamique (OCI) sur l'avènement d'un sentiment anti-islamique[670]. D'après M. Flauss, il ne serait pas dû au hasard que la notion de « lutte contre la diffamation des religions » ait été remplacée par le libellé « *lutte contre la diffamation en tant que promotion des droits de l'Homme, de l'harmonie culturelle et de la diversité culturelle et religieuses* »[671], ni le fait que le Conseil se réfère constamment à la diffamation des religions comme à une cause de discorde sociale[672].

Par ailleurs, cette position a aussi été celle des Rapporteurs en matière de liberté religieuse et de xénophobie. Ces derniers en effet, ne se sont jamais prononcés explicitement *contre* les lois sur le blasphème. Ainsi, l'ancienne Rapporteur en matière de liberté religieuse, Madame Asma Jahangir, mettait l'accent uniquement sur *l'abus de l'utilisation* de telles lois, et non sur leur suppression, même au Pakistan[673]. De même, l'ancien Rapporteur sur « *les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et d'intolérance qui y est associée* », M. Diène,

---

[668] CDH: Résolution 2000/84 du 26 avril 2000, suivie par les résolutions 2001/4 du 18 avril 2001, 2002/9 du 15 avril 2002, 2003/4 du 14 avril 2003, 2004/6 du 13 avril 2004, 4/9 du 30 mars 2007, 7/19 du 27 mars 2008, 12/16 adoptée le 2 octobre 2009, 13/16, adoptée le 15 avril 2010.

[669] Résolution 7/19 du 27 mars 2007 du Conseil des droits de l'Homme, précitée. Aussi la résolution 4/9 de 30 mars 2007 met l'accent plutôt sur que le fait que la diffamation des religions « constitue l'une des causes de la discorde sociale et qu'elle entraîne des violations des droits de l'homme » et non pas qu'elle consiste à une offense *per se*.

[670] Voir le rapport de MENDEL Toby, « Fostering Equality within a Free Speech Framework », *Expert Meeting sur le Racisme*, organisé par Article 19, Londres, 11 novembre 2008, p.20 (notes distribués lors de la rencontre).

[671] Résolution 2001/4 du CDH.

[672] FLAUSS Jean- François, « La diffamation religieuse.. *»,op.cit.,* p.298.

[673] Rapport de 1998 sur l'État des Droits de l'Homme à Pakistan (Human Rights Commission of Pakistan, février 1999), p.164 : « *The anti-blasphemy law has tended to be abused. Because of the public sentiment the allegation arouses, the law has also been liable to a miscarriage of justice. Clearly, the incidence of blasphemy was no greater than before the law came in than it is after it. There are certainly more allegations of it now. The experience points to the need for serious rethinking of the law* ».

dénonçait uniquement le problème de « *l'utilisation abusive d'une religion ou d'une conviction à des fins incompatibles avec la Charte des Nations Unies et les autres instruments pertinents des Nations Unies* »[674], en se référant constamment à des incidents d'islamophobie[675]. Dans le même esprit, quelques mois après la controverse de caricatures, dans un rapport joint, les deux Rapporteurs affirmaient l'inutilité d'une opposition radicale entre liberté d'expression et liberté religieuse, des droits qu'ils considéraient complémentaires[676].

b. Les indications d'un changement sur le plan des Nations Unies ?

Depuis 2008, certains juristes et représentants des États ont pu détecter un changement d'orientation en matière de diffamation religieuse. Selon Toby Mendel par exemple, expert international au sujet de la liberté d'expression et juriste à l'Organisation Article19[677], le rapport joint de deux Rapporteurs en 2006[678], ainsi que la résolution du Conseil en 2008, qui portait davantage d'attention à la sauvegarde de la liberté d'expression en faisant appel au « *dialogue et [à la] compréhension parmi les civilisations* » [679], pourraient être considérés comme des indications d'un tel tournant[680].

En outre, dans leur rapport conjoint à l'occasion de la Conférence de Durban II, les trois rapporteurs des Nations Unies en matière de racisme, de liberté religieuse et de liberté d'expression respectivement, Messieurs Githu Muigai, Asma Jahangir et Frank La Rue[681], ont affirmé que « *fournir une définition objective du terme "diffamation des religions" au niveau international rend effectivement le concept de la diffamation*

---

[674] Résolution 63/181 du CDH, adoptée le février 2000.

[675] Par exemple, dans son rapport à l'Assemblée Générale du 2 septembre 2008, intitulé « Le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance qui y est associée: suivi et application de la déclaration et du plan d'action de Durban », A/HRC/9/12.

[676] A/HRC/2/3, 20 septembre 2006, § 13.

[677] Intervention de MENDEL Toby, « Fostering equality… », 2007.

[678] Rapport joint, précité.

[679] Résolution 7/19, adoptée le 27 mars 2008, lors de la 40è session du CDH.

[680] Intervention de MENDEL Toby, « Fostering equality… », 2007.

[681] Par ailleurs, M. Frank La Rue, qualifierait la difamation des religions de « stéréotype inquiétant », voir, LA RUE Frank (entretien) « Il ne faut pas criminaliser la critique des religions », paru sur http://www.infosud.org/spip.php?article7775, le 8 octobre 2008, consulté le 20 octobre 2010.

ouvert à des abus »[682]. Par ailleurs, est important à cet égard de noter que le nouveau projet d'Observation Générale pour l'interprétation de l'article 19 du PIDCP (qui sera votée en juillet 2011 lors de la 102ème session du Comité) prévoit de manière assez coercitive que « *Les États parties devraient abroger les dispositions de leur législation pénale relatives au blasphème et concernant les manifestations d'irrespect à l'égard d'une religion ou d'un autre système de croyance si ces dispositions ne s'inscrivent pas dans le contexte spécifique de l'application de l'article 20* »[683].

Cependant, rien ne peut garantir, pour l'instant, que le mouvement « anti-diffamation religieuse » s'arrêtera dans un futur proche. En effet, pendant la Conférence Durban2 sur le racisme, la xénophobie et la lutte contre les discriminations en décembre 2008[684], les délégations islamiques notaient « *avec inquiétude que la diffamation des religions constituait l'une des causes de la discorde sociale et de l'instabilité aux niveaux national et international et qu'elle entraînait des violations des droits de l'Homme* », continuant à associer racisme et blasphème[685]. De plus, le nouveau projet d'OG n°34 n'interdit pas explicitement les lois sur le blasphème, mais fait allusion uniquement à leur application « compatible » avec les standards internationaux : « *Pour être compatibles avec le paragraphe 3, l'interdiction du blasphème et toute autre interdiction de manifestations d'irrespect à l'égard d'une religion ou d'un autre système de croyance ne peuvent pas être appliquées d'une façon qui soit incompatible avec le paragraphe 3 de l'article 19 ou d'autres dispositions du Pacte, notamment avec les articles 2, 5, 18 et 26, eu égard aux Observations générales pertinentes, notamment à l'Observation no 22 [...]*»[686].

---

[682] HUMAN RIGHTS FIRST (rapport), « Focus Paper on Defamation of Religions », Washington, mars 2010, disponible sur *www.humanrightsfirst.org/.../3-2010-focus-paper-defamation-of-religions.pdf,* consulté le 28 octobre 2010, citant le rapport joint des rapporteurs:« …*understanding of the legislative patterns, judicial practices and national policies in the different regions of the world with regard to the concept of incitement to hatred, in order to assess the level of implementation of the prohibition of incitement*».

[683] Projet d'OG n°34 (article 19 du PIDCP) du 25 novembre 2010, *supra,* note 110.

[684] Conférence mondiale de Vienne, voir *infra*, Chapitre 4, notes 824, 991 et s.

[685] Projet de résolution relatif à la lutte contre la diffamation des religions du Pakistan au nom de l'Organisation de la Conférence islamique sur le racisme, la discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée: application de la déclaration et du programme d'action de Durban : A/HRC/7/L.15, 20 mars 2008.

[686] Projet d'OG n°34 (article 19 du PIDCP) du 25 novembre 2010, *supra,* notes 110 et 684.

Il semble d'ailleurs que la délégation du Pakistan, auprès du Conseil en particulier, continue à exercer des pressions aussi sur le nouveau Rapporteur en matière de racisme et de xénophobie, M. Githu Muigai, nommé le 1er août 2008, au nom de l'Organisation de la Conférence islamique[687]. Certes, le Rapporteur déclarait avec courage qu'il était « *inexact sur le plan des idées de présenter la "diffamation des religions" in abstracto comme un conflit entre le droit à la liberté de religion ou de conviction et le droit à la liberté d'opinion ou d'expression*[688]. Or, son rapport de 2009 a été basé notamment sur des informations reçues de l'Observatoire de l'Islamophobie de l'Organisation de la Conférence Islamique et de l'Agence de l'Union européenne pour les Droits fondamentaux (FRA), se concentrant sur des incidents d'islamophobie – et notant simplement que d'autres religions sont également la cible de discriminations[689].

En tous les cas, le projet de résolution de 2009 qui a été présenté le même jour par les États-Unis et l'Égypte auprès du Conseil des Droits de l'Homme[690], rappelant toutes les résolutions antérieures, faisait implicitement allusion à la diffamation religieuse, même en évitant de se référer à la notion elle-même[691]. De même, la résolution du Conseil des droits de l'Homme de 2010 (introduite toujours à l'initiative du Pakistan[692]) a été adoptée en mars 2010 par 20 voix contre 17 et 8 abstentions[693], ce

---

[687] En l'invitant à chaque occasion à continuer de lui faire rapport sur toutes les manifestations de diffamation des religions et « *en particulier sur les incidences graves de l'islamophobie sur la jouissance de tous les droits* » ; voir par exemple la Résolution 12/16, adoptée le 2 octobre 2009,lors de la 41è session du CDH A/HRC/RES/12/16, point 3,

[688] A/HRC/12/38, 1 juillet 2009; suivi et application de Durban2 : « *Rapport du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, de discrimination raciale, de xénophobie et de l'intolérance qui y est associée, M. Githu Muigai, sur les manifestations de la diffamation des religions et en particulier sur les incidences graves de l'islamophobie sur la jouissance de tous les droits des fidèles* ».

[689] Déclaration de M. Githu Muigai auprès le CDH, le 30 septembre 2009.

[690] A/HRC/12/L.14/Rev.1 du 30 septembre 2009.

[691] Résolution 12/16, adoptée le 2 octobre 2009,précitée, d'après laquelle le CDH « *se déclare aussi préoccupé par le fait que des manifestations d'intolérance religieuse et raciale, et de discrimination, associées à des actes de violence, ainsi que des représentations stéréotypées négatives des religions et des races continuent de se produire dans le monde, et condamne, à cet égard, toute apologie de la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence, et exhorte les États à prendre des mesures efficaces, conformément à leurs obligations découlant du droit international des droits de l'Homme, pour contrer et combattre ces actes* ». En l'espèce, seuls l'UE, quelques États latino-américains et certaines organisations en faveur de la liberté d'expression, notamment l'IFEX et Article 19. Voir l'article « Diffamation/religions: réserves de l'UE », *Le Figaro*, 2 octobre 2009. L'UE en particulier estimait alors que le texte flirte dangereusement avec le concept controversé de « diffamation des religions ».

[692] A/HRC/13/L.1, projet de résolution du 11 mars 2010.

[693] A/HRC/RES/13/16, du 15 avril 2010. Voir l'optimisme de CHAMBERLAIN DONAHOE Eileen

qui reste un pourcentage, malgré tout, élevé.

(entretien)« Le concept de diffamation des religions est dangereux », paru sur http://www.infosud.org/spip.php?article7775, le 10 avril 2010, consulté le 13 octobre 2010.

Conclusions du chapitre

Dans ce deuxième chapitre, nous ne nous sommes pas penchée sur la totalité des aspects de la protection de la liberté religieuse. Nous nous sommes contentée d'examiner si la protection de la liberté religieuse a la même valeur normative que la protection de la liberté d'expression artistique sur le plan formel, et à cet égard, d'examiner la protection internationale du droit à la liberté religieuse d'un point de vue comparatif. Nous nous sommes également intéressée à la question de savoir si la protection juridique pouvait éventuellement comprendre un certain droit à la « non-offense » des croyants.

Nous avons répondu positivement à la première question. Après avoir étudié successivement les sources et les mécanismes internationaux de protection de la liberté religieuse et leur interprétation par les diverses juridictions, nous avons pu constater que tantôt la doctrine, tantôt les instruments internationaux, considéraient que la liberté religieuse comporte deux dimensions, le *for intérne* et le *for extérieur* : le *for interne* comprend la liberté de conscience, alors que le *for externe* comprend la liberté de manifestater sa religion. Nous avons pu observer ensuite que cette distinction n'était pas uniquement théorique, puisque le *for intérieur* correspond à des droits « inviolables, sacrés et absolus », tandis que le *for externe* peut être sujet à des limitations (et notamment, les restrictions autorisées par le paragraphe 3 de l'article 18 du PIDCP qui sont mises en place afin de « *protéger la sécurité, l'ordre et la santé publiques, ou la morale ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui* » ou celles du paragraphe 2 de l'article 9 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui sont également « *prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* »). Les croyances et la conscience sont alors protégées de façon absolue et inconditionnelle, alors que leur manifestation peut être sujette à des limitations.

Dans notre démarche de comparaison des modalités de protection entre les deux

droits (droit à la liberté d'expression artistique et droit à la liberté religieuse), nous avons pu constater que, jusqu'à aujourd'hui, un certain équilibre est évident ; les deux sont protégés dans la Déclaration universelle, et protégés également par le PIDCP et tous les instruments relatifs (la Convention européenne, et également la convention américaine, la Charte africaine etc.), alors que les deux comprennent une dimension intérieure qui ne peut être restreinte d'aucune manière (la pensée pour la liberté d'expression, la foi pour la liberté religieuse).

Nous avons cependant observé ensuite certaines inclinations de la part de divers États de la Communauté internationale, tendant à considérer la liberté religieuse comme une liberté absolue, également dans son aspect extérieur de manifestation de religion, c'est-à-dire le *for extérieur*. D'un point de vue strictement formel, une telle lecture pourrait éventuellement être fondée sur l'article 4 du Pacte, qui situe la liberté religieuse parmi les « droits absolus » qui ne permettent aucune dérogation en cas de danger exceptionnel. Nous avons réfuté cette idée, en considérant que l'article 4 se réfère à un cas exceptionnel, extrêmement rare et justifié par des circonstances particulières. Nous avons souligné d'ailleurs que le choix d'inclure l'article 18 dans les exceptions de l'article 4 s'explique par la nature exceptionnelle de cet article qui permet des dérogations au Pacte de façon extrêmement attentive. Nous avons également rappelé que le Comité des Droits de l'Homme a rappelé dans son Observation générale n°22, à propos de la liberté religieuse, que « seul le *for intérieur* est protégé sans réserves » et qu'il a rappelé dans son Observation générale n°21 à propos des dérogations, que « *même en cas de danger public extrêmement grave, les États qui font obstacle à l'exercice de la liberté de manifester sa religion ou sa conviction doivent justifier leurs actions en fonction des impératifs mentionnés au paragraphe 3 de l'article 18* » . Nous avons alors considéré que l'inclusion de la liberté religieuse parmi les droits qui ne permettent pas de dérogations en cas de crise n'aurait aucun impact sur notre problématique et que, par conséquent, les deux droits bénéficiaient d'une protection juridique égale sur le plan formel.

Quant à notre seconde question, à savoir si la « non-offense » des croyances et comprise ou non au droit à la liberté religieuse, nous avons pu constater que les standards du droit international tels qu'ils sont issus du PIDCP et de la CERD ne prévoient pas une telle offense et qu'il n'y a aucune indication que la liberté religieuse

comprenne également un certain droit de ne pas être offensé dans ses croyances ou ses sensibilités religieuses. Nous avons également souligné que la transcription juridique du blasphème pose d'innombrables problèmes en droit et avons rappelé que seules l'interdiction de la discrimination fondée sur la religion et l'incitation à la haine, et non la diffamation religieuse, sont compatibles avec les standards du droit international tels qu'il sont définis par le PIDCP et la CERD. Nous avons insisté en particulier sur le fait que la notion de *diffamation religieuse* est la transcription juridique « moderne » du *blasphème* qui, lui, ne constitue pas une notion juridique proprement dite, mais bien plutôt une notion religieuse, liée à la profération *orale* d'insultes à l'encontre du divin. Sa généalogie remonte aux sources des trois grandes religions monothéistes ; elles seules prévoient en représailles de cette pratique – et dans certains cas appliquent encore, notamment dans les Républiques officiellement islamiques telles que le Pakistan ou l'Arabie Saoudite – des punitions extrêmement barbares, alors qu'il semble relativement improbable de repérer une notion de blasphème dans le corps des religions polythéistes ou dans des philosophies spirituelles telles que le bouddhisme.

Cependant, en esquissant l'aperçu des approches des différents États et institutions européennes et internationales (en ce qui concerne les États membres du Conseil de l'Europe, nous nous sommes basée en particulier sur le rapport relatif de la Commission de Venise), nous avons conclu que:

- L'approche des États membres des Nations Unies (192 aujourd'hui) est extrêmement contrastée. Les exemples vont de la pénalisation du « blasphème » en tant que tel (par la peine de mort par exemple, dans le cas extrême du Pakistan, et des sanctions entre un et trois ans dans la plupart des États islamiques, mais également dans des pays européens comme la Grèce, l'Italie ou l'Irlande), à la pénalisation du dénigrement des religions (dans la plupart des États, y compris l'Allemagne, le Danemark, ou les États multiculturels comme le Canada ou l'Australie), et de la simple pénalisation de la discrimination en raison de la religion (en France) jusqu'à une libération totale de l'expression (comme c'est le cas pour l'autre « extrême », les États-Unis).
- La tendance des États européens va vers une abolition du blasphème et un alignement avec les standards internationaux qui n'interdisent que l'appel à la haine raciale et le discours qui incite à la discrimination, entre autres, religieuse. Toutefois,

même au sein du Conseil de l'Europe, qui compte aujourd'hui 47 États, le blasphème est encore qualifié d'*infraction* dans une minorité d'entre eux (Autriche, Danemark, Finlande, Grèce, Italie, Liechtenstein, Pays-Bas, Saint-Marin). Il existe également des tendances paradoxales, comme par exemple le fait que le blasphème soit redevenu un délit en Irlande en 2010.

- En ce qui concerne les institutions européennes, celles-ci tiennent généralement une approche défavorable à la diffamation des religions. Tant le Comité de Ministres, que l'APCE du Conseil de l'Europe mettent l'accent « *sur la nécessité de promouvoir le dialogue et d'encourager une éthique de la communication pour les média et pour les groupes religieux* ». L'Union européenne, comptant 27 États membres aujourd'hui, semble être davantage « militante » en faveur de la liberté d'expression ; le Parlement de l'Union s'est prononcée en faveur de la liberté d'expression à plusieurs occasions, y compris dans le cas de la reproduction des caricatures danoises par des journaux européens.

- Seule la Cour européenne (et l'ancienne Commission) semblent considérer que le droit à la « non offense » des religions fait partie de la liberté religieuse. En effet, nous avons étudié dans ce chapitre quelques affaires relatives aux expressions offensives pour les croyants - nous avons choisi plus spécifiquement les affaires de l'*Église de Scientologie de Suède* (1980), *R. V. Lemon* (1982), *Choudhury* (1991), *Otto-Preminger-Institut*(1994), *Wingrove* (1996), *Murphy c. Irlandee* (2003), *İ. A. c. Turquie* (2005)- et nous avons observé que la Cour suit généralement la jurisprudence issue de l'arrêt *Otto-Preminge*r, à savoir que « *dans le contexte des croyances religieuses, peut légitimement figurer l'obligation d'éviter des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices* »[694]. Ensuite, nous avons pu dépisté que la Cour, considère la protection des croyances religieuses – tout comme la morale –un sujet délicat qui devrait incomber à la marge d'appréciation des États[695].

- Sur le plan onusien, la notion de diffamation des religions a été introduite en premier lieu au Conseil des Droits de l'Homme par le Pakistan en 1999. En effet, les États islamiques se positionnent généralement en faveur de l'interdiction de cette

[694] Cour eur.dr. Homme : *Otto-Preminger,* précité, §47-49.

[695] Nous n'avons pas encore examiné dans ce chapitre comment la Cour traite le « blasphème » lorsque l'expression artistique est en cause (ce qui sera analytiquement examiné dans notre sixième chapitre), en laissant, pour l'instant, ouverte la question de savoir comment exactement les deux intérêts antinomiques sont contrebalancés.

diffamation religieuse, ce qui crée des tensions au sein des organes plus « politisés » de l'ONU, tels que le Conseil. Des résolutions interdisant la diffamation des religions sont alors régulièrement votés, au sein du Conseil des Droits de l'Homme et de l'Assemblée générale, quasiment une fois par an pour chaque organe. La dernière résolution a été votée en 2010 malgré les contestations de la part de plusieurs États, alors que pour l'instant, il n'y aurait aucun indice d'un changement d'orientation en matière de diffamation religieuse.

Somme toute, nous avons conclu que les droits sont formellement égaux, sans qu'aucun des deux ne puisse être considéré comme absolu, ni *a priori* prépondérant sur l'autre. Nous avons alors observé que, dans la pratique (telle qu'elle se reflète dans certains arrêts de la Cour européenne, mais aussi, et principalement, dans le cadre des institutions onusiennes), certains États, notamment les États membres de l'OIC, ont tendance à élargir l'étendue de la protection des sensibilités religieuses en dépit de la liberté d'expression, utilisant ces lois « anti-blasphématoires » à l'encontre des minorités religieuses. Or, il semble également que, pour l'instant, aucun consensus ne puisse être dégagé des législations nationales quant à l'interdiction du blasphème, puisque la majorité des législations des États du monde contiennent des lois qui d'une manière ou d'une autre interdisent l'offense des religions sur le plan du droit positif.

Titre II. L'inégalité réelle du poids des valeurs de l'art et de la religion

Nous devrions peut-être commencer ce chapitre par certaines remarques concernant notre conception des *valeurs*. Celle-ci se situe plutôt dans une logique subjectiviste, à savoir l'idée que les choses ont une valeur pour la seule raison qu'un individu, une société, une théorie, ou bien un système quelconque, leurs donnent une valeur[696]. Le sens de toute valeur, qu'elle soit esthétique, morale, éthique, culturelle, philosophique, sociale, financière ou autre, ne consiste-il pas d'ailleurs à donner un sens aux questions du bien et du mal, du juste et de l'injuste?

Or, si une valeur doit forcement avoir un contenu, ce contenu dépendra largement du sens qu'un sujet lui donnera, ce que la placera forcément dans une position d'objet. L'importance d'une valeur ne peut alors être évaluée que dans un système axiologique quelconque, constitué d'un ou de plusieurs sujets en position d'établir des hiérarchies basées sur certains critères. Une variété de critères pourraient être considérés : des critères formels ou fonctionnels (par exemple, l'utilité des valeurs considérées ; leur fréquence, etc). A cet égard, il semble impossible d'arriver à définir « correctement » une valeur ou d'aboutir à un consensus quant à son contenu : celle-ci – quoiqu'évoquée en droit[697] – n'est pas, en principe, une valeur *juridique,* mais bien plutôt philosophique.

De ceci découle notre choix pour une perception des valeurs dans un certain environnement. Or, le droit international, et notamment le système international des

[696] Celle ci en effet serait la vision kantienne relative des choses, qui écrivait dans sa Métaphysique des mœurs que « *les fins qu'un être raisonnable se propose à son gré comme effets de son action (les fins matérielles) ne sont toutes que relatives ; car ce n'est simplement que leur rapport à la nature particulière de la faculté de désirer du sujet qui leur donne la valeur qu'elles ont* ».

[697] Voir par exemple KRIEF-SEMITKO Catherine, *La valeur en droit civil français: essai sur les biens, la propriété et la possession*, Paris, L'Harmattan, 2000.

droits de l'Homme, semblent pouvoir offrir un cadre « axiologique » de ce type pour les valeurs, et ce, malgré son caractère diversifié. Nous pensons qu'on pourrait trouver dans les droits de l'Homme une certaine cohérence en la matière, ceux-ci étant « *fortement marquées par les constellations du pouvoir, et fractionnés dans leur portée […] constituent […] l'exemple type d'objectivation des intérêts par voie d'institutionnalisation, […] et revêtant un caractère de ius publicum par excellence […]* »[698].

Dans les deux chapitres suivants, nous aspirerons donc à comprendre quelle est l'importance de deux valeurs en particulier pour le droit international : l'*art* d'une part et la *religion* de l'autre. Nous essaierons alors de mesurer le poids respectif des deux valeurs considérées, gardant comme point de repère cette multitude et cette diversité d'acteurs, d'organes, d'instances et d'organisations qui forment l'ensemble que nous appelons le « système international des droits de l'Homme ».

Nous commencerons par explorer la valeur de l'art sur le plan international (Chapitre I), afin d'examiner ensuite le poids de la valeur de la religion (Chapitre II).

[698] KOLB Robert, *Théorie du ius cogens international*, Paris, PUF, 2001, p.67.

Chapitre I. Le poids de l'art

L'art est enraciné dans les soubassements culturels les plus profonds. Il est lié aux modes de vie, à la philosophie, aux traits distinctifs d'une culture, aux mœurs et aux traditions d'un peuple donné. Dans certains contextes, il est un art individuel ou parfois même « *individualiste* », dans d'autres, il est empreint de valeurs collectives et de solidarité. Le droit, de son côté, en tant que système de règles plus ou moins basé sur l'uniformité, semble par définition incapable de saisir cette diversité des conceptions artistiques. Il est extrêmement difficile en effet de refléter la perception de la diversité des expressions artistiques, dans une science ciblant l'uniformité et la règle[699].

Par ailleurs, la définition de l'art même a parfois été conditionnée par son rapport avec le marché. Depuis les temps les plus anciens, des prêtres égyptiens aux monastères du Moyen Âge et des grandes familles de la Renaissance aux familles royales du XVIIe et du XVIIIe, les arts ont toujours fait l'objet de monopoles. Ces monopoles se sont d'ailleurs avérés être la condition nécessaire de la garantie de sa qualité, afin qu'il puisse être diffusé en tant que tel : « *la qualité [de l'art] devrait être certifiée d'une façon ou d'une autre, afin d'être considérée partie de la "culture" d'une époque* »[700]. Les choses ne semblent pas avoir changé aujourd'hui, à la seule

[699] Une des caractéristiques du droit serait en effet l'impersonnalité de la règle, afin que cette dernière puisse être appliquée à un ensemble d'individus. Par ailleurs, la plupart des définitions insistent également sur le fait que le droit soit un corps de règles, susceptible à être appliqué à un ensemble, voir à une société. Par exemple, d'après Georgiades, le droit est conçu comme « *l'ensemble de règles imposées, qui régissent de façon uniforme le comportement humain* ». Selon Larroumet : « *Le droit est un corps de règles ordonnant la vie en société de façon à éviter l'anarchie entre les membres du corps social » ;* selon Boris Stark, il s'agit de l'« *ensemble des règles de conduite qui gouvernent les rapports entre les hommes* et dont le respect est assuré par l'autorité publique »;selon Georgiades, le droit est l'*« ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société* » ; GEORGIADES, Apostolos, *Principes généraux de droit civil [Γενικές αρχές αστικού δικαίου]*, éd. Sakkoulas, Athènes, 2007; LARROUMET Christians, *Droit civil*, Tome 1, Paris, Economica, 2004 (4ème éd), p.94; STARCK Boris, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2002 ; LAURENT Henri et BOYER Laurent, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 4ème éd., 2002; MALAURIE, *Introduction générale*, Paris, Cujas, 1994, p.285 ; TERRE François, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2009(8è).

[700] MOSSETO Gianfranco, *Aesthetics and economics,* Leiden-Boston, Kluwer Academic Publishers,

différence de la spécification et de la concrétisation des intérêts de l'art, et de la meilleure organisation des marchés, dont le système de Droits de Propriété Intellectuelle (DPI) s'avère le garant principal. Ainsi, alors que la qualification esthétique d'une œuvre d'art n'implique que son auteur[701], et parfois même son public, la qualification sociale d'une œuvre, implique une pluralité des médiateurs et de questions liées à l'optimisation du marché de l'art[702].

Tenant compte de ces considérations générales, nous chercherons à démontrer dans ce chapitre que l'art en droit international est valorisé principalement dans sa dimension économique (dimension susceptible d'être mesurée et revendiquée) et beaucoup moins dans sa dimension collective et culturelle.

Section 1. Le poids de l'art comme valeur individualiste et économique

Le développement économique et le développement humain sont deux notions complémentaires : le premier doit être compatible l'expression de la réalité culturelle des États, développés ou en développement, dans un esprit d'égalité. Le second est précisément censé répondre aux objectifs du premier. Or, le système actuel de protection de la propriété intellectuelle privilégie l'art comme valeur du marché, sans forcement tenir compte des réalités culturelles des pays en développement. En effet, en dehors de certaines initiatives récentes de l'OMPI et de l'UNESCO pour la protection de la diversité culturelle et pour les droits collectifs de propriété intellectuelle, le système actuel profite presque exclusivement aux pays industrialisés et sert notamment les intérêts des industries privées. Il peut d'ailleurs être intéressant de se demander si les « déficits » du système de la propriété intellectuelle (à savoir le piratage et la contrefaçon) ne seraient pas en mesure d'avoir un impact positif les pays en développement.

1993, p.154.

[701] Ou bien de l' « artiste », comme le stipule la Recommandation de l'UNESCO sur le statut de l'artiste (1980), pour laquelle l'artiste serait toute personne qui se définit comme telle, voir *supra,* note 126.

[702] Pour ces questions voir MOSSETO Gianfranco, *Aesthetics and economics, op.cit.*, p.99 et s.

§ 1. La protection juridique du système de la propriété intellectuelle

Le système de la propriété intellectuelle est basé sur les valeurs de l'économie libérale qui, à l'exception du droit moral de l'auteur, protègent les intérêts privés de nature prioritairement financière de ceux qui, d'une façon ou d'une autre, exploitent cet art. Par ailleurs, nous émettons un doute quant à la possibilité que les droits d'auteur favorisent l'expansion de l'art comme phénomène culturel, puisqu'ils « bloquent » dans une certaine mesure la créativité.

A. Le cadre juridique traditionnel de la protection de l'artiste

Nous commencerons par donner certaines précisions à propos du système de protection des droits d'auteur, et nous continuer en étudiant les principaux instruments de protection à l'échelle internationale.

1. Les racines du système des droits de propriété intellectuelle

Le concept de propriété intellectuelle est extrêmement vieux ; selon certains auteurs, on en rencontre les prémisses déjà au XIe siècle dans les dynasties chinoises, avant même l'instauration de la *Magna Carta* en Angleterre[703]. Néanmoins, dans sa version moderne, la théorie de la propriété intellectuelle naît des concepts des Lumières, de l'autonomie de l'individu et l'avènement des droits civils et politiques. En ceci, les fondements de la propriété intellectuelle rejoignent les idées de Locke à propos de la propriété[704], ainsi que les idées utilitaristes[705]. Une citation bien connue du « premier » des utilitaristes, Jérémy Bentham, sert depuis longtemps à la justification des droits de propriété intellectuelle : « *Ce qu'un homme a inventé, tout le monde peut imiter. Sans l'assistance des lois, l'inventeur serait presque toujours être chassé du marché par son rival, qui, se trouvant, lui, sans aucune dépense en possession d'une découverte qui a coûté l'inventeur beaucoup de temps et de dépense, serait en mesure*

---

[703] OSTERGARD Robert, « Intellectual Property; a universal right? », *HRQ*, n°21, 1999, p.157 citant WILLIAM Alford, *To Steal A Book Is An Elegant Offense ; Intellectual Property Law In The Chinese Civilisation,* Stanford University Press, Coll.Studies in East Asian Law, 1997. D'après l'auteur, nous rencontrons des lois similaires en 1112 dans la dynastie Chou.

[704] *Ibidem,* p.156 et s: « *La théorie de propriété de Locke, un des fondements des droits de propriété traditionnelle, est le point de départ logique qui justifie la théorie de la propriété intellectuelle* ».

[705] *Ibidem,* p. 157, note 2, citant PALMER Tom, « Moral Philosophy and Ideal Objects », thèse non-publiée, Université Catholique Américaine ; HUGHES Justin, « The philosophy of Intellectual Property », *Georgetown Law Journal*, n°287, 1988 ; MUNZER Stephen, « A theory of property », 1992.

de le priver de toutes ses avantages bien mérités, en vendant à un prix inférieur »[706]. Plus encore, la célébration du « génie artistique », qui apparaît déjà avec les grands génies du Moyen Age tels Leonardo Da Vinci et, plus tard, Michelangelo, ne serait pas sans impact sur les origines de la consécration de la notion de droit d'auteur. Ainsi, en France par exemple, où le droit d'auteur avait été créé par les légistes de la Révolution de 1789, Lakanal a lié le concept de génie aux droits : il voulait par l'instauration du droit d'auteur « *consacrer des dispositions législatives qui forment en quelque sorte, la Déclaration des droits du génie* »[707]. De la sorte, certains auteurs ont pu constater que « le droit est venu incorporer une forme d'individualisme esthétique et philosophique »[708] ; un individualisme initialement perçu dans toutes les sciences sociales, mais aussi bien dans la création.

Depuis son apparition, le système des DPI remplit alors une double mission :

- d'une part, garantir la relation particulière de l'auteur avec son œuvre (dimension morale) ;
- d'autre part, lui garantir une récompense économique lors de l'utilisation ou de la diffusion de son œuvre (dimension économique[709]). Ainsi le système de la propriété intellectuelle semble-t-il établi, au moins théoriquement, au profit de l'artiste – créateur ou interprète – comme individu, mais aussi au profit de ses médiateurs – galeristes, compagnies d'exploitation des œuvres artistiques ou même hébergeurs sur Internet comme MySpace[710] – et plus généralement du

---

[706] *Which one man has invented, all the world can imitate. Without the assistance of the laws, the inventor would almost always be driven out of the market by his rival, who finding himself, without any expense, in possession of a discovery which has cost the inventor much time and expense, would be able to deprive him of all his deserved advantages, by selling at a lower price*; Dans, RAMMELLO Giovanni Battista, « Intellectual Property and the Markets of Ideas»,*Review of Network Economics*, Vol.4, n°2, 2005, p.75.

[707] Voir une présentation très analytique du droit d'auteur dans une thèse en droit privée de LUCAS-SCHLOETTER Agnès, *Droit moral et droits de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand*, Tomes 1 et 2, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002, p.285 et s. En effet, en adoptant les décrets de 13-19 janvier 1791, les révolutionnaires ont institué le droit pour les auteurs d'autoriser la représentation publique de leur ouvrage, qui est devenu exclusif avec les décrets de 19-24 juillet 1973 .

[708] SHERMAN Brad Sherman et BENTLY Lionel, *The making of modern intellectual property law: the British experience*, 1760-1911, Cambridge University Press, 1999, p.35. Voir en général LUKES Steven, *Individualism,* Blackwell press, Oxford, 1985, 2006 (reéd), pp. 51-56.

[709] Nous empruntons ici l'expression « art et argent » par GENDREAU Ysolde(dir), *Bridging aesthetics and economics/ Entre l'art et l'argent*, Actes du colloque sur la propriété intellectuelle, organisé par le « Centre de recherche en droit public » et l' « International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property », Université de Montréal, juillet 2005, Montréal, Themis, 2006. Voir aussi la contribution de ATKINS Robert, « Money talks ; the economic foundations of censorship » *in* ATKINS Robert MINTCHEVA Svetlana, *Censoring Culture,* New York, New Press, 2006, p.4.

[710] Tels que le MySpace, par exemple ; voir à cet égard, en droit français, la décision Myspace,

marché de l'art[711].

2. Les instruments juridiques de la protection de l'artiste en tant qu'auteur d'une œuvre

Le droit à la protection des intérêts moraux et matériels qui découlent d'une œuvre d'art (autrement dit les DPI) est un droit fondamental[712]. A ce titre, il est énoncé dans l'article 27§1 la DUDH (« *Chacun a droit à la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ») et dans l'article 15 §1c du Pacte des Droits économiques sociaux et culturels, qui prévoit que « *Les États parties au présent Pacte reconnaissent à chacun le droit […] de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur* ».

Ces droits sont alors également reconnus dans un certain nombre d'instruments internationaux, adoptés sous les auspices de l'UNESCO, de l'OMPI et de l'OMC[713], à savoir notamment :

1) La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886, modifiée à plusieurs reprises (la dernière fois en 1979)[714]. La Convention de Berne est en effet relativement favorable aux créateurs[715] car elle garantit tant leurs droits moraux que patrimoniaux et met en œuvre deux

---

concernant l'artiste Lafesse: *TGI Paris, réf., 22 juin 2007* et *TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 13 juill. 2007*, *RLDI*, Vol. 30, n° 999, 2007, commentaires par S. Proust.

[711] Comme le souligne M.Gendreau, les mécanismes économiques du marché de l'art, ont fait l'objet de nombreuses études, dont par exemple : FREY Bruno, *Arts & economics: analysis & cultural policy*, Berlin, Springer, 2000.

[712] Voir généralement BRUGUIÈRE Jean-Michel et VIVANT Michel, *Le droit d'auteur,* Précis Dalloz, 2009(1è éd); BRUGUIÈRE Jean -Michel, *Droit des propriétés intellectuelles*, Paris, Ellipses, 2006.

[713] A titre indicatif, voir les manuels: LINANT DE BELLEFONDS Xavier, *Droits d'auteur et droits voisins,* Paris, Dalloz, 2004(8è éd), p.9 ss; KOUMANTOS, *Propriété intellectuelle,* Athènes, Sakkoulas, 2002 (8è éd), p.69 et s.

[714] Convention de Berne du 9 septembre 1886, complétée à Paris le 4 mai 1896, révisée à Berlin le 13 novembre 1908, complétée à Berne le 20 mars 1914 et révisée à Rome le 2 juin 1928, à Bruxelles le 26 juin 1948, à Stockholm le 14 juillet 1967 et à Paris le 24 juillet 1971 et le 28 septembre 1979.

[715] Dans les termes de l'article 5 §1 de la Convention de Berne, il est convenu que :« *Les auteurs jouissent, en ce qui concerne les œuvres pour lesquelles ils sont protégés en vertu de la présente Convention, dans les pays de l'Union autres que le pays d'origine de l'œuvre, des droits que les lois respectives accordent actuellement ou accorderont par la suite aux nationaux, ainsi que des droits spécialement accordés par la présente Convention».*

principes de bases : celui de la « protection automatique » des œuvres[716] et celui de l'« indépendance » de leur protection[717]. En outre, ces principes sont opposables aux membres de l'OMC (États développés aussi bien qu'États en développement) qui ne sont pas partie à la Convention de Berne, et ce, en vertu de l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC – ou *TRIPS agreement*)[718]. La durée de la protection accordée par la Convention de Berne comprend généralement la vie de l'auteur et cinquante années après sa mort[719], alors qu'il est précisé que la durée de la protection des droits « moraux » ne peut être inférieure à celle accordée aux droits patrimoniaux[720].

2) La Convention universelle sur le Droit d'auteur de 1952 (*Universal Copyright Convention*) signée à Genève, sous les auspices de l'UNESCO. Elle a été révisée à Paris, en 1971 (et s'appelle depuis lors : Convention de Paris)[721], afin de tenir compte des revendications économiques, sociales et culturelles des pays en développement[722]. Selon l'article I de cette Convention, les États doivent prendre des *mesures positives*, afin de rendre efficace le droit d'auteur[723].

---

[716] C'est à dire que celles- ci sont protégées à partir du moment de leur création sans aucune autre formalité.

[717] C'est à dire que leur protection est indépendante de l'existence de la protection dans le pays d'origine de l'œuvre.

[718] Accord sur les ADPIC, signé à la Réunion ministérielle de Marrakech en avril 1994, mis en vigeur en 1995 et largement ratifié aujourd'hui, puisque tous les États de l'OMC sont obliger de signer les ADPIC et monter leurs standards au minimum admis par l'OMC ; publications de GATT/1994-7, vol. I.

[719] Article 7§1 de la Convention de Berne. Toutefois, cette durée varie, non seulement en raison des multiples réserves des États, mais également en raison des accords spécifiques régionaux ; par exemple, les directives communautaires 93/98/CEE et 2006/116/CE, remplacées ensuite par la Directive 2006/116/CEE du 16 juillet 2008 ont spécifié que cette durée est de 70 ans pour les droits d'auteurs (à partir de la mort de l'auteur de l'œuvre ou de la date à laquelle l'œuvre a été licitement rendue accessible au public s'il s'agit d'une œuvre anonyme) et de 50 ans pour les droits voisins.

[720] Article 6bis2 de la Convention de Berne : « *Les droits reconnus à l'auteur en vertu de alinéa 1) ci–dessus sont, après sa mort, maintenus au moins jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux»*. La directive admet une forme de droit moral de l'auteur au travers du droit à la paternité et du droit au respect de l'œuvre, alors que la réserve la plus « flagrante » à cette disposition serait celle des les États-Unis.

[721] Convention universelle sur le Droit d'auteur de 1952, conclue à Genève, le 6 septembre 1952 et révisée par la Convention de Paris, le 24 juillet 1971, (y compris la déclaration annexe relative à l'article XVII et Résolution concernant l'article XI), entrée en vigueur le 10 juillet 1974.

[722] Ces revendications ont été posées pour la première fois à Brazaville du 5 au 10 août 1963 et qui se résument à un accès plus facilité au savoir mondial, par l'introduction de dispositions préférentielles dans la Convention de Berne et la Convention Universelle.

[723] L'article I de la Convention Universelle dicte que les « *Chaque État contractant s'engage à prendre toutes les dispositions nécessaires pour assurer une protection suffisante et efficace des droits des auteurs et de tous autres titulaires de ces droits sur les œuvres littéraires, scientifiques et artistiques, tels que les écrits, les œuvres musicales, dramatiques et cinématographiques, les*

3) La Convention de Rome de 1961 « *sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion* »[724] garantit à l'auteur, sur le plan moral, le droit à la paternité sur son œuvre, à l'intégrité de celle-ci, et le droit à la protection de l'honneur et de la réputation. Sur le plan patrimonial, elle garantit le droit exclusif d'autoriser la récitation, la représentation, l'exécution, la fixation, la reproduction, la diffusion publique de l'œuvre, ainsi que sa traduction, son adaptation, son arrangement et tous autres types de transformations, ainsi que les droits de suite, sous réserve des dispositions des législations nationales. La Convention précise que les droits moraux s'étendent au moins jusqu'à la mort de l'auteur et subsistent, sauf disposition contraire, jusqu'à extinction des droits patrimoniaux, c'est-à-dire pour une période de cinquante ans après la mort de l'auteur [725].

4) Le Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur[726] constitue un arrangement particulier au sens de l'article 20 de la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, et vise à protéger les œuvres également dans l'environnement numérique. L'article 5 du Traité est spécialement protecteur pour les auteurs, puisqu'il prévoit que l'artiste interprète ou exécutant conserve son droit moral, indépendamment de ses droits patrimoniaux, et ce, même après la cession de ces derniers.

5) L'accord relatif aux « *aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* » (dit accord TRIPS, pour *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*), négocié et signé en 1996 dans le cadre de l'Uruguay Round par les États parties à l'Organisation mondiale du Commerce (OMC), prévoit que les États de l'OMC doivent respecter des standards minimums en matière de DPI[727].

---

peintures, gravures et sculptures ».

[724] Convention Internationale sur la protection des artistes interprètes ou exécutants, des producteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion, faite à Rome le 26 octobre 1961, entrée en vigueur: 18 mai 1964**,** modifiée à Paris en juin 2005, Doc. OIT/UNESCO/OMPI/ICR.19/3.

[725] Sauf disposition particulière des États parties à l'Acte de Rome du 2 juin 1928, qui permet de définir une durée de protection plus courte pour certaines œuvres.

[726] Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes [WPPT], signé à Genève le 20 décembre 1996.

[727] La signature de l'accord TRIPS a suscité un grand débat et notamment en ce qui concernait la question des brevets de produits pharmaceutiques. Néanmoins, l'accord couvre neuf catégories majeures de propriété intellectuelle : les droits d'auteur, marques de commerce, secrets commerciaux, fabrications industrielles, appellations géographiques, dispositions de circuits intégrés, brevets, micro-organismes. En ce qui concerne la création, il serait intéressant de noter que l'article 9 §2 prévoit que seules les œuvres sont protégées et non les idées.

Il existe aussi de nombreux accords régionaux et bilatéraux portant sur les aspects commerciaux des DESC, nés notamment aux États-Unis et dans l'Union européenne, et notamment la Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil (du 30 avril 2004) qui vise à rendre plus effective la protection de la propriété intellectuelle et à lutter contre les contrefaçons et le piratage à l'ère de la révolution numérique[728].

Les États sont généralement assez soucieux d'offrir un cadre robuste de protection des droits d'auteur. En 2001, 148 pays avaient signé la Convention de Berne, 98 la Convention de Paris (Convention universelle des droits d'auteur, telle qu'elle a été modifiée à Paris en 1971) et 68 la Convention de Rome[729]. En 2005, 159 pays avaient signé la Convention de Berne, 99 la Convention de Paris et 80 la Convention de Rome, avec parmi eux désormais un bon nombre d'États d'Europe de l'Est et d'États dits « du Sud »[730]. En 2010, 164 pays avaient signé la Convention de Berne, 174 la Convention de Paris et 91, la Convention de Rome[731]. Ce choix s'explique par le besoin des États en voie de développement d'adapter leurs marchés aux standards des États développés.[732]

L'établissement des DPI sur le plan international est traditionnellement considéré comme un acquis important dans la mise en œuvre de la liberté de l'art, puisqu'elle

---

[728] Par ailleurs, l'UE s'est inscrite dans une longue tradition de négociations de traités commerciaux qui, pour bon nombre d'entre eux, contiennent des dispositions relatives à la propriété intellectuelle. Voir l'étude éclaircissante de SANTA CRUZ Maximiliano, « Les dispositions relatives à la Propriété intellectuelle dans les accords commerciaux de l'Union européenne ; Implications pour les pays en développement », Centre international du Commerce et du Développement durable (ICTSD), juillet 2007, disponible sur le site de l'ICTSD à propos des « Intellectual Property Rights (IPRs) and Sustainable Development », *www.iprsonline.org/resources/.../Santa-Cruz%20Blue 20%20FR.pdf*, consulté le 22 octobre 2010.

[729] OIT- UNESCO-OMPI (Rapport), 18è session ordinaire du Comité Intergouvernemental prévu par l'article 32 de la Convention de Rome, OIT/UNESCO/OMPI/ICR.18/7, 28 juin 2001, disponible sur le site de l'OIT, *www.ilo.org/public/french/dialogue/sector/.../rome-report_18.pdf*, consulté le 22 octobre 2010. La 19è session ordinaire du Comité Intergouvernemental a eu lieu en 2005, et la 20ème en 2009.

[730] OIT- UNESCO-OMPI (Rapport), OIT/UNESCO/OMPI/ICR.18/7, 1 avril 2005, disponible sur le site de l'UNESCO, http://portal.UNESCO.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=26018&URL_DO=DO_TO PIC&URL_SECTION=201.html,consulté le 22 octobre 2010.

[731] OIT- UNESCO-OMPI (Rapport), 20è session ordinaire du Comité Intergouvernemental prévu par l'article 32 de la Convention de Rome, OOIT/UNESCO/OMPI/ICR.18/7, 28 juin 2001, disponible sur le site de l'OIT, *www.ilo.org/public/french/dialogue/sector/.../rome-report_20.pdf*, consulté le 22 octobre 2010.ILO/UNESCO/WIPO/ICR.20/7. Généralement, voir la liste des États parties des Conventions sur le site de l'OMPI, http://www.wipo.int/treaties/fr/summary.jsp, consulté le 22 octobre 2010.

[732] Voir YUSUF Abdulqawi Ahmed, « Transfer of Technology » *in* BEDJAOUI Mohammed, I*nternational law: achievements and prospects,* Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 1992, p.691-705.

vise à donner aux artistes les moyens de matérialiser leur liberté[733]. En outre, comme l'a remarqué le Comité des DESC des Nations Unies dans son Observation générale n°17 concernant le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur, ce droit est « *étroitement lié au droit qu'a toute personne d'obtenir la possibilité de gagner sa vie par un travail librement choisi* »[734].

Toutefois, il ne faudrait pas oublier que ces instruments privilégient une optique largement commerciale. Les DPI, en effet, semblent être le privilège du monde occidental, de la « majorité »[735], voire de quelques intérêts privés seule[736] : ils visent à faciliter les producteurs de l'audiovisuel dans leurs démarches d'exploitation des droits d'interprétation ou d'exécution des œuvres, aux niveaux national et international[737], plutôt qu'à faciliter la création, l'éducation artistique et l'accès à l'art. Les artistes eux-mêmes sont peut-être les derniers à profiter de ces instruments de protection[738], à l'exception, certes, des « grandes stars »[739] ou en tous les cas, une minorité d'artistes[740].

---

[733] KALLINIKOU Dionysia, « Copyright promoting arts and economy », *RHDI,* n°61, 2008, pp. 225-237 ; KOUMANTOS Georgios, *Propriété intellectuelle [Πνευματική ιδιοκτησία],* Athènes, Sakkoulas, 2002 (8è éd), pp.118 et s.

[734] OG n°17 du Comité des DESC, §4.

[735] Ceci est expliqué d'un point de vue technique par COMBE Émmanuel et PFISTER Étienne, « Le renforcement international des droits de propriété intellectuelle », *Économie internationale,* Coll. La Documentation Française, Vol. 1, n°85, 2001, pp. 63 -81: « *Lorsqu'un pays commence à disposer des capacités nécessaires au développement autonome de nouvelles technologies, il tend à adopter un système de DPI réellement efficace. Au contraire, un pays importateur net de nouvelles technologies préférera garder un système de DPI relativement permissif vis-à-vis des imitateurs et contrefacteurs* ».

[736] Par exemple, DEMUINJNCK Geert, « Is P2P sharing…», *op.cit.;* VAIDHYANATHAN *Copyrights and copywrongs :the rise of intellectual property and how it threatens creativity*, New York University Press, 2001.

[737] OMPI (Rapport), *Document d'information sur les principales questions et positions concernant la protection internationale des interprétations et exécutions audiovisuelles*, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, 19è session, Genève,14–18décembre2009**,** disponible sur le site de l'OMPI,*www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_19/sccr_19_9.pdf,* consulté le 22 octobre 2010.

[738] Ils sont d'ailleurs souvent confrontés par exemple aux obstacles liés à l'engagement de poursuites de la part des créateurs, à leur exploitation et aux frais excessifs des procès ; à ce dernier point voir CASTONGUAY Sulvie, « Coût des litiges de propriété intellectuelle; une introduction », *Magazine OMPI*, n°1, février 2010, p.2 ; TOWNS Williams « Honoraires conditionnels aux États-Unis d'Amérique; égalité de chances pour tous? », *ibidem,* pp.6-7 et BURDON Michael, « Royaume-uni: un pays onéreux peut-il s'amender? », *ibidem,* pp.8-10.

[739] Voir dans le même sens DEMUINJNCK Geert, « Is P2P sharing an objectionable form of free-riding ? » *in* GOSSERIES Axel, MARCIANO Alain et STROWEL Alain, *Intellectual property and theories of justice*, Hampshire-NewYork, Palgrave Macmilan, 2008, pp.148-149, qui parle d'un «winner-takes-all market » au plan des droits d'auteur dans le milieu de la musique.

[740] C'est pour cela qu'un grand mouvement de « réorientation » des artistes existe sur le plan mondial, à propos de la meilleure exploitation de leur travail par des moyens alternatifs et leur meilleure

B. Le système des DPI comme limite à la création ?

Les DPI peuvent aussi être considérés comme une limite à la création, et ce, en deux sens : au sens d'une limite posée à la liberté d'*utilisation* des œuvres, ou bien, à la liberté d'*accès* aux œuvres, notamment pour cette partie de la population qui ne dispose pas des moyens d'y accéder autrement, et notamment de la population des États en développement.

1. Les DPI comme limite à la liberté d'*utilisation* des œuvres ?

La controverse sur l'utilisation des œuvres n'est certes pas nouvelle. Des conflits sont tout d'abord susceptibles d'émerger lors de la confrontation du droit d'auteur avec la liberté d'expression, au sens de « liberté d'utilisation des œuvres par d'autres créateurs » : ceci constituerait une atteinte à la paternité ou à l'intégrité de l'œuvre (dans les droits romano-germaniques) ou une violation des droits découlant du *copyright* (dans les droits anglo-saxons). La Convention de Berne donne des précisions concernant certains cas où on aurait une *libre utilisation des œuvres* : les citations ainsi que l'illustration de l'enseignement, dès que la source et le nom de l'auteur y sont mentionnés[741]. De même, la *parodie,* exemple caractéristique de confrontation entre la liberté d'expression et le droit d'auteur, fait en principe exception à la protection des droits d'auteur dans les États européens[742] et peut, dans

---

mise en réseaux, voir par exemple l'initiative « Arts Bank ». COLLOQUE, *3ème Foundations and networks international*, organisé par la Fondation Fitzcarraldo et le Réseau International des Arts du Spectacle(RIAS) regroupant des médiateurs culturels de dix pays, Lisbonne, 2 à 4 octobre 2008, rapport disponible sur le site du RIAS, *www.ietm.org/upload/files/2_20090324101745.pdf*, consulté le 25 octobre 2010.

741 Article 10 de la Convention de Berne.

742 Voir, à propos de la parodie, VOORHOOF Dirk, « La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect des droits de l'auteur? La parodie en tant que métaphore » *in* STROWEL Alain, TULKENS François et al.(dir), *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs,* Bruxelles, Larcier, 2006, pp.39-70. La question de la parodie par support artistique (caricatures par exemple) a été déjà tranchée par la Cour européenne à plusieurs reprises et notamment dans les affaires *Dubowska et Skup c. Pologne*, n°s 94390/96 et 34055/96, décisions de la Commission du 18 avril 1997, D.R. no. 89-B, p. 156 et plus récemment dans *Kuliś et Różycki c. Pologne*, requête n° 27209/03, 6 octobre 2009, CEDH 2009-… En l'espèce, il s'agissait d'un magazine pour enfants(« Angorka »), partie du magazine Angora, qui avait publié une caricature satirique à l'encontre de la compagnie Star Foods. La caricature représentait un petit chien d'un dessin animé connu (Reksio) en train de manger les chips de Star Foods et disant : *«Ne vous inquiétez pas, je serais aussi un meurtrier si je mangeais cette saleté!* ». La Cour a considéré en tout d'abord que la légende de la caricature était un jugement axiologique et non une déclaration des faits (§32). Ensuite, elle a constaté l'existence d'un conflit entre deux « intérêts compétants » qui donnait lieu à une marge d'appréciation de la part des Etas (§35). Or, elle a considéré en l'espèce que la publication litigieuse rentrait dans le cadre du « débat public » (plus particulièrement qu'elle a été publiée à la suite d'une « campagne inacceptable lancée par la Star Foods, ciblant des jeunes enfants ») et que de ce fait « la publication par les requérants concernait une sphère où les restrictions à la liberté d'expression devraient être strictement interprétées » (§37). Ainsi, la Cour a statué que l'ingérence était disproportionnée au but poursuivi

les droits anglo-saxons, ouvrir à la défense de l'« usage équitable » (*fair use*)[743].

Dans les matières artistiques, la question se pose en premier lieu en raison de la nature même de l'art qui, afin de créer quelque chose de nouveau, se nourrit bien souvent de ce qui le procède[744]. La question se pose également en raison des changements qu'on observe concernant la diffusion des œuvres, qu'il s'agisse de la manière ou de la quantité – on pense notamment ici aux œuvres d'image ou de musique, puisqu'il est désormais extrêmement facile de « s'inspirer » voire de plagier une œuvre en circulation sur Internet[745]. Il ne s'agit donc pas ici de la parodie, ni d'une appropriation *mala fide* ou qui vise à dénigrer l'œuvre initiale, mais bien plutôt des œuvres dont le nom, le contenu, ou tout simplement la source d'inspiration, font appel à des œuvres préexistantes, puisque la ligne entre la *création artistique* et le *plagiat* sont particulièrement floues.

En second lieu, la question de la liberté d'utilisation des œuvres se pose spécifiquement pour les techniques de l'*appropriation* en tant que techniques artistiques[746]. En effet, dans un certain nombre de pratiques artistiques, il est très commun d'utiliser plusieurs parties d'une autre œuvre, ou même son intégralité, afin de créer une nouvelle œuvre : outre les *ready-made* en arts plastiques, il s'agit également des techniques comme la « retouche » ou le collage en illustration, mais également le *looping* ou le *sampling* en musique, techniques extrêmement facilitées

---

et qu'il y a eu donc violation de l'article 10 de la Convention.

743 Le *fair use* est une exception aux droits de copyright, appliqué par exemple en cas de citations ou de parodie.

744 « *[...] l'art le fruit de rencontres. Les créateurs inventent en s'inspirant les uns des autres. Ils* piochent, coupent, déforment, reforment les matériaux q*ui vont leur servir à créer une œuvre singulière. Mais celle-ci n'est jamais vraiment originale! [...] »* dans MOREAU Antoine, « Du logiciel à l'art libre », *Influx,* n°5, publié dans *Copyright / Copywrong,* actes du colloque, Nantes, éd. MeMo, 2003.

745 Voir à propos des mutations apportés par l'Internet aux droits d'auteur, la thèse de MIKAELIAN Nathalie, *La mutation des droits d'auteur dans l'environnement numérique: l'émergence d'un droit d'accès,* Université de Nice, 2004.

746 DUSOLLIER Séverine, « Le droit d'auteur et l'appropriation artistique », *Art'Icle*, février 2006, p. 8-9. Un bon exemple d'*appropriation* serait l'affaire de l'artiste américain *Koons*: en effet, en 1993 la Cour Suprême a été confrontée à la question de la réappropriation d'une photographie représentant une série de huit petits chiens par Rogert Koons: *Koons v Rogers, 113 S ct 365 (1992).*L'oeuvre de Joseph Koons en question était le « String of Puppies », bois polychromide, 1988, à partir de la photo de Arts Rogers « Puppies » de 1980. Cette dernière, jusqu'au jour du litige, avait vendu quasiment 10.000 exemplaires.. En l'espèce, l'œuvre litigieux (l'œuvre de Koons), n'a pas été considéré de la parodie, et de ce fait n'a pas pu rentré dans le cadre protecteur de la défense de *fair use.* Voir l'article de HARNO Louise Law, « Art, and the Killing Jar »,*Iowa Law Review*, n° 79, 1995, p.367 et s.

par les outils technologiques actuels[747]. A l'issue de ces pratiques créatives, l'œuvre initiale reste entièrement reconnaissable, même posée dans une nouvelle configuration.

2. Les DPI comme limite à la liberté d'accès aux œuvres ?

Des conflits sont également susceptibles d'émerger lors de la confrontation du droit d'auteur avec la liberté d'expression, au sens du libre accès aux œuvres. Dans ce cas, c'est donc le « droit à la culture » qui est en cause, c'est-à-dire le côté *passif* de la liberté de l'art, qui vise à garantir le plus grand accès du public à l'art . Certes, dans les années 1980, de nombreux auteurs avaient envisagées les évolutions politiques et culturelles qu'engendrerait l'émergence du cyber-espace[748]. Personne n'avait alors imaginé à quel point le progrès technologique (l'avènement des fameuses « NTIC » : les nouvelles technologies de l'information et de la communication) bouleverserait le système de protection des droits de l'auteur – un processus qui n'est pas terminé aujourd'hui.

En matière d'art, les évolutions ont été particulièrement marquantes. En effet, les environnements numériques ont radicalement changé le concept non seulement de la création, mais également de la médiation et de la diffusion des œuvres, à travers des manifestations diverses du concept de *partage* parmi des utilisateurs d'Internet. Auparavant, l'accès aux œuvres littéraires, scientifiques et artistiques n'était imaginable que « *si les droits moraux de l'artiste créateur [étaient] protégés* »[749] ; aujourd'hui, c'est précisément ce qui se produit, notamment en ce qui concerne la musique et les films.

La question réside alors dans le fait de savoir si, *aujourd'hui*, le droit du public à la culture peut éventuellement s'étendre légitimement en droit d'accès *gratuit* à la culture, dès lors que l'avènement de l'Internet à grande vitesse a rendu une telle

---

[747] Voir notamment VAIDHYANATHAN Siva, « American music challenges the copyright tradition » *in* ATKINS Robert MINTCHEVA Svetlana, *Censoring Culture*, *op.cit.* p.38 et s.

[748] Theodor Neslon et Stewart Brand, par exemple, cités par STREETER Thomas, « That deep romantic chasm; libertarianism, neoliberianism and the computer culture » *in* CALABRESE Andrew, BURGELMAN Jean-Claude (dir.), *Communication, citizenship, and social policy : rethinking the limits of the welfare state*, Lanham (États-Unis), Rowman & Littlefield, 1999, p.50.

[749] C'est cela que considérait le représentant chinois lors de la rédaction de la Déclaration universelle en 1948, voir MORSINK Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights..*, *op.cit.,* pp.217-222.

possibilité envisageable et extrêmement facilitée. En effet, au cours des dernières années, les réseaux *peer to peer* (*file-sharing*) qui ouvrent d'immenses possibilités de téléchargement (*downloading*), alors que le *streaming*, ou encore d'autres pratiques d'accès aux œuvres liées à la transmission numérique de l'information (*podcasting*, etc.), ont pris des dimensions gigantesques. Selon les données de la Fédération internationale pour l'Industrie phonographique (IFPI), le pourcentage des œuvres piratées sur la totalité de la production musicale pour l'année 2005 s'élevait :

- à 10% pour l'Australie, l'Autriche, le Canada, le Danemark, la France, l'Allemagne, l'Islande, l'Irlande, le Japon, la Norvège, la Suède, la Suisse, le Royaume-Uni et les États-Unis ;
- de 10 à 24% pour la Belgique, la Finlande, l'Italie et la Corée du Sud[750] ;
- à plus de 50% pour la Bulgarie, le République tchèque, l'Estonie, la Grèce, la Lettonie, l'Espagne, la Pologne, la Lituanie, la Roumanie, la Russie, la Serbie-Monténégro, la Turquie et l'Ukraine[751].

En 2006, en France, les effets du *file sharing* ont été évidents sur le marché : 47% des utilisateurs du cyber-espace ont téléchargé des logiciels ou des œuvres musicales et 93,6% des films piratés étaient disponibles en « P2P » (*peer to peer*) avant leur sortie en salle[752]. Comme l'a prévu M. Pin en 2006, le phénomène a continué de s'accroître dans le monde entier[753].

Entre 2004 et 2009, les ventes de musique sur le marché global ont baissé de 30%[754].

---

[750] IFPI « The recording industry; commercial piracy report », 2005, p.4, disponible sur le site de http://www.ifpi.org/ , consulté le 26 octobre 2010.

[751] Les États « d'urgence », en particulier, où l'industrie musicale a eu le plus de pertes, sont, selon l'IFPI, le Brésil, la Grèce, le Canada, la Chine et l'Indonésie. IFPI « The recording industry; commercial piracy report; protecting creativity in music», 2006, p.4, disponible sur le site de http://www.ifpi.org/ , consulté le 26 octobre 2010.

[752] IFPI, « Piracy Policy 2006 » et IFPI, « Digital Music Report 2006», Rapports disponibles sur le site de la IFPI, *www.ifpi.org/content/library/piracy-report2006.pdf,* et *www.ifpi.org/content/library/digital-music-report-2006. pdf,* consultés le 22 octobre 2010.En effet, le nombre d'utilisateurs est tel, que nous pourrions facilement suggérer l'avènement d'une rupture radicale avec tous les précédentes en matière culturelles et parler d'une véritable démocratisation (voire « popularisation ») de la culture.

[753] Voir PIN Xavier, « L'indulgence du juge pénal à l'égard du téléchargement ou l'échange illicite des œuvres protégées », *in* CUERPI (Centre Universitaire d'Enseignement et de Recherches en Propriété Intellectuelle)(dir.), *La propriété intellectuelle et son juge »,* Actes du Colloque de CUERPI, Université Pierre Mendès France-Grenoble 2, 2006, Paris, Dalloz-Transactives, 2009(reéd).

[754] IFPI, « Digital Music Report 2010»,Rapport disponible surle site de l'IFPI *http://www.ifpi.org/content/section_resources/dmr2010.html*, consulté le 22 octobre 2010, p.6.

En 2009 en particulier, des pays comme l'Espagne, la France ou le Brésil ont souffert des effets commerciaux du téléchargement, alors qu'en Angleterre, par exemple, un « P2P *file sharer* » sur quatre (24%) n'a rien dépensé en achats de supports musicaux[755]. C'est seulement en 2010 que le marché semble s'adapter un peu plus, puisqu'un quart du « chiffre d'affaires » de l'industrie musical sur le plan global a été obtenu grâce aux chaînes digitales, qui privilégient désormais le téléchargement « à la carte »[756].

Sur le plan de l'OMPI, des campagnes sont menées régulièrement afin de combattre la contrefaçon, notamment le piratage des CD de musique[757]. L'UNESCO note également avec inquiétude ces évolutions, soulignant que « *la révolution numérique n'a pas laissé la protection par le droit d'auteur intacte* », tout en prêtant malgré tout « *une attention particulière à la nécessité de maintenir un juste équilibre entre les intérêts des auteurs et l'intérêt du public* »[758].

Malgré les jugements occasionnels dans le droit interne des États[759], la question du conflit entre la liberté d'expression et la propriété intellectuelle n'a pas encore été globalement traitée en droit international[760]. La résolution de ce conflit est alors posée

---

[755] *Ibidem,* p.18.

[756] *Ibidem,* p.3

[757] Voir l'article CASTONGUAY Sulvie(éd), « Une décennie de célébration de la créativité », *Magazine OMPI*, n°2, avril 2010, p.6, se référant aux campagnes de l'OMPI contre le piratage.

[758] Voir le site de l'UNESCO, à propos de la 14ème session duComitéIntergouvernemental de la Convention universelle sur le droit d'auteur qui s'est tenue à Paris du 7 au 9 juin 2010, voir sur le site de l'UNESCO « Culture- droits de l'auteur », http://portal.UNESCO.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=12313&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html,consulté le 26 octobre 2010.

[759] C'est le cas par exemple de l'affaire *Utrillo* : TGI Paris (3e Ch.), 23 fév 1999, D. ; p.580, note P. KAMINA; *R.T.D. Com*., 2000, p.96, obs. A. FRANÇON, *RIDA,* avril 2000, cassée par la Cour de Cassation, 1 ch. 13 sept.2003. Ou bien de l'affaire *Esso c. Greenpeace,* jugé par la Cour de Cass. de Paris le 16 novembre 2005.Au contraire, la jurisprudence belge n'accepte pas qu'il existe une conflit entre droits d'auteur et droit du public, *voir* Cour de Cass. Belge, A.&M., 25 septembre 2003, 2004/1, p.29. Voir DUBUISSON François « Quand le 'droit' du public à l'information rencontre les «droits» sur l'information : vrai ou faux débat ? » *in* STROWEL Alain et TULKENS François(dir), *Droit d'auteur et liberté d'expression…*, *op.cit,* note 742, p.117.

[760] STROWEL Alain et TULKENS François, *Droit d'auteur et liberté d'expression…, op.cit,* note 742, p.34. Voir également BRONZO Nicolas, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Paris, Harmattan, 2007; HUGENHOLTZ Bernt, *The future of copyright in a digital environnement,* Leiden-Boston, Kluwer Law International, 1996; KAMINA Pascal, *Film Copyright in the European Union,* Cambridge Studies in Intellectual Property, Cambridge University Press, 2002; KAMINA Pascal « Droit d'auteur et article 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme : A propos de quelques affaires récentes, en France et en Europe»,*Legicom*, n°25, 2001-2002, p.7et s.; GEIGER Christophe, « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre; libres propos à partir de l'arrêt « Victor Hugo » de la Cour de cassation du 30 janvier 2007 », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel,* 2007, pp.59-65.

en premier lieu sur le plan des législations nationales et sur le plan régional[761] : en France par exemple, le Conseil constitutionnel a jugé qu'« *il rev[enait] au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de cette liberté telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication concernés et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels* »[762]. Or, en réalité, établir ce « juste équilibre » entre les deux droits s'avère une tâche extrêmement ardue : d'un côté, les partisans du droit d'auteur considèrent les techniques d'appropriation comme une violation des DPI, voyant de plus en plus les droits à l'information ou à la culture être limités par « autrui » (cet « autrui » étant le titulaire des DPI), alors que de l'autre côté, les partisans de la liberté d'expression méconnaissant entièrement les droits à la création (ou d'accès à l'art) et prétendent que ce « droit d'accès à la culture » ambigu[763], comprend également l'accès à la culture *libre,* voire *gratuite*[764]. Les approches divergent notamment entre un monde européen et un monde américain aux différences fondamentales en matière de système de protection des droits de l'auteur – on pense au *copyright* américain extrêmement rigide. Ainsi, alors qu'aux États-Unis, de plus en plus d'auteurs font appel à une conception plus ouverte du droit de l'auteur afin de « libérer la créativité

---

[761] Des efforts sont initiés déjà sur le plan de la législation, dans les droits anglo-saxons en premier, et notamment en Angleterre (où le système de Copyright, renforcé par le « Designs and Patents Act » de 1988, octroie aux auteurs des droits de caractère matériel et patrimonial à la fois) et aux États-Unis (où le « Digital Millennium Copyright Act » de 1998 donne le droit aux titulaires du copyright d'interdire l'utilisation de ses œuvres sur des sites Internet sans nécessairement passer par un procès juridique) voir DANAY Robert, « Copyright vs. Free Expression: The Case of Peer-to-Peer File-Sharing of Music in the United Kingdom », *IJCLP*, automne 2005 (revue électronique disponible en ligne) ; HEINS Marjorie et BECKLES Tricia, « Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control »,mis en ligne en décembre 2005 sur le site de « Free Expression Policy Project », http://www.fepproject.org/policyreports/fairuseflyer.html, consulté le 26 octobre 2010. Également, l'Union européenne fait des grands efforts de renforcer son système de droits de propriété intellectuelle Voir notamment la directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 intitulée *Droit d'auteur et droits voisins dans la société de l'information* sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, ainsi que la Directive 2004/48, précitée.

[762] Conseil constitutionnel, décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, relative à la loi de réglementation des télécommunications, citée également dans le Rapport du groupe de travail de l'Académie des sciences morales et politiques présidé par M. Gabriel de Broglie, intitulé « Le droit d'auteur et l'internet », Paris, 2000, disponible sur *www.droitsdauteur.culture.gouv.fr/rapportbroglie.pdf,* consulté le 1 novembre 2010.

[763] Voir *supra,* note 821 et s.

[764] Voir pour ces enjeux au sein de l'OMPI, MASOUYE Patrick, « Le droit d'auteur se meurt.. vive le droit... des utilisateurs... », *RIDA,* 2009, n°222, p.188-282 et aussi, à titre indicatif, LUCAS André, « Droit d'auteur, liberté d'expression et droits du public à l'information» *in* STROWEL Alain, TULKENS François et al.(dir), *Droit d'auteur et liberté d'expression…*, *op.cit.,* note 742, p.131et s.

»[765], en Europe, les approches paraissent plus hésitantes et il semble qu'un certain accord existe quant à la nécessité d'appréhender le droit d'auteur et la liberté d'expression en termes de sa *finalité*[766].

Ces approches soutiennent qu'une résolution du conflit sur le plan prétorien et l'obtention d'un équilibre entre les deux droits est possible, notamment en tenant compte de la *finalité* des restrictions aux droits d'auteur ou à la liberté d'expression respectivement : le professeur Strowel, par exemple, propose à cet égard de distinguer, dans l'entreprise d'équilibrage des deux droits, deux types de règles : d'une part, le cas des règles « relatives au contenu » de l'expression, comme dans le cas des « adaptations » (où la liberté d'expression serait alors susceptible de prévaloir) ; d'autre part des règles « de contenu neutre », comme dans le cas des règles interdisant une certaine forme d'accès à un travail qui est autrement disponible (où les droits d'auteur seraient donc susceptibles de prévaloir)[767]. D'autres approches « finalistes » pourraient être également considérées : Madame Couto, par exemple, propose une balance entre les avantages et les désavantages des effets de ce conflit de droits[768].

Quant au piratage en particulier, il convient de remarquer qu'il ne s'agit pas d'un conflit de droits à résoudre, puisqu'il n'existe pas de droit à la « liberté d'accès à la culture » directement en cause ici. En effet, *librement* et *gratuitement* sont deux modalités différentes : la nécessité de sauvegarde des droits de l'auteur (tout comme la condition de paiement d'un billet pour un spectacle ou d'un ticket pour la visite

---

[765] Des approches fondées sur des systèmes de protection des œuvres moins rigides, équivalentes au *copyleft* par exemple, voir notamment McLEOD Kembrew, *Owning Culture: Authorship, Ownership and Intellectual Property*, New York, Peter Lang, 2001 ; et McLEOF Kembrew et LESSIG Laurence, *Freedom of Expression: Resistance and Repression in the Age of Intellectual Property,* New York, Peter Lang, 2001. Voir aussi LESSIG Laurence, *Free culture : how big media uses technology and the law to lock down culture,* Penguin, 2004.

[766] Voir notamment l'intervention de M.Geiger et des Professeurs Strowel et Vivant dans le Colloque « *La balance des intérêts en droit d'auteur* », organisée par l'Institut Max Planck, novembre 2004, Actes du Colloque disponibles sur le site: http://www.ip.mpg.de/ww/en/pub/research/publikationen/ online_publikationen/the_b.cfm, consulté le 22 octobre 2010. Également, GEIGER Cristophe, « Droits d'auteur et droits du public à l'information ; relation conflictuelle ou pacifique ? » *in* STROWEL Alain et TULKENS François(dir), *Droit d'auteur…,op.cit,* note 742, pp.103-122. Voir néanmoins aussi, MOREAU Antoine, *Le copyleft appliqué à la création artistique*, Mémoire pour l'obtention du DEA Arts des Images et Art Contemporain, Université Paris 8, 2005, mis en ligne sur http://antomoro.free.fr/left/dea/DEA_copyleft.html, consulté le 22 octobre 2010.

[767] STROWEL Alain *in* Colloque « *La balance des intérêts en droit d'auteur* », voir *supra,* note 742.

[768] COUTO Alexandra, « Copyright and freedom of expression :a philosophical map» in GOSSERIES Axel, MARCIANO Alain et STROWEL Alain, *Intellectual property and theories of justice*, Hampshire-NewYork, Palgrave Macmilan, 2008, pp.160-181.

d'un musée[769]), ne produisent pas forcément de conflits de droits fondamentaux sur le plan normatif. Aucune approche violente entre les deux droits donc ne devrait *a priori* être détectée. Par ailleurs, les arguments en faveur de la libéralisation totale de la culture sont fragmentaires : d'une part, les prérequis de la liberté de l'art ne présupposent pas obligatoirement la violation des droits d'auteur[770] ; d'autre part, l'accès à la culture gratuite pour certaines œuvres n'est pas une condition suffisante pour la réalisation d'une justice sociale[771]. Par ailleurs, les conditions d'exercice de ce droit d'« accès à la culture » dépendent largement des conditions économiques réelles, ainsi que d'autres questions touchant la sphère des politiques culturelles (l'équipement de connexions Internet à grande vitesse par exemple, etc.).

Il nous semble alors que la question du « conflit », encore une fois, entre la liberté de l'art et la propriété intellectuelle, devrait être posée sous un autre angle. Certes, dans une certaine mesure, l'interdiction de l'utilisation des œuvres encombre la créativité ; cela est remarquable notamment dans le fait que les DPI aboutissent fréquemment à des monopoles dans les industries culturelles ou à des abus des droits par des compagnies privés[772] (en particulier les DPI tels qu'ils ont évolué dans le système du *copyright* américain, qui « *reconnaît comme auteurs au même titre Microsoft et Miles Davis* », d'après l'expression de Siva Vaidhyanathan). Dans d'autres cas moins directement liés aux expressions culturelles et artistiques, le système des DPI, en l'absence de standards éthiques, accélère les injustices économiques et sociales[773]. Or,

---

[769] Autres exemples : la nécessité de paiement de droits du péage sur les autoroutes, le prix pour acheter à manger et à boire, le paiement d'un loyer, les honoraires du médecin etc.

[770] COUTO Alexandra, « Copyright…», *op.cit.,* p.164.

[771] Nous suivons ici la pensée de Rawls, lorsqu'il dit que « on a besoin d'un ensemble de principes pour choisir entre les différentes orgnaisations sociales qui déterminent cette repartition des avantages et pour conclure un accord sur une distribution correcte des parts », RAWLS John*, Théorie de la justice*, Paris, Seuil, 1997(2è), pp.30-31.

[772] Voir VAIDHYANATHAN Siva, *Copyrights and copywrongs…, op.cit,* note 736. En outre, l'idée que la créativité va de pair avec le système de propriété intellectuelle présente aussi certaines « difficultés philosophiques uniques », voir aussi à propos SIFFRIN Seana Valentinem, « The incentives argument for Intellectual Property protection », *in* GOSSERIES Axel, MARCIANO Alain et STROWEL Alain, *Intellectual property and theories of justice,* Hampshire-NewYork, Palgrave Macmilan, 2008, pp.94-105. Des contre-arguments sont soulevés également du point de vue des psychologues et des sociologues, notamment les conditions de la création telles que la liberté intrinsèque, l'absence du contrôle et l'accès à des « ressources suffisantes », voirAMABIL Teresa, *Creativity in context…, op.cit.,* par exemple, pp.231et s. Également, de la part des économistes, voir « The abolition of copyright » *in* MOSSETO Gianfranco, *Aesthetics and economics, op.cit.,* p.204 et s.

[773] Comme le stipule par exemple Madame Chapman en prenant l'exemple de la « biopiratie » (la destruction de la faune et la fleure) des pays en développement ou d'autres injustices quant aux droits aux avantages des sciences, à la santé, à la nourriture; voir CHAPMAN Audrey, « Core Obligations Related To Article 15§1 CESCR » *in* CHAPMAN Audreyet RUSSEL Sage(éd), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, *op.cit.*, p.321 et s.

il faut bien discerner la « racine » de ces injustices : on n'a pas là en cause des droits d'auteur *en soi*, ces derniers n'étant qu'un des symptômes de la mise en œuvre de notre système économique actuel. A cet égard, pour le moins en ce qui concerne le monde de l'art, d'autres approches nous semblent donc plus pertinentes, notamment celles fondées sur les objectifs du développement économique et ses effets sociaux, et qui proposent de mesurer les implications entre les droits à la propriété intellectuelle et la *croissance* en termes économiques et sociaux[774].

§ 2. Le système de la propriété intellectuelle et les conditions économiques, sociales et culturelles de la liberté de l'art

Nous venons d'évoquer l'idée de la *finalité* des DPI vis-à-vis du rôle du droit comme « gardien des équilibres » entre les conflits qui émergent parfois entre le droit de l'auteur et des demandes fondées sur la liberté d'expression. Cette finalité pourtant devrait être examinée dans une perspective plus générale : le rôle des DPI devrait être bien identifié dans la mission du droit, en tant que fait social, qui vise, entre autres, à promouvoir les arts et les lettres, et à renforcer un autre droit culturel : le droit à *l'identité culturelle*. En outre, la réalisation de certaines conditions économiques, sociales et culturelles, inextricablement liées à l'existence d'un État de droit démocratique, nous semble nécessaire afin de témoigner de l'éclosion équitable d'un véritable essor culturel et artistique.

A. Vers une véritable égalité culturelle par le biais du système des droits de propriété intellectuelle (DPI) ?

L'idée d'un « véritable essor culturel et artistique » nous indique deux directions : 1) la protection des intérêts culturels collectifs, des groupes de cultures minoritaires dans une société donnée ; 2) la possibilité pour ces groupes minoritaires d'accéder aux

[774] L'économiste M. Giovanni Battista Rammello, par exemple, d'après une analyse des caractéristiques idiosyncrasiques de la notion de la « connaissance », fait appel justement à un tel système de protection des DPI « maigres » : non seulement car ce dernier lui paraît être compatible à cet idéal de justice sociale, mais également, car il semble pouvoir être considéré comme un objectif de développement économique, dans une perspective d'optimisation globale des profits des technologies créatrices et innovatrices dans le monde, voir RAMMELLO Giovanni Battista, « Access to vs. Exclusion from knowledge : intellectual property, efficiency and social justice» *in* GOSSERIES Axel, MARCIANO Alain et STROWEL Alain, *Intellectual property and theories of justice, op.cit.,* note 772, pp.73-93. Cette idée justement du « *thin copyright protection* », est aussi soutenue par VAIDHYANATHAN Siva, *Copyrights and copywrongs…, op.cit.,* note 736, p.34 et s.

mondes de l'art tout en s'y exprimant, avec un accès aux œuvres et aux formations des métiers d'artiste.

1. Le système des DPI et la protection des intérêts culturels des minorités et des peuples autochtones

Le système de protection des DPI, tel qu'il est conçu aujourd'hui, et notamment à la lumière des exigences du marché culturel[775], n'est pas un régime adapté aux besoins des membres des minorités, ni *a fortiori* à ceux des peuples autochtones. Bien au contraire, comme le signale M. Stoll, « *il est […] problématique que la propriété intellectuelle des inventeurs et des auteurs soit garantie dans le monde d'une manière effective, alors que ceux qui contribuent à ces innovations par leurs savoirs traditionnels et par leurs productions culturelles ne jouissent pour l'instant que de peu de droits* »[776].

Les problèmes multiples commencent par le plan technique, car très peu d'États ont développé des lois *sui generis* pour la protection des intérêts des peuples minoritaires et indigènes[777] ; même en définissant qu'un certain droit d'auteur est applicable, il est impossible d'en définir la durée de la protection[778]. La commercialisation de certaines œuvres d'art d'artistes indigènes au profit de l'industrie culturelle de large échelle est loin de promouvoir l'identité culturelle des minorités et des peuples autochtones[779].
Cette commercialisation a d'ailleurs été décrite comme un « pillage silencieux » dans le Rapport pour le Développement humain de 1999, dont les auteurs, sous la direction de Sakiko Kukuda-Parr, remarquaient déjà que « *Le système des droits de propriété*

---

[775] NYAHOHO Emmanuel, *Le marché culturel à l'ère de la mondialisation*, Presses Universitaires du Quebec, 2001, pp.9-11.

[776] STOLL Peter-Tobias « Le droit international économique face aux défis de la mondialisation », *RGDIP,* 2009, pp. 273-305.

[777] CHAPMAN Audrey, « Core obligations related to article 15§1 CESCR » *in* CHAPMAN Audreyet RUSSEL Sage(éd), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, *op.cit.*, p.321.

[778] Du fait que les peuples autochtones considèrent leurs droits éternels, puisqu'il font partie de leur identité culturelle, voir BIDAULT Mylène, *La protection internationale des droits culturels, op.cit.,* pp.474. Voir aussi pour les questions plus techniques la problématique de COSTES Cyril, *Propriété intellectuelle et peuples autochtones: la question de la protection juridique des biens intellectuels des peuples autochtones*, thèse en droit de propriété intellectuelle, Université Aix-Marseille III, 2003.

[779] YANG, Chih-Chieh, « A comparative study of the models employed to protect indigenous traditional cultural expressions » n°24, *APLPJ,* Vol.11, n°2, 2010, pp.49-84.

intellectuelle et industrielle permet en particulier à des intérêts privés d'accaparer des innovations d'origine indigène et collective. Le dépôt et la délivrance abusifs de brevets en dépit des usages antérieurs — on l'a vu avec le haricot mexicain "enola", qu'une entreprise des États-Unis a cherché à s'approprier — contribuent au pillage silencieux de savoirs et de richesses que les pays en développement ont mis des centaines d'années à acquérir »[780]. Dans ce Rapport, il est également remarqué qu'« *Un régime mondial des droits de propriété intellectuelle est injuste s'il n'est universel que dans son application et non dans les instruments qu'il met à disposition. Le droit de la propriété intellectuelle et industrielle — brevets, droits d'auteur, marques de fabrique, dessins et modèles industriels, indications géographiques — est issu des besoins des inventeurs de la révolution industrielle. Cependant, les coutumes, institutions, besoins et modes de travail des détenteurs de ressources génétiques, de savoirs traditionnels et du folklore s'intègrent encore mal à ce cadre* »[781].

Ce n'est qu'au cours des dernières années que certaines démarches ont été entreprises au sein de l'ONU dans le but de protéger les expressions traditionnelles. Nous songeons par exemple à la « Déclaration sur les droits des peuples autochtones » (DRIPS), qui prévoit un droit *collectif* des peuples autochtones « *de préserver, de contrôler, de protéger et de développer leur propriété intellectuelle collective de ce patrimoine culturel, de ce savoir traditionnel et de ces expressions culturelles traditionnelles* »[782] , mais aussi à la résurgence du projet du « Groupe de travail sur les peuples autochtones » à propos de l'adaptation des « principes et lignes directrices pour la protection du patrimoine des peuples autochtones »[783], ou encore aux projets divers du « Comité intergouvernemental de la propriété intellectuelle relative aux ressources génétiques, aux savoirs traditionnels et au folklore » de l'OMPI (créé en 2000), tels que le « Projet créatif de l'héritage » (2005) [784] ou le « Projet d'analyse des

---

[780] *Rapport sur le développement humain de 1999*, Paris, Economica, pp.236ss, disponible sur le site de PNUD, http://hdr.undp.org/fr/rapports/mondial/rdh1999/, consulté le 3 février 2011, pp.7 et 68.

[781] *Idem,* p.105.

[782] Voir *supra,* note 121 et s, note 420 et aussi à ce sujet LERNER Natan « Religious Human Rights under the UN » *in* VAN DER VYVER Johan et WITTE John (dir), *Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives*, Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p.112.

[783] E/CN.4/Sub.2/AC.4/2005/WP.1, présenté par M. Yozo Yokota et le Conseil saami. Ce projet en effet existe depuis 1995, élaborée à l'époque par Erica-Irene Daes, Rapporteuse spÈciale de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de líhomme (E/CN.4/Sub.2/1995/26).

[784] WIPO/GRTKF/IC/8/10, 31 mai 2005, voir aussi TORSEN Molly, « Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions: A Synopsis of Current Issues », *Iowa Human Rights Law Review,*

lacunes en matière de protection des expressions culturelles traditionnelles » (2008)[785].

Ces démarches sont d'ailleurs accompagnées d'un cadre théorique de plus en plus solide, qui vise à récompenser l'injustice dans une perspective de mise en œuvre des droits culturels. En effet, dans son *Observation générale* n° 17 de 2005, le Comité des DESC essaie de rétablir un lien entre la propriété intellectuelle comme droit individuel et l'aspect culturel de l'art, par le biais du droit moral de l'auteur, en précisant que « *Le droit de chacun de bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de toute production scientifique, littéraire ou artistique dont il est l'auteur, préserve le lien personnel qui l'unit à sa création et qui unit les peuples, communautés ou autres groupes à leur patrimoine culturel collectif, ainsi que leurs intérêts matériels fondamentaux, qui leur sont nécessaires pour leur permettre d'avoir un niveau de vie suffisant, alors que les régimes de propriété intellectuelle protègent principalement les intérêts et les investissements des milieux d'affaires et des entreprises* ». De plus, le Comité a essayé de rétablir le lien entre droits individuels et droits collectifs, en précisant que *« Même si le libellé du paragraphe 1c de l'article 15 renvoie généralement au créateur en tant que particulier, le droit d'un auteur à bénéficier de la protection des intérêts moraux et matériels découlant de ses productions scientifiques, littéraires ou artistiques peut dans certains cas être revendiqué ou exercé par des groupes d'individus ou des communautés* »[786]. En particulier en ce qui concerne la protection du droit d'auteur individuels ou collectifs des peuples autochtones, le Comité des DESC souligne que « *les États parties devraient adopter des mesures garantissant aux peuples autochtones la protection efficace des intérêts liés à leurs productions*, *qui sont souvent des expressions de leur patrimoine culturel et savoir traditionnel* » et *« lorsqu'ils adoptent des mesures de protection des productions scientifiques, littéraires et artistiques des peuples autochtones, les États parties devraient tenir compte de leurs préférences »*[787].

A l'instar de ces observations du Comité des DESC, dans son nouveau projet

---

n°3, 2008, p.199.

[785] WIPO/grtkf/ic/13/4(b)rev., 11 octobre 2008.

[786] Observation Générale n°17, *op.cit.*, §8.

[787] Observation Générale n°17 du Comité DESC, *op.cit.*, §32.

d'*Observation générale* concernant la liberté d'expression, les membres du Comité des Droits de l'Homme manifestent une sensibilité analogue concernant la nécessité des expressions culturelles des groupes minoritaires et des peoples autochtones. Sont alors particulièrement mis en exergue notamment les droits linguistiques des minorités (§13), la diversité des expressions dans les médias, la nécessité de l'accès équitable des groupes minoritaires aux médias et à la culture (§15), ainsi que la nécessité de la prise en compte de la culture des groupes minoritaires pendant le processus de diffusion de l'information également sous le prisme de l'article 27 du Pacte (§19) [788].

Il nous semble que ces démarches sont extremêment importants pour le renforcement du régime de protection des DPI pour les minorités et les peuples autochtones, non seulement pour la préservation de leur culture et de leurs traditions, mais aussi, pour le renforcement de leur sentiment d'appartenance à un groupe culturelle[789], et pour le développement d'une économie durable adapté à leurs besoins.

2. Quels enjeux pour l'accès à l'art et aux lettres des pays en développement ?

Aujourd'hui, les gouvernements d'une série de pays en développement pratiquent la censure de façon systématique, notamment à l'encontre des médias, des artistes et des intellectuels dissidents. Il s'agit d'une censure au nom de la protection de l'ordre public, de la sécurité nationale, de la moralité, de la religion ou de tout autre intérêt étatique : c'est par exemple le cas en Chine, en Corée, au Guatemala, à Cuba, en Iran, en Arabie Saoudite, en Afrique du Sud, au Soudan, au Zimbaoué, en Éthiopie et dans nombre d'autres pays[790]. Dans ces États, les arts comme la presse sont chassés au

[788] Projet d'Observation Générale n°34 (article 19 du PIDCP) du 25 novembre 2010, CCPR/C/GC/34/CRP.5.

[789] Voir notamment l' « Atelier international sur les connaissances traditionnelles » organisé par l'Instance permanente sur les questions autochtones des Nations Unies à Panama, 21-23 septembre 2005, et notamment la contribution de Vel J. Suminguit, « *Indigenous Knowledge Systems and Intellectual Property Rights: An Enabling Tool for Development with Identity* » (qui discute aussi la question de la « *biopiratie* »), PFII/2005/WS.TK/2.

[790] Nous renvoyons alors aux nombreuses ressources, études, rapports et les communiqués de Presse des ONG sur ce sujet et notamment ceux des organisations IFEX (http://www.ifex.org/international/, consulté le 22 octobre 2010), *FREEMUSE-The World Forum on Music and Censorship*(http://www.freemuse.org/sw305.asp, consulté le 22 octobre 2010), ARTICLE19(article19.org), qui maintient également une section sur les arts (« Art Alert ») disponible sur *www.article19.org/.../artists/artist-alert.html*, consulté le 22 octobre 2010, ainsi que

quotidien, la musique opprimée, les médias sont contrôlés par l'État et les Beaux-Arts et la littérature connaissent de sérieuses difficultés de diffusion.

A cet égard, la question se pose de savoir si les *déficits* de protection des DPI, tels que le piratage, pourraient éventuellement être considérés sous un prisme plus positif pour les pays en développement. Tout d'abord, nous pouvons songer aux économies substantielles que les pays en développement peuvent réaliser en utilisant les contenus libres, à certaines conditions (par exemple, que les utilisateurs de ces pays se placent aussi en position de producteurs de contenus ouverts)[791]. Ensuite, la diffusion énorme, notamment par le biais d'Internet, de musique et de films auparavant accessibles uniquement dans le monde dit développé, a conduit ces États à un véritable « boom » culturel. Cela est confirmé par les bilans de l'IFPI, d'après lesquels les pays en développement ont obtenu un accès « royal » aux musiques du monde grâce au piratage des CD. En effet, selon les bilans de l'IFPI, en 2003, les ventes illégales de musique représentaient 4,5 milliards de dollars, soit 1,1 milliard de disques en tout et 35% du total des ventes de CD musicaux (contre 1/5 en 2000 et 1/3 en 2002). La Chine et la Russie représentent à elles seules un peu moins d'un milliard de dollars de CD piratés. 36% de la musique piratée provient de CD pressés en usine ; 31%, de gravures faites par des particuliers ; et surtout, 33%, de cassettes audio. Selon l'IFPI, les dix pays où le piratage règne sont le Brésil, la Chine, le Mexique, le Paraguay, la Russie, l'Espagne, Taiwan, la Thaïlande et l'Ukraine, ainsi que certaines villes de

---

PEN par ailleurs, pour la lutte de la liberté d'expression des écrivains et des poètes, au sein de laquelle il existe une Comité pour les écrivains emprisonnés (*www.englishpen.org/writersinprison/aboutthewipc/*, consulté le 22 octobre 2010). Pour la censure en Afrique en particulier, voir à titre indicatif : DREWETT Michael et CLOONAN Martin, « Popular music censorship in Africa », Ashgate, 2006, ainsi que BURNHEIM Sally « The right to communicate : The Internet in Africa», *Article19*, Londres, 2006. A Cuba, l'écrivain Jorge Luis Garcia Perez, a été emprisonné pour 17 ans avant d'être libéré en avril 2009. Récemment, le leader d'un mouvement politique dissident Rolando Jimenez Posada a été condamné en 12 ans de prison pour écrivant des slogans dissidents au murs et un nombre d'autres journalistes et écrivains, tels que Oscar Sanchez Madana, sont constamment chassés et poursuivis pour l'infraction tantôt vaste que vague de la « dangerosité nationale ». En Chine, la censure est pratiquée régulièrement; le cyber espace est constamment contrôlé, un nombre de musiciens sont bannis de jouer en Chine ; le groupe Oasis par exemple ou les Guns and Roses (d'après Article 19, voir *www.article19.org/pdfs/publications/artist-alert-november-2008.pdf,* consulté le 22 octobre 2010) et des nombreuses journalistes, artistes et écrivains ont été condamné au prison pour « incitant à la subversion du pouvoir étatique » ; parmi d'autres Yan Zhengxue, Zhang Jianhong (aka Li Hong), Yang Maodong (aka Guo Feixiong), Chen Shuqing. Voir généralement les rapports de AI « Human rights activists face persecution in China », disponibles sur le site de AI, http://www.amnesty.org/en/region/china, consulté le 22 octobre 2010. Voir aussi une contribution plus ancienne de LENT John, « Freedom of Press in East Asia », *HRQ,* n°137, 1981.

[791] Cette hypothèse est développée par AMRI Yousr, *Le droit d'auteur en faveur des pays en développement et son devenir à l'ère du numérique*, thèse sous la direction de Hervé Cassan et de Habib Slim, soutenue à l'Université René Descartes, Paris, 2008, p.325 et s.

l'État d'Hong-Kong. Il semble d'ailleurs que la contrefaçon, ayant des effets sans doute catastrophiques pour les pays industrialisés du monde développé[792], n'ait pas d'effets économiques néfastes dans l'industrie des pays en développement, notamment grâce au renforcement du « marché de l'imitation » et les effets de la contrefaçon à l'égard du chômage [793].

Certes, l'accès à la culture « mondialisée », promue par Internet et la société de l'information, ne signifie pas forcément que ces États connaîtront un véritable développement culturel qui leur soit propre. Il n'est même pas sûr du tout que l'extrême rationalisation occidentale ainsi que les modes de divertissement des pays développés soient compatibles avec le développement culturel des États en développement. En effet, si les « *valeurs culturelles représentent l'éthos fondamental de la vitalité de toute société* »[794], il n'est pas certain que ces valeurs culturelles soient en réalité promues par la culture commercialisée du monde globalisé[795]. Or, les aspects bénéfiques de l'accès aux arts et aux lettres par le biais des nouvelles technologies, et notamment le progrès économique, ne devraient pas être ignorés à la base de l'argument du maintient à tous prix des traditions culturelles[796].

La question consiste alors à nos yeux à mieux conjuguer les connaissances du monde industrialisé et l'impératif de la coopération des cultures, afin d'obtenir des politiques

---

[792] Analytiquement, pour l'État des lieux avant la révolution numérique, HUMMEL Marlies, « The economic importance of copyright » in *Symposium International, Le droit d'auteur, enjeu économique et culturel,* Paris, Litec, 1990, pp.63-73 ; LACOSTE Bernard, « La piraterie et les industries de création », *ibidem,* pp.121-131.

[793] VAITSOS C., « Patents Revisited: their Function in Developing Countries », *Journal of Development Studies*, Vol.9, 1972, p. 71-97 cité par COMBE Émmanuel et PFISTER Étienne, « Le renforcement international des droits de propriété intellectuelle… », *op.cit.*: p.7 « *l'absence de protection effective en matière de* copyright *au cours des dernières années a favorisé les comportements d'imitation à grande échelle, qu'il s'agisse de produits informatiques, textiles, culturels, ou encore pharmaceutiques, dans les pays en développement et émergents etune industrialisation basée pour partie sur la contrefaçon a dès lors pu s'y développer».*

[794] Résolution de l'AG des Nations Unies, « Préservations et épanouissement des valeurs culturelles », (notamment Chap.II, « Les valeurs culturelles et le plan à moyen terme de l'UNESCO : 1977-1982) », p.4, Doc.A/33/157, 6 septembre 1978.

[795] M. Swidler par exemple, professeur de pensée catholique et de dialogue interreligieux, appelle cette culture « chrétienne/occidentale/globalisée », voir SWIDLER Leonard, « The age of global dialogue », *in* WAARDENBURG Jacques(éd), *Islam and Christianity,* Leuven, Peeters, 1998, p.271.

[796] VENTURA Arnoldo « L'impact culturel du transfert de technologie dans les pays en développement » *in* SANCHEZ-ARNAU Juan-Carlos et DESJEUX Dominique, *La culture, clé du développement*(1987), Paris, L'Harmattan-UNESCO, 1994(2ème éd), pp.101-140 ; MALEK Hossein, « La politique du développement et de la culture dans les pays en développement », *idem,* pp.61-99, notamment p.91.

de renforcement de l'éducation et des fonds structurels pour les pays en développement. Cela amènerait des solutions plus stables, qui tiendraient compte du développement économique, culturel et humain dans une perspective d'égalité sociale. Les premiers jalons notables posés en ce sens pourraient être deux textes juridiques élaborés par l'UNESCO et l'OMPI, à savoir, respectivement : la loi-modèle de Tunis de 1976, pour la protection des intérêts des DPI des États en voie de développement ; et les provisions-modèles de 1982 pour la protection du folklore contre ses exploitations illicites.

Aujourd'hui, au prisme de la mondialisation, des efforts encore plus intensifs semblent nécessaires. Nous pouvons imaginer que la nécessité d'accès à la culture pourrait être fondée sur une théorie de la justice[797], ou, mieux encore, sur une théorie de développement économique conjuguée aux impératifs d'éthique et de solidarité entre les peuples[798]; n'oublions pas d'ailleurs que la *paix,* voire la solidarité, est l'objectif primaire de la constitution d'une Communauté internationale[799].

Cette solidarité, d'ailleurs, semble en premier lieu nécessaire pour la mise en œuvre des droits sociaux : M. Koskenniami, en se référant à la première Conférence qui a eu lieu à Durban en 2001, et à propos DPI en particulier, écrit : « *prenez à présent des milliers d'Africains et bientôt peut être d'Asiatiques qui succomberont à une mort prématurée due à une maladie sexuellement transmissible. Les seuls droits formels qui s'appliquent sont ceux relevant du système de propriété intellectuelle pour déterminer les prix de produits des entreprises pharmaceutiques multinationales* »[800].

---

[797] RAMMELLO Giovanni Battista, « Access to vs. Exclusion from knowledge : intellectual property, efficiency and social justice» *in* GOSSERIES Axel et al., *Intellectual property…*, *op.cit.,* pp.73-93.

[798] Le préambule de la déclaration de l'Assemblée Générale sur le développement (résolution 41/128 du 4 décembre 1986) défini le développement comme «*un processus global, économique, social, culturel et politique, qui vise à améliorer sans cesse le bien-être de l'ensemble de la population et de tous les individus, sur la base de leur participation active, libre et significative au développement et au partage équitable des bienfaits qui en découlent* ». Voir généralement l'idée du développement humain, développée par Amartya SEN, *Developement as freedom,* Oxford-New York, Oxford Univeristy Press, 1999.

[799] Toutes les dispositions de la Charte de San Francisco de 1945 sont imprégnés par l'idéal du « maintien de la paix » ainsi que « la nécessité de pratiquer la tolérance et vivre en paix l'un avec l'autre dans un esprit de bon voisinage » (préambule), alors que le « *maintien de la paix et de la sécurité en resserrant, par l'éducation, la science et la culture, la collaboration entre nations[...]* » est également le but de la constitution de l'UNESCO, d'après l'article 1 de sa Charte.

[800]KOSNENNIAMI Martii, « Les droits de l'Homme, la politique et l'amour », in *La politique du droit international, op.cit.*, p.210.

Si le principe de non-discrimination entre les individus va vers la consécration d'une égalité fondée sur « *l'application d'un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes* »[801] , il va de soi que cela devrait être le cas de la coopération entre les États ; la réflexion sur des solutions comme le « compromis équilibré », par exemple, et les dispositions favorables des pays en développement, pourraient être développées afin de se voir appliquées également en matière d'art, d'information, de culture, et plus généralement de savoir[802]. La Convention de l'UNESCO sur la diversité culturelle[803], la réflexion critique sur le devenir de la protection internationale des DPI et le renforcement des politiques de solidarité ouvrent à ce propos de premières pistes.

B. Quelle place pour la liberté de l'art sans mise en œuvre des droits économiques ?

Le préalable à la liberté de création et d'accès à l'art semble alors être le renforcement des politiques d'éducation culturelle et la consolidation des droits économiques et sociaux. À l'inverse, l'existence de pratiques artistiques traditionnelles ne saurait constituer un prétexte à l'omission de mise en place de ces politiques culturelles.

1. Le renforcement des droits économiques et sociaux comme préalable à la liberté de création et à l'accès à l'art

L'absence de censure étatique n'engendre pas automatiquement des circonstances propices à la mise en œuvre de la liberté d'expression, de l'information, de la culture, ou de l'art. La difficulté d'accès aux œuvres et, plus généralement, des conditions économiques et sociales défavorisées dans la plupart des pays en développement, sont des circonstances qui doivent être modifiées avant qu'on puisse parler d'accès à l'art ou de liberté de l'art. Comme le remarque M. Cohen, « *l'abstention de l'État ne suffit plus à maintenir la liberté de créer ; à quelques très rares exceptions près, celle-ci*

---

[801] Cour eur.dr.Homme, *Thlimmenos c. Grèce*(2000), précité, note 581 ; voir également l'affaire des écoles minoritaires en Albanie, avis consultatif de la Cour permanente de Justice Internationale du 6 avril 1935.

[802] Pour les questions techniques posées par cette question, tenant compte la révolution numérique, nous renvoyons à AMRI Yousr, *Le droit d'auteur en faveur des pays en développement.., op.cit..,* pp.193-363, qui propose dans la conclusion de sa thèse des « avantages obligatoires » pour les pays en développement, p.368.

[803] Voir, *infra,* note 907.

perd toute réalité si les moyens de son exercice ne sont pas fournis [...] ; c'est dans cette mesure qu'elle peut s'apparenter aux libertés économiques et sociales »[804]. Ce qui apparaît alors comme une liberté est en réalité conditionnée par l'ignorance et par des conditions de vie précaires.

Dans la plupart des États en développement, les conditions d'accès à l'art ou à l'éducation n'existent pas, et même si elles existent, elles sont minimes ou ne sont pas ouvertes à tous de façon égale. Nous pourrions à cet égard paraphraser la question de M. Decaux : « *que signifie la liberté de la presse, si la pénurie de papier entrave la diffusion des journaux ?* »[805], et nous demander à notre tour ce que signifie la liberté des lettres, de la poésie et de la littérature, dans ces régions du monde où l'analphabétisme empêche de lire et où il n'existe ni bibliothèques ni cinémas. La question acquiert un intérêt d'autant plus important dans le contexte des nouvelles technologies et de l'existence d'Internet, notamment dans ces États où la censure continue de façon régulière[806]. Il semble en effet qu'il n'y ait pas de juste milieu entre les œuvres d'art vendues pour des millions d'euros par Sotheby's et les imitations d'œuvres des grandes maîtres produites en Chine et vendues sur Internet[807].

Par ailleurs, les enjeux de la liberté de l'art, de la création, et des droits d'auteur ne sont pas les mêmes dans les pays industrialisés et dans les pays en développement. Dans ces derniers, l'accès aux œuvres d'esprit et la créativité se heurtent à des limitations d'ordre économique, social ou structurel[808]. Les conditions de vie des artistes ne sont pas non plus les mêmes dans les pays du Sud, où le statut social de l'artiste, comme le démontre une étude récente de l'OIT, est généralement très bas[809],

---

[804] COHEN Dany, « La liberté de créer, liberté spécifique ? » *supra,* note 315, p.332.

[805] DECAUX Emmanuel « Comment la prise en compte des droits culturels interfère sur la compréhension des autres droits de l'Homme? » *in* MEYER-BISCH Patrice, *Les droits culturels...*, *op.cit.*, p.187.

[806] Voir aussi à cet égard, WOODS Andrew, « A behavioural approach to human rights », *HILJ,* Vol.51., n°1, 2010, p.88.

[807] Par exemple, l'œuvre « *Beautiful inside my head forever* » de Damien Hirst – a été vendu le 8 septembre 2009 pour 70.545.100 millions de livres chez Sothbys (les prix de vente sont disponibles sur www.sothbys.com), prix consultés le 15 janvier 2010. En revanche, les prix des commandes de copies d'œuvres de « maîtres » commencent à 10 euros sur le site http://www.europic-art.com/price-lists.html, consulté le 22 octobre 2010.

[808] Voir notamment la thèse de AMRI Yousr, *Le droit d'auteur en faveur des pays en développement…, op.cit.,* note 773.

[809] Voir les documents du travail de l'OIT tels que : VINCENT Jean « The social situation of musical performers in Africa, Asia and Latin America », Paris-Genève, septembre 2001, disponible sur le

ce qui rend l'accès à l'enseignement et à l'éducation artistique particulièrement difficile[810].

Certes, l'histoire a démontré que la création artistique a réussi à survivre dans les conditions et les modes de vie les plus précaires, y compris la pénurie et la guerre ; il est donc impossible de démontrer un lien obligatoire entre « génie artistique » et conditions de pratique des arts. L'art, à la différence de la presse, est basé entre autres sur la créativité et la spontanéité ; de ce fait, il n'est en réalité pas entièrement dépendant des contraintes matérielles. Par ailleurs, dans un certain nombre de cultures, notamment africaines et latino-américaines, les arts sont basés sur l'improvisation ou la création *hic et nunc* : c'est le cas de la musique, basée sur des récits et des mythes de la tradition orale, ou de la danse, qui rentre dans le quotidien de façon spontanée[811].

Cela étant, peut-on légitimement prétendre que l'accès à des toiles, à des crayons, à des instruments de musique, ou bien l'existence d'écoles d'art, de théâtre, de musées et de cinémas, ne soient pas nécessaires pour impulser les pratiques artistiques. L'essentiel n'est peut-être pas de poser la question de la possibilité de la pratique de l'art par un individu, mais d'examiner les *conditions de matérialisation* de cette possibilité pour un peuple entier[812]. De telles considérations sont d'ailleurs fréquentes de la part des représentants à l'UNESCO des États en voie de développement. Les considérations du représentant chilien Fernando Debesa, bien que formulés en 1970, sont toujours pertinentes, tant en ce qui concerne le fossé entre le développement culturel des élites et celui des masses, qu'en ce qui concerne les profondes inégalités qui marquent les relations entre le développement culturel et le droits économiques et

---

site de l'OIT, *www.ilo.org/public/english/dialogue/sector/papers/.../wp172.pdf,* consulté le 22 octobre 2010.

[810] Pour les problèmes diverses qui s'imposent, voir la thèse de AMRI Yousr, *Le droit d'auteur en faveur des pays en développement…, op.cit.,* note 773.

[811] La musique, alors qu'elle ont un tel caractère d'appartenance à une collectivité, au point de considérer telle ou telle œuvre la création d'un groupe ou d'une tribu et non d'un individu, voir BIDIMA Jean-Godefroy, « L'esthétique des arts négro-africains; pluralité et historicité des images et pratiques » *in* FLØISTAD Guttorm (dir.), *Aesthetics and philosophy of art*, Springer, Vol. 9, 2007. L'auteur de ce livre en effet essaie d'illustrer les différentes approches de l'esthétique par les diverses cultures.

[812] D'ailleurs, il est significatif que le « développement humain » se défini également comme « *multiplication de chances »,* voir infra, note 888.

sociaux[813]. « *Ce qui pose problème »,* disait M. Debesa, lui même grand artiste et écrivain, « *est peut-être le fait que le sous-développement culturel pose des barrières entre ces artistes et le grand public, ou bien, le fait que les créateurs doivent fuir le plus souvent à l'étranger du fait précisément de manque de structures d'enseignement artistique* »[814].

Il faut également rappeler ici que le contact basique avec les arts est, avec l'alphabétisation, la condition *sine qua non* afin d'évoquer l'idée même de liberté de l'art et des lettres : la connaissance et le développement de la sensibilité créative précèdent alors l'ignorance[815]. Sur le plan international, l'UNESCO devrait jouer un rôle d'autant plus important[816], notamment par ses activités en faveur de l'« égalité digne des cultures »[817]. Il est significatif que, si l'année 1990 a été l'Année internationale de l'alphabétisation (la même année, en 1990, la Conférence mondiale sur l'éducation pour tous qui a eu lieu en Thaïlande a adopté la *Déclaration mondiale sur l'Éducation*)[818], l'année 2010 ait été l'« année international du rapprochement des cultures »[819].

---

[813] DEBESA Fernando, « Culture d'élite et culture de masse » *in* UNESCO, *Les droits culturels en tant que droits de l'Homme* (issu à l'occasion de la 15è conférence de l'UNESCO sur les politiques culturelles)*,* Paris, 1970, p.33et s.

[814] Les artistes d'ailleurs ne sont pas d'une nationalité spécifique, voir par exemple, les constatations de: « *Le sous-développement n'existe pas dans [le domaine de la création artistique]. L'Amérique Latine compte de grands aristes», in* DEBESA Fernando « Culture d'élite et culture de masse » *in* UNESCO, *Les droits culturels op.cit.*, p.35.

[815] Une bonne illustration à cet égard serait la liaison entre l'analphabétisme et l'absence de censure : comme le remarque d'une journaliste, à propos du taux de l'analphabétisme en Afrique (le cas du Nigéria) : « *mis à part les versets sataniques les livres circulent librement [...] mais ceci est du à l'analphabétisme*». Voir l'article « Censure de la culture » [Λογοκρισία του πολιτισμού], *Ios press - Eleftherotypia*, 22 décembre 1996. Autre exemple, la liaison entre l'ignorance et la croyance aveuglée à la religion: « *Si la censure pouvait être éradiquée, la famine pouvait être considérée une catastrophe prévisible et non un acte de Dieu* », constate un rapport de Article19 à propos de deux cas de famine, en Chine et en Afrique, voir ARTICLE19, *Rapport annuel 2003,* disponible sur le site www.article19.org/pdfs/reports/annual-report-july-2003.pdf, consulté le 22 octobre 2010.

[816] GARZON Alvaro, « L'UNESCO et les droits d'auteur dans les pays en développement », *Symposium International, Le droit d'auteur, enjeu économique et culturel,* Paris, Litec, 1990, pp.165-173.

[817] Article 1 de la Déclaration de la diversité culturelle de l'UNESCO, voir *infra,* notes 907 et s. à propos de la promotion de la diversité culturelle; voir aussi, les Résolutions A/RES/61/221 du 20 décembre 2006 et A/RES/62/90 du 25 janvier 2008 de l'UNESCO sur « *la promotion du dialogue interreligieux et interculturel et la coopération pour la paix* ».

[818] Aujourd'hui, plus que vingt ans après, le continent africain affiche les taux d'analphabétisme les plus élevés au monde, à savoir 80% d'habitants analphabètes en zones rurales. Voir le compte rendu du Forum international sur l'éducation non formelle qui s'est tenu en janvier 2008 à Niamey, au Nigéria.

[819] Résolution 46 de la Conférence Générale de l'UNESCO lors de sa 34e session (16 octobre – 2 novembre 2007), intitulée « *Proclamation d'une année internationale du rapprochement des cultures* ».

2. L'impératif de coexistence de la modernité et des pratiques artistiques traditionnelles

Une autre question à poser est celle de l'impératif de coexistence des cultures que nous pourrions qualifier de « folkloriques » – ou « traditionnelles » – avec la modernité, et ce, notamment à l'ère de la mondialisation[820]. Des outils juridiques, tels que la Convention de l'UNESCO sur la préservation et la promotion de la diversité des expressions culturelles, sont alors les seuls à pouvoir rendre obligatoires la préservation et la promotion de la diversité des cultures régionales, dans un esprit d'ouverture.

Section 2. Le poids de l'art comme valeur culturelle et solidaire

Les démarches de la communauté internationale en faveur de la protection de l'art en tant que valeur culturelle et solidaire sont limitées et sporadiques. L'UNESCO, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne sont pratiquement les seules organisations internationales qui font des démarches concrètes et systémiques pour valoriser l'art et l'artisanat en ce sens, notamment depuis la consécration progressive de la notion de *diversité culturelle.*

§ 1. Une protection faible de la valeur culturelle de l'art

Une certaine méconnaissance pour l'art en tant que droit culturel existe traditionnellement en droit, tout comme, d'ailleurs, pour les droits culturels en général. La mise à l'écart du caractère collectif et culturel de l'art est due en premier lieu au scepticisme généralement lié aux droits culturels et au fait que l'on considère l'art comme l'« affaire individuelle » de l'artiste. Même dans le domaine de la protection du patrimoine culturel, les activités sont importantes, mais encore insuffisantes.

A. Le scepticisme envers les droits culturels en général

La mise à l'écart des droits culturels est liée en premier lieu à l'ambiguïté du mot « culture » et à son association à la théorie du relativisme culturel. La peur existe dès

[820] La coexistence, donc, entre oralité et technique, entre forme et moyens, dans le but d'établir une plus grande diversité culturelle est aussi un objectif de la préoccupation de l'UNESCO : en juillet 2009, il a été organisé le Premier Forum pour les Industries culturelles (FOCUS), dont le thème était précisément de « marier » des techniques traditionnels avec le graphisme et le design modernes, voir le site de l'UNESCO, http://www.UNESCO.org/culture/focus/fr/, consulté le 22 octobre 2010.

lors que le débat sur les droits culturels puisse animer le discours sur la légitimité des inégalités à l'encontre des femmes ou des enfants, et des pratiques culturelles inhumaines. Par ailleurs, c'est leur nature même qui ne leur permet pas d'être facilement justiciables.

1. L'ambiguïté du sens de la culture

Comme le remarque M. Koichiro Maatsura, secrétaire général de l'UNESCO, en 1945, la *culture* nous renvoyait aux Beaux-arts et aux Lettres[821] : en effet, nous pouvons remarquer qu'en 1945, le mot *culture* était plutôt comprise – selon l'esprit colonisateur – comme la *civilisation*, voire la *civilisation occidentale*, et donc associée à l'idée d'un certain raffinement, qui l'opposait en premier lieu à la barbarie[822]. Ce n'est qu'*après* la fin de la controverse politique de la Guerre froide, et *après* la vague de décolonisation et l'émergence de nombreux États plus ou moins indépendants, que la culture sera à nouveau définie par rapport à l'identité, ou à ce qu'on appellerait aujourd'hui « l'identité culturelle » (« *l'ensemble des activités, spirituelles et matérielles, d'un groupe social qui le différence d'un autre groupe similaire* », d'après la Déclaration du Mexique sur les politiques culturelles de 1980).

Ainsi, le débat sur les « droits culturels » fait son apparition dans le langage du droit international assez tard, et cela presqu'uniquement en ce qui concerne les droits des minorités et des populations indigènes. Ce n'est d'ailleurs qu'au cours des dernières années que nous avons assisté à un déplacement de l'idée de culture, cette dernière nous renvoyant désormais aux « cultures », non plus au singulier mais au pluriel[823].

Les débats qui ont eu lieu à la Conférence mondiale de Vienne, en 1993, peuvent apporter une illustration caractéristique de ces ambiguïtés. En effet, après les années de séparation imaginaire des droits de l'Homme en générations, leur unité est enfin restaurée : le *principe de l'indivisibilité* des droits de l'Homme est proclamée, non sans hésitation, lors de la Déclaration finale de la conférence[824]. Le mot *culture* (ou

---

[821] MAATSURA Koichiro « L'enjeu culturel au cœur des relations internationales », réunion d'experts sur « *l'intégration des principes de la diversité culturelle et du dialogue interculturel dans les politiques du développement durable* », organisée par l'UNESCO, Paris, mai 2007.

[822] Par ailleurs, en philosophie, la « culture » oppose l'élément proprement humain à l'animal.

[823] Voir plus analytiquement, *infra,* Chapitres 7 et 8.

[824] Déclaration et Programme d'action de Vienne, adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de

cultures) inclut donc aujourd'hui, par définition, une signification de *progrès*, d'où sa définition en sciences sociales comme un « processus de la création humaine artistique et scientifique », voire comme « *l'épanouissement de la vie proprement humaine, ce qui concerne non seulement le développement matériel nécessaire et suffisant pour nous permettre de mener une droite vie ici-bas, mais aussi et avant tout le développement moral, le développement des activités spéculatives et des activités pratiques (artistiques et éthiques) qui mérite d'être appelé en propre un développement humain* »[825].

À des nombreuses occasions d'ailleurs, le Comité des Droits de l'Homme a clarifié que la notion de culture s'associait à des modes de vie et à des traditions, notamment des droits des peuples minoritaires et les populations indigènes. Ainsi, dans son Observation générale n°23, concernant les droits des minorités (article 27 du Pacte), le Comité DH a fait observer que la culture « *[pouvait] revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des populations autochtones »* et que ces droits « *[pouvaient] porter sur l'exercice d'activités traditionnelles telles que la pêche ou la chasse et sur la vie dans les réserves protégées par la loi* »[826]. Cette conception de la culture n'est de toute évidence que vaguement liée aux arts ; encore moins à l'*esthétique*[827].

Toutefois, l'UNESCO classe toujours ces activités culturelles parmi les activités de loisir[828], alors que, selon une étude de la Commission européenne, les Européens

---

l'homme, Vienne, 25 juin 1993, A/CONF.157/24. Voir analytiquement *infra,* chapitre 7 et 8 sur les « régionallismes » et le relativisme culturel ; voir aussi, *infra,* note 2239 et s., à propos de la séparation artificielle des droits de l'Homme en générations.

[825] MARITAIN Jacques, « Humanisme intégral », 1936, pp. 105-106, tiré du Centre national de Ressources textuelles et intégrales, http://www.cnrtl.fr/, consulté le 10 octobre 2010. Voir aussi, à propos de la notion de la culture, PALLARD Henri « Culture et diversité culturelle » *in* TZITZIS Stamatios et PALLARD Henri(dir), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997, pp.22-24, citant entre autres BENETON Philippe, *Histoire des mots : culture et civilisation,* Paris, Presses de la Fondation Nationale des sciences politiques, 1975, p.23.

[826] *Observation générale n°23 (article 27),* 26 avril 1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5; voir également, la décision récente du Comité Interaméricaine des droits de l'Homme, *Poma Poma c. Peru* (2009), précitée.

[827] Voir sur ce point l'argument de MOSSETO Gianfranco, *Aesthetics and economics, op.cit.,* p.151et s., d'après qui la culture peut même être aux antipodes de l'esthétique, en raison d'un potentiel « gaspillage esthétique » au détriment de l'environnement (*aesthetic waste)*.

[828] Voir UNESCO (ed) *Culture, commerce et mondialisation ; questions et réponses*, Paris, UNESCO, Coll. Culture, développement et société, 2000. En effet, la classification internationale par type d'industrie des Nations Unies, regroupe sous la division n°92 la culture, les loisirs et les sports.

associent encore le mot « culture »[829] principalement aux arts : 39% d'entre eux l'associent aux spectacles, à la musique, au théâtre, au cinéma, aux ballets, aux opéras, ainsi qu'aux arts plastiques, à l'architecture, à la peinture et aux galeries d'art ; 24% associent le terme à la littérature, à la poésie et aux auteurs ou écrivains et 11% aux musées. 24% l'associent aux traditions, aux langues, aux coutumes et aux communautés sociales ou culturelles ; 20% à l'éducation et à la famille, par rapport à l'éducation reçue ; 18% aux connaissances, au savoir ; 20% à la science (recherche) ; 18% au style de vie et aux bonnes manières ; 13% à la civilisation (occidentale, asiatique, africaine, arabe, etc.) ; 13% à l'histoire[830].

2. La mise à l'écart des expressions artistiques non occidentales ou des expressions non conformes aux concepts dominants

L'ordre international se compose d'une pluralité de cultures juridiques extraordinaire et, de ce fait, constitue une scène de dialectique entre les nations et les cultures. Cependant, il n'est pas par définition sensible à la consécration de la diversité culturelle ; il s'agit plutôt d'un *acquis* dû à son évolution et rendu d'autant plus pressant par la mondialisation[831].

En effet, la « neutralité » culturelle des Nations Unies, telle qu'elle se manifeste dans sa Charte constitutive ou dans la constitution de ses organes, traduit justement le souci de l'Organisation de ne pas se rallier à une tradition culturelle spécifique. Or, cette neutralité, au moins dans les modes de perception des arts, traduit forcément la prépondérance d'un seul modèle de conception des arts : en l'espèce, le modèle

---

Cette division compte quatre sous-groupes : 921) film radio télévision et autres activités de loisir (et ensuite d'autres sous-divisions : 9211 : production du film, 9212 : production du film et vidéo en théâtre et salle ouverte, 9213 : production et diffusion des programmes, 9214 : art dramatique, danse, théâtre, opéra – et qui vise aussi des peintres, des sculpteurs, des conférenciers etc), 922) agences de nouvelles, 923) librairies, archives, musées et autres activités culturelles 924) activités sportives.

[829] Les dirigeants de l'enquête auraient demandé aux répondants de se pliér à un exercice d'association de mots et répondre à ce qui leur venait spontanément à l'esprit lorsqu'ils pensaient au mot « culture » ; voir la Communication de la Commission Européenne, « Communication relative à un agenda européen de la culture à l'ère de la mondialisation », (COM(2007)242), adressée au Parlement européen, au Conseil, au Comité des Régions, et au Comité économique et social et publiée par la Commission européenne en mai 2007, p.14.

[830] Commission Européenne, « Communication relative à un agenda européen de la culture à l'ère de la mondialisation », (COM(2007)242), adressée au Parlement européen, au Conseil, au Comité des Régions, et au Comité économique et social et publiée par la Commission européenne en mai 2007, p.14.

[831] Voir la problématique de YOKARIS Angelos, « Le droit international face au défi de la diversité culturelle » (numéro spécial: Law and multiculturalism), *RHDI,* Vol. 62, 2009, pp.695- 703.

européen. En effet, le concept même de l'art, tel qu'il surgit de la Convention de Berne[832] et le Traité de Rome[833], étant fondé sur une forme d'expression et un auteur, correspond au concept de la représentation occidentale de l'art[834]. Pourtant, ce modèle n'est pas directement applicable dans le cas des cultures non occidentales, où la ligne séparatrice entre l'œuvre d'art, l'objet et la tradition est beaucoup moins claire et la qualification de l'« artiste » n'est pas autant conceptualisée[835]. Le concept des arts et des traditions en Afrique constitue un exemple caractéristique : songeons par exemple à la fusion entre l'artisanat et l'œuvre d'art[836] , ou bien au contenu radicalement différent des concepts d'« oralité », de « visualité » et de « collectivité » dans la tradition africaine[837].

Le même problème apparaît à l'échelle nationale au sein des États puisque les droits culturels, tout comme les droits individuels, peuvent parfois être perçus par une même société comme dangereux[838]. Par exemple, une création artistique individuelle, en

---

[832] Article 2 §1 de la Convention de Berne: « *Les termes «œuvres littéraires et artistiques» comprennent toutes les productions du domaine littéraire, scientifique et artistique, quel qu'en soit le mode ou la forme d'expression, telles que: les livres, brochures et autres écrits[…]* ».

[833] Article 3 de la Convention de Rome: « *Aux fins de la présente Convention, on entend par: (a) artistes interprètes ou exécutants , les acteurs, chanteurs, musiciens, danseurs et autres personnes qui représentent, chantent, récitent, déclament, jouent ou exécutent de toute autre manière des œuvres littéraires ou artistiques; […]*».

[834] « *Le concept d'art existe-t-il dans d'autres sociétés ?* », se demande Madame Olivia Kindl.« *La réponse à cette question a bien souvent été négative. Les multiples définitions sur la définition de l'art ont depuis longtemps suscité discussions et controverses dans les sociétés occidentales. Lorsque l'on aborde l'art du point de vue anthropologique en cette complexité s'avère évidente, puisqu'elle implique d'emblée une interrogation quant à la nature artistique des objets élaborés par des êtres humains appartenant à des autres sociétés».* Dans KINDL Olivia, « L'art du nierika chez les Huicho du Mexique; un instrument pour voir » *in* COQUET Michèle, DERLON Brigitte, JEUDY-BALLINI Monique(dir.), *Les cultures à l'œuvre; rencontres en arts,* Paris, MSH, 2005, p.225-248. En effet, le point de vue des anthropologues sur le sujet de l'appellation d'une pratique de l' « art » sont deux ; le premier, de conférer le statut d'œuvre d'art à tout statut qui aurait une valeur esthétique : ne pas considérer des objets comme de l'art, reviendrait à nier aux membres des sociétés « non – occidentales) la capacité de créer des œuvres et apprécier la beauté. Le second, de se garder de ne pas employer le mot « art » pour désigner des phénomènes culturels divers dans d'autres sociétés.

[835] Voir par exemple, KAEPPLER, Adrienne, « Art and aesthetics in Toga» *in* HOWARD Alan et BOROFSKY Robert, *Developments in Polynesian ethnology*, Honolulu, Hawaii University Press, 211-240. D'après cet auteur, il serait plus effectif de décrire l'esthétique comme une forme culturellement spécifique et évaluative.

[836] A titre indicatif, FEREOL Emmanuelle, « Arts et savoirs chez les bronziers de Ouagadougou» *in* COQUET Michèle(dir.), *Les cultures à l'oeuvre…*, *op.cit.*, p.177 ; KAEPPLER Adrienne, « Arts and aesthetics in Toga », *in* COQUET Michèle (dir.), *Les cultures à l'oeuvre…*, *op.cit.*, p.251.

[837] En effet, les arts africains assument un sens de la collectivité très marqué, au point d'identifier comme auteur d'une œuvre non pas un seul artiste mais un groupe entier ; la danse est dans le quotidien et la musique est le plus souvent issue des traditions orales, ce qui fait de l'art un fait collectif. Nous renvoyons aussi le lecteur à FLØISTAD Guttorm(dir.), *Aesthetics and philosophy of art*, Berlin, Springer, Vol. 9, 2007.

[838] STAMATOPOULOU Elsa, « *Les droits culturels… »*, *op.cit.*, p.6.

dehors des normes sociales, des règles de la communauté à laquelle son créateur appartient, ou une expression minoritaire, peut être perçue comme une menace à la stabilité et à la cohérence sociale[839].

B. Une protection suffisante du patrimoine culturel ?

La protection du patrimoine culturel, y compris le patrimoine immatériel, constitue une exception au « mépris » qu'on trouve en droit pour la diversité des arts et des expressions collectives et artistiques. Néanmoins, nous pourrions nous demander si cette protection est suffisamment robuste, sachant que, finalement, peu d'actions sont mises en place pour la responsabilité des États en cas de destruction intentionnelle ou d'appropriation illicite du patrimoine culturel, et que les actions entreprises par l'UNESCO dans ce domaine relèvent largement non pas de la normativité juridique, mais de la médiation et de la diplomatie culturelle.

1. Définition et sources juridiques de la protection du patrimoine culturel

Le patrimoine culturel, qualifié par l'UNESCO de « *source irremplaçable de vie et d'inspiration* »[840], est ainsi défini : « *le patrimoine est l'héritage du passé dont nous profitons aujourd'hui et que nous transmettons aux générations à venir* »[841]. Historiquement, la protection du patrimoine concerne des biens corporels, mobiliers ou immobiliers, alors que depuis quelques années, il est accepté qu'elle puisse aussi être immatérielle, et donc comprendre des « façon de faire » ; le folklore par exemple, les arts et pratiques traditionnels, ou la protection des arts de certaines groupes minoritaires par exemple et notamment des peuples autochtones et indigènes[842].

---

[839] ZOLBERG Vera1 « Marginality Triumphant? On the Asymmetry of Conflict in the Art World », *IJPCS,* Vol. 23, n° 2/3, 2010, pp. 99-112.

[840] *Ibidem*.

[841] « Notre patrimoine mondial », site du patrimoine mondial de l'UNESCO, http://whc.UNESCO.org/fr/apropos/, consulté le 25 octobre 2010.

[842] Voir, généralement: NAFZIGER James et SCOVAZZI Tullio, « Le patrimoine culturel de l'humanité », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2005, pp.XLII-1126; COULÉE Frédérique , « Quelques remarques sur la restitution interétatique des biens culturels sous l'angle du droit international public », *RGDIP*, 2000, pp.359-392; FRANCIONI Francesco , « Au-delà des traités : l'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine culturel », *RGDIP*, 2007, p.19-42; LALIVE Pierre, « Sur le retour des biens culturels illicitement exportés », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 283-298, UNESCO, *Museum International: « Retour des biens culturels: la conférence d'Athènes »,* n°141-142 (Vol.61, n°1-2), 2009 ; Actes du Colloque organisé par l'UNESCO à Athènes les 17 et 18 mai 2008 à propos de la restitution des biens culturels. Voir aussi, KRISPIS et SAMARA-KRISPI, *La protection internationale du patrimoine culturel*, Athènes-Komotini, Sakkoulas, 2003 ; MANIATIS Antonis, *Introduction au Droit des biens culturels [Εισαγωγή στο Πολιτιστικό Δίκαιο]*, Athènes, Sakkoulas, 2008. Aussi, *supra,* notes

Cependant, de nombreux efforts sont déployés sur le plan international pour la protection du patrimoine culturel. La source de protection la plus importante est la « *Convention concernant la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel* », signée à Paris en 1972[843]. Cette dernière en effet constate que « *le patrimoine culturel et le patrimoine naturel sont de plus en plus menacés de destruction non seulement par les causes traditionnelles de dégradation mais encore par l'évolution de la vie sociale et économique qui les aggrave par des phénomènes d'altération ou de destruction encore plus redoutables* »[844].

La Convention, d'ailleurs, institue *inter alia* un Comité intergouvernemental et un Fonds pour la protection du patrimoine mondial culturel et naturel de « *valeur universelle exceptionnelle […] à la protection de laquelle il est du devoir de la communauté internationale tout entière de coopérer* »[845]. Les travaux du Comité sont importants. Tout d'abord, ce dernier est chargé d'établir deux listes : la *Liste du patrimoine mondial, de sauvegarde du patrimoine commun de l'humanité*[846] et la *Liste du patrimoine mondial en péril*[847]. Il propose alors des sites de valeur culturelle exceptionnelle en vue de leur inscription potentielle sur la liste, contrôle l'état de conservation des biens déjà inscrits et examine les demandes d'assistance internationale financées par le Fonds du Patrimoine mondial. En outre, il examine des rapports périodiques des États parties à la Convention et il collabore avec les gouvernements et d'autres instances internationales (le Centre du Patrimoine mondial, les organisations consultatives et d'autres organisations internationales)[848]. Depuis quelques années, le Comité défend aussi avec force un projet de Déclaration de valeur universelle exceptionnelle du patrimoine culturel.

183-189.

[843] Signée à Paris, le 16 novembre 1972, suite à la 17ème session de la Conférence générale de l'UNESCO, entrée en vigueur en décembre 1975 après avoir été ratifiée par vingt pays. Depuis avril 2009, elle compte 186 États-parties – c'est dire la quasi-totalité des membres de l'UNESCO- et constitue un outil crucial pour mener à bien des actions concrètes visant à préserver des sites culturels et naturels en danger, http://whc.UNESCO.org/fr/conventiontexte//, consulté le 25 octobre 2010.

[844] Préambule de la Convention de 1972, *op.cit,* note 843.

[845] Articles 8-14 de la Convention.

[846] Article 11§2 de la Convention.

[847] Article 11§4 de la Convention.

[848] Voir par exemple le dernier rapport des décisions du comité à ce jour WHC-09/33.COM/20, Séville, 20 juillet 2009, lors de sa trente-troisième session à Séville, Espagne les 22 -30 juin 2009.

Il existe un nombre de textes qualifiables de *droit mou* et qui protègent l'héritage culturel. Il s'agit par exemple de la *Recommandation sur la sauvegarde de la culture « traditionnelle et populaire »* de 1989, des *Résolutions* du Conseil des Droits de l'Homme, du Conseil économique et social, des principes énoncés après le Conseil mondial d'Espagne de 1999 au sujet des « *nouvelles perspectives de la propriété universelle* »[849] ou encore des *Conclusions* de la *Réunion internationale d'experts sur le Patrimoine commun de l'humanité*[850]. Par ailleurs, l'UNESCO a élaboré plusieurs programmes spéciaux pour la protection de la culture en temps de guerre[851], alors que les travaux de plusieurs institutions internationales sont consacrés à la protection de l'héritage culturel. Lors de la rencontre de Santorin en septembre 2000, les ministres du RIPC ont en outre souligné le rôle de la liberté artistique dans la protection du patrimoine culturel[852]. Un groupe du travail du RIPC qui avait travaillé sur la question a en effet élaboré un document de travail intitulé *Réponses internationales aux enjeux liés à la diversité culturelle*, qui propose une liste illustrative des dix principes culturels tirés des instruments existants et basés sur l'étude du groupe de travail. Ils constituent le *Catalogue des principes internationaux en faveur de la culture*.

C'est ainsi que le groupe reconnaît l'importance primordiale de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et plus précisément de son article 27 sur la préservation du patrimoine culturel comme volet essentiel de l'identité et de la connaissance de soi qui rapproche la collectivité de son passé. Elle affirme aussi que « *L'art joue un rôle essentiel dans la vie et le développement de la personne et de la société* », que « *les États doivent protéger, défendre et appuyer leurs artistes et la liberté artistique* »[853] et que « *dans son sens le plus large, la culture peut aujourd'hui être considérée comme l'ensemble des traits distinctifs spirituel et matériels, intellectuels et affectifs qui caractérisent une société ou un groupe social. Elle englobe outre les arts et les lettres, les modes de vie, les droits fondamentaux de l'être*

---

[849] Castellón, Espagne 12-14 juin 1999.

[850] La Valette, Malte, 3-4 septembre 1999.

[851] Il s'agit par exemple la création de programmes culturels le projet la « Mémoire du Monde », par exemple, qui vise à la préservation du patrimoine documentaire » ou la « Proclamation des chefs-d'œuvre du patrimoine oral et immatériel » en 1992.

[852] Rapport de Santorin, issue de la rencontre des ministres du RIPC, ainsi que des représentants d'autres pays, et des observateurs d'organisations internationales, qui ont décidé de créer un groupe de travail sur le patrimoine culturel, septembre 2000.

[853] Principe 3 du Rapport du Santorin.

humain, les systèmes de valeurs, les traditions et les croyances ». Les travaux de l'Institut international pour l'unification du droit privé (UNIDROIT), du Conseil International des monuments et des sites (ICOMOS), du Centre international pour l'étude et la préservation de la propriété culturelle (ICCROM) et du Conseil international des musées (ICOM) sont également importants[854].

2. Une protection du patrimoine culturel efficace ?

La notion de patrimoine culturel est trop abstraite et trop étroite à la fois. Du fait de sa généralité, en tant qu'« *héritage du passé dont nous profitons aujourd'hui* », elle est difficilement applicable dans des cas spécifiques. Du fait de sa subjectivité, le filtrage est inévitable lorsqu'on considère de la notion de patrimoine culturel. Ceci aboutit à une protection qui concerne, en principe, les « grandes œuvres de l'humanité » – et notamment les quelque 900 monuments qui sont inscrits aujourd'hui sur la *Liste du patrimoine mondial* que le Comité du Patrimoine mondial et qui sont considérés comme ayant une « valeur universelle exceptionnelle ». Dans cette liste figurent par exemple les *Stoneheads*, le Colysée, le Parthénon, les Pyramides, la Tour Eiffel, le Taj Mahal, les Iles Galápagos ou la ville de Petra en Jordanie[855].

Il existe certes, la convention de La Haye du 14 mai 1954 concernant « *La protection des biens culturels en cas de conflit armé* »[856] avec son 1er Protocole en 1954 et son Protocole additionnel (1999) qui dispose que les biens culturels et les lieux de culte

---

[854] FRANCIONI Franscesco, « Des biens culturels au patrimoine culturel: l'évolution dynamique d'un concept de son extension» *in* YUSUF (dir) *L'action normative à l'UNESCO,* Vol.1, Paris, UNESCO, 231. Voir aussi, SEIDL-HOHENVELDERN Ignaz , «La protection internationale du patrimoine culturel national», *RGDIP*, 1993, pp.395-409. Aussi, NICOLAKOPOULOU-STEPHANOU Iro, «La protection des droits culturels et de l'héritage culturel dans l'ordre international, européen et national» [«Η προστασία των πολιτιστικών δικαιωμάτων και της πολιτιστικής κληρονομιάς στη διεθνή, ευρωπαϊκή και εθνική έννομη τάξη»], *in* TSALTAS Grigoris(éd), *Environnement, Culture et Orthodoxie,* Université Panteion et Monastère de Kykkos, Nicosie, 2006, pp.91-103.

[855] Naturellement la liste du patrimoine mondial n'est ni exhaustive (voir l'article 12 de la Convention : « *Le fait qu'un bien du patrimoine culturel et naturel n'ait pas été inscrit sur l'une ou l'autre des deux listes visées aux paragraphes 2 et 4 de l'article 11 ne saurait en aucune manière signifier qu'il n'a pas une valeur universelle exceptionnelle à des fins autres que celles résultant de l'inscription sur ces listes")* ni forcement représentative. Par exemple, elle comprend à ce jour plus que 50 pour l'Italie, plus que 40 pour l'Espagne, plus que 30 pour la France, dont tout « Paris – rives de Seine- , mais seul 1 site pour l'Argentine, très peu pour les États Africains. Elle comporte 890 biens constituant le patrimoine culturel et naturel. Voir le site du patrimoine culturel http://whc.UNESCO.org/fr/list, consulté le 26 octobre 2010.

[856] La convention de la Haye du 14 mai 1954 concernant « la protection des biens culturels en cas de conflit armé », avec Règlement d'exécution.Il s'agit de la première référence du droit international au patrimoine culturel; le terme « patrimoine » aurait remplacé ultérieurement le terme « biens » culturels.

qui constituent le patrimoine culturel et spirituel des peuples ne doivent pas faire l'objet d'attaques. Or, cette Convention s'est avérée impuissante à protéger le patrimoine culturel régulièrement détruit pendant les périodes de guerre et de conflits armés[857](parfois aussi en période de paix, comme en Afghânistân depuis l'instauration du régime taliban[858]), comme l'ont démontré les catastrophes incommensurables du patrimoine culturel en Ex-Yougoslavie[859], en Bosnie, en Croatie[860] et au Kosovo[861], en Azerbaïdjan[862], au Liban[863] et plus récemment en Irak[864], en Palestine et en Israël[865].

Par ailleurs, de nombreux auteurs dénoncent la commercialisation de l'idée du patrimoine culturel intangible et notamment les paradoxes de la *Déclaration pour la*

---

[857] Pour une présentation méticuleuse de la destruction des œuvres d'art depuis la renaissance, voir l'étude du sociologue de l'art GAMBONI Dario, *The Destruction of Art: Iconoclasm and Vandalism since the French Revolution,* London, New Haven et Londres, Yale University Press, 1997 ; et en droit, GOY Raymond , « La destruction intentionnelle du patrimoine culturel en droit international », *RGDIP*, 2005, p.273 et s.

[858] Le régime de Taliban est responsable pour la destruction d'un nombre de monuments et des œuvres d'art, voir le Rapport du Rapporteur spécial sur la situation des droits de l'Homme en Afghanistan, Kamal Hossain, ComitéDH, 57e Session, 29 mars 2001, E/CN.4/2001/43 et Add.1; voir aussi A/56/409, 26 septembre 2001 et l'analyse de FRANCIONI Francesco et LENZERINI Federico « The destruction of the Bouddhas of Bamiyan and the International Law », *EJIL*, Vol. 14, n°4, 2003, pp. 619–651.

[859] La destruction de la ville de 63% de la ville de Dubrovnik, une des villes les plus magnifiques de l'Europe avec plus de 460 monuments est peut être le cas le plus flagrant. Voir notamment la lettre du Ministre yougoslave des affaires étrangères à la Commission des DH E/CN.4/1994/113 du 16 février 1994, où il énumère les destructions du patrimoine culturel et historique du peuple serbe, qui comme le dit le Ministre, a été détruit, à la fois dynamisés et pillés, et les requêtes ensuite de la Commission d'Experts sous la direction de M.Cherif BASSIOUNI : E/CN.4/1994/130 du 10 mars 1994. Les deux rapports se réfèrent à un nombre de sites: des nombreuses églises, dont l'église en bois de Rastovac, édifiée en 1700, et l'église en bois de Donja Racanica, édifiée en 1709, ainsi que des musées et des bibliothèques : le musée de l'église orthodoxe serbe de Zagreb, renfermant des objets d'art du XIIIe au XIXe siècle, et la bibliothèque épiscopale de Pakrac, fondée par le patriarche serbe Arsenije Carnojevic en 1690. Voir aussi DETLING Karen, « Eternal Science: The Destruction of Cultural Property in Yugoslavia », *Maryland Journal of International Law and Trade* n°1, 1993, pp.66-69.

[860] Voir à ce titre la résolution de l'APCE pour la « Destruction par la guerre du patrimoine culturel de Croatie et de Bosnie-Herzégovine », Doc. 7740 du 24 janvier 1997.

[861] Voir SERBENCO Eduard, « The protection of cultural property and post-conflict Kosovo », *RQDI*, Vol. 18, n°2, 2005.

[862] E/CN.4/1999/115.

[863] Voir BOUSTANI Katya, « Beyrouth ; Problèmes de préservation des biens culturels », *RQDI*, Vol. 2, n°13, 2000.

[864] ALRADI Selma « La destruction du Musée national iraquien », *Museum International*, Vol. 55, n° 219 et 220, 2003; POSTGATE Nicholas et ROBSON Eleanor, « The threat to world heritage in Iraq », site crée en printemps 2003 sur users.ox.ac.uk/~wolf0126/ (consulté en janvier 2000) . Voir aussi ALRADI Selma, « La destruction du Musée national iraquien *Selma Al-Radi* », Vol. 55, N° 3 et 4, 2003.

[865] En effet, le Conseil des DH a répété à plusieurs reprises la nécessité de faire respecter le patrimoine culturel du peuple palestinien, voir notamment la résolution 10/19 du Conseil des DH du 26 mars 2009, par laquelle le Conseil *« exige que la puissance occupante, Israël, arrête de prendre pour cible des civils, de détruire systématiquement le patrimoine culturel du peuple palestinien ».*

préservation du patrimoine intangible, ainsi que l'implication de la commercialisation de ce type d'expressions qui sont considérées traditionnelles. Madame Bell soulève ainsi des paradoxes à partir de l'observation des changements dans certaines pratiques musicales depuis leur inscription aux listes de l'héritage de l'UNESCO, en prenant comme exemple le *qin*, instrument chinois similaire au *luth* : l'inscription du *qin* en effet au patrimoine culturel de l'humanité a eu pour résultat des changements dans la perception de cet instrument, changements contraires à sa philosophie, et a mené finalement à sa commercialisation[866]. Le même type de doute est exprimé par des auteurs qui adoptent un regard critique sur les DPI, mettant en exergue la relation entre la commercialisation du patrimoine culturel *indigène* en particulier et son absence de protection réelle[867].

L'inefficacité du cadre juridique de la protection du patrimoine est d'ailleurs particulièrement visible si l'on constate les efforts déployés sur le plan international pour le retour des biens illicitement exportés : en effet, il s'agit d'efforts qui ne peuvent en définitive se résoudre que par le biais de la diplomatie culturelle, puisqu'ils dépendent des intérêts politiques, financiers et culturels des États. Par exemple, certains résultats qui permettent de se montrer optimistes ont été obtenus ces dernières années, notamment grâce aux initiatives et travaux du Comité intergouvernemental de l'UNESCO pour la promotion du retour de biens culturels à leur pays d'origine ou de leur restitution en cas d'appropriation illégale, mais aussi de l'UNIDROIT, de l'ICOMOS, de l'ICCROM et de l'ICOM . Il n'existe néanmoins, jusqu'à aujourd'hui, aucune perspective *juridique* pertinente, autre que la *diplomatie culturelle*[868], pour le règlement juridique des revendications des États, et notamment

---

[866] Voir BELL Young, « Historical legacy and the contemporary world : UNESCO and China's *Qin* Music in the 21st century», *in* WEINTRAUB Andrew et YOUNG Bell, *Music and cultural rights,* University of Illinois, 2009, pp.140-168. Bell en effet cite des nombreux auteurs chinois, y compris des joueurs de *qin* ; parmi eux, Huang Shuzhi pose ainsi la problématique : « *Chinese civilization has experienced one hundred years if destruction and is currently at its nadir.[...] What is left is a pile of words. In order to exploit whatever still remains, they now rely upon foreigners to proclaim 'masterpieces of humanity'* ».

[867] Voir *infra,* les rapports du développement humain, note 888; SANDLER Felicia, « In search of a cross-cultural legal framework : indigenous music as a worldwide commodity » *in* WEINTRAUB Andrew et YOUNG Bell, *Music and cultural rights, op.cit.,* p.241 :« *The manner in which musics from indigenous societies are engaged ans uses in the global marketplace by people outside of these communitues raises legal, ethical, and emotional issues for musicians, the music industry, curators and consumers* ».

[868] Le retour de l'obélisque de l'Aksoum par exemple fourni un précédent important de de diplomatie et de médiation culturelle, voir notamment SCOVAZZI Tullio, « Legal Aspects of the Axum Obelisk Case », *Museum International*, n°141-142 (Vol.61, n°1-2), 2009.

des anciennes colonies envers les métropoles (les demandes de l'Égypte par exemple envers l'Allemagne) ou des États dépendants d'autres (exemple de la Grèce par rapport à l'Angleterre, à propos du retour des marbres du Parthénon)[869].

En ce qui concerne la destruction du patrimoine culturel, la bonne volonté sur le plan onusien aboutit principalement à des résolutions qui n'ont aucun impact sur la responsabilité des États en matière de destruction[870]. Ainsi, le Conseil des Droits de l'Homme, lors de sa session du 28 septembre 2007 concernant le patrimoine culturel, a affirmé que ce dernier était « *une composante importante de l'identité culturelle des communautés, des groupes et des individus, ainsi que de la cohésion sociale* »[871]. En l'espèce, la résolution affirme sa détermination de combattre la destruction intentionnelle de ce patrimoine sous quelque forme que ce soit, « *afin qu'il puisse être transmis aux générations futures* », et encourage tous les États à la coopération dans un esprit de tolérance et de diversité, soulignant « *que les États portent la responsabilité de la destruction intentionnelle du patrimoine culturel revêtant une grande importance pour l'humanité ou de l'omission intentionnelle de prendre des mesures appropriées pour interdire, prévenir, faire cesser et sanctionner toute destruction de cette nature, dans la mesure prévue par le droit international […]* »[872].

---

[869] Voir à cet égard le Colloque qui a eu lieu à Athènes en 2009, sous les auspices de l'UNESCO, à propos du retour des biens culturels, dont les actes ont été publiés dans *Museum International:* « Retour des biens culturels: la conférence d'Athènes », n°141-142 (Vol.61, n°1-2), 2009. Voir notamment, BOUCHENAKI Mounir, « Retour et restitution des biens culturels à la suite de la Convention de 1970 » *;* STAMATOUDI Irini, « Médiation et diplomatie culturelle »; PROTT Lyndel, « La déontologie et le droit des retours»;GÖSSWALD Udo, «La déclaration de l'ICOM sur la revendication de biens culturels». Par ailleurs, l'UNESCO déjà dans le passé, aurait plusieurs fois attiré l'attention sur la nécessité de création d'un fonds international, l'importance de la coopération internationale et la recommandation concernant l'adoption d'un Code international de déontologie pour les négociants en biens culturels, voir 30 C/REP.14, 28 septembre 1999. Voir aussi**,**CORNU Marie, « Le renouveau des restitutions de biens culturels : les modes alternatifs de règlement des litiges », *JDI*, n° 2, avril 2009.

[870] Voir généralement GOY Raymond , « La destruction intentionnelle du patrimoine culturel en droit international », *RGDIP,* 2005, p.273-304; NAHLIK Stanislaw, « La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armée », *Recueil des Cours de l'Académie du Droit international de la Haye,* 1967, Vol.I, p. 65-161; CRABB J., « International Humanitarian Law and the Protection of Cultural Property », *Year Book of International Institute of Humanitarian Law,* 1986, pp.267-269.

[871] Résolution A/HRC/RES 6/11 du 28 septembre 2007, à propos de la Protection du patrimoine culturel en tant que composante importante de la promotion et de la protection des droits culturels; voir Préambule et Paragraphe 5.

[872] Cette résolution en effet refléterait les évolutions effervescents sur le plan politique en Moyen-Orient : le même jour, le Conseil a adopté une autre résolution, par laquelle le CDH invite Israël, à respecter, dans le territoire palestinien occupé les droits religieux et culturels énoncés des Palestiniens. A/HRC/RES 6/11, 28 septembre 2007.

Nous sommes alors amenés à nous demander si la protection du patrimoine culturel ne dépend pas entièrement de la volonté politique des États – ou des conditions financières des ceux-ci, lorsqu'il s'agit de maintien et de sauvegarde en période de paix ou dans des situations post-conflictuelles. Le fait que l'interdiction de la destruction du patrimoine soit comprise dans les crimes de guerre listés dans le Statut de Rome de la Cour Pénale International(CPI), qui est entré en vigueur en 2002, est donc un pas important dans la direction de la responsabilisation des États en cas de destruction de patrimoine[873].

Du point de vue prétorien, la question a été posée également par des juges de la Cour Internationale de Justice (CIJ), mais à une seule occasion uniquement : l'affaire de la « *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* »[874]. En l'espèce, le juge Weeramantry, dans son opinion dissidente, s'est spécifiquement référé à la destruction des trésors culturels et artistiques qu'entraînerait l'utilisation de l'arme nucléaire. En effet, il a estimé que cette possibilité devrait être interdite *en toutes circonstances*, soulignant à cet égard l'importance de la propriété culturelle de l'humanité[875] : « *il est manifeste que la bombe nucléaire n'épargne pas les trésors culturels. Elle réduit en cendres et anéantit tout ce qui se trouve dans son rayon de destruction, les biens culturels comme le reste. Malgré le "blitz" subi par de nombreuses grandes agglomérations pendant la Seconde Guerre mondiale, bien des monuments culturels ont été épargnés. Tel ne sera pas le cas si une guerre nucléaire éclate… Si l'on considère que la préservation du patrimoine culturel de l'humanité revêt une importance cruciale pour la civilisation, il faut se rendre compte que la bombe nucléaire en causera inévitablement sa destruction* »[876]. La même idée avait

[873] A/CONF. 83/ 9 du 17 juillet 1998, entré en vigueur le 1er juillet 2002, Article 8§2, b(i) et e(iv): « Le fait de diriger intentionnellement des attaques contre des bâtiments consacrés à la religion, à l'enseignement, à l'art, à la science ou à l'action caritative, des monuments historiques, des hôpitaux et des lieux où des malades ou des blessés sont rassemblés, à condition qu'ils ne soient pas des objectifs militaires » au cas de conflit armé international ou dans le cadre du droit international.

[874] CIJ : *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires,* avis consultatif du 8 juillet 1996, C.I.J. Recueil 1996 (I).Voir généralement à propos de l'importance de cette affaire LANFRANCHI, Théodore CHRISTAKIS, *La licéité de l'emploi d'armes nucléaires devant la Cour internationale de Justice. Analyse et documents*, Paris/Aix-Marseille III, Economica/CERIC, 1997.

[875] Le juge en effet *a fait appel sur les origines anciennes et multiculturelles des lois de la guerre, et notamment les* profondes racines du droit humanitaire dans de nombreuses cultures - hindoue, bouddhiste, chinoise, chrétienne, islamique et africaine. Voir *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, précité*, opinion dissidente du juge Weeramantry, p.256.

[876] CIJ : *Licéité de la menace … op.cit.*, opinion dissidente du juge Weeramantry, p.244-245. Entre autres, M. Weeramantry a cité des associations du mouvement anti-nucléaire, dont quleques associations d'artistes (par exemple l'Association internationale des artistes et interprètes

été exprimée par Monsieur le Juge Nagendra Singh quelques années auparavant[877] : à l'occasion de la célébration du trentième anniversaire de la Convention sur les biens culturels en 1984, il avait déclaré dans son allocution que « *les objets culturels qui font partie de l'héritage national sont aussi le Patrimoine culturel mondial* »[878].

§ 2. Vers une consécration plus solide de la valeur culturelle de l'art

Comme nous l'avons déjà laissé sous-entendre, le moteur principal du soutien de l'art comme valeur culturelle sur le plan universel est l'Organisation des Nations Unies pour l'Éducation, la Science et la Culture (UNESCO), rejoint occasionnellement par d'autres organisations internationales telles que l'Instance permanente des Nations Unies sur les questions autochtones(UNPFII) ou l'Organisation internationale du Travail(OIT) et l'Organisation mondiale pour la Propriété intellectuelle(OMPI). Le premier pas en direction d'une protection effective de l'art comme valeur culturelle a été l'idée de *développement culturel*, progressivement substituée sur la scène internationale par la notion de *diversité culturelle*.

A. L'avènement de l'idée de développement culturel comme principe général en droit international

Les activités de l'UNESCO depuis les années 1970 ont accompagné l'évolution du concept de culture et l'émergence du « droit à l'identité culturelle », mettant en avant l'idée du développement culturel[879].

1. Définition et importance du développement culturel

L'idée du développement culturel est inextricablement liée à celle de solidarité et de

---

favorables au désarmement nucléaire)», p.311.

[877] Juge qui avait un intérêt particulier pour les arts et était aussi fondateur de la Fondation pour la protection du patrimoine culturel du Rajasthan. Il était aussi expert juridique (1983) pour la révision de la convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé et membre de la commission de l'Inde pour l'UNESCO (1984).

[878] SINGH Nagendra, intervention à la célébration de l'Anniversaire de la Convention de la Haye à Indonésie, 1984. Rapports, UNESCO, Doc. CLT/MD/3 p.14 et 15, rapportée par BHAT Ishwara, « Protection of Cultural Property under International Humanitarian Law: Some Emerging Trends », n°4 *ISIL*, 2001, disponible en ligne sur le site de www.worldlii.org.

[879] RIVERO Jean, « Les droits de l'Homme; Droits collectifs ou droits individuels? », in *Actes du Colloque du Strasbourg des 13 et 14 mars 1979*, Strasbourg, 1980, pp.17-25.

coopération sur le plan international. Selon une définition de l'UNESCO de 1981[880], le développement culturel représente le « *progrès de la vie culturelle d'une collectivité, ordonné à la réalisation de ses valeurs culturelles et lié aux conditions générales du développement économique et social* »[881]. En effet, pour l'UNESCO, le développement culturel englobe tous ces objectifs de développement qui vont très au-delà de la croissance économique, « *pour se confondre avec l'épanouissement humain et la prise en compte des droits de générations futures* »[882].

Selon l'UNESCO, tout ce qui est lié aux objectifs du développement est conditionné par la culture[883]. Néanmoins, contrairement à une idée reçue, la relation entre culture et développement n'était pas une préoccupation de l'UNESCO à ses débuts. Certes, l'objectif de l'Organisation était dès le départ « *de contribuer au maintien de la paix et de la sécurité en resserrant [...] la collaboration entre nations* »[884]. Et certes, une des conditions de son existence était d'« *exercer effectivement des activités sur le plan international dans un esprit de coopération, de tolérance et de solidarité, dans l'intérêt de l'humanité et le respect des identités culturelles* »[885]. Il est vrai aussi que l'UNESCO a eu un rôle à jouer dans la prise en compte de la pluralité des cultures lors de la rédaction de la *Déclaration universelle*[886]. Cependant, comme le relève M. Moulinier, Rapporteur spécial de l'UNESCO à l'époque, les objectifs de l'UNESCO se limitaient au départ à des domaines assez traditionnels, tels que le développement des bibliothèques et des musées, la protection des monuments, l'encouragement à l'éducation artistique et à la création[887]. Ce n'est qu'à la fin des années 1960

---

[880] UNESCO, « Thésaurus international du développement culturel », Paris, UNESCO, 1981.

[881] *Ibidem*.

[882] FABRIZIO Claude (dir), *La dimension culturelle du développement, vers une approche pratique*, Paris, UNESCO, 1995.

[883] *Ibidem*.

[884] Préambule de l'acte constitutif de l'UNESCO, adoptée à Londres le 16 novembre 1945.

[885] *Ibidem*, §2.2b

[886] Comme le rappelle le Professeur M. Yacoub, l'UNESCO avait initié une grande enquête autour de la pertinence de l'universalité des Droits de l'Homme. A la suite de la publication de Emmanuel Mounier avait écrit en 1942, intitulé « Faut-il refaire la Déclaration? », des philosophes, des chefs spirituels, des auteurs les plus illustrés ont été sollicités pour donner leur avis sur la question de l'universalité des Droits de l'Homme, YACOUB Joseph, « Les droits de l'Homme, une œuvre collective de l'humanité », *RTDH,* n°78, 2009, p.395 et s.

[887] MOULINIER Pierre, Programme de l'UNESCO en matière de développement culturel: présentation des travaux réalisés depuis 1960, Paris, UNESCO, CLT/DEC/CD/94/10, p.1. Voir aussi MOULINIER Pierre, « UNESCO Cultural Development Documentary » (Dossier 18-19), UNESCO, Paris, 1977.

qu'émergent des préoccupations nouvelles concernant le développement.

Le Rapport des Nations Unies sur le *Développement humain* de 2003 donne une définition assez simple du développement. Ce rapport, préparé par l'économiste et ancien ministre du Pakistan, Mahbub al Huq, reprend les idées d'Amartya Sen, professeur d'économie d'Harvard et lauréat du Prix Nobel d'Économie en 1998, qui inventa les « indices du développement humain ». Il suggère une définition du développement fondée sur la « croissance des choix » des personnes et le renforcement de leurs capacités. Selon l'énoncé de son auteur, Mahbub al Huq, « *le principe de base du développement [devrait être] d'élargir les choix des gens* »[888].

2. Une quasi-normativité de l'idée du développement culturel ?

La protection du développement culturel est un principe relativement flou en droit international. Comme le remarque M. Lohak, la théorie du développement de l'UNESCO « *n'est écrite nulle part dans un document unique* » ; elle est « *dispersée dans un certain nombre de documents officiels et officieux, discours, résolutions, rapports et documents* ». Elle apparaît « *au fur et à mesure au fil des années, dans les projets, dans les choix et dans les options* » de l'UNESCO[889]. En effet, cette théorie, que nous pourrions aussi bien qualifier d'idéologie, est aussi la voie du développement économique, car elle « *véhicule à travers des projets de développement des normes qui resserrent l'articulation de la structure du système mondial* »[890].

Le premier pas vers la promotion du développement culturel est la *Déclaration internationale sur la Coopération en matières culturelles* de l'UNESCO de 1966[891]. D'après ce texte, « *toute culture a une dignité et une valeur qui doivent être respectées et sauvegardées* » et « *tout peuple a le droit et le devoir de développer sa culture* ». La Déclaration admet que « *dans leur variété féconde, leur diversité et*

---

[888] *Rapport sur le Développement Humain 2003*, Paris, Economica, pp.236ss, disponible sur le site de PNUD, http://hdr.undp.org/fr/rapports/mondial/rdh2003/, consulté le 3 février 2011.

[889] HOLLY Daniel, *Les Nations Unies et la mondialisation: pour une économie politique des organisations internationales,* Paris, L'Harmattan, 2003, p.131.

[890] *Op.cit.*, p.132.

[891] *Déclaration des principes de la coopération culturelle internationale*, adoptée à l'occasion du 20ème anniversaire de l'UNESCO, le 4 novembre 1966.

l'influence réciproque qu'elles exercent les unes sur les autres, toutes les cultures font partie du patrimoine commun de l'humanité », propos qui reflètent une évidente influence des pionniers de l'anthropologie structurale : Durkheim, Malinowsky, Lévy-Strauss et Boas notamment. Aussi, selon l'article 5 de cette Déclaration, signée quasiment un mois avant le PIDESC, « *la coopération culturelle est un droit et un devoir pour tous les peuples et toutes les nations, qui doivent partager leur savoir et leurs connaissances* ».

La signification du concept de développement culturel sera désormais réaffirmée à chacune des conférences intergouvernementales régionales sur les politiques culturelles et notamment à la Conférence de Venise, depuis laquelle « la culture fait partie du développement global[892]. En effet, à l'occasion de la Conférence de Venise, le développement culturel est reconnu par l'UNESCO comme aussi important que le développement économique et social[893]. Dans un rapport de 1970, M. Maheu, directeur général de l'UNESCO à l'époque, affirme que « *si avant 1960 l'UNESCO s'était contentée d'actions pilotes* », elle est désormais « *résolument engagée dans l'action pour aider les pays qui le demandent à établir ou à renforcer les structures intellectuelles essentielles au développement* »[894]. Ces déclarations seront suivies de la résolution 3149(1973) de l'Assemblée générale sur la « *Préservation et l'épanouissement des valeurs culturelles* », par laquelle les Nations Unies vont rappeler aux gouvernements de faire des valeurs culturelles et spirituelles un instrument indissociable de leur développement[895]. Elles vont par ailleurs se traduire à travers un changement concernant la capacité financière de l'UNESCO : comme le relève M. Holly, il y eut un essor considérable des moyens financiers de l'UNESCO au cours des dernières décennies, puisqu'ils ont sextuplé sur la période 1958-1963 et ensuite encore doublé de 1963 à 1978. Effectivement, après les années 1970, « *les ressources financières de l'UNESCO n'ont plus commune mesure avec celles des années 1950* »[896].

---

892 MOULINIER Pierre, *Raports and études... , op.cit.*

893 MOULINIER Pierre, *Rapport et études..., op.cit*.

894 UNESCO, Rapport du Directeur général sur l'activité de l'Organisation en 1962, Paris UNESCO, 1963, p.XIV, cité par HOLLY, *op.cit.,* p.131.

895 28e session de 14 décembre 1973.

896 HOLLY Daniel, *Les Nations Unies et la mondialisation…, op.cit.*, p.131.

A l'occasion de « Mondiacult », la Conférence mondiale de Mexico sur les politiques culturelles de 1982, l'idée d'une « Décennie mondiale du développement culturel » va être lancée[897]. En effet, d'après la *Déclaration finale de Mexico,* « *tant à cause des développements de la réflexion scientifique que de la prise de conscience croissante de la communauté internationale, reflétée notamment dans les conférences intergouvernementales sur les politiques culturelles* », la culture sera désormais élargie à « *l'ensemble des traits distinctifs, spirituels et matériels, intellectuels et affectifs, qui caractérisent une société ou un groupe social* » : il est précisé qu'« *au-delà des seuls arts et lettres, elle englobe désormais les modes de vie et de production des biens économiques et symboliques, les droits fondamentaux de l'être humain, les traditions et les croyances, individuelles ou collectives* »[898].

Or, le développement culturel dépasse le cadre de la *soft law* et parvient à exercer une réelle force normative, initialement grâce aux Accords de coopération commerciale de Lomé pour les États de la Coopération économique Asie Pacifique (APEC-APC) puis par l'Accord de Cotonou qui les a substitués[899]. Pendant la Conférence de Lomé IV, les 79 États ACP ont résolu d'« *apporter par leur coopération une contribution significative au développement économique, social et culturel* »[900] en se mettant d'accord pour fonder leur développement global « *sur leurs valeurs sociales et culturelles* »[901]et notamment sur le fait que leur coopération « *vise à appuyer un développement des États ACP centré sur l'homme et enraciné dans la culture de chaque peuple* », à « *accroître leurs capacités propres de création et de promouvoir leurs identités culturelles* » et qu'elle tienne compte « *de la dimension culturelle et des implications sociales de ces actions* »[902].

---

[897] Par ailleurs, en 1977 l'Assemblée Générale de l'ONU, vota la résolution 32/130, dont le dispositif accordait la priorité aux droits des « peuples » et des « nations », proclamant ainsi « *une nouvelle priorité des droits de l'homme et de leur protection internationale* ».

[898] Préambule de la Déclaration de Mexique sur les politiques culturelles.

[899] Article 1 de l'Accord de Cotonou, signé à Cotonou (Bénin) en juin 2000, un an avant la Conférence ministérielle de la Francophonie sur la culture, qui a aussi eu lieu a Bénin et qui a exercé de la pression pour la signature de la DUDC.

[900] Article 1 et 2 de la quatrième convention APC-CEE signée à Lomé le 15 décembre 1989.

[901] *Ibidem*, article 4.

[902] *Ibidem*, article 13.

B. L'avènement de l'idée de diversité culturelle

Les conjonctures économiques ne sont pas étrangères au destin de l'avènement de l'idée de la diversité culturelle. La *Convention sur la protection de la diversité culturelle* s'est avérée être le seul instrument de l'UNESCO à avoir une influence positive non seulement sur la diversité, mais aussi sur l'économie, et plus particulièrement sur la protection des industries audiovisuelles des pays du Sud.

1. Les instruments juridiques pour la protection de la diversité culturelle

A la fin des années 1990, la notion de « développement culturel » est détournée au profit de celle de « diversité culturelle ». Celle-ci devient désormais une notion centrale sur la scène internationale. L'adoption de textes sur la diversité culturelle est discutée dans des cadres plus restreints, comme pendant la Conférence des Amériques de 2001 au Québec[903], ou la Rencontre des organisations culturelles professionnelles de Montréal en 2001. Par ailleurs, la diversité culturelle comme « *source de dynamisme social et économique, capable d'enrichir la vie humaine au XXIe siècle, dans la mesure où elle stimule la créativité et l'innovation*» a constitué l'un des objets de négociation du sommet du G8 d'Okinawa (Japon) en 2000[904].

a. La Déclaration universelle sur la diversité culturelle

A la suite de ces travaux, le lendemain du 11 septembre 2001 et une semaine avant le début du Sommet de Doha, l'UNESCO va adopter à l'unanimité la *Déclaration universelle pour la protection de la diversité culturelle* (DUDC)[905].

Cette Déclaration est importante car :

- elle reconnaît que la diversité constitue le patrimoine commun de l'humanité et qu'il doit être reconnu et affirmé au bénéfice des générations présentes et futures (article 1) ;
- elle souligne l'importance du pluralisme culturel (article 2) puisque « *dans nos sociétés de plus en plus diversifiées, il est indispensable d'assurer une interaction harmonieuse et un vouloir vivre ensemble de personnes et de groupes aux identités culturelles à la fois plurielles, variées et dynamiques* » ;

---

[903] Où participent les chefs des Amériques (sauf pour Cuba).

[904] Communiqué de Presse du Sommet G8 de 2000, disponible en ligne sur le site http://www.g8.utoronto.ca/summit/2000okinawa/finalcom.htm, consulté le 28 octobre 2010, consulté le 3 décembre 2010.

[905] Adoptée lors de la 31e Conférence de l'Assemblée Générale de l'UNESCO de 2 novembre 2001.

- elle reconnaît la diversité culturelle comme facteur de développement, puisque la diversité culturelle « *élargit les possibilités de choix offertes à chacun ; elle est l'une des sources du développement, entendu non seulement en termes de croissance économique, mais aussi comme moyen d'accéder à une existence intellectuelle, affective, morale et spirituelle satisfaisante* » (article 3) ;
- elle lie la diversité au respect des droits de l'Homme (articles 4-6) ;
- elle lie la diversité culturelle et la solidarité internationale (articles 10-12).

b. La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles

Comme le souligne une résolution du Parlement européen, cette Déclaration s'est avérée être une réponse inappropriée aux menaces pesant sur la diversité culturelle en raison de la mondialisation croissante[906]. En 2005, l'UNESCO va alors adopter un nouveau texte, cette fois-ci contraignant : la *Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles* (CDC)[907]. Il s'agit effectivement d'un texte beaucoup plus important que la DUDC, puisqu'il a une valeur normative égale aux conventions de l'OMC, dont font partie la majorité écrasante des membres de l'UNESCO[908].

La CDC réitère le principe de l'égale dignité et du respect de toutes les cultures (y compris celles des personnes appartenant aux minorités et celles des peuples autochtones) et définit huit objectifs et principes directeurs, dont celui de protéger et de promouvoir la diversité des expressions culturelles, d'encourager le dialogue entre les cultures et de créer les conditions permettant aux cultures de s'épanouir et d'interagir librement de manière à s'enrichir mutuellement, ou encore d'encourager le dialogue entre les cultures en faveur du respect interculturel et de la culture de la paix.

---

[906] Résolution du Parlement européen sur l'élaboration d'une convention sur la protection de ladiversité des contenus culturels et des expressions artistiques, P6_TA(2005)0135, publié dans le JOCE 33 E/591, 14 avril 2005, paragraphe C.

[907] Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles adoptée lors de la conférence générale de l'UNESCO, réunie à Paris du 3 au 21 octobre 2005 pour sa 33e session.

[908] Signé jusqu'à aujourd'hui (10 janvier 2010) par 104 États- membres et l'Union européenne, sans comprendre pourtant les États-Unis et l'Israël. Voir pourtant une approche critique : VOONS Tania, « UNESCO and the WTO ; a clash of cultures ?», *in Oxford review of International and Comparative Law Quarterly,* Vol.3, n°55, p. 635et s.

Il est aussi question de « *reconnaître la nature spécifique des activités, biens et services culturels en tant que porteurs d'identité, de valeurs et de sens* » et de réaffirmer le droit souverain des États de conserver, d'adopter et de mettre en œuvre les politiques culturelles sur leur territoire.

Dans la CDC, le respect des droits de l'Homme et notamment la liberté d'expression s'érige en principe de la diversité culturelle : « *La diversité culturelle ne peut être protégée et promue que si les droits de l'Homme et les libertés fondamentales telles que la liberté d'expression, d'information et de communication, ainsi que la possibilité pour les individus de choisir les expressions culturelles, sont garantis* »[909]. Le développement est encore mis en exergue : la CDC impose les principe de solidarité et de coopération internationales, ainsi que la complémentarité des aspects économiques et culturels du développement : selon la Convention, la culture est l'un des ressorts fondamentaux du développement et « *les aspects culturels du développement sont aussi importants que ses aspects économiques et les individus et les peuples ont le droit fondamental d'y participer et d'en jouir* ». Dans la CDC, une nouvelle liaison apparaît entre diversité et développement durable : « *La protection, la promotion et le maintien de la diversité culturelle sont une condition essentielle pour un développement durable au bénéfice des générations présentes et futures* » ; apparaît également l'idée d'accès équitable à la diversité : « l'accès équitable à une gamme riche et diversifiée d'expressions culturelles provenant du monde entier et l'accès des cultures aux moyens d'expression et de diffusion constituent des éléments importants pour mettre en valeur la diversité culturelle et encourager la compréhension mutuelle ». Enfin, la CDC impose un principe certes « de bonne foi », mais néanmoins très flou : celui d'« ouverture d'esprit ». En vertu de ce dernier, les États sont tenus de « veiller à promouvoir, de façon appropriée, l'ouverture aux autres cultures du monde » lors de la prise de mesures de politiques culturelles (« *openness to other cultures of the world* »)[910].

Une indication de l'importance de cette Convention – et plus généralement de celle de la diversité culturelle – sont les activités de l'UNESCO sur la « diversité », ainsi que

[909] Article 2 de la CDC.

[910] Article 2 de la CDC de 2005.

celles du « Réseau mondial pour les politiques culturelles » (RIPC-IPCR) : en 2009, la rencontre de ce réseau qui s'est tenue en Roumanie était presque exclusivement dédiée à l'étude de la diversité culturelle et plus particulièrement à la Convention de 2005[911].

2. Les défis et les enjeux de la consécration de la diversité culturelle

La diversité culturelle, et plus particulièrement la CDC, a une certaine spécificité, à savoir le fait qu'elle traduit une volonté double des États signataires : volonté de promouvoir l'art et volonté de protéger les intérêts économiques de l'État.

a. L'art comme point clé de la diversité culturelle

La Déclaration sur les principes de la Coopération culturelle de 1966 est le premier texte à proclamer, dans son article 4, que la coopération culturelle internationale aura pour fin, parmi d'autres choses, « *de permettre à chaque homme d'accéder à la connaissance, de jouir des arts et des lettres de tous les peuples, de participer aux progrès de la science accomplis dans toutes les parties du monde et à leurs bienfaits, et de contribuer pour sa part à l'enrichissement de la vie culturelle* ». L'étendue de la protection de cette déclaration est à la fois plus et moins large que celle assurée par l'article 15 du PIDESC ; d'un côté elle est plus restreinte car elle n'a aucune force normative, de l'autre, elle est plus étendue car elle constitue un texte pionnier qui érige au rang de principe l'ouverture aux autres cultures du monde, voire à l'*Autre*, au sens anthropologique du terme. Par ailleurs, comme le PIDESC, la DICC renvoie également à une idée de culture qui, avec le progrès scientifique et plus généralement la connaissance, comprend les arts et lettres. Or, dans la DICC, il s'agit des arts et des lettres « de tous les peuples » ; en outre, « l'accès à l'art et aux lettres » et « la participation à la vie culturelle » sont entendus « dans toutes les parties du monde », ce qui sous-entend non seulement une coopération internationale étroite en matière culturelle, mais aussi des politiques multiculturelles.

La *Déclaration universelle sur la Diversité culturelle* (DUDC), de son côté, lie expressément l'idée de diversité culturelle à la créativité (articles 7-9). D'après la DUDC :

[911] Rapport final du RIPC de 2009, disponible sur son site officiel http://incp-ripc.org/meetings, consulté le 28 octobre 2010.

1) le patrimoine culturel est aux sources de la créativité : « *Chaque création puise aux racines des traditions culturelles, mais s'épanouit au contact des autres* » (article 7) ;
2) les biens et services culturels ne sont pas des marchandises comme les autres : « *Face aux mutations économiques et technologiques actuelles, qui ouvrent de vastes perspectives pour la création et l'innovation, une attention particulière doit être accordée à la diversité de l'offre créatrice, à la juste prise en compte des droits des auteurs et des artistes ainsi qu'à la spécificité des biens et services culturels qui, parce qu'ils sont porteurs d'identité, de valeurs et de sens, ne doivent pas être considérés comme des marchandises ou des biens de consommation comme les autres* » (article 8) ;
3) les politiques culturelles sont le catalyseur de la créativité : « *Tout en assurant la libre circulation des idées et des œuvres, les politiques culturelles doivent créer les conditions propices à la production et à la diffusion de biens et services culturels diversifiés, grâce à des industries culturelles disposant des moyens de s'affirmer à l'échelle locale et mondiale* » (article 9).

b. La promotion des intérêts économiques par le biais de la Convention sur la diversité culturelle (CDC)

Tout comme la *Déclaration sur la coopération culturelle* de 1966, la DUDC et la CDC traduisent des enjeux économiques importants pour la production artistique et les industries culturelles[912]. La création de l'OMC en 1995, en remplacement des Accords du GATT, entraîna des pressions en faveur d'une plus grande libéralisation du commerce, jusqu'alors fondée sur les Accords, plus protecteurs, de Lomé. La CDC est alors une façon de poser « *des limites à la mondialisation* »[913]. Ainsi, la CDC réitère l'importance du lien entre culture et développement, et celle de la solidarité entre Nord et Sud. Plus spécifiquement, un des objectifs de la CDC est « *de réaffirmer l'importance du lien entre culture et développement pour tous les pays, en particulier les pays en développement, et d'encourager les actions menées aux plans national et international pour que soit reconnue la véritable valeur de ce lien* », ainsi que de « *renforcer la coopération et la solidarité internationales dans un esprit de*

[912] Ceci est aussi le paragraphe de vue de RUIZ FABRI Hélène, « Jeux dans la fragmentation : la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles », *RGDIP*, 2007, pp.43-88.

[913] NEGRI Vincent, « Intérêt culturel et droit au développement » *in* CORNU Marie et MEZGHANI Nébila, *Intérêt culturel et mondialisation ; les protections nationales,* Tome 1, Paris, L'Harmattan, 2005, p.181 et s.

partenariat afin, notamment, d'accroître les capacités des pays en développement de protéger et promouvoir la diversité des expressions culturelles »[914].

Or, la seule adoption d'une convention de l'UNESCO (de force égale à un traité OMC par exemple), pourrait renforcer les industries culturelles des États signataires d'une façon significative[915] et éviter cette homogénéisation tant crainte à l'époque de la « mondialisation de la culture »[916]. Le fait par exemple que seuls les Etats-Unis, suivis par Israël, aient renoncée à la Convention nous semble naturel, puisque leurs parts cumulées en Europe se sont élevées à plus de 60% des revenus totaux de l'industrie cinématographique[917].

[914] Article 1, paragraphe (f) de la CDC, 2005.

[915] CHALOUX Annie, « Diversité culturelle : quand le Canada gagne et les États-Unis grognent », disponible sur la revue en ligne des Sciences Politiques de l'Université de Sherbrooke perspective.usherbrooke.ca, consulté le 28 octobre 2010.

[916] A titre indicatif, voir SAMAMA C.R., *Développement mondial et culturalités*, Paris, Larose, 2001 et WARNIER J-P, *La mondialisation de la culture*, Paris, La Découverte, 1999.

[917] FARCHY, Joëlle, « L'exception culturelle, combat d'arrière garde? *», Quaderni*, printemps 2004, p.69.

Conclusion du chapitre

Nous avons étudié dans ce chapitre la *valeur* de l'art considéré dans toutes ses dimensions, telles qu'elles sont prises en compte par le droit international. Nous avons constaté donc que le droit international protège l'art principalement dans sa dimension économique, notamment par le biais du système des droits de propriété intellectuelle (DPI). La dimension culturelle de la protection de l'art est assurée sur le plan international en principe par l'UNESCO (y compris par ses démarches pour la promotion du développement et de la diversité culturelle) ainsi que par le CoE, et certaines autres organisations qui visent à sauvegarder et promouvoir le patrimoine culturel.

En ce qui concerne les DPI, ceux-ci ont une double mission : d'une part, garantir la relation particulière de l'auteur avec son œuvre, d'autre part, lui garantir une rémunération en contrepartie de l'utilisation ou de la diffusion de son œuvre et lui donner les moyens de matérialiser sa liberté. Leur protection est garantie sur le plan international par nombre d'instruments, non seulement les droits fondamentaux (l'article 27 §1 de la DUDH et l'article 15 §2 du PIDESC), mais aussi la Convention de Berne, la Convention universelle sur le droit d'auteur de 1952 (et la Convention de Paris en 1971), la Convention de Rome de 1961, le Traité de l'OMPI, et l'Accord relatif aux aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce.

Ainsi, à la première lecture, le système des DPI apparait être établi au profit des artistes. Nous avons pourtant démontré que son fonctionnement était problématique à plusieurs niveaux, et notamment en matière d'art. Tout d'abord, certains auteurs avancent que le système des droits d'auteur (en particulier du *copyright* américain) « bloque » dans une certaine mesure la créativité, puisqu'en matière d'art, les limites entre création artistique et plagiat sont particulièrement floues. Des problèmes se posent en particulier pour les techniques dites de l'« appropriation » (techniques artistiques d'utilisation d'une partie d'une œuvre dans le but d'en créer une nouvelle ; ready-made, *looping*, etc.). En outre, le système des DPI ne tient pas compte des réalités économiques et culturelles des pays en développement, qui semblent tirer

certains avantages du piratages et des contrefaçons, notamment à l'égard du chômage, alors que, comme l'a démontré le Rapport sur le Développement humain de 1999, le système des droits de propriété intellectuelle et industrielle « *permet en particulier à des intérêts privés d'accaparer des innovations d'origine indigène et collective* ». *Last but not least*, des problèmes supplémentaires apparaissent du fait de l'avènement des nouvelles technologies puisque, depuis la révolution numérique, le public revendique un plus grand accès à l'art, faisant appel à des systèmes de protection des DPI moins rigides, voire parfois à un accès gratuit[918].

Nous insistons sur ce dernier point car nous avons trouvé trace de l'existence d'un cas de « conflit de droits » fondamentaux, entre la liberté d'expression et la propriété intellectuelle. Examinant les arguments des deux côtés du conflit, nous nous sommes alignée sur les auteurs qui proposent que le débat soit résolu par une méthode d'équilibrage sur le plan judiciaire, basée sur la recherche de la finalité de la loi. Nous avons tout de même proposé que le débat sur la liberté d'accès aux œuvres et à la culture plus généralement soit également considéré sous un angle plus global qui tienne compte des théories de la justice et de l'égalité économique. Nous n'avons pas non plus pu exclure l'idée qu'un système de protection des DPI plus « fine » puisse entraîner une plus grande créativité.

En ce qui concerne le patrimoine culturel, nous avons conclu qu'il consistait pour ainsi dire en l'exception à la règle de la « non prise en compte des aspects culturels de l'art » en droit international, étant donnés les nombreux instruments et organes internationaux qui sont établis pour sa protection (y compris la Convention de la Haye et ses Protocoles). Toutefois, en tenant compte des destructions du patrimoine culturel qui ont eu lieu pendant de nombreux guerres (en ex-Yougoslavie, au Kosovo, au Liban, en Irak, en Palestine, etc.), nous sommes amenée à nous demander si, finalement, la protection du patrimoine culturel ne dépend pas entièrement de la volonté politique des États. La même conclusion peut être faite quand on constate que les efforts déployés sur le plan international pour le retour des biens illicitement exportés s'effectuent notamment par le biais de la diplomatie culturelle.

Les efforts récents en direction de la protection de l'art dans sa dimension culturelle sont encore fragmentés. A cet égard, les initiatives pour le renforcement du

[918] Nous avons cité à cet égard les rapports relatifs de la *Fédération internationale pour l'Industrie phonographique* sur le piratage.

développement et de la diversité culturelle (notamment la Convention récente de l'UNESCO sur la protection de la diversité des expressions culturelles et artistiques de 2005) et la mise en place de la responsabilité internationale des États pour la destruction du patrimoine, nous semblent poser des jalons importants vers une meilleure compréhension de l'importance de l'art, au sens de patrimoine commun de l'Humanité, pour la Communauté internationale.

Chapitre II. Le poids de la religion

Comme tout autre débat concernant le rôle de la religion dans la sphère publique, celui sur le poids de la religion en droit international est enflammé. L'instrumentalisation des religions et les cas de discrimination du fait de la religion sont les exemples les plus flagrants des interactions entre les droits de l'Homme et la religion. D'ailleurs, depuis l'avènement des sociétés dites « plurielles », la question de la religion s'avère un facteur également important, associé au multiculturalisme.

Sur le plan des droits nationaux, les contrastes sont marqués. Par exemple, la plupart des droits occidentaux font la distinction entre le droit d'un côté et la religion de l'autre[919] ; la religion est bien séparée du pouvoir politique. Dans d'autres États, la religion, avec la langue, et plus généralement les coutumes et les traditions, constitue pour des nombreuses raisons un élément primaire d'identification. Il existe même des États créés à partir de principes purement civilisationnels et donc en partie religieux : l'exemple d'États comme Israël, la Grèce, ou certains États musulmans, sont caractéristiques de cette configuration.

Certes, il n'y a aucun « point central » dans la discussion sur les points de « friction » entre droit international et religion en tant qu'élément des cultures des peuples qui, dans la plupart des cas, ont formé les États. Ceci est justement dû à la nature du droit international en tant que système de coopération institutionnelle, qui fait preuve d'une pluralité et d'une diversité extraordinaires de cultures et de civilisations, dont les porteurs sont les États. A cet égard, la naissance des droits de l'Homme, et l'idée de leur universalité, pourrait apparaître comme une exception.

[919] Selon Kelsen, la différence principale est que le droit n'est pas une fin en soi, mais un *moyen* pour l'établissement de la paix sociale. L'influence de Kelsen est partiuculièement évidente dans le droit pénal, qui selon cette conception, n'aurait pas pour vocation de punir les actions immorales, mais uniquement d'établir un ordre social cohérent, n'aurait pas pour vocation Par exemple, tant le droit tantôt la morale et la religion, interdisent le meurtre ; seul le droit pourtant va établir des actions, socialement organisés, la morale se limitant à l'interdiction transcendante (« tu ne dois pas tuer »), voir KELSEN Hans, « Law, Morality and Religion » in *General theory of law& state*(1949), New Jersey, Transaction, 2005, p.20 et s.

Dans un premier temps, nous verrons comment la religion, en tant qu'idéologie éthique, exerce un impact sur le droit, notamment par le biais des droits de l'Homme. Dans un second temps, nous nous pencherons sur l'impact de la religion sur le droit international, en tant que phénomène social et culturel.

Section 1. Le poids de la religion en tant qu'idéologie éthique et spirituelle

Alors que les idées sur la relation entre le droit, la morale et la religion étaient chères aux auteurs du XIXe siècle, aujourd'hui, il paraît généralement incongru de chercher la morale ou la religion parmi les fondements du droit international. Sans vouloir ici raviver le vieux débat entre droit positif et droit naturel, nous suggérerons que des doutes pourraient être soulevés en ce sens au moins concernant le domaine des droits de l'Homme, dont la généalogie fait directement appel aux théories humanistes du XVIe siècle et, en dernier ressort, à la religion chrétienne. Nous examinerons, dans un premier temps, l'idéalisme spirituel et religieux dont témoignent les droits de l'Homme, alors que dans un second temps nous verrons si et comment cet idéalisme a été transposé dans le droit. Nous envisagerons pour ce faire le débat sur le *jus cogens* comme un renouveau du débat entre naturalisme et positivisme[920], dans le domaine des droits de l'Homme en particulier[921].

---

[920] VISSCHER Charles, « Positivisme et *jus cogens* », *RGDIP,* Vol.75, 1971, pp.5-9. Voir aussi le débat sous le prisme de l'opposition Ouest- Est pendant la guerre froide, « *Jus cogens* and settlement of disputes » *in* McTAGGART SINCLAIR Ian, *On the Law of Treaties* (1973), Manchester UniversityPress, 1983(2è), p.221et s. ; généralement, ROZAKIS Christos, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties,* North-Holland, Amsterdam: 1976 ; VIRAILLY, « Réflexions sur le *jus cogens* », *AFDI,* Vol.12, 1966, p.5 et s.

[921] L'idée du conflit entre droit positif et droit naturel, serait illustrée par le poète dramatique anglais Robert Bolt, dans sa pièce *A Man for All Seasons*[«Un homme pour l'éternité »], inspirée par la vie de St. Thomas More (1478-1535), philosophe humaniste (auteur de la fameuse Utopie), juriste éminent et chancelier du Roi Henry VIII. More en effet, était rentré en conflit avec le Roi, étant le seul à refuser de consentir à son divorce (et son remariage). Le dialogue cité est celui entre More, en train de réaliser que sa vie est aussi en péril après les mesures graves édictées en contrepartie par Henry. Dans l'extrait qui suit, Roper, le fiancé de la fille de Roper, essaie de convaincre More de persécuter Cromwell, qui serait selon lui dangereux. Roper, esprit inflexible lui, comme Antigone, parle aussi des « lois des Dieux »:
- *ALICE MORE (sa femme) : Arrête-le!*
- *SIR THOMAS MORE : Pour quelle raison?*
- *ALICE MORE :il* est dangereux*!*
- *WILLIAM ROPER(son beau-fils) : On le sait, c'est un espion!*
- *MARGARET MORE (sa fille) : Père, cet homme est mauvais!*
- *MORE : Il n'y a pas de loi contre ca!*
- *ROPER : Il y en a, la loi de Dieu!*
- *MORE : Alors laissons Dieu l'arrêter!*
- *SA FEMME*: Pendant que tu parles, il seraparti!
- *MORE : Même s'il était le Diable en personne je le laisserais partir, tant qu'il n'a pas violé la*

§ 1. L'idéalisme spirituel et religieux en droit, par le biais des droits de l'Homme

Les droits de l'Homme sont nés devant une nécessité face à laquelle semble s'être trouvée la communauté internationale. A la fin du XIXe siècle en Europe et aux États-Unis, en effet, il fallait trouver une philosophie morale à vocation universelle, inspirée d'un certain « humanisme » et qui unirait les gens et les États sous des auspices en quelque sorte « œcuméniques » : une telle philosophie s'imposerait contre les maux et l'injustice afin de promouvoir une certaine idée de bonté et de paix. De nombreux auteurs, tels Leupracht, essaient alors de dépeindre les droits de l'Homme comme issus non seulement de la philosophe des Lumières, mais aussi de l'humanisme religieux du XVIe siècle, voire même de l'ancien stoïcisme[922].

Il faudrait alors à cette fin examiner dans quelle mesure la religion est concernée par le discours des droits de l'Homme. Deux arguments pourraient être soulevés : le premier, le fait que les valeurs véhiculées par les idéologies religieuses y sont sous-jacentes, dans la mesure où les droits de l'Homme sont historiquement fondés sur le droit naturel. Le second, le fait que la *dignité humaine* pourrait éventuellement être considérée comme un « avatar juridique » de l'Homme *imago Deis.*

A. Le droit naturel comme « avatar juridique » de Dieu

Nous allons examiner dans un premier temps les origines du droit naturel et la manière dont ce concept a été cristallisé en droit, afin d'étudier dans un second temps sa normativité dans le droit international actuel.

1. La généalogie du droit naturel

L'idée de droit naturel désigne un droit qui existe *de facto* : créé par Dieu ou par la Nature mais, en tous les cas, sans intervention – ou plutôt sans volonté – humaine.

---

loi!
- ROPER: Alors maintenant tu donnes au Diable le bénéfice de la loi!
- MORE: Oui! Tu ferais quoi à ma place? Couper une grande route à travers la loi, afin de chasser le Diable ?
- ROPER: J'annulerais toutes les lois en Angleterre pour le faire!
- MORE: A bon ? Et quand la dernière loi serait annulée, et le Diable tournerait vers toi, tu te cacherais où, Roper, toutes les lois étant à plat? Ce pays est planté serré de lois, de côté à côte, est c'est les lois des Hommes, non pas de Dieu! Et si tu les abroges – et t'es exactement le genre de personne qui ferait cela- est-ce que tu penses vraiment que tu pourrais tenir debout dans les vents qui soufflerait après? Oui, je donnerais au Diable le bénéfice de la loi, pour mon propre intérêt .
[d'après le texte original en anglais *in* BOLT Robert, *A Man for All Seasons,* pièce de Robert Bold (1960) et film de Fred Zinnemann (1966).

L'idée n'est pas moderne. L'un des dialogues les plus éloquents – et les plus cités – sur la défense du droit naturel nous vient de l'Antiquité, de *l'Antigone* de Sophocle (Ve siècle ACN) : le roi Créon ayant interdit l'enterrement du frère mort d'Antigone, Polynice, Antigone méprise la loi royale, rétorquant à Créon qu'il lui serait impossible de désobéir aux « lois des dieux », qui sont non-écrites et immuables[923]. Depuis, ces « lois des dieux » traversent toute l'histoire des idées politiques, l'idée de la morale dans le droit étant acceptée et débattue à la fois.

En effet, les philosophes naturalistes du VIIe siècle ACN, ainsi que les autres « sages » de l'Antiquité, avaient déjà suggéré qu'il existe une sagesse commune dans l'univers. Héraclite et Hésiode, par exemple, affirmèrent que « *toutes les lois humaines sont nourries par une loi unique, la loi divine* »[924] . Plus tard, Aristote (Ve s. ACN) va suggérer une distinction entre un *droit naturel* et un *droit volontaire* : « *Est naturelle une règle de justice qui a la même validité en tout lieu et qui ne dépend ni de notre assentiment ni de notre désapprobation. Légale (conventionnelle) est avant tout une règle qui peut être interprétée indifféremment d'une manière ou d'une autre*. »[925]. Zénon de sa part(335-263 ACN), fondateur de l'école stoïque, prônait une

---

[923] Sophocle, *Antigone*, versets 386-580.
- KRÉÔN Comprends-tu ce que tu dis, et dis-tu vrai ?
- LE GARDIEN : Je l'ai vue ensevelissant le cadavre que tu avais défendu d'ensevelir. […]
- KRÉÔN : Et toi qui courbes la tête contre terre, je te parle : Avoues-tu ou nies-tu avoir fait cela ?
ANTIGONÈ : Je l'avoue, je ne nie pas l'avoir fait.
- KRÉÔN : Pour toi, va où tu voudras ; tu es absous de ce crime. Mais toi, réponds-moi en peu de mots et brièvement : Connaissais-tu l'édit qui défendait ceci ?
- ANTIGONÈ : Je le connaissais. Comment l'aurais-je ignoré ? Il est connu de tous.
- KRÉÔN: Et ainsi, tu as osé violer ces lois ?
- ANTIGONÈ : C'est que Zeus ne les a point faites, ni la Justice qui siégé auprès des Dieux souterrains. Et je n'ai pas cru que tes édits pussent l'emporter sur les lois non écrites et immuables des Dieux, puisque tu n'es qu'un mortel. Ce n'est point d'aujourd'hui, ni d'hier, qu'elles sont immuables ; mais elles sont éternellement puissantes, et nul ne sait depuis combien de temps elles sont nées. Je n'ai pas dû, par crainte des ordres d'un seul homme, mériter d'être châtiée par les Dieux. Je savais que je dois mourir un jour, comment ne pas le savoir ? même sans ta volonté, et si je meurs avant le temps, ce me sera un bien, je pense. Quiconque vit comme moi au milieu d'innombrables misères, celui-là n'a-t-il pas profit à mourir ? Certes, la destinée qui m'attend ne m'afflige en rien. Si j'avais laissé non enseveli le cadavre de l'enfant de ma mère, cela m'eût affligée; mais ce que j'ai fait ne m'afflige pas. Et si je te semble avoir agi follement, peut-être suis-je accusée de folie par un insensé.
- LE CHŒUR : L'esprit inflexible de cette enfant vient d'un père semblable à elle. Elle ne sait point céder au malheur.
- KRÉÔN : Sache cependant que ces esprits inflexibles sont domptés plus souvent que d'autres[…]. Celle-ci savait qu'elle agissait injurieusement en osant violer des lois ordonnées[…]
- KRÉÔN : N'as-tu donc point honte de ne point faire comme eux ?
- ANTIGONÈ : Certes, non ! car il n'y a aucune honte à honorer ses proches.

[924] Héraclite, *Sur la nature*, cité par BOURGEAT Jean- Baptiste, *Histoire de la Philosophie: Philosophie orientale,* Paris, Hachette, 1850, pp.435-437.

[925] Aristote distingue entre *dikaion phsyikon* et *dikaion nomikon,* le tout faisant parti du *dikaion politikon (le droit de la cité)*. D'après le philosophe, la justice est la plus grande des vertus, car elle entraîne l'égalité (*Éthique à Nicomaque*, Livre V, Chap.10). KELSEN Hans, *General Theory Of Law&State*(1949), New Jersey, Transaction, 2005 ; BOURGEAT Jean- Baptiste, *Histoire de la*

République où le monde ne serait plus reparti en États séparés : il serait une grande cité, sous une loi divine, où tous les individus seraient liés par leur propre volonté, et leur amour[926]. Les philosophes stoïciens de l'époque romaine, comme Chrysippe et Cicéron (Ier s. ACN), précurseurs de la pensée judéo-chrétienne, vont enrichir ces percepts d'un sens moral[927].

Ces idées étaient chers également aux Hommes d'États-stratèges de l'Antiquité grecque et aux Empereurs-législateurs dans l'ancienne Rome : ainsi par exemple, Périclès dans son discours fameux de l'*Épitaphe* fait l'éloge de la constitution politique de la démocratie athénienne précisément car elle est due à une certaine absence de contrainte en ce qui concerne le respect des lois: « *La contrainte n'intervient pas dans nos relations particulières ; une crainte salutaire nous retient de transgresser les lois de la république ; nous obéissons toujours aux magistrats et aux lois et, parmi celles-ci, surtout à celles qui assurent la défense des opprimés et qui, tout en n'étant pas codifiées, impriment à celui qui les viole un mépris universel* »[928]. De même, l'empereur romain, Marcus Aurélius (empereur du 121 à 180) prône l'idée d'une communauté universelle à la base des idées du stoïcisme[929].

Pendant la période byzantine en Orient et le règne de l'Église catholique en Occident, c'est la *morale religieuse*, qui devient le fondement de la tradition du droit naturel[930]. En effet, l'idée de la divinité du droit naturel, est largement inspirée -et défendue- par la pensée de Saint-Thomas d'Aquin (1225-1274), docteur de l'Église, qui insista sur le fait qu'il existe une loi naturelle et une loi humaine et que la seconde doit être en conformité avec la première[931]. Par ailleurs, dans d'autres cas, la référence à l'Église

---

Philosophie: Philosophie orientale, Paris, Hachette, 1850.

[926] JANIS Mark, « Protestants, progress and peace » *in* JANIS Mark, *The influence of religion on the development of international law*, Boston – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 224.

[927] REVERSO Laurent, « La pensée juridique romaine face aux droits de l'Homme, l'exemple de Cicéron» *in* FERRAND Jérôme et PETIT Hugues*, L'Odyssée des droits de l'homme…*,*op.cit.*, pp.17-18.

[928] *Thucydide,* Livre II, « Épitaphe ».

[929] JANIS Mark, « Protestants, progress and peace » *in* JANIS Mark, *The influence of religion…, op.cit.,* p.224.

[930] BIX Brian, « Natural law ; the modern tradition » *in* COLEMAN Jules, SHAPIRO Scott, HIMMA Kenneth Einar(éd.), *The Oxford handbook of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford-New York, Oxford UniversityPress, 2002, p.5ss; voir note 29, où l'auteur cite également les encycliques du Pape Paul *Veritatis Splendor* (1996) et *Fides et Ratio* (1998).

[931] La thèse principal de ce théologien est en effet défendue dans sa *Somme théologique*, où il se réfère à une loi « éternellement immuable » (ST Ia-IIae 91, 1), qui est le plan rationnel en fonction duquel

sert de point de repère, les auteurs se référant constamment à la volonté divine Dieu, même si ce n'est que pour le débattre. De Vitoria (1483-1546) et Suarez (1548-1617) sont tous deux théologiens et leurs écrits sont inspirés de la morale chrétienne[932].

Quant à Grotius (1583-1645), « *il est très douteux d'il était vraiment irréligieux ou séculaire* », comme le remarque Mark Janis, malgré ses efforts de fonder un *ius gentium* véritablement universel et malgré le fait qu'il considère qu'il existe une distinction claire entre le droit et la morale[933]. Outre le fait qu'il est élève du théologien fameux *Armenius*[934], et que sa pensée est largement inspiré de ses enseignement (qui comprend tout de même la notion de la tout tolérance à propos de la diversité religieuse), il a besoin de préciser dans le Chapitre I du *Droit de la Guerre et de la Paix* (1625) que le droit « *est tellement immuable qu'il ne peut être changé même par Dieu* »[935], alors que les Chapitres XI (à propos des « promesses ») et XIII et XIV contiennent un grand nombre de références bibliques en tant que preuves dans son syllogisme[936].

Un tournant décisif s'opère aux XVIIe siècle, sachant qu'en 1648 nous rencontrons déjà « *un 'vide' qui est lentement rempli d'un nombre de plus en plus important d'États indépendants*»[937]. Plusieurs auteurs affirment ainsi la reconnaissance de droits

---

toute la création est ordonnée ; la loi naturelle est donc d'après lui la façon dont l'être humain « participe » à la loi éternelle (ST Ia-IIae 91, 2) ; voir MURPHY Mark, « The Natural Law Tradition in Ethics », *in* ZALTA Edward (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy, édition de 2008, disponible sur* http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/natural-law-ethics/, consulté le 11 mai 2010; GUYON Gérard, « Sur quelques fondations de la pensée chrétienne des droits de l'Homme », *in* FERRAND Jérôme et PETIT Hugues*, L'Odyssée des droits de l'homme…,op.cit.*, pp.61-74.

932 GOYARD-FABRE Simone, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, Coll. Histoire des idées et des doctrines, Paris, J. Vrin, 2002, p.59 et s.

933 JANIS Mark, « Religion and litterature of international law» *in* JANIS Mark, *The influence of religion on the development of international law*, Boston – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 63. Par opposition par exemple à un écrivain, réellement séculaire comme l'était Machiavelli.

934 *Ibidem,* p.61.

935 Hugo Grotius, *De iure belli ac pacis »,* (« le Droit de la Guerre et de la Paix »), Vol. 1, Livre 1, Chap.1). Selon Jacques Michel, le jus gentium « *fait éclater les oppositions rigides caractéristiques de la modernité juridique ; il apparaît comme à la fois comme tirant son origine de la Communauté du socle concret des droits civils des différentes* nations (universalisme venant du bas) *et des idées philosophiques de jus naturale (universalisme venant du haut)* ». Voir MICHEL Jacques, cité par REVERSO Laurent, « La pensée juridique… », *op.cit*. pp.13-28.

936 Analytiquement voir JANIS Mark, « Religion and litterature of international law», *op.cit.,* pp.61-65.

937 « A 'void' slowly being, having been, filled by a growing number of separate states » *in* KENNEDY Dave, « Images of religion in international law », *in* JANIS Mark, *The influence of religion, op.cit.*, p.140.

naturels « immuables » attachés à l'individu, sans pour autant les lier à Dieu ; parmi eux, Hobbes (1588 –1679) et Locke (1631-1704), qui mettront l'accent sur l'existence de *principes immuables* qui doivent fonder l'action de tous les hommes[938]. Par ailleurs, les philosophes des Lumières vont essayer de dissocier entièrement le droit naturel de la morale, ne gardant que très peu de références aux dieux[939] ; selon eux, il existe un certain état de nature qui précède la formation la société, où il existe des droits attachés à la personne humaine, qui doivent rester hors d'atteinte du pouvoir[940]. De même, Kant (1724-1804), va diviser le droit entre droit *inné* et droit *acquis*, précisant qu'il existe une distinction entre le droit et la morale[941].

Ainsi, nait la tradition du droit naturel moderne, avec de moins au moins de références à Dieu et à la moralité, et de plus en plus de références aux États et à leur souveraineté. Un des auteurs avec le plus d'influence au droit international d'ailleurs, Vattel (1714-1767), achève en 1758 *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle* (*The law of the nations -or Principles of the Law of Nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns*). En effet, dans ce livre, Vattel regarde la religion comme *« un objet très-intéressant pour une Nation »* car *« c'est l'une des matières les plus importantes qui puissent occuper le Gouvernement »*. Or, il reconnaît tout de même une sorte de « souveraineté religieuse » aux États (et aux individus), en remarquant qu' « *un Peuple indépendant n'a de compte à rendre qu'à Dieu, au sujet de sa Religion* » et qu' « *il est en droit de se conduire, à cet égard comme en toute autre chose, suivant les lumières de sa Conscience, et de ne point souffrir qu'aucun étranger s'ingère dans une affaire si délicate* » (ch. 4, §58), même s'il admet que « *c'est un Office d'humanité, de travailler, par des moyens doux et légitimes à persuader une Nation de recevoir la Religion, que l'on croit seule véritable et salutaire* » (ch.4, §60) . Il s'avère par ailleurs davantage « séculaire »,

---

938 FRIEDRICH VON MARTENS Georg(et al.), *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, Paris, Guillaumin, 1858, p.31.

939 Voltaire par exemple (1694-1778), ne conteste pas tellement l'existence de Dieu, mais plutôt sa manipulation : *« et si les charlatans… en m'annonçant un Dieu juste m'ordonnent de leur donner mon bien de la part de Dieu… alors je les déclare tous des fripons et j'essaie de me conduire avec le peu de Raison que Dieu m'a donné » ;* Voltaire, *Dieu et les hommes, œuvre théologique mais raisonnable,* Paris, Christian d'Ebos, 1769.

940 Tout en affirmant la difficulté de transcrire le droit naturel de la réalité. Il suffit de rappeler que Voltaire, l'égalité notamment étant à la fois « l*a chose la plus naturelle et la plus chimérique».*

941 *Ibidem. Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, Paris, Guillaumin, 1858, p.31et s. Voir aussi JANET Paul, Histoire de la science politique dans ses rapports avec la morale - 2 Tomes, Librairie Felix Alcan - 5°éd., p.194 et s.

puisqu'il admet qu'un « *zèle inconsidéré de faire des prosélytes[...]assurément rend un mauvais office à une Nation »,* notamment lorsque cette Religion est « fausse et dangereuse » (ch. 4, §60) ou bien, lorsqu'il suggère que « lorsqu'une Religion est persécutée dans un pays, les Nations étrangères qui la professent peuvent intercéder pour leurs frères » (ch.4, §62), que les citoyens d'un État devraient avoir le droit d'épouser des étrangères de Religion différente (ch.7, §115), que « *la différence de Religion n'est point une raison de l'exclure [d'exclure un étranger du séjour au Domaine d'une Nation], pourvu qu'il s'abstienne de dogmatiser (ch.10,* §135) et que la différence de religion « *y est absolument étrangère* » à la question de savoir si une Nation peut s'allier à une autre, de religion différente (ch.12, §62). Vattel d'ailleurs admet qu'il n'a pu se dispenser « *de marquer plusieurs abus énormes, que les Papes ont fait autrefois de leur Autorité* (ch.15, §23)[942].

En revanche, la tradition du droit naturel « moderne » commence avec Pufendorf (1632-1694), qui, en publiant les « Éléments sur la jurisprudence universelle » en 1660, va établir la prépondérance de la loi naturelle sur la loi positive[943], alors que la loi divine semble ensuite moins présente dans les écrits des jusnaturalistes modernes. D'après Finnis, la rupture entre la théorie classique et la théorie moderne de la loi naturelle réside précisément dans le fait qu'une sorte de « bien » de valeur intrinsèque doit être la fin de nos actes, ce qui n'est pas forcement associé à la morale religieuse telle qu'elle a été suggérée par Thomas d'Aquin[944].

2. Le droit naturel dans les déclarations des droits de l'Homme

A la suite de cette tradition philosophique « ambivalente » concernant la question de Dieu et de la nature en droit, sont nés à la fin du XVIIIe siècle les deux textes

---

[942] Emerich De Vattel, *The law of the Nations (Le Droit des Gens),* Tome I, livre II « *De la Nation considérée dans ses relations avec les autres »,* Londres, 1797.

[943] Pufendorf en effet suggère que les principes basiques de la loi de la « nature rationnelle » ; *in* FINNIS John, « Natural Law ; The Classical Tradition » *in* COLEMAN Jules et al.(éd), *The Oxford handbook…*, *op.cit.,* pp.5ss; GOYARD-FABRE Simone, *Les embarras philosophiques …, op.cit.*, p.88ss . Toutefois, Pufendorf n'abandonne pas entièrement l'idée de Dieu puisqu'il écrit: « *si Dieu l'avait voulu, ce qui nous paraît aujourd'hui criminel pourrait être considéré vertueux* » : PRADIER- FODERE Paul, *Le droit de la guerre et de la paix (par Grotius),* Tome I, Paris, De Guillaumine, 1867, p.81, et ailleurs que « *Dieu seul détermine notre nature* »: BIX Brian, « Natural law… », *op.cit.,* p.68.

[944] D'ailleurs, les jusnaturalistes contemporains (comme Finnis), se basent précisément à l'idée de la morale, mais non forcement en recourant à Dieu ; voir BIX Brian, « Natural law… », *op.cit.,* p.68. note 33.

fondamentaux des droits de l'Homme – à savoir la Déclaration américaine et la Déclaration française des droits de l'Homme – édités pour en finir, l'un avec la colonisation britannique, l'autre avec la monarchie de l'Ancien Régime français. Dans les deux contextes, Dieu est présent, même s'il n'y est fait expressément référence que dans le texte de la Déclaration américaine.

La Déclaration américaine d'Indépendance du 4 juillet 1774 établit pour la première fois, à l'instar de la tradition biblique, le droit divin et le droit naturel comme fondements de tout droit. Dans la préambule de la Déclaration américaine, que l'on doit principalement à Thomas Jefferson, il est affirmé que les hommes sont « *crées égaux* » du fait des « *lois de nature et des lois de Dieu* » et qu'ils sont doués par leur créateur de droits : « *Nous tenons pour évidentes les vérités suivantes : tous les hommes sont créés égaux ; ils sont doués par leur Créateur de droits inaliénables ; parmi ces droits se trouvent la vie, la liberté et la recherche du bonheur* […] »[945].

Quelques années plus tard, la Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen (1789) aura les mêmes aspirations. Cependant, cette dernière, qui s'inscrit dans la philosophie des Lumières, ne saurait faire allusion à un quelconque créateur ; elle se contente de faire référence au droit naturel tel qu'il est issu de la Raison. Ainsi, il est affirmé dans la toute première phrase du *Préambule* de la Déclaration que les hommes sont libres, égaux et doués « par nature » de droits inaliénables et *sacrés* : « *considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'Homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des gouvernements, ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme…* »[946]. D'après une lecture politico-philosophique de ces textes, la religion est là encore, sans doute, présente. C'est précisément pour cela que M.

---

[945] Préambule de la Déclaration Américaine d'Indépendance du 4 juillet 1776 : *« When in the Course of human events, it becomes necessary for one people to dissolve the political bands which have connected them with another, and to assume among the powers of the earth, the separate and equal station to which the Laws of Nature and of Nature's God entitle them, a decent respect to the opinions of mankind requires that they should declare the causes which impel them to the separation. We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness[…] »,* disponible sur le site du gouvernement des États- Unis, http://www.archives.gov, consulté le 28 octobre 2010.

[946] Préambule de la *Déclaration française des Droits de l'Homme et du Citoyen du 4 juillet 1789*. En regardant même le texte initial de la Déclaration en deux pages, il serait impossible de s'en passer de la ressemblance du texte de la Déclaration aux Dix Commandements, accentuée par la décoration de fers brisés, du triangle maçonnique de l'égalité et la pique et le bonnet phrygien.

Stamatios Tzitzis considère les droits de l'Homme comme des « *postulats hypothético-déductifs de la Raison conçue comme guide sûr de l'humanité pour construire son avenir*»[947] : parce que ce sont les révolutionnaires de la Déclaration française, qui, oscillant entre le singulier et l'universel, entre l'homme-citoyen français et l'Homme platonique appartenant à l'Humanité, ont posé les bases du système moderne des droits de l'Homme. Un système désacralisé, mais pourtant toujours « naturel », basé sur la reconnaissance de droits *sacrés* et *innés*[948].

Ainsi, les deux textes fondamentaux des droits de l'Homme portent la marque du passage de la religion dans le droit – la Déclaration américaine explicitement ; la Déclaration française, implicitement. C'est ce qu'affirme aussi M. Chabot en disant qu'« *assez curieusement, ces formulations modernes imitent plus ou moins consciemment et de manière laïcisée, un texte religieux fondamental de la tradition judéo-chrétienne, à savoir le Décalogue. Brièveté, solennité de la forme et sacralité du contenu permettent ce rapprochement, d'autant que les "founding fathers" américains étaient pétris de culture biblique et les "philosophes des Lumières" appartenaient à une société chrétienne* »[949]. Par ailleurs, pour certains auteurs, américains notamment, la liberté (« naturelle ») des hommes, en tant que condition nécessaire de l'égalité, et donc du progrès économique et social, ne semble toujours pas séparée du divin. Si la Déclaration française a voulu rompre brutalement avec Dieu et le remplacer par la Raison, ceci ne s'est pas produit dans la pensée britannique et américaine, qui reconnaît encore aujourd'hui des origines judéo-chrétiennes à la liberté et l'égalité. Selon Twaney par exemple, auteur britannique et

---

[947] Ceci dit, il existe une grande variété d'opinion à propos de l'utilité du discours de la métaphysique en tant que fondement des droits de l'Homme, voir généralement TZITZIS Stamatios et PALLARD Henri(dir), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997, esquissant les opinions divergentes de Tzitzis, Henri Pallard, Hassan Abdelhamid, Yad Ben Achour, Jean-Claude Kamdem et Guillaume Vannier.

[948] M.Tzitzis remarque à cet égard que « *les révolutionnaires essaient de construire une théorie réaliste et pragmatique des droits de l'Homme à partir d'une ontologie transcendante qui aboutit à une théosophie*», alors que certains d'entre eux, comme St. Just, sont allés jusqu'à « *faire de la nature législatrice[…] un droit de l'Homme pour fustiger les mauvais effets du volontarisme dans les conventions* »: TZITZIS Stamatios, « Droit de l'Homme et droit humanitaire » *in* TZITZIS Stamatios et PALLARD Henri(dir), *Droits fondamentaux…, op.cit.,* pp.41-62, notamment pp.45-46.

[949] CHABOT Jean-Luc, « La doctrine sociale de l'Église catholique et les droits de l'Homme », in CHIANEA Gérard et CHABOT Jean-Luc (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel, 1848-1948-1998*, actes du Colloque, avril 1998, organisé par l'Université Pierre Mendès France, Paris- Montréal (Québec), L'Harmattan, 2000, p. 264.

dans une certaine mesure « volontariste »[950], l'essence de toute éthique ne saurait être autre chose que de considérer que chaque individu est d'une importance infinie (et pas conséquent, de croire qu'il ne puisse y avoir aucune considération justifiant l'oppression d'un individu par un autre)[951] et qu'il n'y aurait pas d'égalité sans croyance en Dieu ; « *afin de croire à l'égalité des hommes il est nécessaire de croire en Dieu* »[952]. Bien que moins explicite, la fonction du droit naturel dans le discours des droits de l'Homme existe dans une certaine mesure.

B. Le concept de dignité humaine comme avatar juridique de l'Homme *imago Deis*

Le droit naturel ne saurait être appréhendé sans référence à la « dignité humaine », fondement théorique matriciel des droits de l'Homme. Toutefois, la *normativité* de la dignité humaine est aujourd'hui entièrement dissociée de la religion.

1. Définition et historique du concept de dignité

Nous ne pouvons aborder la question qu'en soulignant l'imprécision de ses contours. La plupart des auteurs en effet commencent généralement par affirmer que la dignité touche à l'essence humaine même, à ce que l'homme a de plus précieux, mais tout en en soulignant que nous ne saurions saisir ces traits qu'intuitivement[953]. Par ailleurs, une certaine confusion existe sur le plan juridique entre les concepts de *dignité* et *personnalité* ou d'*honneur*[954], alors qu'en tant qu'argument juridique, il s'agit d'une notion si vague qu'elle peut être aisément utilisée pour soutenir des arguments

---

[950] BIX Brian, « Natural law… », *op.cit.,* p.68 et s.

[951] GREENLEAF, *The British Political Tradition: The ideological heritage*, Routledge, Londres, 2003, p.447. Selon Tawney, par exemple, « *the essence of all morality is this: to believe that every human being is of infinite importance, and therefore that no consideration of expediency can justify oppression of one by another. But to believe that is necessary to believe in God* ».

[952] *Ibidem*, *op.cit.,* p.174.

[953] JORION Benoît, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif», *RDP,* 1999, p.215 : « La dignité est une notion intuitive plus facile à percevoir qu'à définir ».

[954] Ainsi par exemple, le Code Pénal grec(article 137) prévoit que « *les tortures, toute autre atteinte corporelle, nuisance à la santé ou exercice de violence psychologique, ou toute autre offense de la dignité humaine est interdite et punie* », ce qui permet de croire que toute violence puisse constituer une atteinte à la dignité [*Τα βασανιστήρια, οποιαδήποτε σωματική κάκωση, βλάβη υγείας, ή άσκηση ψυχολογικής βίας, καθώς και κάθε άλλη προσβολή της ανθρώπινης αξιοπρέπειας, απαγορεύονται και τιμωρούνται, όπως νόμος ορίζει*]. Évidemment ceci entraîne une certaine confusion entre les atteintes à la personnalité, à l'honneur et la dignité humaine ; à cet égard, la Cour de Cassation Grecque considère que la plupart des atteintes à la vie privée constituent aussi des atteintes à la dignité (p.ex. *Areios Pagos 1640/2008, 1026/2008*) ce qui suggère une approche assez généralisée à la dignité.

antinomiques dans un même débat[955].

Il existe ainsi deux positions doctrinales, soutenues de façon égale, à propos de la normativité de l'idée de dignité. La première prétend que celle-ci peut constituer un « droit », c'est-à-dire un élément subjectif attaché à la personne humaine et, en l'espèce, à un sujet de droit[956]. Ce droit à la dignité humaine pourrait être directement invoqué[957]. La deuxième consiste à admettre que la dignité a un contenu beaucoup plus vaste : « *la dignité et la liberté, ou encore les principes éthiques et droits fondamentaux ne forment pas un ensemble unique* »[958]. Dans cette vision, la dignité se rattache non pas à la personne isolée mais davantage à l'humanité tout entière[959], ce qui, pour utiliser l'expression de M. Maubernard, lui donne le statut d'un « *méta-principe* »[960]. Selon l'auteur, cela signifie tout d'abord que le principe de la dignité acquiert une dimension nouvelle et doit prévaloir, en toutes circonstances, en cas de conflit entre des droits fondamentaux. On considère ici par exemple la liberté de recherche, les droits de propriété intellectuelle, la liberté d'expression, ou la liberté de circulation des marchandises et des services. Cette deuxième position semble plus appropriée, si l'on considère que la dignité ne protège pas que les personnes vivantes

---

955 Par exemple, en l'affaire française du « lancer le nain », le comportement en question a été banni au nom de l'ordre public, alors que le nain lui prétendait que sa dignité lui imposait d'avoir un travail pour gagner sa vie : *Morgens-sur-Orge de 27/ 10/ 1995, arrêt du Conseil d'État*, rendue sous l'impulsion de l'avocat général. Ce point de vue est celui aussi du Professeur Andorno, lorsqu'il dit que : « *Force est de reconnaître que l'expression «dignité humaine» est souvent employée avec une signification très vague, ce qui encourage l'usage inflationniste dont elle fait parfois l'objet. Il arrive même qu'elle soit invoquée afin de soutenir des revendications contradictoires, comme c'est le cas dans le débat sur l'euthanasie, car tant ceux qui sont en faveur que ceux qui sont contre cette pratique font appel à l'idée de dignité humaine. De même, elle est quelques fois utilisée de manière abusive comme un argument facile et rapide («knock-out argument») pour critiquer certaines pratiques, telles que le clonage ou l'ingénierie génétique, afin de s'épargner la difficulté d'avoir à apporter des explications supplémentaires » in* ANDORNO Roberto, « La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique? », *Revue Générale de Droit Médical*, n° 16, 2005, pp. 95-102.

956 La distinction appartient à MAUBERNARD Christophe « Le droit fondamental à la dignité humaine en droit communautaire: la brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes », *RTDH*, n°54, 2003, p.483et s.

957 Si, par exemple, l'utilisation d'un élément isolé du corps humain est utilisé d'une façon contestable ; voir MAUBERNARD Christophe, *ibidem,* p.490.

958 *Ibidem,* p.490, se référant à Bernard EDELMAN, p.187, paragraphe 15 et s.

959 L'existence d'une dignité « de l'humanité » nous semble aussi correct, puisque le droit puni à un degré supérieur les crimes contre l'humanité : voir aussi en droit interne français, le procès *Barbie*, décision de 26/ 1/ 1984, rendue par la Chambre Criminelle de la Cour du Cassation.

960 Et également une « notion-droit », qui n'est pas issue dans tous les cas du domaine juridique stricto sensu (comme ici la dignité humaine ou un autre principe éthique) mais dont les implications juridiques sont néanmoins essentielles et font l'objet d'une appréhension aussi bien par le législateur que par le juge, sans toutefois que leur degré de contrainte à l'égard des différents sujets de droit soit pleinement établi ; en d'autres termes, la « notion » ne remplit pas les critères essentiels d'une « norme ».

(*personne in concreto*), mais aussi celles qui n'ont pas encore été créées ou qui ont cessé d'exister (*personne in abstracto*).

2. Les sources théologiques de la dignité humaine, dans le christianisme et dans d'autres religions

Il peut être pertinent de suggérer que c'est la théologie chrétienne, en tant que philosophie et idéologie, qui a matérialisé en premier lieu le concept de dignité. En effet, c'est le christianisme, qui se positionne dans l'héritage de l'enseignement de Socrate et des stoïciens[961], qui suggère que les hommes sont « sacrés » car ils possèdent une ressemblance divine (*imago Dei*, à l'image de Dieu).

Ainsi, théoriquement, l'idée de la dignité émerge pendant le Moyen Âge, sous l'influence de la pensée romano-canonique : selon Saint-Thomas d'Aquin, « *Dieu est devenu un Homme sur terre, afin de nous apprendre la dignité de la nature humaine* »[962]. La pensée judéo-chrétienne, d'ailleurs ultérieurement développée par Kant, est le premier courant philosophique à reconnaître spécifiquement la valeur de l'être humain dans une dimension individuelle : on accepte à cette époque pour la première fois que l'Homme est doué d'un libre arbitre, et qu'il est libre de décider justement parce qu'il est doué de dignité. Cette dignité est inévitablement conçue par rapport à Dieu ; c'est lui qui prescrit la « bonne conduite », ce qu'il est digne et indigne de faire.

Si cette situation a perduré du Moyen Âge jusqu'à la modernité, la dignité qui a émergé après les atrocités de la Deuxième Guerre mondiale commis par les nazis, est une notion entièrement différente, qui, tout comme le droit naturel moderne, est

[961] Platon(par la bouche de Socrate) et plus tard les stoïciens, était le premier qui a déplacé l'axe de la philosophie de la nature (où les philosophes naturalistes Ioniens l'avaient placé) à l'Homme. Par son enseignement et par son existence même, et de par sa plus grande attention à la nature éthique de l'Homme (son comportement, ses vertus, ses vices, ses concepts, ses états psychiques), Socrate était le premier philosophe véritablement humaniste qui défendait l'idée selon laquelle chaque être humain constitue une fin en soi. . Sève s'accorde aussi à cette position, en expliquant en outre que l'émergence du concept du droit, de l'égalité et de a liberté humaines est largement basé non seulement sur le christianisme mais aussi sur l'hellénisme. SEVE René, « Christianisme et Hellénisme » in TERRE François(dir.), *Droit et religion,op.cit*., p.49.Les positions humanistes se traduisent d'ailleurs plus tard dans le courant personnaliste, et par là, dans les droits de l'Homme, voir CHABOT Jean-Luc, « Le courant personnaliste et la Déclaration Universelle des droits de l'Homme », *in* FERRAND Jérôme et PETIT Hugues*, L'Odyssée des droits de l'homme…*, *op.cit.*, p.325-338.

[962] *Compt. Theologica*, 201,1a, 2.

entièrement dissociée de son sens religieux. Ainsi, après la fin du conflit mondial, la protection des *êtres humains* en tant que tels est devenue un impératif de la Communauté internationale, cette protection étant associée à rien d'autre qu'à l'être humain. C'est en ce sens que la Charte de San Francisco annonce « *nous, les peuples des Nations Unies…* » et non pas *« nous les États.. » ;* en ce sens que la rédaction de la Déclaration universelle a été possible ; en ce sens que la cession des privilèges aux minorités a tant tardé : les individus, en effet, après la guerre, n'étaient pas protégés *qua* membres d'un certain groupe, d'une certaine minorité ou d'une catégorie particulière, mais *qua* êtres humains singuliers[963].

Par ailleurs, la conception de la dignité est différente selon chaque époque historique. La dignité dans l'Antiquité grecque, par exemple, à l'exception de la conception de Socrate et bien avant les stoïciens, était dépourvue de sens *moral*. Le concept de dignité tel qu'il a été formé avec les religions monothéistes n'existait alors pas puisqu'aucune « essence de la personne humaine » n'existait : l'individu n'était important que comme *citoyen,* à savoir individu *dans la cité*. La vertu, la sagesse, l'honneur, la bonté, le courage étaient sans doute admirés, mais l'esclavage, l'inégalité et la torture étaient admis sans contestation particulière[964], et le plus grand honneur était de mourir pour l'intérêt de la cité. Ainsi, la dignité dans l'Antiquité était liée à l'honneur, tant celui des vivants que des défunts, ainsi qu'à la pertinence de l'idée d'immortalité. D'ailleurs, les dieux de l'Antiquité remplissaient des fonctions totalement différentes de celles du Dieu unique apparu avec les monothéismes ; on trouve la manifestation de ce fait dans les limites de la satire admise pour les dieux antiques[965]. C'est donc en ce sens seulement que la dignité de Polynice impose à Antigone de méconnaître l'édit de Créon[966], tout comme elle impose dans l'*Iliade* à Priam, roi de Troie, de supplier Achille de lui donner le cadavre de son fils Hector, après que ce dernier l'ait traîné derrière son chariot[967].

---

963 « La protection internationale de la dignité humaine » *in* CASSESSE Antonio, *International Law in a divided world*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 1994(reéd), p.289.

964 GARNSEY Peter, *Conceptions de l'esclavage [Texte imprimé] : d'Aristote à Saint Augustin,* Paris, Les Belles Lettres, 2004 ; FLACELIER Robert, « La vie des esclaves dans l'Antiquité » [«Πώς ζούσαν οι δούλοι στην αρχαιότητα»], Athènes, *Istoria,* n°17, p.29.

965 Voir *infra,* chapitre 5 à propos de la satire et la caricature religieuse dans l'Antiquité.

966 Sophocle, *Antigone,* versets 386-580, voir *supra,* notes 921-923.

967 *L'Iliade*, verset 2763.

Il en suit que la « haute » idée de la dignité humaine, et de l'humanité plus généralement[968], est une idée universelle et qu'il existe un certain *consensus* universel à propos de son contenu[969]. Certes, il existe des liens entre « la conception biblique » de l'Homme, et la notion de la dignité, telle qu'elle est évoluée en Europe, comme le pape de l'église catholique a pu affirmer à des nombreuses reprises[970]. Or, cette dignité n'est pas le privilège de la pensée théologique chrétienne, ni de la pensée européenne, les auteurs non-occidentaux étant les premiers à admettre que la dignité est partout la même[971]. Par ailleurs, a dignité a des fondements discernables dans les enseignements philosophiques et religieux les plus diverses, et également dans les traditions juridiques occidentales et non-occidentales. Dans la tradition hindouiste par exemple, nous trouvons des exemples qui démontrent l'importance de l'être humain dans ce qu'il a de plus essentiel, de plus « humain » précisément, d'insaisissable[972]. Et selon le Coran, homme et humanité se mêlent : « *celui qui a tué un homme […], celui-là a tué l'humanité entière et celui qui a sauvé la vie d'un homme a sauvé l'humanité entière* »[973]. La même idée existe dans la tradition africaine. Rappelons ici une fable du Burundi : l'histoire d'une femme qui a accouché d'une cruche au lieu d'un enfant ; la femme traite la cruche comme un enfant et, à la fin de la fable, la

---

968 Également, l'idée de l'humanité, est inévitablement liée aux religions, puisque la dignité n'acquerra son sens que lorsqu'elle est liée à l' « humanité » ; et cette humanité à son tour n'aurait pas de sens que si l'on songe aux religions. Dans ce sens là, l'idée de l'Humanité est née dans la pensée de Cicéron, d'après qui *« il existe une société du genre humain, ayant en commun une ratio et oration »;* REVERSO Laurent, « La pensée juridique romaine face aux droits de l'Homme, l'exemple de Cicéron» *in* FERRAND Jérôme et PETIT Hugues*, L'Odyssée des droits de l'homme…,op.cit.*, p.27.

969 DONNELLY Jack, *International Human Rights,* Cambridge, Westview-Perseus, Coll. Dilemmas in World Politics, 2007, p.41 et *contra* YASUAKI Onuma, « In Quest Of Intercivilizational Human Rights: Universal Vs. Relative Human Rights Viewed From An Asian Perspective », *AJHRL*, N°53, 2000, pp.53-88.

970 « *La conception biblique des droits de l'Homme a permis aux Européens de développer une haute notion de la dignité de la personne qui demeure une valeur essentielles même chez eux qui n'adhèrent pas à une foi religieuse* » *in* Discours du Pape Jean Paul II, cité par CHABOT Jean-Luc, « Les racines chrétiennes des droits de l'Homme » in CHIANEA Gérard et CHABOT Jean-Luc (dir.), *La doctrine sociale de l'Église …*, *op.cit.*, p. 261.

971 M'BAYE Keba « Droits de l'Homme et pays en développement» in *Mélanges Jean René Dupuy,* Paris, Pedone, 1991, p.212.

972 Selon les paroles de Mahâbahârata XII (200 a.C. – 100); « *rien, en vérité, n'est plus excellent que l'humanité » et que « tous les êtres désirent naître toujours et partout* » *in* HERSCH Jeanne, *Le droit d'être un homme* », Paris, UNESCO, 1990.

973 Le *Coran*, *Sourate Al-Maidah*, (32) : « *C'est pourquoi nous avons prescrit pour les Enfants d'Israël que quiconque tuerait une personne non coupable d'un meurtre ou d'une corruption sur la terre, c'est comme s'il avait tué l'humanité entière. Et quiconque lui fait don de la vie, c'est comme s'il faisait don de la vie à l'humanité entière. En effet Nos messagers sont venus à eux avec les preuves. Et puis* voilà, qu'en dépit de cela, beaucoup d'entre eux se mettent à commettre des excès sur la terre ».

cruche se transforme en reine. L'idée est encore la même : tout être humain qui naît a droit à la vie[974].

Enfin, nous pouvons ajouter que l'avènement de l'idée de dignité dans les droits nationaux au cours des dernières années n'est plus lié à la moralité. Dans la plupart des États européens occidentaux, il existe une prolifération manifeste des références à la dignité de la part des tribunaux. En droit français par exemple, nous avons répertorié moins de 30 références à la dignité de la part de la Cour de Cassation entre 1960 et 1970, 13 entre 1970 et 1980, 32 entre 1980 et 1990, 60 entre 1990 et 1998, et plus que 440 (!) entre 1999 et 2009. Mais cette prolifération est dissociée de la morale en droit, et plutôt associée aux progrès de la technologie, à l'avènement des dangers de la bioéthique et à l'avènement et au pouvoir des médias vis-à-vis des revendications de la vie privée : *l'affaire Mosley*, à propos de la protection de la vie privée du millionnaire Mosley (aujourd'hui pendante à la Cour européenne), en est une bonne illustration[975].

§ 2. La normativité des concepts éthiques et spirituels en droit international

L'internationalisation des droits de l'Homme à laquelle nous assistons aujourd'hui nous permet d'affirmer le caractère contraignant de ces droits sur le plan mondial, sans recours nécessaire à la moralité ni *a fortiori* au droit naturel[976]. Le respect des droits de l'Homme est une obligation internationale pour tous les États, qui, d'un point de vue formel, comme nous l'explique M. Gérard Jonathan-Cohen, est fondée tantôt sur les traités, tantôt sur la coutume du droit international[977]. Cependant, nous aimerions ici aborder une réflexion quant à la liaison éventuelle entre le *ius cogens* et le droit international des droits de l'Homme, sous le prisme d'une sorte de « morale universelle », dans la mesure où les droits de l'Homme visent à protéger les valeurs humaines essentielles. Il nous semble en effet intéressant d'examiner dans un premier

---

[974] Exemple tiré de l'ouvrage HERSCH Jeanne, *Le droit d'être un homme …, op.cit,* note 972.

[975] *Mosley c. Royaume Uni,* requête n°48009/08, 29 septembre 2008, état des faits du 22 octobre 2009.Il s'agissait en l'espèce de la requête du président de la Fédération Internationale de l'Automobile Max Mosley qui a obtenu du High Court le somme de £60,000 pour des dommages - intérêts suite à la publication des photos par le journal News of the World le montrant participer à une séance sadomasochiste d'inspiration « nazie ».

[976] DONNELLY Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice,* Londres, Ithaca-Cornell University Press, 2002(2è éd), pp.19ss, qui propose qu'il n'y aurait plus besoin de débattre sur le fondement des droits de l'Homme, voir aussi *infra,* Chapitre 7.

[977] COHEN-JONATHAN Gérard, « Universalité et singularité des droits de l'homme » *RTDH*, n°53, 2003, pp. 3-13.

temps si, le cas échéant, le droit naturel a un rôle à jouer dans la cristallisation du *ius cogens*. Nous continuerons par la suite dans un second temps avec les applications du *ius cogens* dans la jurisprudence, afin d'éliminer toute doute que le *ius cogens* aurait aujourd'hui des fondements « naturels ».

A. Quel lien entre droit naturel et *ius cogens*?

L'idée de l'universalité des valeurs est particulièrement mise en avant dans l'idée du droit « obligatoire » dans le droit international ou le *jus cogens* : celui qui, de toutes les règles internationales, devrait à tout prix être respecté. Le *ius cogens* en effet est un composant essentiel de l'ordre international public, ses fonctions étant nettement distinguées du droit naturel. Nous serions d'accord à cet égard avec le Professeur Kolb, lorsqu'il dit que le prisme du droit naturel n'est pas recommandable pour aborder la question du *ius cogens,* puisque « *le problème du droit international a dès le début gravité autour de la notion de la souveraineté »*[978].

Nous étudierons d'abord le lien entre *ius cogens* et droit naturel puis nous verrons comment le *ius cogens* s'est petit à petit cristallisé dans la jurisprudence des instances internationales, sans que cela soit lié à l'idée de la morale.

1. Le *ius cogens* dissocié du droit naturel

Le concept de *ius cogens*, en effet, est défini en droit comme un ensemble de normes fondamentales et obligatoires, dont la position hiérarchique est supérieure à toute autre norme ou principe[979]. A cet égard, il a une valeur coutumière, cristallisée dans l'article 53 de la Convention de Vienne sur l'application des traités, qui stipule : « *est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général »,* alors qu'il peut être vu également comme un « accord tacite » entre les États[980]. Ainsi, tout acte (ou traité conclu) contraire au

---

[978] KOLB Robert, *Théorie du ius cogens…*, *op.cit.,* p.66.

[979] Notons que la notion de est souvent une source de malentendu dans la doctrine, du fait de sa confusion avec les obligations *erga omnes*. La littérature sur ce point est abondante, voir à titre indicatif : WOLFKE Karol, « *Jus Cogens* In International Law », *Polish Yearbook of International Law,* Vol.6, 1994 ; « Selected Prefigurations Of The Concept Of Obligations *Erga Omnes : Jus Cogens » in* RAGAZZI Maurizio, *The Concept Of International Obligations Erga Omnes,* Oxford, Clarendon Press, 2004, pp.43-73 ;BASSIOUNI Cherif, « International crimes: *jus cogens* and obligations *erga omnes* », *Law and contemporary problems,* Vol. 59, No. 4, 1996.

[980] McTAGGART SINCLAIR Ian, *The Vienna Convention… , op.cit.,* p.205 et s.

ius cogens est automatiquement nul, et toute violation en la matière entraîne la responsabilité internationale[981].

La Convention de Vienne tente par ailleurs une définition de ces « normes impératives » sans recourir au droit naturel, longtemps abandonné en droit international[982] : « *Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la Communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modelée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère* »[983]. Dans ses commentaires de l'article 50, la Commission du Droit International(CDI) a déclaré explicitement que ce qui donne ce caractère péremptoire aux normes internationales, c'est « la nature particulière de leur objectif »[984]. Or, la Commission a bien clarifié que les normes de *ius cogens* ne sont pas immuables, mais qu'en revanche, elles sont éventuellement susceptibles à d'autres interprétations futures[985]. L'article 64 même de la version finale du Traité admet l'apparition de nouvelles normes impératives[986].

De même, l'idée du droit naturel n'a pas été évoquée par la Commission lors de la rédaction du droit des traités. Certes, l'idée qu'il s'agit de normes qui n'impliquent pas *uniquement* des normes *légales*, mais également des normes de nature *morale*, a été partagée par tous les rapporteurs de la CDI[987], alors que quelques représentant

---

[981] Voir aussi WELLER Marc, « The Struggle For An International Constitutional Order » *in* ARMSTRONG David (dir.), *Routledge Handbook of International Law*, Londres – New York, Routledge, 2008, pp.188-189.

[982] Comme le rapporte M.Scheuner en 1966, les références aux « normes péremptoires » avant la Convention de Vienne étaient rares et seulement dans le 19è elles étaient basées sur le concept du droit naturel, voir SCHEUNER Ulrich, « Conflict of Treaty Provisions… », *op.cit .,* p.521, note 3.

[983] Article 53 de la Convention de Vienne sur les traités concernant les « *traités en conflit avec une norme imperative* ». Voir à cet égard, SCHEUNER Ulrich, « Conflict of Treaty Provisions with a PeremptoryNorm of General International Law ; Comments on Arts. 50, 61 and 67 of the ILC's 1966 Draft Articles on the Law of Treaties », *Zeitschrift fur Auslandisches ôffentliches Rechtund Vôlkerrecht*, n° 3, 1967, pp. 520-532.

[984] CDI : « Draft articles on the Law of the Treaties », *Yearbook of the International Law Commission, 1966*, vol. II, p.67.

[985] « *On the other hand, it would clearly be wrong to regard even rules of jus cogens as immutable and incapable of modification in the light of future developments[...]The article, therefore defines rules of jus cogens as peremptory norms of general international law from which no derogation is permitted and which can be modified only by a subsequent norm of general international law having the same character*», voir CDI : « Draft articles on the Law of the Treaties », *op.cit.*, p.248.

[986] L'article 64 du Traité dispose que « Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin ».

[987] CDI: Troisième Rapport, présenté par Fitzmaurice, p.41, Doc. A/CN.4/115/, §76.

d'autres États ont également suggéré le lien entre la morale, le droit naturel et le *ius cogens* (comme par exemple l'idée que la valeur absolue de l'être humain était un exemple du droit naturel[988], que les normes légales et les règles morales se chevauchent[989] ou bien que le droit international découlerait également de la pensée d'auteurs classiques comme Grotius, de Vattel, Suarez, etc.[990]). Or, le rapporteur de la Commission, Sir Humphrey Waldock, pendant les travaux sur le Traité de Vienne en 1969, a explicitement déclaré que « *la Commission a fondé son approche de la question de jus cogens plus sur la loi positive que sur la loi naturelle*[991]», alors que même le représentant du Saint-Siège avait simplement suggéré qu'un principe d'interprétation tel que la primauté des droits de l'Homme aurait donné un contenu plus précis à l'idée de *ius cogens*[992], sans autre précision.

On pourrait dire que la relation entre *ius cogens* et droit naturel reste sur un plan historique. Aucune nécessité aujourd'hui de recourir au droit naturel afin de justifier l'application extrêmement importante du *jus cogens*[993], dont par exemple la qualification de crime contre l'humanité pour le crime de génocide, justement parce qu'il choque « *la conscience de l'humanité entière* »[994], sans aucune autre nécessité de justifier ce qui fonctionne comme une évidence.

---

988 *Compte rendus analytiques de la première session…, op.cit., des Traités*, documents officiels, p.311, §42 (Italie).

989 *Ibidem,* p.319, §37(Sri Lanka).

990 *Ibidem,* p.315, §5(Espagne), p.294, §7 (Mexique), p.305, §67(Chypre).

991 *Compte rendus analytiques de la première session de la Conférence des Nations Unies sur le droit des Traités*, documents officiels, Vienne, 24 mars-26 mai 1968, p.327, §77.

992 *Ibidem,* pp.258-259 ; Amendement proposé lors de la conférence de Vienne, Doc. A/Conf.39/C.1/L.312, A/CONF.39/11.

993 CIJ, *République démocratique du Congo c. Rwanda*, Ordonnance du 30 janvier 2001, *C.I.J.*, *Recueil 2001*. Dans cette affaire en effet, des violations massives des droits de l'Homme ont été en cause ; toutefois, la Cour a jugé que même s'il s'agit des normes *jus cogens*, les états parties devraient consentir à la juridiction de la Cour.

994 L'article 1 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, du 9 décembre 1948, qualifie le génocide comme l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, est l'élément crucial. En effet, selon Bassiouni, les deux critères doivent être simultanément remplis, même si une partie de la doctrine accepte qu'un des deux suffirait, voir BASSIOUNI, Cherif, « Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice », *Vancouver Journal of International Law*, n°22, 2001-2002 et BASSIOUNI Cherif, *Crimes against humanity in international criminal law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, p.210: « *certain crimes affect the interests of the world community as a whole because they threaten the peace and security of humankind and because they shock the conscience of humanity* ». Effectivement les menaces « *de paix et de sécurité* » sont des appréciations politiques, pour lesquelles, selon la Charte des Nations Unies, serait compétent de décider le Conseil de Sécurité (Article 39-51 du Chapitre VII : Action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix et d'acte d'agression : « *Le Conseil de sécurité constate l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression et fait des recommandations ou décide quelles mesures seront prises conformément aux Articles 41 et 42 pour*

2. L'application évolutive du concept de *ius cogens* dans la jurisprudence

D'après la Cour Internationale de Justice (CIJ), le respect des droits de l'Homme en droit international est aujourd'hui une obligation internationale, dont la violation entraîne la responsabilité étatique[995]. Toutefois, son application, du fait peut-être de la confusion qui l'entoure, est encore hésitante[996] et assez limitée[997]. Comme le remarque M. Jonathan Cohen, « *Le problème de savoir si, en plus, certaines normes coutumières ont une nature de* ius cogens *provoque encore beaucoup d'hésitation. Le juge international est pour l'instant discret. En vérité, nous avions déjà un précédent : le 10 décembre 1998, dans l'affaire Furundzija, une chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie*[998] *a affirmé que l'interdiction de la torture avait acquis le caractère de règle de* ius cogens », alors que « *Visant sans ambiguïté l'affaire Pinochet*[999]*, le Tribunal déclare que cette règle impérative fonde une compétence universelle de répression qui l'emporte sur toute autre règle de droit international concernant l'extradition ou les immunités diplomatiques, par exemple* ». Dans l'affaire plus récente des *Activités armées sur le territoire du Congo*, le juge Dugard, dans son opinion séparée, remarque que les normes de *ius cogens* sont

---

maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales […] »)

995 CIJ : Affaire *Barcelona Traction, Belgique c. Espagne* du 5 février 1970 Rec.1970, p.3-32. Voir aussi l'affaire *Nicaragua c. États-Unis d' Amérique*, ordonnance du 26 septembre 1991, §267 et 268. Voir BASSIOUNI, Cherif, « Universal Jurisdiction… », *op.cit.,* p.81. Et en français, voir GOY Raymond, *La Cour Internationale de Justice*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.59.

996 Dans l'affaire de Timor Occidental par exemple (*Portugal c. Australie)*, jugement, C.I.J. Rapports 1995, p. 90 ou bien l'*Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Jugement, C.I.J. Rapports 2002, p.3: voir particulièrement en l'opinion dissidente de M. le Juge Al-Khasawneh et le Juge ad hoc van den Wyngaert qui plaident pour la primauté des normes *jus cogens*, en tant que normes prohibant les crimes contre l'humanité, sur les normes concernant l'immunité diplomatique.

997 Remarques de HARTWIG Matthias, « Discussion following presentations of Georges ABI-SAAB, Erika DE WET », *in* WOLFRUM Rüdiger, RÖBEN Volker(ed), *Legitimacy in international law*, Berlin- Heidelberg-New York, Springer, Vol. 194, p.161. Par ailleurs, le Professeur Anthony D'AMATO, ancien juge *ad hoc* à la Cour internationale de Justice met au pilori la façon « moue » dont le droit protège le *jus cogens* dans l'article *« It's a Bird, it's a Plane, it's Jus Cogens*! », *Connecticat Journal of International Law*, Vol 6, n°1, 1990, pp.1-6.

998 Dans son jugement dans l'affaire *Procureur c. Furundzija*, *affaire* n° IT-*95*-17/1T du 10 décembre 1998, §§ 143-154, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie relève que l'interdiction de la torture édictée par les traités relatifs aux droits de l'homme consacre un droit absolu auquel il ne peut être dérogé, même en situation de crise et que « *la valeur de jus cogens de l'interdiction de la torture rend compte de l'idée que celle-ci est désormais l'une des normes les plus fondamentales de la communauté internationale*».

999 Affaire *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate et autres*, *ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), [2000] Appeal Cases 147, de la Chambre de Lords, 24 mars 1999. Comme le remarque aussi la Cour Européenne, dans l'affaire *Pinochet*, la Chambre des lords avait admis que l'interdiction de la torture a désormais rang de *jus cogens* en droit international et que la torture a acquis la qualification de crime international ; cité dans l'affaire Cour eur. dr. Homme , *Al-Adsani c. Royaume Uni*, *requête n° 35763/97*21 novembre 2001, §34.

un mélange de principes et de politique, ce qui explique leur ordre hiérarchique supérieur[1000].

Ces affaires de la CJI ont ouvert la voie à la cristallisation du *ius cogens* en matière de droits de l'Homme, en tant que principe universel, et ce, même si la Communauté internationale se méfie encore du concept. Certes, il serait en effet assez improbable que des États aient conclu des traités contraires au *ius cogens,* alors qu'il serait bien absurde d'imaginer que le *ius cogens* soit conçu comme un ensemble d'hyper-normes pouvant annihiler, finalement, tout le droit international – tant le droit des traités, selon l'article 63 de la Convention de Vienne, que le droit coutumier[1001]. Or, à de nombreuses occasions, les organes de la Communauté internationale ont dû recourir à cette notion, afin de fonder cette idée, aussi « naturelle » qu'elle puisse paraître. Il s'agit par exemple des cas suivants :

1) En 2001, dans l'affaire *Al-Adsani*[1002], la Cour européenne invoque plusieurs précédents jurisprudentiels démontrant que l'interdiction de la torture s'est peu à peu cristallisée en une règle de *ius cogens* (affaire *Furundzija*[1003] et affaire *Pinochet*[1004]). La Cour, faisant aussi référence aux travaux de la CDI, a reconnu l'importance cruciale de l'interdiction de la torture en tant que *ius cogens*, et l'affaire *Al-Adsani* fut le premier précédent de la reconnaissance des règles de *ius cogens* en tant que règles

---

[1000] CIJ: *Activités armées sur le territoire du Congo*, *République démocratique du Congo c. Ouganda*, arrêt du 19 décembre 2005, *C.I.J.* Recueil 2005, p. 168, opinion dissidente de M.Dugard: « *Norms of jus cogens are a blend of principle and policy. On the one hand, they affirm the high principles of international law, which recognize the most important rights of the international order — such as the right to be free from aggression, genocide, torture and slavery and the right to self-determination ; while, on the other hand, they give legal form to the most fundamental policies or goals of the international community — the prohibitions on aggression, genocide, torture and slavery and the advancement of self-determination. This explains why they enjoy a hierarchical superiority to other norms in the international legal order. The fact that norms of jus cogens advance both principle and policy means that they must inevitably play a dominant role in the process of judicial choice ».*

[1001] Voir D'AMATO Anthony, « It's a bird, it's a plane… » *op.cit.*, p.4, critiquant la position soutenue par Mark JANIS dans *An Introduction to International Law*, en 1988, d'après qui le *jus cogens* l'emporte sur tout droit coutumier.

[1002] Cour eur. dr. Homme : *Al-Adsani contre Royaume-Uni*, précité, concernant une personne victime d'actes de torture perpétrés par les autorités du Koweït, qui souhaitait assigner les autorités koweitiennes devant les juridictions britanniques. En effet, depuis l'affaire *Al-Adsani*, la Cour, à peu d'exception (*Demir et Bayakara c. Turquie*, requête 34503/97, décision du 12 novembre 2008) se réfère au *jus cogens* afin de légitimer l'interdiction de la torture (voir par exemple *Ely Ould Dah contre la France,* Requête n° 13113/03, décision sur la recevabilité du 17 mars 2009).

[1003] *Ibidem*, §30.

[1004] *Ibidem*, §34.

universelles et « *valeurs fondamentales des sociétés démocratiques* »[1005] – même si elle n'a pas, dans sa conclusion, établi qu'il était déjà admis en droit international que les États ne puissent prétendre à l'immunité en cas d'actions civiles en dommages et intérêts pour des actes de torture perpétrés en dehors de *l'État du for*[1006].

2) En 2003, dans son avis consultatif n°18 concernant les droits des travailleurs clandestins mexicains[1007], la Cour interaméricaine a étendu le *ius cogens* au principe d'égalité devant la loi, d'égale protection par la loi et de non-discrimination. Plus particulièrement, selon la CIADH, le *ius cogens* constitue un principe fondamental qui imprègne tout ordonnancement juridique et celui sur lequel « *repose tout l'échafaudage juridique de l'ordre public national et international* ». D'après les juges de la CIADH, « *aucun acte juridique qui entre en conflit avec ce principe fondamental n'est admis, [de même que] ne sont admis les traités discriminatoires au préjudice de quiconque, pour des motifs de genre, race, couleur, langue, religion, conviction, opinion politique ou d'autre nature, origine nationale, ethnique ou sociale, nationalité, âge, situation économique, patrimoniale, état civil, naissance ou de quelque autre condition* »[1008]. Ce qui est pourtant remarquable dans cette affaire est le fait que la CIADH fasse une lecture non pas négative (au sens d'interdire tout ce qui serait contraire au *ius cogens*, et en conséquence la discrimination), mais plutôt positive (au sens où la Cour rappelle la vulnérabilité des migrants, ce qui justifie une protection particulière). Ainsi, les États sont libres de prendre des mesures mais ils devraient à tout le moins, dans l'application de ces mesures, respecter les droits de

[1005] *Ibidem*, §65-66. En effet, la Cour a jugé à l'unanimité, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 3 de la Convention, et par neuf voix contre huit, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention. D'après la majorité, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que le Royaume-Uni n'avait pas manqué à ses obligations en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme en déniant l'accès à ses juridictions au requérant

[1006] Huit juges de la minorité (opinion dissidente de M. Rozakis et Caflisch, à laquelle déclarent se rallier M. Wildhaber, M. Costa, M. Cabral Barreto et Mme Vajić, juges), ont pourtant dénoncé ces hésitations : « *Dès lors, si l'on admet que la prohibition de la torture a valeur de jus cogens, un État qui l'aurait enfreinte ne peut exciper de règles de rang inférieur (en l'occurrence, celles relatives à l'immunité des États) pour se soustraire aux conséquences de l'illégalité de ses actions […] Tout en admettant que la règle sur la prohibition de la torture est une norme de jus cogens, la majorité refuse d'en tirer les conséquences* »(§§3 et 4 de l'opinion dissidente).

[1007] CIADH : *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, Avis consultatif 18-03, 17 septembre 2003.

[1008] HENNEBEL Ludovic, « L'humanisation du droit international des droits de l'homme, Commentaire sur l'avis consultatif n°18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants», *RTDH*, n°59, 2004, pp.748-756.

l'homme des travailleurs clandestins et garantir l'exercice et la jouissance de leurs droits[1009].

3) Une série d'affaires du Tribunal de Première Instance des Communautés (TPIC) a commencé avec les arrêts *Kadi c. Commission* et *Yousouf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission* (rendus en septembre 2005[1010]), qui concernaient l'institution de certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama Ben Laden, au réseau Al-Qaida et aux Talibans[1011]. En l'espèce, la TPIC a jugé que les dispositions en question ne violaient pas les droits fondamentaux des intéressés ; toutefois, elle a examine l'affaire « *à l'aune du standard de protection universelle des droits fondamentaux de la personne humaine relevant du ius cogens* », prenant une prise de position assez généralisée de *ius cogens*, sachant qu'en l'espèce*, « seule une privation arbitraire [du droit à la propriété] pourrait être considérée comme contraire au* ius cogens ».

Indépendamment de la position que nous adoptons, ces débats démontrent l'importance que les droits de l'Homme acquièrent progressivement pour la Communauté internationale, ainsi que la généralité de la confusion qui entoure leurs fondements[1012].

[1009] CIADH : Avis consultatif 18-03, §111-127, voir HENNEBEL Ludovic, « L'humanisation du droit… », *RTDH*, *op.cit.,* p.750, notes 14 et 15.

[1010] TPICE, *Kadi c. Conseil et Commission (Affaire T-315/01), du 21 septembre 2005* et TPICE, *Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil et Commission* (T-306/01), Arrêt du 21 septembre 2005, 2005/C 281/31 *in* JOCE, C 281/17, Journal officiel de l'Union européenne, 12 novembre 2005 et ont suivi TPICE : *Faraj Hassan c. Conseil de l'Union européenne et Commission européenne* (C-399/06) et *Chafiq Ayadi c. Conseil de l'Union européenne* (C-403/06), arrêt du 3 décembre 2009. Ces affaires concernaient en effet le règlement du Conseil nº 881/2002, instituant certaines mesures restrictives spécifiques à l'encontre de certaines personnes et entités liées à Oussama ben Laden, au réseau *Al-Qaida* et aux Taliban, notamment un gel de fonds. La prise de ces mesures, qui d'après les requérants constituaient une violation à leurs droits fondamentaux, mettraient en œuvre selon la Commission et le Conseil les sanctions économiques et financières dans la Communauté, prévues par la position commune 2002/402.

[1011] Par le règlement du Conseil nº 881/2002, modifié par le règlement nº 561/2003, qui était issue en conformité avec les résolutions du Conseil de sécurité que ces règlements mettaient en œuvre. Pour les détails de cette affaire, parmi les commentaires abondantes, voir à titre indicatif TURKULER Isiksel, « Fundemental Rights in the EU after Kadi and Albakaraat», *ELJ,* Vol.16, n°5, septembre 2010, pp.551-577.

[1012] Effectivement, tous les droits de l'Homme ne sont pas de caractère péremptoire, et ne sont donc pas de *jus cogens*. Or, la confusion qui existe dans le domaine de la doctrine est remarquable ; voir D'AMATO Anthony, « It's a bird, it's a plane… », *op. cit.* p.2. Par ailleurs, cette confusion apparaît aussi dans la jurisprudence internationale, à propos du débat sur les fameuses « dérogations » des droits de l'Homme, ainsi que dans la jurisprudence européenne. Par exemple, l'idée que tous les droits de l'Homme seraient de jus cogens a été déjà insinué par la Cour Justice des Communautés, de façon évidemment contestable, à deux reprises :

1) à l'occasion des affaires *Kadi* et *Yusuf, Al Barakaat* du 21 septembre 2001 auprès du TPICE : en

B. La normativité de la dignité humaine

Nous allons survoler dans un premier temps les sources juridiques du concept de dignité humaine, pour nous concentrer dans un second temps sur ses applications jurisprudentielles.

1. Les sources internationales de la dignité humaine

En droit international, l'idée de dignité émergea en même temps que le concept des droits de l'Homme, après la Seconde Guerre mondiale et les atrocités commises par les nazis[1013]. En tant que principe général trouve ses fondements dans la Charte des Nations Unies[1014], qui proclame la foi des Nations dans « *les droits fondamentaux de l'Homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine* », et dans la Déclaration universelle de 1948[1015], qui considère que la reconnaissance de la dignité

---

l'espèce, les requérants invoquaient, entre autres, l'absence de voies de recours juridictionnelles pour contester les sanctions prises à leur encontre par le Comité des sanctions du Conseil de sécurité. Le TPICE alors conclut à l'immunité de juridiction des résolutions du Conseil de sécurité, en estimant que la limitation au droit d'accès des requérants était « inhérente » à ce droit, tout en caractérisant tous les droits fondamentaux de jus cogens: « *... ne viole pas les droits fondamentaux de l'intéressé, à l'aune du standard de protection universelle des droits fondamentaux de la personne humaine relevant du jus cogens* » et
2) à l'occasion d'une autre affaire concernant la position de la Charte à l'Union, le *jus cogens* a été évoqué par l'avocat général de la Cour, de façon à insinuer que *si* la Charte avait une « *valeur contraignante autonome »* elle ferait partie de *jus cogens :* « *la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[…], qui, sans faire partie du jus cogens à proprement parler, du fait qu'elle est dénuée de « valeur contraignante autonome», reflète de manière inestimable le dénominateur commun des valeurs juridiques primordiales dans les États membres…*». Extrait des « Conclusions de l'avocat général », M. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 4 décembre 2001, dans l'affaire C-208/00, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)* (demande de décision préjudicielle formée par le Bundesgerichtshof allemand, concernant les articles 43 CE et 48 CE et notamment l'absence de capacité d'ester en justice).

[1013] Effectivement, il est largement soutenu par la doctrine que le principe de la dignité est sous-entendue dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, qui affirme que les hommes sont libres, égaux et doués « par nature » des droits inaliénables et sacrés. A notre avis, il n'existait pas de notion de dignité humaine dans le XIXe siècle: Beccaria, par exemple, le théoricien par excellence du criminologie de l'époque, justifiait la suppression des peines et des tortures, non pas du fait de leur « inhumanité », mais seulement de leur « inutilité ». A fortiori, dans le passé, l'idée de la dignité ne serait pas la même ; seuls peut être les stoïciens accordaient aux Hommes une idée de dignité, puisque selon eux, chacun, esclave ou maître, était « *libre de s'engager dans la recherche de la sagesse* ». Voir en général BLOCH Ernst et AUTHIER Denis, *Droit naturel et dignité humaine*, Paris, Payot, 1976.

[1014] Préambule de la Charte des Nations Unies : « *Nous, peuples des Nations unies, résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances, à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites, à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international… ».*

[1015] Préambule de la DUDH: « *Considérant que 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* ». Voir aussi la Note du secrétaire général, à propos du rapport du groupe de personnalités de haut niveau sur « les menaces, les défis et le changement du monde »: « La *Charte des Nations Unies défend tous les États, non pas parce que l'État est bon en soi, mais parce qu'il est nécessaire pour assurer la dignité, la justice, la valeur et la sécurité de ses citoyens* » de 2 décembre 2004, A/59/565.

est inhérente à tous les membres de la famille humaine[1016]. Toutefois, les États se sont mis d'accord afin de renforcer ce principe et de lui donner une force contraignante, notamment en l'incluant dans le Préambule commun des Pactes internationaux de 1966[1017] et dans la CERD[1018]. La quasi-totalité des autres instruments des Nations Unies qui ont suivi font référence à la dignité humaine, et renforcent sa justiciabilité sur le plan mondial – notamment la CEDAW(1979)[1019], la CAT(1984)[1020], la CRC(1989)[1021], la CMW(1990)[1022], la CRPD[1023].

[1016] Le texte de la Déclaration est effectivement, influencée de la Préambule de la Constitution française de 1946, qui proclame qu' « *au lendemain de la victoire remporté par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame, à nouveau, que tout être humain (...) possède des droits inaliénables et sacrés* », influencée à son tour, de la Déclaration française des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 : « *Les Représentants du Peuple Français (...) considérant que l'ignorance, l'oubli ou le mépris des droits de l'homme sont les seules causes des malheurs publics et de la corruption des Gouvernements, ont résolu d'exposer (...) les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme* ». En outre, en droit français, un tissu de dispositions existe pour la protection de la dignité humaine. Le Code civil par exemple, dans l'article 16, relatif au respect du corps humain, dispose que « *la loi assure la primauté de la personne, interdit toute atteinte à la dignité de celle*-ci et garantit le respect de *l'être humain dès le commencement de sa vie* » et le Code pénal contient un chapitre (le chapitre V), intitulé « les atteintes à la dignité des personnes », où on trouve prohibés : les discriminations - fondées sur l'origine, le sexe, la situation familiale, la santé et les mœurs publiques, l'opinion et l'action syndicale-, le proxénétisme, de soumettre quelqu'un à des conditions du travail incompatibles avec sa dignité et enfin les atteints au respect du aux morts. Davantage, dans les deux codes apparaît l'idée de la perpétuité de la valeur humaine (surtout par les expressions « *dès le commencement de sa vie* » du Code civil et le « *respect du aux morts* » du Code pénal), conjugué avec le souci du politique sociale du législateur. Le Comité Nationale de Bioéthique plus récemment, a soulevé le critère de l'unicité (oubliant pourtant le cas des jumeaux homozygotes) comme caractéristique de l' « essence » de l'être humain. Ainsi, en janvier 2002, à propos du projet de la loi sur le clonage et la bioéthique, il manifestât devant l'Assemblée Nationale son intention de « *préserver le caractère aléatoire de la combinaison génétique naturelle de l'être humain, laquelle lui confère sa liberté et son caractère unique », et condamnât le clonage en affirmant que « la production des individus qui possèderaient les mêmes gênes (...) conduit à la négation même de l'unicité de chaque être humain*».

[1017] Préambule commun au PIDCP et au PIDESC : « *Considérant que, conformément aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies, 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* ».

[1018] Préambule de la CERD : « *Considérant qu'un des principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies est celui de la dignité et de l'égalité inhérentes à tous les êtres humains… ».*

[1019] Préambule de la CEDAW : « *Notant que la Déclaration universelle des droits de l'homme affirme le principe de la non-discrimination et proclame que tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité[…]Rappelant que la discrimination à l'encontre des femmes viole lesprincipes de l'égalité des droits et du respect de la dignité humaine.. ».*

[1020] Préambule de la CAT: « *Considérant que, conformément aux principes proclamés dans la Charte des Nations Unies, la reconnaissance des droits égaux et inaliénables de tous les membres de la famille humaine est le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde…Reconnaissant que ces droits procèdent de la dignité inhérente à la personne humaine.. ».*

[1021] Préambule de la CRC (*supra,* note 422): « *Considérant qu'il importe de préparer pleinement l'enfant à avoir une vie individuelle dans la société, et de l'élever dans l'esprit des idéaux proclamés dans la Charte des Nations Unies, et en particulier dans un esprit de paix, de dignité, de tolérance, de liberté, d'égalité et de solidarité…* ». La CRC fait d'ailleurs allusion en particulier à la dignité des enfants handicapés (article 23): «*Les États parties reconnaissent que les enfants mentalement ou physiquement handicapés doivent mener une vie pleine et décente, dans des conditions qui garantissent leur dignité, favorisent leur autonomie et facilitent leur participation active à la vie de la collectivité*».

[1022] Article 70 de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille: « *Les États parties prennent des mesures non moins*

Il existe d'autres instruments qui se réfèrent à la dignité, notamment dans le domaine de la bioéthique. Comme le relève M. Andorno, « *il suffit de lire les textes internationaux sur la bioéthique adoptés ces dernières années, notamment ceux de l'UNESCO et du Conseil de l'Europe, pour constater le rôle absolument central qu'ils accordent à la notion de dignité humaine. La Déclaration de l'UNESCO sur le génome humain et les droits de l'Homme de 1997, par exemple, emploie au total quinze fois la notion de dignité humaine* »[1024].

Le préambule de la *Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme*, en particulier, fait directement référence à la morale et aux valeurs spirituelles[1025]. D'autres références à la dignité sont également fréquentes dans les documents, déclarations, résolutions et rapports des Nations Unies[1026]. En effet, de telles initiatives, bien qu'elles n'aient pas de valeur contraignante pour les États et qu'elles relèvent plutôt de la bonne volonté que de l'engagement réel dans des actions positives, démontre malgré tout, dans une certaine mesure, le rôle du spirituel en droit international. C'est peut-être à cet égard que, lorsque le Pape Jean-Paul II a été interrogé par un journaliste sur la question du fondement des droits de l'Homme, ce dernier lui a répondu que « *l'Évangile est la déclaration la plus achevée des droits de l'Homme* »[1027].

---

favorables que celles qu'ils appliquent à leur ressortissants pour faire en sorte que les conditions de travail et de vie des travailleurs migrants et des membres de leur famille en situation régulière soient conformes aux normes de santé, de sécurité et d'hygiène et aux principes inhérents à la dignité humaine ».

[1023] Préambule de la CRPD : « *Reconnaissant également que toute discrimination fondée sur le handicap est une négation de la dignité et de la valeur inhérentes à la personne humaine…* » et article 1 : « *La présente Convention a pour objet de promouvoir, protéger et assurer la pleine et égale jouissance de tous les droits de l'homme et de toutes les libertés fondamentales par les personnes handicapées et de promouvoir le respect de leur dignité intrinsèque ».*

[1024] ANDORNO Roberto, « La notion de dignité humaine… », *op.cit.*, p. 95.

[1025] Déclaration universelle sur la bioéthique et les droits de l'Homme, signée en octobre 2003 par les membres de l'UNESCO: « *…ayant également à l'esprit que l'identité de la personne a des dimensions biologiques, psychologiques, sociales, culturelles et spirituelles…reconnaissant que des comportements scientifiques et technologiques contraires à l'éthique ont eu un impact particulier sur des communautés autochtones et locales… convaincue que la sensibilité morale et la réflexion éthique devraient faire partie intégrante du processus de développement scientifique et technologique et que la bioéthique devrait jouer un rôle capital dans les choix qu'il convient de faire, face aux problèmes qu'entraîne ce développement…* ».

[1026] Voir, aussi, antérieurement, la *Déclaration sur l'utilisation du progrès de la science et de la technique dans l'intérêt de la paix et au profit de l'humanité*, proclamée par l'Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies le 10 novembre 1975 [résolution 3384 (XXX)]. Voir aussi ESCAJEDO SAN EPIFANI Leire, « Vers un cadre régulateur de la sécurité de l'application de la biotechnologie : le chemin parcouru », *RGDIP,* 2010, pp. 5-35.

[1027] Cité par CHABOT Jean-Luc, « La doctrine sociale …», *op. cit.*, p. 261.

Il existe également des dispositions similaires également sur le plan régional : par exemple le premier article de la Déclaration du Parlement européen sur les droits de l'Homme et les libertés fondamentales adoptée le 12 avril 1989, qui proclame que « *la dignité est inviolable* »[1028]. Cette direction semble d'autant plus marquée depuis la mise en vigueur de la Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne : cette dernière consacre en effet solennellement la dignité comme un principe inviolable, dans le premier article de son premier chapitre, qui énonce: « *la dignité humaine est inviolable* » et « *elle doit être respectée et protégée* ».

2. Les applications de l'idée de dignité humaine en droit international

Nous envisageons ici deux types d'application de la dignité : dans le premier, on considère la dignité comme un principe « négatif », interdisant aux États les traitements contraires à la dignité humaine ; dans le second, tout aussi important, considère la dignité comme un principe « positif », imposant aux États des obligations non seulement face à leurs citoyens mais aussi vis-à-vis des générations futures.

a. Les applications de la dignité humaine en tant que principe « négatif »

Du fait de son imprécision, de l'absence de définition de la dignité en droit international, ainsi que de l'absence de constante commune dans le droit interne des États, le champ d'application de la dignité en droit international est tangible, en principe, de façon négative : il n'est pas possible de préciser *a priori* ce qui est en accord avec la dignité ni ce qui pose des entraves à la justiciabilité de la notion[1029].

Les références à l'idée de dignité sont presque uniquement faites dans le cadre du droit à la vie, de la protection des mineurs, de l'interdiction de la torture ou des traitement inhumains et dégradants, mais seulement pour préciser ce qui est contraire à la dignité humaine. En effet, il semble impossible de concrétiser l'idée de dignité

[1028] MAUBERNARD Christophe « Le droit fondamental à la dignité humaine… », *op.cit.,* p.488.

[1029] Par ailleurs, il existe d'évidents dangers à faire de la dignité une notion beaucoup trop large, et donc difficile à être justiciable, voir SAINT-JAMES Virginia « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français», Dalloz, 1997, p.61 : « l'intégration jurisprudentiel d'un concept trop large ne peut que soulever des problèmes dont nul ne doute qu'ils se poseront à très court terme » cité par PAUVERT Bertrant, « Quel homme pour les droits de l'Homme » *in* FERRAND Jérôme et PETIT Hugues*, L'Odyssée des droits de l'homme…*, *op.cit.*, p.203.

sans faire référence à un débat éthique. Ceci a été particulièrement mis en avance dans l'affaire *Pretty* auprès de la Cour européenne, où la requérante, atteinte d'une maladie grave, progressive et incurable, invoquait son propre droit non pas de vivre mais *de mourir* dans la dignité[1030].

Toutefois, au cours des dernières années, on constate des références de plus en plus fréquentes au contenu *positif* de la notion de dignité. Par exemple, le Comité contre la torture a contribué de façon significative à la reconnaissance de la violation massive du droit du logement comme une violation de la CAT, par le biais d'un appel à la dignité[1031], alors que le Comité des Droits de l'Homme, dans l'affaire *Wackenheim* (relative à l'affaire française « *lancer de nains* »), même s'il a fondé en l'espèce le raisonnement sur le principe de la non-discrimination et l'article 26 du PIDCP, a tout de même reconnu que la France avançait « *des considérations de dignité humaine qui sont compatibles avec les objectifs du Pacte* »[1032].

La Cour européenne, également, tout comme la Cour de Justice des Communautés[1033], a renforcé par sa jurisprudence le concept de dignité humaine, en

---

[1030] Cour eur. dr. Homme *: Pretty c. Royaume Uni,* Requête n° 2346/02, 29 juillet 2002. En l'espèce, Madame Pretty, atteinte d'une maladie neuro-dégénérative(sclérose latérale amyotrophique), demandait de l'État défendeur qu'elle puisse être assistée par son mari dans sa démarche de mettre fin à ces jours, sans que lui subisse les conséquences de la loi. Si la Cour a conclu à l'unanimité que l'article 2 de la Convention n'était pas en cause, elle a pourtant exprimé à la requérante sa « *sympathie pour la crainte de la requérante de devoir affronter une mort pénible si on ne lui donne pas la possibilité de mettre fin à ses jours* » (§55). Il serait intéressant d'ailleurs le fait que la dignité a été invoqué ici par toutes les deux parties adversaires : d'un côté la requérante, demandant son droit de « mourir en dignité », d'un autre côté, la Cour, énonçant que « *la dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention. Sans nier en aucune manière le principe du caractère sacré de la vie protégé par la Convention, la Cour considère que c'est sous l'angle de l'article 8 que la notion de qualité de la vie prend toute sa signification* » (§65).

[1031] Voir notamment l'affaire Comité CAT: *Hajrizi Dzemajl et al c. Serbie et Monténégro*, Communication n° 161/2000, 21 novembre 2002, AT/C/29/D/161/2000 qui obligea le gouvernement Monténégrin de récompense les 74 victimes Roms de la tragédie (issue des violences policières) de Danilovgrad par 985.000 euros. Voir à propos, GARLAND Jean(entretien) *in* COHRE(Rapport) « Litigating Economic, Social and Cultural Rights; Achievements, Challenges and Strategies », précité, pp.129-130.

[1032] ComitéDH : *Wackenheim c. France*, communication n° 854/1999, CCPR/C/75/D/854/1999, 27 juillet 2002, 7§3 et 7§4, à savoir le fait que la France, reconnaissait que le requérant était « titulaire d'un droit au respect de sa dignité en tant qu'être humain et assurent la jouissance effective de ce droit» (idem, 4§1). Voir à propos LEVINET Michel « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du 'lancer de nains' devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies » (Observations), *RTDH*, n°55, 2003, p.1024 et s.

[1033] Dans l'affaire Cour eur. dr. Homme : *Tyrer contre Royaume Uni*, requête no 5856/72, du 25 avril 1978, à propos d 'un châtiment corporel infligé au requérant - lorsqu'il était écolier – constituait une peine « dégradante » contraire à l'article 3. La Cour avait à l'époque affirmé que « l'angoisse morale entre la condamnation et l'exécution de la peine » constituent une atteinte à la dignité humaine, et qu'en l'espèce, la peine affligé au requérant constituait une "torture" au sens de l'article 3 (art. 3) : « *quoique le requérant n'ait pas subi de lésions physiques graves ou durables, son châtiment, consistant à le traiter en objet aux mains de la puissance publique, a porté atteinte à ce*

acceptant que cette dernière consiste en ce que la personne humaine a un principe général qui prime sur les autres droits[1034]. À cet égard, il est caractéristique que le juge européen soulève l'argument de la dignité de plus en plus fréquemment, même lorsque les requérants ont pu présenter des requêtes sous un autre angle[1035]. La Cour se réfère alors à la dignité dans des nombreuses affaires concernant les droits des minorités ; il s'agit là d'une approche particulièrement dynamique, non seulement lorsque des droits absolus sont en cause (le droits de ne pas subir de tortures ou d'autres traitements inhumains et dégradants[1036]) mais également vis-à-vis de la justiciabilité des droits sociaux, économiques et culturels[1037].

b. Les applications de la dignité humaine en tant que principe « positif » : la dignité humaine vis-à-vis des droits dits de « troisième génération »

Certes, la prise en compte progressive de l'être humain par le système du droit international, manifestée par l'expansion de la notion de la dignité, a eu des résultats manifestes en droit international, facilitant la formulation de nouveaux droits et notamment le droit au développement, le droit à la paix et le droit à l'auto-détermination[1038]. On peut tout de même estimer que la notion de la dignité humaine devrait jouer pour les droits de l'Homme un rôle encore plus fondamental qu'elle ne le fait aujourd'hui. Elle pourrait servir notamment de fondement légal[1039] aux nombreux droits qui ne sont pas encore protégés par le système des droits de

---

dont la protection figure précisément parmi les buts principaux de l'article 3 (art. 3): la dignité et l'intégrité physique de la personne »(§33) ; toutefois, un juge a eu l'opinion que le châtiment n'était pas assez grave pour constituer une atteinte à la dignité.

[1034] ROUCOUNAS Emmanuel, « Le droit au consentement et ses restrictions dans la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (1997) », *Droit et justice, Mélanges en l'honneur de N. Valticos*, Paris, Pedone, 1999, p.479.

[1035] GIRARD Charlotte et HENNETTE Stéphanie, *La dignité de la personne humaine: recherche sur un processus de juridisation*, PUF, Droit et justice, 2005, p.187, note 1, citant *Kudła c. Pologne* [GC], no 30210/96, CEDH 2000-XI; *Algür c. Turquie*, no 32574/96, 22 octobre 2002; *Assenov et autres c. Bulgarie*, 28 octobre 1998, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-VIII).

[1036] *Assenov et autres c. Bulgarie*, précité, *Tekin c. Turquie*, 9 juin 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-IV; *Bekos et Koutropoulos c. Grèce*, no 15250/02, CEDH 2005-XIII (extraits); *Zelilof c. Grèce*, no 17060/03, 24 mai 2007; *Natchova et autres c. Bulgarie* [GC], nos 43577/98 et 43579/98, CEDH 2005-VII).

[1037] Comme par exemple le droit au logement dans les affaires Roma de Royaume Uni : *Champan, Beard, Lee* etc. et d'autres qui ont suivi, *infra,* Chapitre 7. Voir aussi, CLEMENS Luke (entretien) *in* COHRE(Rapport), précité, pp.152-154.

[1038] « La protection internationale de la dignité humaine » *in* CASSESSE Antonio, *International Law…,op.cit.,* pp.310-311.

[1039] Toutefois, étant donné la grande généralité de la notion de la dignité, d'aucuns pourraient rétorquer qu'il serait peut être plus pertinent d'un point de vue technique de se référer à la protection de la personnalité, de l'intégrité physique ou bien au principe de la non-discrimination.

l'Homme, et notamment les droits dits de « troisième génération », y compris le droit à ne pas être pauvre, le droit à l'eau, le droit à un environnement sain, etc.[1040]. De plus, dans le contexte du défi posé par les sciences et les nouvelles technologies, la dignité humaine pourrait constituer la base de l'interdiction de certaines pratiques telles que le clonage humain[1041].

Section 2. La religion comme phénomène social et culturel

Plus qu'une éthique, la religion est un phénomène d'appartenance. Pour les membres d'une société donnée, d'un peuple ou d'une nation, la religion se situe donc parmi les éléments les plus essentiels de son identité culturelle. Nous cherchons à démontrer que le droit international impose le respect des religions en les posant comme un phénomène culturel et social essentiels pour l'identité des États[1042], ce respect aboutissant à un statut préférentiel pour la religion en regard d'autres phénomènes sociaux. En outre, la religion joue un rôle crucial dans la formation des relations internationales ; ce rôle est inévitablement lié à l'institutionnalisation, à la politisation, voire, dans certains cas, à l'instrumentalisation de la religion.

§ 1. Le respect dû à la religion en tant que phénomène culturel et social

La religion accorde, comme nous l'avons vu dans la seconde moitié de la première partie de la thèse, une protection importante à la liberté religieuse. Néanmoins, la protection de la religion ne s'arrête pas là : elle est déduite, de surcroît, d'un nombre de dispositions présentes en droit international. Il s'agit notamment du droit à la non-discrimination fondée sur la religion, mais également de la protection indirecte de la religion par une variété de dispositions disséminées dans les textes internationaux.

[1040] Voir par exemple le Rapport « Développement, sécurité et droits de l'homme pour tous » du Secrétaire général des Nations Unies, où il affirme qu'« *aucun programme de sécurité ni aucun effort de développement ne peut aboutir s'il n'est pas solidement ancré dans le respect de la dignité humaine* ».

[1041] LAHALLE Thibault, « Clonages et dignité humaine », *RTDH*, n°54, 2003, p.441.

[1042] Voir à cet égard « *les statistiques de la population mondiale selon la religion, le sexe et la résidence urbaine/rurale* » des Nations Unies: recensements de 1985 à 2004 », disponibles sur le site de la division des statistiques des Nations Unies (http://unstats.un.org/unsd/demographic/sconcerns/pop char/default.htm), consulté le 30 octobre 2010.

A. L'interdiction de la discrimination fondée sur la religion, au niveau international

La non-discrimination fondée sur la religion est un principe clé dans le système des Nations Unies et le thème central de certaines conventions internationales particulières. Nous allons nous pencher plus particulièrement sur sa protection juridique, essentielle notamment pour les individus appartenant à des minorités religieuses des États.

1. Le cadre juridique de la non-discrimination fondée sur la religion

Au début des années Soixante, d'importants développements ont eu lieu au sein des Nations Unies[1043], qui ont débouché sur une considération de la liberté religieuse en fonction de la non-discrimination en matière religieuse plutôt qu'en fonction de la liberté de choisir et de maintenir sa religion[1044].

Lato sensu, le principe de non-discrimination fondée sur la religion fait partie du principe de non-discrimination, principe général du droit international[1045]. Il découle du principe de l'égalité des peuples et des cultures[1046], de l'autonomie des peuples[1047], de la Charte des Nations Unies[1048], ainsi que de la *coutume* du droit international qui interdit aux États de maintenir des systèmes politiques discriminatoires. Il suffit de rappeler à cet égard l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme,

---

[1043] Les fondements de cette approche, comme le relève M. Evans, résident essentiellement dans une étude de M. Krishnaswami, expert indépendant, mandaté en 1959 par la Sous-commission sur la prévention de la discrimination et de la protection des minorités pour effectuer une étude sur la liberté religieuse. M. Krishnaswami présente dans son étude des monographies de 72 pays et y souligne la discrimination en matière religieuse, peut-être aussi en raison du contexte de rédaction du rapport ; voir aussi LERNER Natan, « Religious Human Rights under the UN », *op.cit.,* pp. 100-103. M. Lerner nous rappelle aussi que l'approche de Krishnaswami a beaucoup influencé la rédaction de la Déclaration de 1981, voir *supra,* note 782.

[1044] EVANS Malcom, « The Evolution of ReligiousFreedom in International Law: Present State and Perspectives » *in* FLAUSS Jean-François (éd.), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p.15 et s.

[1045] Non seulement la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale,* mais aussi la *Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes*, la *Convention contre la Torture*, etc.

[1046] Article 1§2 de la Charte de San Francisco ; voir aussi, les principes de la *Déclaration sur les principes de la coopération culturelle* de 1966 voir *supra*, note 891.

[1047] Le droit à l'autonomie des peuples était par ailleurs initialement prévu dans la proposition de rédaction de l'article 27, voir BOSSUYT Marc « *Guide to the "travaux préparatoires" of the International Covenant ...* », *op.cit*., p.497.

[1048] La Charte des Nations Unies, a pour but d'encourager « *le respect universel des droits de l'Homme et des libertés fondamentales pour tous sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion* ».

qui proclame que « *tous sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi. Tous ont droit à une protection égale contre toute discrimination qui violerait la présente Déclaration et contre toute provocation à une telle discrimination* ». A la base de ce droit justement, il serait impossible de fonder un État sur un système de discrimination raciale ou religieuse[1049].

Stricto sensu, le droit à la non-discrimination fondée sur la religion est prévu dans la CERD, dont les *Travaux préparatoires,* témoignent tout de même un *consensus* entre les croyances religieuses, non religieuses et athéistes[1050]. En effet, l'article 4 de la CERD prévoit expressément que les États signataires sont tenus de prendre « *des mesures efficaces pour prévenir et éliminer toute discrimination fondée sur la religion ou la conviction, dans la reconnaissance, l'exercice et la jouissance des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dans tous les domaines de la vie civile, économique, politique, sociale et culturelle »* et qu'ils doivent s'efforcer « *d'adopter des mesures législatives ou de rapporter celles qui sont en vigueur, selon le cas, à l'effet d'interdire toute discrimination de ce genre, et de prendre toutes mesures appropriées pour combattre l'intolérance fondée sur la religion ou la conviction en la matière* »[1051].

En outre, l'article 20 du PIDCP prévoit que « *Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi* »[1052], désignant tout de même des standards moins stricts que ceux prévus par le CERD, puisque l'article 20 du Pacte n'interdit que l'*incitation* à la discrimination, alors que l'article 4 du CERD interdit *toute* discrimination. Par ailleurs, le principe de la non-discrimination fondée, entre autres, sur la religion, est présent dans d'autres instruments, tels que la Convention relative aux droits de l'enfant(CRC)[1053], la Convention internationale sur la protection des

---

[1049]COHEN-JONATHAN Gérard, « Universalité et singularité… », *op.cit.*, p.4 ; LAGHMANI Slim, « Droit international et diversité culturelle », *RDIP*, n°2, 2008, p.243.

[1050] NAFZIGER James, « The functions of religion », *in* JANIS Mark, *The influence of religion on the development of international law*, Boston – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p.149.

[1051] Article 4 du CERD.

[1052] Article 20§2 du PIDCP.

[1053] *Supra ,* note 422.

droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leurs familles[1054], ou encore la Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées de 20 décembre 2006.

Par ailleurs, le PIDESC prévoit aussi : « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à garantir que les droits qui y sont énoncés seront exercés sans discrimination aucune fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine nationale ou sociale, la fortune, la naissance ou toute autre situation* »[1055]. En ce qui concerne la religion au sens du PIDESC, le Comité a adopté en juillet 2009 un commentaire général sur la non-discrimination en matière de droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC, Article 2, Paragraphe 2), précisant que « ce *motif de discrimination interdit recouvre la liberté de professer la religion ou la conviction de son choix (y compris de ne professer aucune religion ni conviction), tant en public qu'en privé, par le culte, l'accomplissement de rites, les pratiques et l'enseignement. À titre d'exemple, il y a discrimination lorsque des personnes appartenant à une minorité religieuse n'ont pas accès sur un pied d'égalité à l'université, à l'emploi ou aux services de santé en raison de leur religion* »[1056]. En outre, l'idée de non-discrimination au motif de la religion dans le domaine de l'éducation a été mise en exergue également dans le PIDESC[1057], comme d'ailleurs auparavant dans les Principes de Limburg[1058].

D'autres instruments visent à garantir la non-discrimination du fait de la religion. La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des

---

[1054] Adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 45/158 du 18 décembre 1990.

[1055] Article 18 du PIDESC. Il serait également important de noter que le principe de la non-discrimination est consacré sans réserves dans le PIDESC (article 2§2), car il est un principe d'application directe pour les États parties, comme il a été interprété par ailleurs dans les Principes de Limburg (Maastricht, décembre 1986), l'ONU E/CN.4/1987/17, point 22.

[1056] E/C.12/GC/20 du 10 juillet 2009.

[1057] Article 13 du PIDESC : « *Les États parties au présent Pacte reconnaissent le droit de toute personne à l'éducation […] Ils conviennent en outre que l'éducation doit mettre toute personne en mesure* de jouer un rôle utile dans une société libre, favoriser la compréhension, la tolérance et *l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux, ethniques ou religieux* […] ».

[1058] D'après lesquels les mesures particulières prises dans le seul but d'assurer de façon appropriée le développement de certains groupes ou individus qui ont besoin d'une protection pour pouvoir exercer équitablement leurs droits économiques, sociaux et culturels [et donc leur religion] ne sont pas jugées discriminatoires, à condition qu'elles n'aboutissent pas au maintien de droits séparés pour différents groupes *in* « The Limburg Principles on the Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights », Doc. de l'ONU E/CN.4/1987/17, annexe, §17 et 18.

femmes (CEDAW), par exemple, se réfère implicitement à la religion, par le biais de la culture et de la tradition, lorsqu'il dénonce « *les incidences des facteurs culturels sur les relations entre les hommes et les femmes* » comme facteur d'accentuation des discriminations à l'encontre des femmes[1059]. D'ailleurs, la CEDAW reconnaît officiellement que « *la culture et la tradition peuvent contribuer à restreindre l'exercice, par les femmes, de leurs droits fondamentaux* »[1060].

Le cadre normatif est complété par une grille de déclarations et de résolutions sur le plan onusien[1061], de la Résolution 1510 (XV) du 12 décembre 1960 à la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction* des Nations Unies de 1981[1062] ou à la *Déclaration de principes sur la tolérance* de l'UNESCO, cette dernière visant spécifiquement l'« éducation à la tolérance » et le respect des minorités religieuses[1063]. En outre, un certain nombre de résolutions à propos de l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, adoptées par l'Assemblée générale et par le Conseil des Droits de l'Homme, condamnent « *les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction* »[1064], alors que les Rapporteurs spéciaux – seuls ou conjointement – établissent fréquemment des rapports concernant l'implémentation des mesures prises

[1059] En effet, la protection contre la non-discrimination fondée à la religion fait partie du champ plus général de la non-discrimination, alors qu'elle est aussi associée à la protection contre la discrimination raciale et des questions de tolérance, en premier à l'encontre des groupes sensibles : les femmes (Convention contre les discriminations à l'égard des Femmes), les enfants (Convention des droits de l'Enfant), les travailleurs immigrants (Convention contre les discriminations à l'égard des Femmes) etc., alors que les travaux des Comités de suivi de ces pactes, avec la Comité de la CERD, souvent se chevauchent.

[1060] Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes(CEDAW), adoptée en 1979 (introduction).

[1061] En effet, la protection contre la non-discrimination fondée à la religion fait partie du champ lus général de la non-discrimination, alors qu'elle est aussi associée à la protection contre la discrimination raciale et des questions de tolérance, en premier à l'encontre des groupes sensibles : les femmes (Convention contre les discriminations à l'égard des Femmes), les enfants (Convention des droits de l'Enfant), les travailleurs immigrants (Convention contre les discriminations à l'égard des Femmes) etc., alors que les travaux des Comités de suivi de ces pactes, avec la Comité de la CERD, souvent se chevauchent.

[1062] *Déclaration de principes sur la tolérance* du 16 novembre 1995, *supra,* note 466.

[1063] *Supra,* note 462*,* notamment article 4§2.

[1064] Il s'agit tout d'abord de la résolution 52/122 du 23 février 1998, A/RES/52/122. Voir aussi la première Résolution à propos de la xénophobie et les formes de discriminations, ECOSOC, HRC : 10, avril 1999, E/CN.4/1999/L.40; le rapport intérimaire du Rapporteur spécial de la CDH sur la question de l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, 23 septembre 1999; la Résolution 54/159 de l'Assemblée générale à propos de l'élimination de toutes les formes d'intolérance religieuse, 22 février 2000, A/RES/54/159. A noter que depuis 1999, commence le glissement de la non-discrimination à la diffamation religieuse, voir à propos *supra,* note 666 et s.

à l'encontre des discriminations et l'intolérance religieuse[1065]. Les Rapporteurs spéciaux en matière de liberté de religion et d'expression, et le Rapporteur spécial sur « *le racisme, la xénophobie, la discrimination raciale et l'intolérance qui y est associée* » collaborent souvent dans ce but[1066].

Certes, l'adoption de ces textes n'est pas allée de soi (notamment l'adoption de la déclaration de 1981, sous forme de résolution), ce qui démontre dans une certaine mesure non seulement la difficulté des États de donner un sens « universel » à la protection de la discrimination du fait de la religion, mais aussi plus généralement la valeur de la religion[1067]. En tous les cas, à chaque occasion, tantôt l'Assemblée, tantôt le Conseil, soulignent que « *le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion s'applique sans distinction à toutes les personnes* » et demandent aux États « *de veiller à ce que leurs systèmes constitutionnels et législatifs instituent des garanties adéquates et effectives pour assurer à tous, sans distinction, la liberté de pensée, de conscience, de religion et de conviction* »[1068].

[1065] Il ne serait pas fortuit d'ailleurs que, dans la résolution 6/37 du 14 décembre 2007, qui renouvelle le mandat de la Rapporteuse actuelle en matière de liberté religieuse, le Conseil lie expressément les fins du mandat au contexte culturel et politique actuel. Il rappelle que « *la montée de l'extrémisme religieux et l'utilisation abusive d'une religion ou d'une conviction [sont] incompatibles avec la Charte et les autres instruments pertinents des Nations Unies* » et insiste sur la *« nécessité de renforcer le dialogue entre les civilisations* », tout en soulignant que « *aucune religion ne doit être assimilée au terrorisme* » car « *cela peut avoir des conséquences fâcheuses sur la jouissance de la liberté de religion ou de conviction par tous les membres des communautés religieuses concernées.*

[1066] M. Maurice Glèlè-Ahanhanzo du Bénin du 1993 à juillet 2002, M. Doudou Diène du Sénégal du août 2002 jusqu'à août 2008 et M. Githu Muigai de Kenya depuis 2008. Il est intéressant de noter ici l'incontestable dimension politique, culturelle et éthique de ces mandats. Comme le relève par exemple l'ancien Rapporteur sur le racisme, M. Diène, ces dimensions sont « inhérentes » au mandat et peuvent sont associées aux tensions sur le plan individuel et collectif : du fait non seulement de l'exercice initial de la nomination des Rapporteurs, mais aussi de leur collaboration étroite avec les gouvernements. M. Diène remarque aussi qu'il existe forcément une spécificité culturelle dans le mandat des Rapporteurs, puisque ces derniers « *ne viennent pas du cosmos ; ils viennent d'un pays, d'une culture, quelquefois d'un engagement politique, social, intellectuel, d'une sensibilité religieuse, éthique* ». Le contexte idéologique et politique aurait, à ce titre, un impact profond sur le travail des Rapporteurs : « *l'érosion, lente et progressive des droits de l'Homme derrière la surdétermination du combat contre le terrorisme, a créé une atmosphère et un climat qui littéralement, du côté des pouvoirs politiques, aboutissent à une tentative de contrôle du travail des Rapporteurs spéciaux* ». Voir DIENE Doudou « Le rôle des Rapporteurs thématiques », *in* DECAUX Emmanuel, *Les Nations Unies et les Droits de l'Homme, enjeux et défis d'une reforme,* Paris, Pedone, 2006 pp.210- 221.

[1067] EVANS Malcom, *The Evolution of Religious Freedom…, op.cit.,* p.227et s.

[1068] Par exemple, la Résolution 63/181 du 18 décembre 2008, concernant l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction, A/RES/63/181 ou le projet de résolution à propos de « la discrimination fondée sur la religion ou la conviction et ses conséquences sur l'exercice des droits économiques, sociaux et culturels », 20 mars 2009, A/HRC/10/L.34.

a. Le principe de la non-discrimination sur le plan régional

Il ne serait pas exagéré de constater qu'il existe un consensus à propos de l'interdiction de la discrimination, à tous les niveaux régionaux.

Sur le plan des Amériques, la Charte de l'OEA (Charte de Bogota) qui établi l'OEA, prévoit déjà dans son préambule que « *les États américains proclament les droits fondamentaux de la personne humaine sans aucune distinction de race, de nationalité, de religion ou de sexe* »[1069]. La Convention américaine stipule dans son article 1er que les droits devraient être garantis sans aucune distinction fondée, entre autres, sur la religion[1070]. Plus important est l'article 3 du Protocole de San Salvador, qui établit non seulement une obligation, mais aussi un droit explicite à la non-discrimination : « *Les États parties au présent Protocole s'engagent à garantir l'exercice des droits qui y sont énoncés, sans aucune discrimination fondée sur la race, la couleur, le sexe, la langue, la religion, les opinions politiques ou autres, l'origine nationale ou sociale, la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale* »[1071]. Dans un esprit plus « moderne », la *Charte démocratique interaméricaine* de 2001 prévoit également l'élimination de toutes les formes de discrimination, et aussi les « *diverses formes d'intolérance* » mais, en déviant de la pratique internationale, elle ne mentionne pas expressément la religion à côté de la race, de l'ethnie et du sexe. En revanche, tenant compte des démarches sur le plan international pour la reconnaissance de la diversité culturelle (la Déclaration de l'UNESCO de 2001 à propos de la diversité culturelle, la Charte de l'Union européenne), elle fait explicitement allusion aux droits des peuples autochtones et des migrants, aux droits à l'éducation des populations minoritaires, ainsi qu'au « *respect de la diversité ethnique, culturelle et religieuse dans les Amériques, [qui] contribuent au renforcement de la démocratie et à la participation des citoyens* »[1072].

[1069] Signée le 30 avril 1948, à Bogota.

[1070] Préambule de la Convention de San José (signée à San José, Costa Rica, le 22 novembre 1969) qui fait allusion également à la langue, à l'origine nationale ou sociale, à la situation économique, la naissance ou toute autre condition sociale.

[1071] Protocole de San Salvador, adopté à El Salvador le 17 novembre 1988.

[1072] Charte démocratique interaméricaine, adoptée à la première séance plénière de l'OEA, tenue le 11

Tel est également le cas de l'Afrique : le préambule de la Charte africaine des Droits de l'Homme et des Peuples stipule en effet que les États africains s'engagent à éliminer toute forme de régime basée sur les discriminations, à savoir « *le colonialisme, le néocolonialisme, l'apartheid, le sionisme, les bases militaires étrangères d'agression et toutes formes de discrimination, notamment celles fondées sur la race, l'ethnie, la couleur, le sexe, la langue, la religion ou l'opinion politique* ». En outre, d'après l'article 2 de la Charte, aucune discrimination fondée, entre autres, sur la religion, ne devrait empêcher la jouissance des droits fondamentaux en Afrique.

En ce qui concerne le principe de la non-discrimination au sein de l'Union[1073], les choses sont un peu moins claires. Le problème se pose justement du fait du haut impact de l'européanisation des politiques culturelles de l'Union aujourd'hui, alors que les États membres de l'Union, incarnant des traditions culturelles différentes, font preuve de différents « degrés » de sécularisation et de standards nationaux considérablement différents [1074] . Il s'ensuit que l'Union doit se battre quotidiennement, moins pour consacrer officiellement le principe de la non-discrimination que pour donner du sens à celui-ci : les exceptions à la directive-cadre sur la non discrimination fondée sur la religion en matière d'emploi de 2000[1075], la proposition de 2010 de la Commission à propos de la directive sur « *l'implémentation du principe d'égalité entre les personnes indépendamment de leur religion, croyance, handicap, âge, orientation sexuelle »*[1076], ainsi que les controverses récentes à propos

septembre 2001, articles 9 et 16 ; voir aussi *supra,* note 121.

[1073] A propos du CoE voir *supra,* notes 519-588.

[1074] Mémorandum explicatif de la proposition de la Commission pour une « Directive sur l'implémentation du principe d'égalité entre les personnes indépendamment de leur religion, croyance, handicap, âge, orientation sexuelle » : COM (2008) 426, CNS 2008/0140, §5. Voir, MORANO-FOADI Sonia, « EU Citizenship and Religious Liberty », *European Law Journal,* Vol.16, juillet 2010, pp.418-438.

[1075] Directive 2000/78/CE portant sur la *Création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, JO L 303. Ces exception en effet, déclarent que, dans des circonstances très limitées, une différence de traitement peut être justifiée lorsqu'une caractéristique liée (entre autres) à la religion ou aux convictions[...] «*constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante, pour autant que l'objectif soit légitime et que l'exigence soit proportionnée* ». L'article 4alinéa2 en particulier de la directive-cadre introduit une exception au principe d'anti-discrimination pour l'emploi dans les églises et d'autres organismes publics ou privés, tels que des écoles et des hôpitaux, « *dont l'éthique est basée sur la religion ou les convictions* ».

[1076] Proposition de la Commission précitée, COM (2008) 426, 2 juillet 2010.

du port du foulard ou de l'interdiction des symboles religieux dans les milieux publics[1077], sont indicatifs de ces tensions.

Toutefois, ces questions, profondément liées à la problématique de l'identité culturelle de l'Union et de ses valeurs communes, ne devraient pas nous amener à douter de la consécration du principe de non-discrimination en matière de religion et de convictions au sein de l'Union. Ce dernier en effet est garanti par un ensemble de dispositions de la Charte des Droits fondamentaux et des Traités de Lisbonne, ainsi que des nombreuses directives, y compris celles susmentionnées pour la non-discrimination dans le milieu professionnel. Les articles 21[1078] et 22[1079] de la Charte, en premier lieu, garantissent les principes de la non-discrimination fondée sur la religion et proclament le nouveau principe de la « diversité culturelle » de l'Union, y compris la diversité religieuse. En outre, l'article 10 du TFUE proclame que « *dans la définition et la mise en œuvre de ses politiques et actions, l'Union cherche à combattre toute discrimination fondée [entre autres] sur la religion ou les convictions*…», alors que l'article actuel 18 du TFUE (ex article 12 TCE), qui impose comme principe général la non-discrimination fondée sur la *nationalité*, est également important à cet égard. L'article 19 du TFUE (ex article 13 TCE) garantit d'ailleurs le principe de la non-discrimination en ce qui concerne les mesures positives prises par le Conseil, puisque ce dernier « *peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée [entre autres] sur la religion ou les convictions* ».

2. Les mécanismes quasi-judiciaires de la protection de la non-discrimination fondée sur la religion

Étudier analytiquement les travaux qui ont été faits au niveau onusien dans le domaine de la non-discrimination dépasserait largement l'objectif de cette étude dont l'objectif est uniquement, rappelons-le, de démontrer l'importance du rôle de la religion sur le plan international. On se limitera donc ici à un rapide panorama des

[1077] Voir par exemple la réaction de l'Union à l'arrêt de la Chambre de la Cour européenne dans l'affaire *Lautsi c. Italie* (affaire transférée à la Grande chambre, voir *infra,* notes 1903 et 2014 et s).

[1078] Article 21§1 : « *Est interdite toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions*….».

[1079] Article 22§1 : « L'Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique ».

principaux organes onusiens qui auraient un rôle à jouer dans la consécration du droit à la non-discrimination fondée sur la religion.

Le Comité pour l'élimination de la discrimination raciale a un rôle particulièrement important pour la protection à l'encontre la discrimination fondée sur la religion. Dans son Observation générale n°15 à propos des violences organisées fondées sur des origines ethniques (1993)[1080], le Comité a attiré l'attention sur les liens éventuels entre l'article 20 du PIDCP et le CERD, d'après lequel toute apologie de la haine, entre autres religieuse, devrait être bannie par la loi.

Par ailleurs, le Comité examine également la discrimination, entre autres, religieuse dans ses *Observations finales* destinées aux États parties ainsi que dans sa jurisprudence. Ainsi, en 2010, dans ses Observations finales pour la France, le Comité a déploré le fait que la France ne reconnaisse toujours pas officiellement de minorités religieuses[1081] ; dans ses Observations finales pour l'Australie, il a recommandé à la mise en œuvre des meilleurs législations pour combattre la haine ethnique et raciale, mais aussi religieuse (2010)[1082] ; dans le cas de la Hollande, il a stipulé la nécessité de combattre l'intolérance, à côté du racisme et de xénophobie (2010)[1083] ; pour la Grèce, il s'est montré particulièrement concerné par les discriminations subies par les musulmans dans la pratiques de leur foi (§14), tout en se réjouissant de l'adoption de la loi 3304/2005 et des amendements dans le code pénal concernant la lutte contre les discriminations, entre autres, religieuses (2009)[1084]. Antérieurement d'ailleurs, le Comité avait mis en exergue les problèmes de discrimination religieuse, comme par exemple les questions de haine religieuse à l'encontre les communautés juives et *sikhs* du Royaume-Uni (2003)[1085].

[1080] OG n°15, adoptée le 23 mars 1993 lors de la 42ème session du Comité.

[1081] CERD (Observations finales), CERD/C/FRA/17-19 (2010), France.

[1082] CERD (Observations finales), CERD/C/AUS/CO/15-17(2010), Australie.

[1083] CERD (Observations finales), 25 mars 2010, CERD/C/NLD/CO/17-18 (Pays bas).

[1084] CERD (Observations finales), 14 septembre 2009, CERD/C/GRC/CO/16-19 (Grèce).

[1085] CERD (Observations finales), 10 décembre 2003, CERD/C/63/CO/11 (Royaume-Uni): « *que l'État partie reconnaît l'existence d'un chevauchement entre discrimination raciale et discrimination religieuse, comme l'atteste l'interdiction de la discrimination à motivation ethnique à l'égard de communautés tels que les Juifs et les Sikhs, et recommande que la discrimination religieuse contre les immigrants appartenant à d'autres minorités religieuses fasse également l'objet d'une interdiction* » (§22).

Le Comité des Droits de l'Homme, qui s'est penché également sur des affaires de non discrimination religieuse : par exemple, dans le passée, il s'était inquiété de la nécessité d'enregistrement des associations religieuses en Lituanie[1086] ; des restrictions de certains groupes religieux en Égypte[1087], de la liberté des enfants de changer leur religion au Maroc[1088], ou encore, de la discrimination à l'encontre des non-musulmans en Tunisie[1089]. Plus récemment, le Comité s'est félicitée des modifications apportées à la loi autrichienne sur l'égalité de traitement qui répriment la discrimination fondée, entre autres, sur la religion, y compris un bureau du Médiateur pour les questions d'égalité de traitement,[1090] , et la création de nouveaux mécanismes et institutions chargés d'examiner les plaintes pour discriminations en Allemagne[1091]; des activités extrémistes des organisations publiques et religieuses, dont celles incitant à la haine fondée sur la race, la nationalité et la religion[1092]; ou encore, de manifestations de haine religieuse en Russie[1093].

Toutefois, le Comité CERD, quoique sensible aux discriminations de nature religieuse, comme l'a souligné dans l'affaire *Quereshi,* n'est pas compétent pour examiner des requêtes fondées *uniquement* sur la discrimination religieuse[1094], mais uniquement des cas de « double » discrimination basée sur la religion, ainsi qu'un autre fondement spécifiquement prévu par l'article 1er de la Convention, qui vise précisément à des discriminations d'une « *race, couleur, ascendance ou origine nationale ou ethnique* » et non à des personnes d'une religion particulière. A cet égard, la décision du Comité dans les affaires similaires *A. W. R. A. P.* [1095] et *P.S.N. c.*

[1086] UN/DOC/A/53/40(1998), p.32, §175(Lituanie)

[1087] UN/DOC/A/53/40(1984), p.27, §120(Égypte)

[1088] CCPR/C/79/Add.44 (1994), p.14 (Maroc).

[1089] UN/DOC/A/53/40 (1996), p.23, §95(Tunisie)

[1090] UN/DOC/A/63/18 (2008), p.10, §38 (Autriche).

[1091] UN/DOC/A/63/18 (2008), p.. 45 §189 (Allemagne).

[1092] UN/DOC/A/63/18 (2008), pp.57, §265 (Moldova), recommandant à l'État partie de "*envisage de faciliter l'enregistrement des minorités ethniques musulmanes telles que les Tatars en tant que communautés religieuses, notamment en leur donnant la possibilité de représenter leur demande avec les documents requis dans les cas où le dossier initial était incomplète*.

[1093] UN/DOC/A/63/18 (2008), p. 67, §367 (Fédération de la Russie).

[1094] CERD (Jurisprudence), *Kamal Quereshi c. Danemark,* Communication no33/2003, 9 mars 2005, CERD/C/66/D/33/2003, §7.3: « *une allusion générale aux étrangers ne désigne pas l'heure actuelle un groupe spécifique de personnes, contrairement l'article premier de la convention, défini par une race, une appartenance ethnique, une couleur, une ascendance ou une origine nationale ou ethnique spécifiques* ».

[1095] CERD (Jurisprudence), *A.W.R.A.P. c. Danemark*, Communication no37/2006, 8 août 2007,

Danemark est intéressante[1096]. Après avoir examiné les arguments de parties, le Comité affirma qu'il ne ressort pas de sa compétence d'examiner la plainte en question, comme il ensuit de la jurisprudence *Quereshi.* Or, dans cette affaire, il saisit l'opportunité pour rappeler que la liberté d'expression comporte aussi des devoirs et des responsabilités. De même, dans ses observations finales sur le Danemark (notamment celles faites en 2002 et 2006), le Comité rappela ces responsabilités à propos de l'augmentation considérable des rapports de cas généralisés de harcèlement des populations d'origine arabe et de religion musulmane depuis le 11 septembre 2001 ; de l'augmentation d'infractions motivées par des considérations raciales ; ainsi que l'augmentation du nombre de plaintes pour des propos incitatifs à la haine, y compris par des politiciens de l'État partie (§6.5)[1097] .

Les travaux des autres organes de suivi des Pactes internationaux sont également importants à l'égard de la question de la discrimination religieuse, notamment les Comités de suivi de la CRC et de la CEDAW, tout comme dans les travaux des Rapporteurs spéciaux. Le Comité CRC, notamment, en application de l'article 2 de la Convention des Droits de l'Enfant, rappelle que les discriminations faites aux enfants, et qui sont fondées entre autres sur la religion, y compris la libre pratique de la

---

CERD/C/71/D/37/2006, à propos d'une plainte émanant d'un musulman pratiquant danois, contestant la nouvelle loi danoise abolissant le droit des parents d'infliger des châtiments corporels à leurs enfants.

[1096] CERD (Jurisprudence), *P.S.N. c. Danemark*, Communication no36/2006, 8 août 2007, CERD/C/71/D/36/2006. En l'espèce, le requérant, musulman pratiquant danois, né au Pakistan, avait déposée en 2005, par le biais du « Centre de documentation et de conseil en matière de discrimination raciale » trois plaintes (fondées à l'article 266b du Code pénal danois) contre Mme Frevert, membre du Parlement issue du Parti populaire danois, qui avait exprimé à plusieurs reprises des déclarations provocatrices contre l'immigration et les musulmans au Danemark. En effet, ces déclarations étaient publiées sur trois supports : le premier, le site web de la députée (les publications question, intitulées « Articles que personne n'ose publier », étaient exprimées entre autres en ces termes : « *parce qu'ils pensent que c'est nous qui devons nous soumettre à l'Islam […] Quoi qu'il en soit, ils croient qu'ils ont le droit de violer des filles danoises et de tuer des citoyens danois* » (§2.2). Le deuxième, un livre écrit par la députée, intitulé « *En un mot : une déclaration politique »,* qui contenait des publications similaires, et le troisième, un interview, lors duquel avait répondu « *Je dis que le Coran permet d'utiliser les femmes comme on veut* » à la question du journaliste « le journaliste: « *Vous affirmez qu'il est permis par le Coran de violer les filles danoises?* » (§2.4). Sur le plan national, la police d'avait pas engagé de poursuites à l'encontre de Mme Frevert, et le Procureur public régional de Copenhague avait confirmé cette décision, écartant les trois plaintes, pour trois raisons respectives : parce que la députée avait fourni des preuves qu'elle n'était pas au courant que les articles incriminées avaient étaient publiées sur le Web : parce que la publication du livre s'inscrivait dans un débat public, et parce qu'il a estimé que l'image donnée des musulmans et des émigrés de deuxième génération par Mme Frevert dans l'interview n'était pas offensante au point d'être considérée comme insultante ou dégradante. Le requérant évoqua, dans la seconde affaire, entre autres, que le ministère public n'avait pas engagé de procédure non plus dans d'autres affaires, notamment l'affaire des caricatures danoises.

[1097] CERD (Observations finales), CERD/C/DEN/CO/17, 19 octobre 2006 et CERD/C/60/CO/5 21 mai 2002(Danemark).

religion pour les minorités religieuses son inacceptables[1098] et il a fait remarquer à la France à cet égard que le droit de porter des symboles religieux à l'école est compris dans la CRC[1099]. Dans le même esprit, il a demandé à la Jamaïque si les enfants devenaient Rastafari de leur propre volonté[1100] ; à la Chine si les enfants du Tibet avaient le droit de pratiquer leur religion sans discrimination[1101] ; et si les enfants en Arabie saoudite[1102] et en Iran[1103] avaient le droit de changer de religion (le Rapporteur spécial M. Amor a demandé à l'Arabie saoudite peu après si les livres de l'école contenaient des références à des religions autres que les religions *wahhabite* et *shiite*[1104]). Le Comité des droits de l'Enfants a d'ailleurs un rôle particulièrement important pour la non-discrimination dans le domaine de l'éducation, les groupes-cibles étant, comme le relèvent régulièrement les Rapporteurs spéciaux des Nations Unies en matière de liberté religieuse et de discrimination, généralement les enfants *ahmadi*, les *bahaïs*, les témoins de Jéhovah, les scientologues, et les adventistes[1105].

B. La protection indirecte de la religion dans d'autres dispositions du droit international

La religion est également indirectement protégée par de nombreuses autres dispositions du droit international. Elle est protégée comme un élément fondamental de l'identité, comme trait « collectif » qui mérite une attention particulière et comme élément essentiel de l'éducation. Sous certaines conditions d'ailleurs, le non respect à la religion d'un individu peut aussi donner lieu à la responsabilité internationale des États ou à la mise en place des obligations positives.

1. La religion protégée comme élément de l'identité

Les éléments constitutifs de l'identité d'une personne sont nombreux : son apparence, sa langue, son appartenance à un certain groupe d'amis, à un milieu social, ses goûts

[1098] Voir par exemple CRC: Observations finales (Burundi), 16 octobre 2000, CRC/C/15/Add.133.

[1099] CRC: Observations finales (France), CRC/C/15/Add.240 (2004), §25-26.

[1100] CRC: Observations finales (Jamaïque), CRC/C/SR/880, 2003 : voir notamment les exemples cités par LANGLAUDE Sylvie, *The Right of the Child To Religious Freedom in International Law,* Leiden -Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.131.

[1101] CRC: Observations finales (Chine), CRC/C/15/Add.148, §31, 2003; voir LANGLAUDE Sylvie, *The right of the child…, op.cit.,* p.134 et s.

[1102] CRC: Observations finales (Arabie saoudite), CRC/C/15/Add.148, §31, 2001.

[1103] CRC: Observations finales (Iran), CRC/C/15/Add.123 (2000), §35.

[1104] Voir UN DOC A/52/477 (2004).

[1105] LANGLAUDE Sylvie, *The right of the child to religious freedom…, op.cit.,* p.162 et s.

et ses préférences, son nom, sa nationalité, son orientation sexuelle, son quartier, son esthétique, ses compétences, ses talents, sa culture, sa profession, sa langue, son intelligence, son humour, son imagination, son apparence physique et même ses choix personnels ou sa moralité. La liste des éléments est virtuellement infinie, ces derniers se chevauchant et interagissant. Nous pouvons remarquer que ces éléments peuvent être divisés en deux sous-catégories, la première contenant les éléments qui sont inhérents à l'individu et qu'il reçoit à la naissance, comme la couleur de la peau ou en le sexe, la seconde concernant les éléments acquis dépendant des choix personnels et de l'entourage social et culturel, comme la profession, la religion, les choix alimentaires etc.

Nous pouvons également remarquer que seuls quelques-uns de ces éléments se traduisent par une protection juridique en droit international, notamment ceux qui sont considérés comme « inhérents » à l'individu. Il s'agit notamment de la race, de la couleur, du sexe, mais également d'autres caractéristiques, qui sont considérés comme telles : la liberté, la dignité. La religion est un élément qui fait appel à une identification sociale et culturelle plutôt qu'à un trait inhérent de l'Homme. Or, elle fait, par excellence, partie de ces traits de l'individu protégés par le droit, à côté de la race, de la couleur, du sexe. Nous allons donner quelques cas de ce type de dispositions que nous avons répertoriés.

a. La religion comme trait déterminant de l'appartenance à une minorité

La religion peut, comme la langue ou l'ethnie, constituer l'un des traits distinctifs d'une minorité. En effet, l'article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques accorde une place importante à la religion en tant qu'élément culturel distinctif des personnes appartenant à ces minorités, en stipulant que ces derniers « *ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratiquer leur propre religion* […] ».

Même si le terme de « minorités » reste toujours mal défini (tout comme sa protection l'est par ailleurs sur le plan international[1106]) et qu'il n'a pas fait l'objet d'approfondissements lors de la négociation du PIDCP[1107], la religion constitue l'un des éléments cruciaux, avec la langue et l'ethnie, pour déterminer l'appartenance ou non à une minorité. Le professeur Francisco Capotorti, dans la première tentative de définition des « minorités », a considéré la religion comme un trait culturel distinctif (définition proposée à l'ancienne Sous-commission de l'ONU pour les minorités, seul sous-comité à l'époque)[1108]. Cette approche a été suivie plus tard dans la proposition de définition des minorités de Jules Deschênes et d'autres experts[1109]. De plus, en 1992, l'Assemblée générale a adopté la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités ethniques, religieuses et linguistiques* (« Déclaration des droits des minorités »[1110]), qui érige la religion au rang de facteur en vertu duquel un groupe peut être désigné comme « minoritaire ». Aussi le Comité des DH en 1994 a-t-il jugé : « *il ressort des termes employés à l'article 27 que les personnes que l'on entend protéger appartiennent à un groupe et ont en commun une culture, une religion et/ou une langue* »[1111]. Enfin, pour sa part, le Conseil économique et social (ECOSOC) a adopté en 1995 la résolution 1995/31 créant le « Groupe de travail sur les minorités », rattaché à la Sous-commission de la promotion et de la protection des droits de l'Homme, et qui prête une attention particulière à la religion[1112].

[1106] Il serait peut être intéressant de noter ici que, depuis peu, il existe au sein des Nations Unies le mandat de l'Expert indépendant sur des questions de minorités et dont le rôle effectivement tiendrait compte les incidents de violation de droits de minorités religieuses : résolution 2005/79 de la Commission des droits de l'Homme qui a désigné Mme Gay McDouggal comme Expert Indépendante et A/HRC/7/L.17 (sans vote) qui a prorogé son mandat de trois ans.

[1107] BOSSUYT Marc « *Guide to the " travaux préparatoires" of the International Covenant …* », *op.cit*., p.498 et s.

[1108] CAPOTORTI Franscisco « Study on the Rights of PersonsBelonging to Ethnic, Religious and LinguisticMinorities », UN Doc. E/CN.4/Sub.2/348/Rev.1. 1979: « a *group numerically inferior to the rest of the population of a state, in a non-dominant position, whose members –being nationals of the state- possess ethnic, religious or linguistic characteristics differing from those of the rest of the population and show, if only implicitly, a sense of solidarity, directed towards preserving their culture, traditions, religion or language* ».

[1109] E/CN.4/Sub.2/1985/31, 14 mai 1985 et E/CN.4/Sub.2/1985/31/Corr.1. Les minorités sont alors définies comme un « *group of citizens of a state, constituting a numerical minority and in a non-dominant position in that state, endowed with ethnic, religious or linguistic characteristics which differ from those of the majority of the population, having a sense of solidarity with one another, motivated, if only implicitly, by a collective will to survive and whose aim is to achieve equality with the majority in fact and in law".*

[1110] Résolution 47/135 du 18 décembre 1992 ; il s'agit en effet du seul instrument des Nations Unies consacré entièrement aux droits des minorités.

[1111] Sur l'interprétation de l'article 27, voir l'OG n°23 du Comité (*supra,* note 826), cinquantième session, 1994, paragraphe 5(1)

[1112] E/CN.4/2006/74 du 6 janvier 2006, Rapport de l'Experte Indépendante Gay McDougall sur les questions relatives aux minorités.

La question cruciale à l'égard des religions est de savoir si les religions minoritaires sont protégées au même titre que les religions officielles dans le cas des États qui ont des religions officielles – et si le respect *égal* des religions est assuré dans les États laïques. Le PIDCP reste muet sur cette question. Lorsque, pendant les travaux préparatoires du Pacte, s'est posé la question de savoir s'il fallait répéter la liberté de manifester sa propres religion dans l'article 27 du Pacte (ceci ayant été déjà dit dans l'article 18 du Pacte), il a été souligné que, l'article 18 étant de nature plus générale, il pouvait être appliqué tant aux majorités qu'aux minorités[1113]. Ceci confirmait la nature individuelle et non pas collective des droits prévus par l'article 27. Selon la doctrine, il serait « *dès lors judicieux de se demander si l'article 27 du Pacte octroie des droits supplémentaires aux membres de minorités religieuses: la réponse sera logiquement fortement influencée par l'interprétation adoptée concernant les obligations des États* »[1114].

b. La considération de la religion comme donnée personnelle privée et sensible

La religion est en outre considérée comme une donnée personnelle privée et sensible[1115], au même titre que le nom, l'adresse ou les préférences sexuelles, même si elle est la plupart du temps manifestée *par excellence* en public. D'un point de vue normatif, ceci pourrait jouer un rôle dans la désignation de la religion comme critère dans le contexte d'autres conventions, concernant par exemple la protection vis-à-vis du traitement des données à caractère personnel comme la Convention sur la cybercriminalité[1116]. A la différence de la conception américaine, où ces données sont considérées comme *a priori* publiques, et éventuellement de nature privée (selon les circonstances), les croyances religieuses sont aux yeux de la Cour européenne

[1113] *Ibidem*, p.497.

[1114] RAMU Sébastien, « Le statut des minorités au regard du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques », *RTDH*, 2002, pp.517 – 628, note 141. Ramu pose la question sur le plan des obligations positives des États, et surtout lorsqu'il existe une religion étatique officielle.

[1115] Sur le plan des droits nationaux, deux sont les positions possibles sur ce sujet : soit de faire valoir que la religion est *a priori* une donnée sensible, soit d'admettre qu'elle le peut l'être selon le contexte. Le premier est le cas de la plupart des droits européens, alors que certains d'entre eux (le droit grec par exemple), vont jusqu'à reconnaître la religion comme élément constitutif de la personnalité. Voir par exemple l'affaire de la *Dernière Tentation du Christ ; TPI d'Athènes, 17115/1988*, commentée par KAMINIS et Cour Cass. grecque(GC),13/1999; voir TSAKYRAKIS Stavros, *Religion c. Art*, *op.cit.* pp.21-37.

[1116] Signé à Budapest le 23 novembre 2001 et entrée en vigueur en 2004.

considérées comme des données *a priori* sensibles[1117]. Par ailleurs, la *Convention européenne pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* prévoit que *« Les données à caractère personnel révélant […] les convictions religieuses ou d'autres convictions […] ne peuvent être traitées automatiquement, à moins que le droit interne ne prévoie des garanties appropriées […]* »[1118].

c. La présence de la religion en droit international par le biais de la « *moralité publique* » ?[1119]

Mis à part les droits de l'Homme, il n'existe aucune base explicite de la valeur de la *morale* dans le droit international. Toutefois, ce dernier est imprégnée de l'idée de morale: d'un côté, les juges des instances internationales, les membres de comités ou d'organes internationaux prévus par des traités devraient être, en principe, des

[1117] Cour eur. dr. Homme : *Tsavachidis c. Grèce,* req. n° 28802/95 du 21 janvier 1999 (constat de règlement amiable), à propos d'un témoin de Jéhovah qui se plaignait entre autres pour le fait que les témoins de Jéhovah en particulier, faisaient l'objet de surveillance et de fichage par les services secrets de son pays, alors que l'États défenseur faisait valoir que ce genre d'information était par nature publique et donc accessible à tout intéressé. Cette position de la Cour a été critiqué dans la doctrine : « *Le maintien au sein du régime de l'article 8 de la Convention d'une présomption favorable à une protection renforcée des données « de nature privée » — par opposition aux données « de nature publique » — est d'autant plus critiquable qu'elle produit un effet paradoxal : parmi les données traditionnellement reconnues « sensibles » dans le droit de la protection des données à caractère personnel, s'il en est qui sont effectivement des informations de nature confidentielle et que l'intéressé peut ne pas souhaiter voir divulguées, il en est d'autres qui semblent au contraire « par nature publique », soit parce qu'elles sont difficiles à dissimuler, soit parce qu'elles se traduisent par la participation de l'individu à des activités conduites à plusieurs — ainsi des données concernant l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou autres convictions, ou les condamnations pénales* ». Voir à titre indicatif, DE SCHUTTER Olivier « Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel » (commentaire de l'affaire *Rotaru c. la Roumanie* du4 mai 2000), *RTDH,* 2001, p.166.

[1118] Article 6 de la *Convention à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel* du 28 janvier 1981, qui établit un système de protection des données sensibles, comme les données médicales, et limite leur mise en banque.

[1119] La liaison inextricable entre la morale et la religion a été largement abordée par des nombreux anthropologues, les sociologues et les philosophes (entre autres, Kant, Spinoza, Descartes; Ricoeur, Valadier, Simon, Bergson, etc.) et il n'y aurait pas lieu qu'elle soit analysée à présent. En ce qui nous concerne, nous pourrions simplement remarquer que toutes les offenses à la morale, sont dans une certaine mesure également des offenses au sentiment religieux. Du *Martyre de Saint Sébastien* au *Dernier jugement* de Michel-Ange et des *Fleurs du mal* de Baudelaire jusqu'à aujourd'hui, l'ordre religieux a toujours condamné la nudité et le sentiment « impudique »; à titre d'illustration, voir le syllogisme du représentant du Ministère Public dans l'affaire des « Fleurs du Mal », annexé dans l'arrêt de la Cour eur. dr. Homme : *Müller et autres* c. Suisse, précité, afin de démontrer la relativité de la notion de la morale): *« Messieurs, ..., je vous dis: Réagissez, par un jugement, contre ces tendances croissantes, mais certaines, contre cette fièvre malsaine qui porte à tout peindre, à tout écrire, à tout dire, comme si le délit d'offense à la morale publique était abrogé, et comme si cette morale n'existait pas.[…] Le paganisme avait des hontes que nous retrouvons traduites dans les ruines des villes détruites, Pompéï et Herculanum. Mais au temple, sur la place publique, ses statues ont une nudité chaste. Ses artistes ont le culte de la beauté plastique; ils rendent les formes harmonieuses du corps humain, et ne nous le montrent pas avili ou palpitant sous l'étreinte de la débauche. Ils avaient le respect de la vie sociale. Dans notre société imprégnée de christianisme, ayons au moins ce même respect ».*

personnes de « haute moralité »[1120] ; de l'autre, la moralité publique est largement considérée comme une restriction légitime de nombreuses libertés fondamentales.

Par ailleurs, les « *justes exigences de la morale* » sont une clause limitative générale de toute liberté fondamentale, en vertu de l'article 29 de la Déclaration universelle[1121]. En outre, la clause de la moralité publique, à côté de l'ordre public et des « droits d'autrui », est *spécifiquement* mentionnée comme limitative des libertés dans les instruments internationaux de droits de l'Homme les plus importants et notamment comme restriction légitime de nombreuses libertés fondamentales :

- Dans la CEDH, articles 2, 6, 8, 9, 10, 11 ;
- Dans le PIDCP, articles 12, 18, 19, 20, 22 ;
- Dans la CADH, articles 12, 13, 15, 16, 22[1122].

2. La considération de la religion comme élément important de l'éducation des enfants

La religion est considérée comme un élément important du développement de la personnalité et tout particulièrement de l'éducation des enfants. Le texte de l'article 18 §2 du PIDESC proclame de façon parfaitement claire le droit à l'éducation, entre autres, religieuse. En outre, dans l'article 13 du PIDESC, il est prévu ceci : « *Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de choisir pour leurs enfants des établissements autres que ceux des pouvoirs publics, mais conformes aux normes minimales qui peuvent être prescrites ou approuvées par l'État en matière d'éducation, et de faire assurer*

[1120] Voir à titre indicatif, l'article 28§2 du PIDCP, à propos des membres du CDH : « *Le Comité est composé des ressortissants des États parties au présent Pacte, qui doivent être des personnalités de haute moralité et possédant une compétence reconnue dans le domaine des droits de l'homme*» ; l'67, al.b de la Résolution 5/1 du CDH, instituant le Comité consultatif du CDH, qui dispose que parmi les critères d'élection des 18 membres du Comité devraient figurer la Haute moralité; les dispositions du Statut de Rome instituant la Cour Pénale Internationale: « *Les juges sont choisis parmi des personnes jouissant d'une haute considération morale, connues pour leur impartialité et leur intégrité…* » (article 36§3 al. a) ; « *Le Procureur et les procureurs adjoints doivent jouir d'une haute considération morale…* » (article 42§3); « *Le Greffier et le Greffier adjoint doivent être des personnes d'une haute moralité…* » (article 43§3).

[1121] L'article 29 de la Déclaration Universelle prévoit que : «*dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique ».*

[1122] Par ailleurs, la Convention américaine prévoit également l'éducation religieuse et morale, et aussi que « chaque personne a droit à son intégrité morale » (articles 5 et 12).

l'éducation religieuse et morale de leurs enfants, conformément à leurs propres conviction ». Par ailleurs, la Déclaration universelle vise aussi à la non-discrimination religieuse et la tolérance dans l'éducation, posant le fait que la tolérance doit être l'objet d'un enseignement ; d'après la Déclaration, un tel enseignement peut « favoriser la compréhension, la tolérance et l'amitié entre toutes les nations et tous les groupes raciaux ou religieux »[1123].

Dans son Observation générale n°22 concernant la liberté religieuse, le Comité des droits de l'Homme a précisé que « *l'article 18 n'est pas limité, dans son application, aux religions traditionnelles ou aux religions et croyances comportant des caractéristiques ou des pratiques institutionnelles analogues à celles des religions traditionnelles. Le Comité est donc préoccupé par toute tendance à faire preuve de discrimination à l'encontre d'une religion ou d'une conviction quelconque pour quelque raison que ce soit, notamment parce qu'elle est nouvellement établie ou qu'elle représente des minorités religieuses susceptibles d'être en butte à l'hostilité d'une communauté religieuse dominante*[1124]. Le Comité met également l'accent sur la liberté des enfants, après avoir atteint un certain degré de maturité, de s'opposer aux choix de leur parents de choisir ou ne pas choisir pour eux une éducation religieuse selon leurs propres croyances. Ainsi, dans l'examen du rapport de la Norvège, le Comité a précisé que les parents avaient le droit de retirer leurs enfants de l'enseignement religieux obligatoire, mais que l'enfant avait le droit de cesser de suivre cet enseignement à l'âge de 15 ans[1125].

3. La religion comme trait pouvant déclencher la *responsabilité* des États

La religion fait aussi partie des principes généraux pour la responsabilité en droit international, notamment en ce qui concerne les crimes contre l'humanité et le génocide. Elle peut également donner lieu à la responsabilité de protéger, et la responsabilité de mettre en œuvre des obligations positives pour les États.

Ainsi, nous pouvons noter que dans la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* (1948), celui-ci s'entend de l'acte commis « *dans l'intention de*

[1123] Article 36 de la Déclaration Universelle de 1948.

[1124] Observation Générale n°22, §48 .

[1125] ComitéDH (rapport) : A/44/40, 1989, p.20, §86(Norvège).

détruire, ou tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux »[1126]. En outre, le statut du CPI prévoit que la persécution qui est motivée par des motifs politiques, raciaux et *religieux*, est un élément constitutif des crimes contre l'Humanité[1127]. Des dispositions équivalentes peuvent être trouvées dans le statut du Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR)[1128] et le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)[1129]. Ce dernier d'ailleurs, prévoit également que la destruction des édifices religieux – comme d'ailleurs celle de tous les monuments culturels – constitue un crime de guerre[1130].

La non-discrimination du fait de la religion a aussi été soulignée dans les travaux de la CDI ; par exemple, dans un rapport de 1993, lorsqu'elle a observé qu'afin de pouvoir saisir la Cour pénale internationale, l'État devrait s'assurer que les poursuites de la Cour n'étaient pas inspirées par des mobiles d'ordre politique, racial, social, culturel ou religieux[1131].

En outre, la religion est présente dans la quatrième Convention de Genève de 1949 qui protège les civils en temps de guerre[1132]. L'article 27, notamment, de cette Convention, concernant le statut et traitement des personnes protégées situe les convictions religieuses, dispose que « *Les personnes protégées ont droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de leurs coutumes* ». Ces conventions visent notamment à ce que les personnes protégées aient droit, en toutes circonstances, au respect de leur personne, de leur honneur, de leurs droits familiaux, de leurs convictions et pratiques religieuses, de leurs habitudes et de

[1126] Article 2 de la Convention pour la prévention et la répression du crime de Génocide.

[1127] Article 7 §1(h) du Statut de Rome : « *commis dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique dirigée contre une population civile quelle qu'elle soit en raison de son appartenance nationale, politique, ethnique, raciale ou religieuse* […] », entre autres, les « persécution[s] de tout groupe ou de toute collectivité identifiable pour des motifs d'ordre politique, racial, national, ethnique, culturel, religieux […] » .

[1128] Article 3 (h) du statut du TPIR.

[1129] Article 5 (h) du statut du TPIY.

[1130] Article 3 (d) du statut du TPIY.

[1131] A/48/10, Rapport de la Commission du Droit International sur les travaux de sa 45e session (3 mai – 23 juillet 1993), sachant quand même que la CPI n' applique pas le droit international, s'il crée de discriminations, de nature, entre autres, religieuse (article 21 § 3 du Statut de Rome).

[1132] Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, signé le 12 août 1949, Titre III, « Statut et traitement des personnes protégées », Section I : « *Dispositions communes aux territoires des parties au conflit et aux territoires occupés* », Article 27, alinéa 1.

leurs coutumes. Elles seront traitées, en tout temps, avec humanité, et protégées notamment contre tout acte de violence ou d'intimidation, contre les insultes et la curiosité publique.

La religion est également présente dans la Convention de Genève pour la protection des réfugiés de 1951, l'article 1 de cette Convention désignant la religion comme l'un des éléments pouvant conduire à la demande d'asile : dans la Convention, le réfugié est une personne « *Qui, par suite d'événements survenus avant le premier janvier 1951 et craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ; ou qui, si elle n'a pas de nationalité et se trouve hors du pays dans lequel elle avait sa résidence habituelle à la suite de tels événements, ne peut ou, en raison de ladite crainte, ne veut y retourner* ». Des dispositions similaires sont prises dans d'autres traités bilatéraux[1133].

Par ailleurs, *l'accès aux lieux saints* en particulier est subsidiairement protégée par les dispositions qui garantissent la liberté de circulation. Dans l'affaire de l'*édification du mur dans le territoire palestinien* notamment, la CIJ fait explicitement référence à l'article 12 du PIDCP, prenant également en compte les dispositions relatives des traités bilatéraux, qui garantissent l'accès libre aux lieux saints[1134].

§ 2. Le rôle crucial du facteur religieux dans le système des relations internationales

Les religions sont des phénomènes qui produisent, il est vrai, des « désaccords passionnés »[1135]. La gestion de ces désaccords semble *relativement* aisée à l'échelle

[1133] Par exemple l'article 142 du Traité des Sèvres (entre la Grèce et la Turquie), qui prévoit le principe de la non discrimination au motif « de race et de religion ».

[1134] CIJ: *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinion consultative du 9 juillet 2004, §129, p.131.

[1135] Un auteur par exemple, constate que : « *Religion is like law : the more closely we try to define it, the more it slips through our grasp. Religion is like law : both address fundamental issues about ordering society and the status of nature of the individual within it. Religion is like law : both engender passionate disagreement about their proper content and functions* » *dans* JAMAR Steven, « A Lawyering Approach to Law and Development », *N.C. J. Int'l L,* n°27,2001, p.609, cité par BADERIN Mashood, « Religion and international law, an analytical Survey of the

nationale ; elle n'est en revanche pas facile à l'échelle internationale. Dans un premier temps, nous verrons brièvement que la religion est l'une des sources non seulement des droits de l'Homme, mais aussi, plus généralement, des règles générales qui régissent le comportement des États. Nous soulèverons ensuite plus spécifiquement le fait que l'identité religieuse de certains États aboutisse à des pressions politiques au sein même des Nations Unies, ce qui pose toute la difficulté de la désignation des limites entre le droit et les pratiques religieuses.

A. La religion comme source du droit international ?

La religion aurait un rôle historique, mais aussi symbolique à jouer dans les relations internationales, la controverse autour les « valeurs communes » auxquelles fait allusion la Charte des droits fondamentaux étant à cet égard caractéristique. Il existe d'ailleurs des voix qui prévoient que la religion aura un rôle encore plus important à jouer dans les relations internationales futures.

1. L'existence historique de la religion dans la conceptualisation des règles du droit international

Historiquement, le droit international est un produit de la pensée et des pratiques notamment européennes et chrétiennes. D'après le professeur Ilias Bantekas, on constate que, durant plusieurs siècles, diverses entités « ressemblant à des États » ont édicté des règles et des titres en invoquant la loi de Dieu[1136]. Le professeur David Bederman, se son côté, dans son étude sur le droit international de l'Antiquité, repère également des traits religieux dans l'histoire des civilisations, notamment chez les Israélites et les Gaulois[1137]. Il nous est connu également que, dans l'Antiquité grecque, il existait des confédérations religieuses jouant un rôle important dans les relations internationales ; l'institution des *amphictyonies* en effet constituait une organisation primaire de la communauté internationale et servait aussi de tribunal international[1138].

Relationship » *in* ARMSTRONG David (dir.), *Routledge Handbook of International Law…,op.cit.*, p. 165-178.

[1136] BANTEKAS Ilias « Religion as a source of international law » *in* REHMAN Javaid et BREAU Susan(éd), *Religion, Human Rights and International Law: A Critical Examination of Islamic State Practices,* Leiden -Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p.116.

[1137] BEDERMAN David, *International law in antiquity,* Cambridge University Press, Cambridge, 2001, p. 58 et s.

[1138] *Ibidem*, pp. 60-61.

Toutefois, c'est le christianisme qui va conceptualiser les règles du droit international telles que nous les connaissons aujourd'hui. Dans le sillon de la pensée romano-canonique, c'est en Europe médiévale qu'est établie une certaine communauté de foi entre peuples différents. La religion n'a commencé à constituer une base fondamentale pour la mise en œuvre des règles normatives concernant la relation entre les pouvoirs politiques en différentes parties du monde qu'au Moyen Âge et sous l'influence de l'Église chrétienne[1139].

Le droit international moderne commence avec les traités de Westphalie en 1648. Comme nous l'avons vu dans le cas du droit naturel dans le chapitre précédent, les théories du droit international seront désormais sécularisées, mais vont cependant maintenir leurs inspirations chrétiennes. D'un point de vue islamique, comme exprimé par Monsieur Muhammed Hamidullah, le droit international jusqu'au XIXe siècle n'était qu'un droit public entre nations chrétiennes (*public law of Christian nations)* ; ce n'est qu'en 1856 qu'une nation non-chrétienne a pour la première fois pu tirer des bénéfices de ce droit international, et notamment lorsque la Turquie a signé le Traité de Paris[1140].

En 1905, lorsqu'Oppenheim publie son classique *Droit international*, la religion ne joue plus un rôle aussi important que dans le passé ; pour Oppenheim, qui défini la loi des nations (à savoir, le droit international) comme « *le corps des règles coutumiers et conventionnels qui sont considérés légalement contraignants par les États civilisés dans leur interactions l'un avec l'autre* »[1141], la religion fait partie de l'histoire. Par ailleurs, ni la Charte des Nations Unies ni la Déclaration universelle ne font mention de la religion[1142]. Or, ces textes évoquent inévitablement le droit naturel, dont l'origine est, comme nous l'avons vu, en grande partie transcendantale. Nous pouvons considérer alors que l'influence du facteur religieux sur le plan mondial ne saurait disparaître, tant que les États continuent à maintenir des réserves aux traités

[1139] Baderin note pourtant que nous pouvons aussi repérer en Islam des écrits sur les sources religieuses du droit international, ainsi que de pratiques du droit international : BADERIN Mashood, « Religion and international law… », *op.cit*, p.167.

[1140] *Ibidem*.

[1141] JANIS Mark, « Religion and litterature of international law», *op.cit.,* pp.75-78.

[1142] BADERIN Mashood, « Religion and international law… », *op.cit*, p.167.

internationaux des droits de l'Homme sous des prétextes religieux[1143]. La religion va resurgir, d'abord dans une première vague au cours des années 1950, puis dans les années 1980. Le cas de la révolution iranienne de 1979, avec la chute de Shah et l'instauration d'un régime théocratique, est l'exemple le plus flagrant d'instrumentalisation de la religion. Un autre exemple est l'ancien régime de Sadam Hussein en Iraq. Encore aujourd'hui, la religion est un facteur puissant de désignation des politiques en matière de relations internationales. On peut ainsi penser au cas du mouvement Falun Gong en Chine, autre exemple flagrant d'interaction entre religion et politique[1144]. Songeons encore aux États-Unis : à l'introduction par le président Bush d'« *un agenda chrétien au sein de la Maison blanche* »[1145], ou à toutes les occasions où le président Obama réaffirme publiquement sa foi en Dieu[1146].

En outre, les institutions religieuses ont un impact important sur les organisations internationales[1147]. Le cas du Vatican est à cet égard caractéristique : il ne s'agit pas uniquement de l'activisme « droit-de-l'hommiste » du défunt pape Jean Paul II mais aussi des pratiques de ses prédécesseurs : le professeur Bantekas par exemple, encore une fois, note que le *Pacem in Terris,* une encyclique du pape Jean XII de 1963[1148], a

---

[1143] Il s'agit alors toujours de la religion qui est en question- même si cela ne sert que de façade pour faire la politique; voir ANDERSON John « Religion and International relations » *dans* TREVOR Salmon et IMBER Mark (éd) *Issues of International Law,* London, Routledge, 2000, p.207.

[1144] BADERIN Mashood, « Religion and international law… », *op.cit*, p.167, citant Richard FALK. Il s'agit en effet d'un mouvement spirituel chinois, qui concurrençe le Parti communiste chinois en termes d'organisation sociale et politique.

[1145] ANDERSON John « Religion and International relations», *op.cit*., p.209.

[1146] Obama a clôturé son discours inaugural par l'expression « *God Bless you, and may God Bless the United States of America* ». Plus récemment, en mars 2010, dans son discours à l'Université de Caire, Obama s'est adressé en termes religieux, à un public non pas arabe mais islamique, tout en se référant aux tensions et à la coopération souhaitée « entre les États-Unis et les musulmans » et non pas entre les États Unis et tel ou tel pays arabe, ni entre chrétiens et musulmans tout simplement. En outre, Obama a donné une importance cruciale – voir excessive- au rôle politique des religions, en démontrant la volonté d'ouvrir des volets de coopération en termes de dialogue interreligieux : « *At a time of tension between the United States and Muslims around the world[…]I have come here to seek a new beginning between the United States and Muslims around the world […]As the Holy Koran tells us : 'Be conscious of God and speak always the truth […]my belief that the interests we share as human beings are far more powerful than the forces that drive us apart. […]' Part of this conviction is rooted in my own experience. I am a Christian, but my father came from a Kenyan family that includes generations of Muslims. Islam has always been a part of America's story. The first nation to recognize my country was Morocco. In signing the Treaty of Tripoli in 1796, our second President John Adams wrote, 'The United States has in itself no character of enmity against the laws, religion or tranquillity of Muslims. And since our founding, American Muslims have enriched the United States […]'* ».

[1147] BANTEKAS Ilias, « Religion as a source of international law »*,op.cit.,* p.131et s.

[1148] « *Paix sur la Terre* » : Sur l'établissement d'une paix universelle dans la vérité, justice, charité et liberté, est une encyclique du pape Jean XXIII signée le 1er avril 1963. C'est une des plus célèbres encycliques du XXe siècle, qui pose les principes repris dans certains documents du concile Vatican II et de papes ultérieurs.

eu un tel impact qu'elle a été plusieurs fois citée à la tribune des organisations internationales[1149].

Il n'est donc pas fortuit que, lors de la négociation de la constitution européenne et de la préparation du projet de Convention sur l'avenir de l'Europe, un débat phénoménal ait eu lieu au sujet de la place, dans la construction européenne, des valeurs spirituelles héritées du passé[1150]. La controverse a eu pour point de départ l'*invocatio Dei* dans la préambule de la Charte des Droits fondamentaux : « *Les peuples de l'Europe, en établissant entre eux une union sans cesse plus étroite, ont décidé de partager un avenir pacifique fondé sur des valeurs communes* » et « *Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. Elle place la personne au cœur de son action en instituant la citoyenneté de l'Union et en créant un espace de liberté, de sécurité et de justice*[1151]. Ces « valeurs communes » auxquelles il est fait référence dans la Charte sont le produit d'un compromis entre, d'une part, le Vatican et les partis européens chrétiens et d'autre part, ceux qui ont soutenu le modèle de la laïcité. Or, la Pologne et l'Espagne demandaient explicitement la référence de la Charte au christianisme, le président de la République française se déclarait le premier « *représentant d'un État laïque [...] pas favorable à une référence religieuse* »[1152].

2. Un rôle encore plus important pour la religion au XXIe siècle ?

Une certaine tendance soutient que l'idée de la religion en tant que « spiritualité » joue (ou devrait jouer) un rôle de plus en plus central dans le débat des droits de

---

[1149] BANTEKAS Ilias « Religion as a source of international law » *in* REHMAN Javaid et BREAU Susan(éds), *Religion, human rights and international law…, op.cit.,* p.131.

[1150] Voir en général PROSCHE Geneviève « La querelle du religieux à propos de la Charte des droits fondamentaux au sein de la Convention Européenne » *in* CHABOT Jean-Luc et TOURNU (dir.) *L'héritage religieux et spirituel de l'identité européenne*, L'Harmattan, Paris, 2004, p.199ss ; BOSSUAT Gérard, « Histoire d'une controverse. La référence aux héritages spirituels dans la Constitution », *Matériaux pour l'histoire de notre temps,* Vol. 78, 2005, pp. 68-82.

[1151] Préambule de la Charte des Droits fondamentaux, signée à Nice en 2000. Il convient de remarquer ici que les autres cultures religieuses n'ont pas leur part dans les énoncés de la Charte ; Valéry d'Estaing, présidant du Comité de la préparation du projet, avait lui-même affirmé que « *si on évoquait l'héritage chrétien de l'Europe, il fallait également évoquer d'autres religions qui font partie de ce héritage ».* Or, la diversité religieuse appartient déjà elle aussi à l'héritage culturel de l'Europe n'a pas été officialisé, voir à cet égard ANT Kiymet, « La Turquie et l'héritage religieux de l'Europe » *in* CHABOT Jean-Luc et TOURNU (dir.)*, L'héritage religieux et spirituel…, op.cit.*, p.222.

[1152] PROSCHE Geneviève « La querelle du religieux … » ,*op.cit.*, p.216.

l'Homme, puisque tantôt les droits de l'Homme, tantôt la religion, poursuivent un but commun par des outils similaires, normatifs et quasi-normatifs à la fois.

Par exemple, à l'occasion d'un colloque international tenu à l'Université de Paris II en 1992, tous les participants, français et étrangers ont opté pour une conciliation entre ces deux phénomènes sociaux[1153], alors que quinze ans plus tard, les mêmes préoccupations se posent avec encore plus de pertinence : à l'occasion d'un colloque qui s'est tenu à l'Université d'Emory (Atlanta, États-Unis), au sujet du lien entre le droit, la religion et les droits de l'Homme, nous avons pu constater qu'un certain nombre de professeurs invités ont considéré que les valeurs spirituelles pouvaient jouer un rôle central dans le discours juridique, notamment par le biais des droits de l'Homme[1154]. Dans la même direction, le professeur Berman a mis l'accent sur le fait que les valeurs spirituelles devaient jouer un rôle plus central, et peuvent donner une base légale à la construction des sociétés multiculturelles dans le monde globalisé d'aujourd'hui. Il s'agit d'une spiritualité qui pourrait trouver sa réalisation dans le respect de la dignité humaine[1155].

[1153] Colloque « Droit et Religion », organisé par l'Université de Paris II, le CNRS et les éditions Dalloz les 13 et 14 novembre 1992, dont est issu l'ouvrage *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, tome 38, Sirey, Paris, 1993, dirigé par François Terre. Le mérite de ce Colloque serait en effet son approche comparée et extrêmement variée de la relation entre le droit et la religion dans des cultures juridiques diverses : à l'occasion de ce colloque en effet, des questions ont été soulevées concernant non seulement la protection juridique de la liberté religieuse (telle que l'intervention de M.Goy par exemple : « La garantie européenne de la liberté de religion; l'article 9 de la Convention de Rome »), mais également concernant des approches comparées, sociales et culturelles au droit. M. Abécassis remarqua que, du fait des nombreuses lacunes, la Bible est un fondement du droit hébraïque; M. Uscatescu remarqua que le droit byzantin est aux sources du droit roumain; M.Arnaldez mit l'accent sur les affinités et les limites très floues entre la loi divine et les ouvrages des grands juristes, tant de point de vue de fond, tant de vocabulaire (en effet, selon M. Aranldez, même si le Coran ne contient que peu de norme de caractère juridique, l'élaboration de la loi musulmane *(fiqh*) par le biais des juristes (*fuquahâ'*) s'est tout particulièrement basée sur le *hâdith*). Voir CARBONNIER Jean, « La religion fondement du droit? », *ibidem,* pp. 17-21 ; ABECASSIS Armand « Droit et religion dans la société hébraïque », *ibidem*, pp.23-34 ; USCATESCU Jorge, « Droit et religion dans l'expérience roumaine », *ibidem,* pp.73-82 ; ARNALDEZ Arnaldez, « La loi musulmane à la lumière des sciences coraniques », *ibidem,* pp.83-91.

[1154] Il s'agit du Colloque « The next 25 years in Law and Religion » qui a eu lieu du 24 au 26 octobre 2007 à l'Université de Emory, Atlanta, États Unies, dans le cadre du programme « Law, Religion, and HumanRights », mis en ligne en forme de *podcast* sur //cslr.law.emory.edu, consulté le 25 octobre 2010. Voir notamment les interventions de BETHKE ELSHTAIN Jean, « Againstutopianlégalism » ; BERMAN Harold « World law and universal values » ; PERRY Michael « A right of moral freedom as one of the futures of the right to religion ».

[1155] Toutefois, ces démarches qui visent à démontrer la « bonté inhérente » des religions, devraient être approchées avec extrêmement de prudence, sachant qu'une sorte de politisation des religions est particulièrement visible les dernières années au sein des Nations Unies (notamment le Conseil des droits de l'Homme, sous l'influence des États officiellement islamiques et en particulier l'Iran), voir *infra,* note 1160 et s.

B. Un droit international séculaire ou religieux ?

La question du « poids de la religion » en tant que facteur d'identité se pose dès lors qu'on constate que les cultures précèdent la naissance des États [1156]. Nous verrons que les organes de l'ONU, et aussi occasionnellement, la Cour internationale de Justice, sont susceptibles d'accepter que la religion doive jouir d'un statut privilégié au sein des États. Ainsi, chaque État, avec son identité et ses aspirations ethniques, culturelles, religieuses et linguistiques, fait partie au même titre de la mosaïque du système de coopération internationale tel qu'il est vécu au sein de l'organe planétaire que constituent les Nations Unies. L'ONU rassemble aujourd'hui la quasi-totalité des États existants (192 États), ce qui signifie qu'en pratique, la gestion de la diversité religieuse s'avère difficile ; d'autant plus, même, que certains États associent leur culture à une identité religieuse, alors que d'autres utilisent les religions à des fins politiques. Sur le plan théorique, on observe trois possibilités.

1) Considérer que la religion ne devrait pas avoir un rôle normatif en droit international. Selon Baderin, cette position dite « séparatiste » est celle de la plupart des auteurs occidentaux. Elle a été évoquée par des auteurs comme Scott, Jefferson ou Thomas, qui affirment que le pluralisme religieux et culturel ne saurait s'accommoder dans une société multiculturelle et internationale et que le droit international devrait rester neutre[1157].

2) Tenir une position « mitigée », et reconnaître le rôle *de facto* fondamental du facteur religieux pour le droit international, sans pour autant demander un rôle plus ou moins important pour la religion dans la sphère public ; Nafziger par exemple, repère à cet égard, au moins cinq fonctions (créative, « ambitieuse », tutélaire, didactique, médiatique) que la religion a eu pour l'évolution du droit international, vis-à-vis notamment du maintient de la paix[1158].

3) Considérer que la religion doit avoir un rôle central en droit international et l'évoquer, non seulement comme source, mais aussi comme outil normatif. Cette

---

[1156] BEN ACHOUR Yadh, *Le rôle des civilisations dans le système international*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p.93 : « En effet, nous ne saurions dire exactement quelles conjonctures ont abouti à la création de tel ou tel État : « *l'histoire, le déterminisme de toute sorte, les fait objectifs, certainement, les hasards – qui sait ? – se trouvent à l'origine des États* ».

[1157] BADERIN Mashood, « Religion and international law.. », *op.cit.*, p.168.

[1158] NAFZIGER James, « The functions of religion », *in* JANIS Mark, *The influence of religion on the development of international law*, Boston – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. pp.147-169.

position, dite « accommodatrice », est notamment soutenue par des auteurs qui considèrent que la religion est beaucoup trop importante pour ne pas être prise en compte. Il s'agit notamment des auteurs asiatiques et africains (Taslim Olawale Elias, Ram Prakash Anand, Nagendra Singh), qui réclament un rôle plus important pour les autres civilisations et pensées philosophiques et le développement du droit international en ce sens – sans pourtant exclure l'universalité des droits de l'Homme de ces revendications[1159] .

1. La prédominance de la position « accommodatrice » dans la pratique des organes des Nations Unies ?

L'ONU étant « en permanence le lieu privilégié où les religions tentent d'acquérir un poids politique »[1160], ses organes tendent à adopter la position accomodatrice. Ainsi :
- Le Comité DH, au moins avant 2001, n'a pas exclu *prima facie* la liberté des États d'accorder du poids politique à la religion. Certes, dans certains rapports annuels, il se préoccupe de la cession des avantages aux religions : par exemple, il s'est préoccupé de l'établissement des privilèges concrets pour les religions officielles dans le cas du Panama en 1991[1161], de l'Israël en 1998[1162] et de la Belgique en 1999[1163]; il a constaté des discriminations importantes à l'égard des minorités religieuses, dans le cas de l'Iran en 1994[1164] et de la Lituanie en 1998[1165] ; et la question de savoir si la Constitution de Panama qui garantit le culte à condition qu'il soit en accord avec la morale chrétienne n'a reçu aucune réponse[1166].

Or, au cours de l'examen des nombreux autres rapports[1167], il a justement été amené à déclarer à plusieurs reprises que dans certains cas la religion pourrait faire l'objet de privilèges « exclusifs » : par exemple, il a admis qu'il n'était pas question de modifier

[1159] YASUAKI Onuma, « A transcivilisational perspective on International Law », *Recueil de l'Académie de Droit International de La Haye*, La Haye, Boston-Leiden-Londres, MartinusNijhoff, 2010, pp.283, 294 et 329et s.

[1160] FAVRET –SAADA Jeanne, *Jeux d'ombres sur la scène de l'ONU : Droits humains et laïcité,* Paris, éditions de l'Olivier, 2010, p.7.

[1161] ComitéDH (rapport) : A/46/40, 1991, p.121, §446 CCPR/C/42/Add.7 et 9(Panama).

[1162] ComitéDH(rapport) : A/53/40, 1998, Vol.I, p.39, §324 CCPR/C/81/Add.13(Israël).

[1163] ComitéDH(rapport) : A/54/50, 1999, Vol.I, p.32, §91 CCPR/C/94/Add.3(Belgique).

[1164] ComitéDH (rapport) : A/48/40, 1994, p.59, §269, CCPR/C/28/Add.5(République de l'Iran).

[1165] ComitéDH (rapport) : A/53/40, 1998, Vol.I, p.39, §325, CCPR/C/81/Add.15(Lithuanie).

[1166] ComitéDH (rapport) : A/46/40, Panama, *op.cit*.

[1167] Voir généralement BOUZIRI Nejib, *La protection des droits civils …*, *op.cit.,* p.407.

ces privilèges dans le cas de l'Église anglicane du Royaume-Uni (1991)[1168] ; que les subventions à l'Église romaine dans le cas du Costa Rica (1991) n'étaient pas incompatibles au Pacte [1169] ; qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre le droit international et les privilèges financiers et écoles privées dans le cas de la Norvège (1989)[1170], ni de la place prédominante de la religion dans un ordre public dans le cas de la Suède (1986) [1171].

- Si le Comité DH, en tant qu'organe constitué d'experts des États, réussit à conserver les équilibres, cela n'est pas le cas pour l'Assemblée générale et le CDH de l'ONU, les deux « tribunes politiques » des Nations Unies, où la position accordée à la religion est nettement plus marquée. En effet, nous avons déjà pu constater l'avènement de l'idée de la diffamation des religions, depuis 1999, au sein de ces deux organes[1172]. Il convient alors de constater également que cela s'inscrit dans un cadre plus général d'influence des religions sur les relations internationales telles qu'elles sont nouées au sein des Nations Unies, d'autant plus que certains de ces États membres (un tiers d'entre eux) participent en parallèle à l'Organisation de la Conférence (désormais de la Coopération) islamique, l' OCI[1173].

Comme le relèvent Burhrer et Levenson, les réunions contre le racisme et la discrimination raciale qui ont eu lieu à Genève en 1978 et 1983 « *avaient buté sur la tentative d'assimiler le sionisme au racisme, ce qui avait entraîné leur boycottage par les États -Unies* »[1174], alors que la Conférence mondiale sur les Droits de l'Homme qui a eu lieu à Vienne en 1993 a été l'occasion, non seulement de saluer la fin de l'apartheid en Afrique du Sud, mais également de mettre en relief les divergences de

---

[1168] ComitéDH (rapport) : A/46/40, 1991, p.103, §402, CCPR/C/58/Add.6(Royaume Uni).

[1169] ComitéDH (rapport) : A/46/40, 1991, p.103, §402, CCPR/C/58/Add.6 (Costa Rica).

[1170] ComitéDH (rapport) : A/44/40, 1989, p.20, §85 (Norvège).

[1171] ComitéDH (rapport) : A/46/40, 1986, p.32, §408 (Suède).

[1172] Voir *supra,* note 666 et s.

[1173] En effet, cette organisation, qui est « *le porte-voix du monde musulman dont elle assure la sauvegarde et la protection des intérêts dans l'esprit de promouvoir la paix internationale et l'harmonie entre les différents peuples du monde* » et qui siège à Djeddah, en Arabie Saoudite, regroupe en une organisation les États islamiques (57 aujourd'hui, à savoir quasiment un tiers des États membres des Nations Unies), mais également certains États « laïques », comme par exemple la Turquie, la Syrie, et l'Iraq. Voir le site de l'OCI, http://www.oic-oci.org/, consulté le 10 février 2011 ; aussi, FAVRET –SAADA Jeanne, *Jeux d'ombres sur la scène de l'ONU…, op.cit.,* p.13et s.

[1174] BUHRER Jean-Claude et LEVENSON Claude, *L'ONU contre les droits de l'Homme*, Paris, Mille et Une nuits, 2003, p.18 et s.

vue sur les droits de l'Homme entre États occidentaux et non-occidentaux[1175]. Les « combats politico-religieux » se sont accentués au cours des années suivantes : la première Conférence de Durban sur le racisme en 2001, malgré les vœux du Secrétaire générale de l'ONU, Kofi Annan, qui prévenu dans son discours inaugural de la Conférence que l'objectif était « *l'amélioration du sort des victimes [du conflit au Proche-Orient] et non pas de lancer des accusation* », s'est achevé dans un climat de confusion[1176]. Par la suite, tantôt le Conseil DH, tantôt l'Assemblée générale, furent largement influencés par l'OCI, d'autant plus depuis le discours « mémorable » du président iranien Khatami à l'Assemblée générale, en faveur d'une « alliance entre les civilisations »[1177].

2. La prédominance de la position « accommodatrice » dans la pratique de la Cour internationale de Justice (CIJ) ?

La Cour internationale de Justice, constitué des juges de tous les cinq continents, n'est pas un organe qui opte strictement pour la laicité. En revanche, elle reconnaît l'importance des religions en tant qu'élément fondamental des Etats, sans toujours préciser des limites. Par exemple, dans l'arrêt relatif aux *activités paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, elle a mis l'accent sur la liberté des États de choisir leur propre système « *politique, social, économique et culturel* »[1178]. Dans l'affaire *Érythrée contre Yémen*, des arguments tirés du mode culturel islamique et de la tradition musulmane, et qui divergent des « *idées occidentales de souveraineté territoriale* » (en l'espèce, le régime de pêche traditionnel dans la Mer Rouge) ont été avancés par les juges du Tribunal arbitral international afin de justifier la souveraineté du Yémen sur les îles litigieuses[1179], les juges évoquant des auteurs islamiques tels

[1175] Voir *infra,* Chapitre 7.

[1176] BUHRER Jean-Claude et LEVENSON Claude, *L'ONU contre.., op.cit.,* p.65 et s; A/CONF/189/12 ; FAVRET –SAADA Jeanne, *Jeux d'ombres sur la scène de l'ONU…, op.cit.,* p.65 et s.

[1177] A/53/PV.8 ; Voir analytiquement, FAVRET –SAADA Jeanne, *Jeux d'ombres sur la scène de l'ONU…, op.cit.,* qui explique comment les États islamiques se sont parvenus à imposer l'idée des religions et du « dialogue des cultures » au sein de l'ONU pour la réalisation des fins politiques.

[1178] CIJ : *Activités paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, CIJ Receuil 1986, §268. Voir aussi, LAGHMANI Slim, « Droit international et diversité culturelle », *op.cit. supra,* note 1049, p.242.

[1179] CIJ: *Arbitrage Érythrée-Yémen, première étape*: souveraineté territoriale et champ du différend, 9 octobre 1998, §129-130 et §524, et deuxième étape : délimitation maritime, 17 décembre 1999 , §92-93. L'optique du tribunal a été critiquée par Michael Reisman, qui aurait argumenté que le droit international est un corps juridique séculaire (*secular corpus juris*). Rapportée par BADERIN Mashood, « Religion and international law… », *op.cit.,* p.171.

que Khadduri[1180]. Par ailleurs, dans l'affaire du personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran, le juge Tarazi, dans son opinion dissidente s'est référée à la loi islamique en citant un ouvrage qui met en avant le respect de l'immunité aussi dans la loi islamique[1181].

[1180] Ce qui a fait l'objet d'une critique par la doctrine; voir CIJ: *Érythrée c. Yémen*, deuxième étape, *ibidem*, §92-93: « *Le concept fondamental de l'Islam selon lequel tous les êtres humains sont les "intendants de Dieu" sur terre, jouissant du droit inhérent de pourvoir à leurs besoins alimentaires en pêchant de l'une à l'autre rive, libres de capturer le poisson des deux côtés et de faire commerce du surplus, est demeuré vivace dans la conscience collective des Dankhali comme des Yéménites[…] L'islam n'est pas seulement une religion, mais aussi une communauté politique (umma) dotée d'un ensemble de lois conçues à la fois pour protéger l'intérêt collectif de ses sujets et pour réglementer leurs relations avec le monde extérieur* ».

[1181] CIJ: *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, ordonnance du 12 mai 1981, CIJ Recueil 1981, p. 45; « *Les États arabes, qui ont joué un rôle important au Moyen Age (à partir du VIIe siècle) dans les relations internationales, avaient des conceptions très évoluées et étroitement liées a des préceptes religieux au sujet du droit des gens. Les Arabes reconnaissaient l'inviolabilité des ambassadeurs et la nécessité de respecter les obligations conventionnelles. Ils avaient recours à l'arbitrage pour régler les différends internationaux et estimaient nécessaire d'observer des règles précises en temps de guerre* » (cette position de la Cour avait été critiquée à l'époque par Antonio Cassesse).

Conclusions du chapitre

Notre but dans ce quatrième chapitre était de réfléchir sur le poids de la valeur de la religion en droit international. Nous avons développé cette problématique en deux temps : après avoir considéré la religion en tant qu'idéologie éthique qui exerce un impact sur le droit international par le biais du droit naturel – et donc, dans une certaine mesure, des droits de l'Homme – nous avons considéré le fait que la religion est un élément important de l'identité culturelle d'une nation (et qui dans la plupart des cas précède la formation des États), ce qui nous a amenée à examiner la protection internationale accordée à la religion, en tant que phénomène social et culturel.

En ce qui concerne la première question, nous avons pu conclure que la religion était *indirectement* évoquée par le discours des droits de l'Homme, dans la mesure où les ceux-ci sont fondés sur le droit naturel et la dignité humaine. Nous avons examiné quelques pensées sporadiques des auteurs du courant du droit naturel (Aquin, Pufendorf), et nous avons conclu que le Dieu (chrétien) pouvait être repéré parmi les sources du droit naturel (au moins pour ce qui concerne le droit naturel classique). Nous avons également constaté que le droit naturel classique semble trouver un certain écho jusqu'à aujourd'hui, par le biais de la consécration de la *morale* en droit. Nous avons enfin examiné le rôle de la religion chrétienne et des théories humanistes en particulier (les théories de St. Thomas d'Aquin par exemple) et nous avons vu que ces théories ont eu un rôle générateur des droits de l'Homme, par le biais du droit naturel.

Plus spécifiquement, nous avons suggéré que le droit naturel pourrait avoir une certaine justiciabilité en droit international par le biais de la consécration de la notion de la dignité humaine (dans les domaines de la bioéthique par exemple), et également par l'évocation du *ius cogens.* Nous avons mis en exergue la confusion qui existe autour de cette notion, évoquée dans des nombreux textes du droit international (y compris la Convention de Vienne sur les traités) et de mieux en mieux consacrée dans la jurisprudence des instances internationales et régionales, parfois même de manière

contestable (nous avons évoqué à titre d'exemple la référence au *ius cogens* dans l'affaire *Kadi* auprès du TPICE). Nous avons conclu qu'on peut considérer que la religion, dans sa dimension spirituelle (notamment la religion chrétienne) a joué un rôle dans la naissance des droits de l'Homme : d'autant plus que les textes fondamentaux des droits de l'Homme, y compris la Déclaration française des Droits de l'Homme et la Charte des Droits fondamentaux – portent en eux la marque du passage de l'humanisme chrétien. Toutefois, nous avons pu conclure que le rôle de la religion par rapport aux droits de l'Homme se limite à cette fonction d'origine historique, voire symbolique, puisque la connexion éventuelle entre les religions et les droits de l'Homme est lointaine. Aujourd'hui il n'y a rien de « spirituel » dans l'universalité des droits de l'Homme, ni dans les applications du *ius cogens* ou dans la normativité de l'idée de dignité humaine. Les religions, ainsi que le droit naturel, ne sont donc liées aux droits de l'Homme qu'historiquement.

En ce qui concerne la seconde question, à savoir la protection internationale accordée à la religion en tant que phénomène social et culturel, nous avons mis en exergue que celle-ci est considérée comme un élément important de l'identité des individus. D'une part, nous avons évoqué l'étendue du principe de l'interdiction générale de la non-discrimination – entre autres, religieuse – en droit international. Nous avons évoqué les instruments internationaux principaux de protection contre les discriminations religieuses ; en premier lieu la CERD, la CRC, la CEDAW mais également des textes *soft* comme la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction* des Nations Unies de 1981 et la Déclaration de principe sur la Tolérance de l'UNESCO de 1995, qui vise spécifiquement l'« éducation à la tolérance » et le respect des minorités religieuses. Ensuite, nous avons illustré cette protection par des exemples, des rapports et des observations des Comités de suivi du PIDCP mais aussi de la CRC. Nous avons également évoqué l'importance du principe de la non-discrimination sur le plan européen et notamment depuis l'adoption de la Charte des Droits fondamentaux, qui garantit le principe de non-discrimination.

Par la suite, nous avons pu observé que le droit international était imprégné par des dispositions qui protègent la dimension « identitaire » de la religion. Il s'agit par exemple d'un part, du fait que, parmi tous les autres éléments de l'identité, la religion

est considérée comme l'un des traits qui déterminent l'appartenance à une minorité (religieuse) ; il s'agit aussi de la considération de la religion comme élément important de l'éducation des enfants ; de la considération de la religion comme donnée personnelle privée et sensible ; de la considération de la religion comme raison adéquate pour requérir l'asile selon les Conventions de Genève. D'autre part, les attaques contre la religion sont un élément qui établit la responsabilité en droit international (pour les crimes contre l'humanité et le génocide), alors qu'il ne semble pas incongru d'évoquer que la présence de la religion en droit international est aussi garantie par le biais de la protection de la « moralité publique ». Quant aux organes et instances de l'Union européenne, celles-ci sont généralement plus attentives à ce que les revendications fondées sur la religion ne dépassent pas les limites. En ce qui concerne la Cour européenne en particulier, nous avons pu constater que, commençant par l'arrêt *Thlimmenos,* elle met en œuvre le principe de non-discrimination, notamment concernant la mise en œuvre des droits culturels des personnes appartenant à des minorités, entre autres, religieuses. De même, la CJCE condamne les discriminations qui sont fondées sur la religion, en posant cependant certaines limites justifiées par des intérêts publics ou des droits d'autrui (nous nous sommes référée à l'exemple des exceptions à la directive-cadre sur la non discrimination fondée sur la religion en matière d'emploi de 2000).

En revanche, la jurisprudence de la Cour internationale du Justice a eu tendance parfois à pencher vers la position « accommodatrice » (nous avons évoqué par exemple l'affaire des *Activités paramilitaires au Nicaragua,* où elle a stipulé la liberté des États de choisir leur propre système « *politique, social, économique et culturel* », ou l'affaire *Érythrée contre Yémen*, où elle s'est fondée sur des arguments tirés de la tradition musulmane afin de justifier le régime de pêche traditionnelle dans la Mer Rouge). D'ailleurs, d'autres juges, comme l'ancien juge Weeramantry, sont favorables à une réflexion future en droit international qui tienne compte des enseignements religieux.

Notre réflexion dans ce chapitre aboutit à la conclusion que la religion est protégée à tous les niveaux par un solide cadre de dispositions, qui occupe une importance « préférentielle » notamment sur le plan du droit international. Toutefois, les limites de la position accommodatrice ne sauraient être différentes de celles posées par le

droit international, à savoir, l'interdiction de l'incitation à la haine religieuse. D'autant plus que le droit international est par définition un droit *laïc* : la religion ne devrait alors en principe y rester qu'une question concernant l'identité culturelle des États, sans que cela puisse influencer les relations des États entre eux, ni le système du droit international dans son ensemble. À cet égard, la réponse de la CIJ dans l'affaire pendante de la Bosnie-Herzégovine pourrait être éclairante puisque, parmi les allégations de responsabilité pour génocide commis contre les Serbes en Bosnie-Herzégovine et, entre autres, pour incitation à la haine religieuse, la Yougoslavie a cité en particulier la « Déclaration islamique » de 1971, rédigée par le Président bosniaque Izetbegovic[1182], qui prônait : «*il ne peut y avoir de paix ou de coexistence entre la "foi islamique" et les institutions sociales et politiques "non islamiques"*»[1183].

[1182] En effet, le Président bosniaque *Izetbegović*, condamné deux fois pour fanatisme religieux en Serbie, dans sa vision de création d'un État islamique à partir des populations musulmanes, avait prôné l'implémentation de l'Islam en toutes les domaines des vies privées des individus par son programme « programme pour l'islamisation », voir les *Objections préliminaires de la Yougoslavie,* juin 1995, pp.24 et 25.

[1183] CIJ: *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*, Demandes reconventionnelles de la Yougoslavie en révision de l'arrêt du 11 juillet 1996, l'affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide,* du 22 juillet 1997, §5.5.

Conclusions de la Première Partie

Dans cette première partie, nous avons pu démontrer la validité de notre hypothèse initiale, à savoir le fait que la liberté de l'art et la liberté religieuse sont deux droits égaux sur le plan formel. Tous deux possèdent un « versant interne » inviolable (la pensée et les idées, pour la liberté d'expression ; les croyances et les convictions, pour la liberté religieuses) et tous deux ont un versant qui peut subir des restrictions similaires (la manifestation de ce côté interne), telles qu'elles sont prévues dans les instruments relatifs.

Quant à la liberté religieuse en particulier, nous avons pu constaté qu'il existe certaines tendances à considérer qu'elle aurait un champ de protection plus étendu, notamment à l'égard de la légitimité du blasphème. Nous avons pourtant démontré qu'il s'agit d'une pratique des États qui n'est pas compatible avec les standards internationaux. Nous avons donc conclu qu'aucune de ces deux libertés ne saurait prendre l'ascendant sur l'autre au niveau des dispositions protectrices et qu'il est impossible de décider *a priori* de la prépondérance d'un droit sur l'autre en cas de « conflit » entre les deux.

Or, nous avons également pu constater que les valeurs sous-jacentes aux deux droits ont des poids substantiellement différents, voire incommensurables. Notre démarche nous a amené alors à conclure que l'art est pris en compte par le droit dans sa dimension notamment économique, et que les efforts pour sa protection dans sa dimension culturelle sont assez fragmentés, consistant notamment en des initiatives de l'UNESCO pour la protection du patrimoine culturel. En revanche, la religion s'avère aujourd'hui un facteur multi-puissant des relations internationales. Cela est dû à la valorisation de la *religion*, quelle qu'elle soit, par le biais d'un certain nombre de dispositions, dont les plus importantes concernent l'interdiction de la discrimination religieuse. Cela est dû aussi, et peut être de façon plus visible au cours des dernières années, à la politisation des religions au sein des Nations Unies, notamment au sein du Conseil des Droits de l'Homme, ainsi qu'à l'adoption d'un discours « religieux » (et donc culturel) par les Nations Unies au cours de la dernière décennie,

sous l'impulsion des États officiellement islamiques.

Somme toute, en songeant au droit international comme un système pluriel dont la scène serait les Nations Unies, nous pouvons conclure que la religion au niveau international a un poids nettement plus important que celui de l'art.

Deuxième partie : La résolution du conflit

Les idées que nous avons développées dans la première partie de la thèse nous ont aidée à mieux cerner les enjeux des questions posées par la liberté de l'art vis-à-vis de l'offense à la religion au niveau international (promotion de la diffamation religieuse, dimension mondiale « de l'affaire des caricatures », etc). Nous avons même conclu que la religion avait une valeur plus importante que l'art en droit international Cependant, les conclusions auxquelles nous sommes parvenue, pour autant qu'elles puissent nous paraître utiles, ne nous ont pas aidée, pour l'instant, à établir des méthodes de pondération des intérêts *in concreto* permettant de savoir comment équilibrer les droits dans le cadre de leur antinomie – ou comment concilier leurs valeurs conflictuelles – dans le cas imaginaire, par exemple, où un tribunal universel des droits de l'Homme traiterait la question. Les idées que nous avons développées, en effet, se sont organisées autour d'une situation abstraite de « conflit des valeurs » et d'une considération du droit international comme un système plus ou moins ordonné et qui accorderait *in abstracto* une certaine importance à chaque valeur. Or, rien de tel n'existe dans la pratique.

Le problème réside précisément au fait que le droit international est par définition un système de caractère décentralisé, pluriel et extrêmement diversifié, voire anarchique. Largement fondé sur le comportement des États, qui, à son tour, est fondé sur leur réalité historico-politique. À ce titre il entretient « *des relations constantes avec les diverses cultures juridiques, se penchant avec sympathie sur les revendications pluralistes et multi-culturalistes dans une société internationale de plus en plus mondialisée* »[1184], privilégiant donc le règlement concret par rapport à la règle abstraite.

[1184] YOKARIS Angelos, « Le droit international face au défi de la diversité culturelle » (numéro spécial: Law and multiculturalism), *RHDI,* Vol. 62, 2009, p.695.

Ainsi, à l'opposé de notre démarche de « mesure » de l'importance respective de l'art et de la religion au sein de l'ordre juridique international, on peut en réalité constater qu'aucune solution *a priori* ne se dégage dans la pratique, puisque chaque ordre juridique étatique définit lui-même des « règles du jeu ».

Pour autant, rien ne nous empêche de suivre la piste d'un *consensus minimum entre États*. L'édification de l'Organisation des Nations Unies repose précisément sur l'idée qu'un consensus peut être trouvé parmi les *êtres humains*, parmi « nous, les *peuples* des Nations Unies... » avant les États. Nous essaierons donc de dégager un tel consensus à partir de plusieurs types de résolution des conflits. Le consensus éventuellement dégagé de la sorte pourrait alors servir de base de réflexion pour l'élaboration d'autres approches de la résolution réelle des conflits, tenant compte des conditions économiques, sociales et culturelles ainsi que de la nécessité du *vivre ensemble* dans les sociétés plurielles.

Nous examinerons donc, dans un premier temps, la résolution formelle des conflits qui nous occupent par les juridictions nationales et par la Cour européenne, tout en tenant compte de la variable religieuse (Titre I). Nous examinerons, dans un second temps, la gestion de la diversité culturelle et le pluralisme des valeurs, dans une optique de renforcement des *modus vivendi* efficaces dans les sociétés plurielles ; nous traiterons notamment de la légitimité de l'insertion des options « multiculturelles » dans le droit, qui amèneraient des choix juridiques plus « flexibles » (Titre II).

Titre I. La résolution formelle du conflit

Le fait que le droit international ne soit pas un système unitaire mais un système pluriel nous amène directement au cœur de notre réflexion. Tenant compte de la diversité du droit international, la résolution du conflit nous semble devoir être nécessairement liée aux conceptions – généralement très divergentes – que les États se font de l'art, du beau, du divin, du droit, de la religion, des droits de l'Homme, etc. C'est donc précisément cette diversité qui doit être examinée pour que puissent être dégagées certaines tendances juridiques concernant la gestion de notre cas d'étude.

Nous examinerons dans un premier temps la variété extraordinaire des solutions étatiques à ce conflit, à savoir, les différentes perceptions du contenu des valeurs par les différentes cultures et ordres juridiques (Chapitre I). Dans un deuxième temps, nous examinerons la résolution du conflit par la Cour européenne en particulier, un choix qui se base encore une fois sur l'importance de cette instance dans la résolution des conflits de droits au niveau mondial (Chapitre II).

Chapitre I. La variété extraordinaire des solutions étatiques

La production artistique ne peut pas être catégorisée, ni uniformisée. Ainsi, il ne peut pas être dit *a priori* que tout ce qui est créé par des artistes appartenant à une certaine religion est de l'art forcément lié à une culture ou l'autre[1185]. On peut chercher à dégager certains traits généraux qui transcendent les spécificités culturelles. Un premier trait pourrait être que, malgré le fait que les cultures présentent différentes perceptions de l'art et du sacré, l'art et le spirituel sont toujours liés. Un autre trait pourrait être le fait que l'art – et d'autant plus la caricature – remplit le plus souvent une fonction politique dans une société.

Nous avons donc décidé d'examiner, dans un premier temps, les rapports entre l'art et la religion au prisme de l'histoire des civilisations (Section 1), pour ensuite nous pencher sur la très grande variété de solutions juridiques adoptées au sein de régimes juridiques différents (Section 2).

Section I. Les rapports de l'art et la religion au prisme des civilisations

Nous allons commencer par examiner l'impact de la religion sur l'art ; nous étendrons ensuite cette problématique à l'impact de la modernité sur l'art, en particulier en ce qui concerne sa relation avec le spirituel.

[1185] Rappelons nous par exemple la définition de l'art islamique classique selon un auteur: « *On ne peut dire d'une œuvre qu'elle est musulmane ni par le territoire, ni par le mécène par qui elle a été commandée, ni par la religion de l'artiste qui l'a exécutée. Des artistes chrétiens ont très bien pu créer des œuvres authentiquement musulmanes. Ce qui compte, d'une part, ce n'est pas le sujet de l'œuvre - ce que nous appelons le monde représenté - ce n'est pas le type des visages ou les vêtements, mais les conceptions et procédés artistiques mis en œuvres dans la création, qui doivent exprimer la philosophie de l'Islam* ». PAPADOPOULOS Alexandre, « Sur l'Esthétique de l'art musulman », in *Symposium International sur l'art islamique, Istanbul, 1983*, Dar Al-Fikr, Damas, 1989, p. 178.

§ 1. L'impact de la religion sur l'art

Il est utile de distinguer dès l'abord entre *la* religion et *les* religions traditionnelles (*folk religions*)[1186]. La première est une constante plus ou moins universelle (la quête du divin et du spirituel étant un fait constitutif de la plupart des sociétés, d'après les anthropologues), alors que la deuxième fait preuve d'un nombre de variations infini. Toutefois, nous prendrons comme exemples les traditions religieuses monothéistes majeures, à savoir la tradition judéo-chrétienne et la tradition islamique, afin de voir que d'un point de vue historique, anthropologique et philosophique, la spiritualité dans ces religions majeures est inhérente à la création[1187].

A. L'impact créatif de la religion sur les arts

Nous démontrerons dans cette section que la spiritualité joue un rôle dans le processus créatif en étudiant son impact sur les arts dans les trois grandes religions monothéistes.

1. La spiritualité comme fondement des arts

La spiritualité se manifeste dans les arts par le biais du symbolisme esthétique et des codes éthiques qui sont au cœur du processus créatif. Afin de comprendre le fonctionnement de ce dernier, il peut être nécessaire de se référer succinctement aux « codes » esthétiques des arts, notamment des arts visuels.

a. Déchiffrer les codes esthétiques

Les facteurs historiques et culturels rentrent dans la création par le biais des sens et notamment des stimulations optiques et visuelles ; le milieu social, l'éducation ainsi que l'exposition d'un individu à la vue de certaines types de monuments,

[1186] En effet, on estime que depuis les débuts de l'histoire de l'homme, cent mille religions ont existé ; BUZAN Barry et LITTLE Richard, *International Systems in world history, op.cit.,* p.204.

[1187] Ou bien, une certaine « intériorité » ; voir à propos de la relation entre l'art et la religion et le sens de la création, voir *supra,* à propos du concept platonique de la « création », note 299 et s. Cette thèse a été par ailleurs mise en avance par des nombreux écrivains, par exemple BERDIAEV Nicolas dans *Le sens de la création ; un essai de justification de l'homme*(1916) ; MALRAUX dans *Le musée imaginaire*(1954) ; MARITAIN Jacques dans *L'intuition créatrice dans l'art et dans la poésie* (1966). Voir, POUPARD Paul(dir), *Dictionnaire des religions,* Paris, PUF, 1984, p.99 et s.

d'expositions, et plus généralement de ce que nous appelons aujourd'hui le patrimoine culturel, jour de ce point de vue un rôle critique. Selon une analyse structurelle, on peut distinguer ce phénomène par l'implication de l'art avec les jeux de la symbolique – et de la sémantique[1188].

Comme le relève un auteur, il existe trois grands modèles culturels en matière artistique : les civilisations de l'*image* (civilisation européenne et ses prolongements aux Amériques), celles du *signe* (civilisations hindoue, chinoise et islamique[1189]) et celles du *rythme* (la civilisation africaine par exemple, dotée d'une mythologie et d'une « cosmogonie » remarquables)[1190]. Ceci veut dire que, même en l'absence de mots, des messages sont véhiculés, par l'effet produit sur les sens.

Or, chaque création a une fonction, voire une certaine idéologie, qu'elle soit consciente ou non. Les techniques de la représentation visuelle, particulièrement évidentes dans les arts plastiques, en sont un bon exemple. La représentation, consciemment ou inconsciemment, est alors liée à une certaine façon d'envisager le monde[1191].

- Un premier exemple est l'utilisation de la couleur dans les différentes cultures artistiques. C'est lieu commun dans les arts plastiques que de dire que la forme est liée à l'intellect et les couleurs, au sentimental. Ainsi, « *l'Ouest*

[1188] Les anthropologues structuralistes considéraient que l'art véhicule des messages et que par conséquent l'art, devrait forcement avoir une sémantique et qu'il diffère du langage justement parce que dans les arts (représentatifs), il n'y aurait pas d'analogie entre le signifiant et le signifié Les anthropologues structuralistes par exemple pensaient que l'art véhicule des messages et qu'à cet égard, l'art, devrait forcement avoir une sémantique et qu'il diffère du langage justement parce que dans les arts (représentatifs), il n'y aurait pas d'analogie entre le signifiant et le signifié LAYTON Robert, « Structure and Agency in Art » *in* COQUET Michel, DERLON Brigitte et JEUDY-BALLINI Monique(dir), *Les cultures à l'œuvre : rencontres en art*, Paris, Maison de la science de l'homme, 2005, p.29 et s. Pour certains, cette sémantique serait forcement liée à la représentation : ainsi, Lévi-Strauss par exemple était déçu de l'art moderne, lorsqu'il écrivait par exemple dans « *La vue de Afar »* que la peinture était au départ un « *instrument d'une révélation métaphysique* », mais qu'ensuite n'est devenu qu'une « *composition décorative* »; l'impressionnisme par exemple, selon Lévi-Strauss, n'était qu'une révolution de surface, parce qu'il a échoué de prendre en considération le caractère sémantique de l'œuvre et le cubisme parce qu'il allait plus loin de l'objet de la signification. Claude LÉVY-STRAUSS, cité par LAYTON Robert, *précité,* p.32. Il serait également nécessaire de se référer ici à des ouvrages qui explorent des concepts culturels de l'art et surtout de l'art non-occidental, tels que DERLON Brigitte et JEUDY-BALLINI Monique, *Les cultures à l'œuvre, op.cit.,* note 834.

[1189] Dont la force symbolique réside dans le Coran en tant que « temple » du livre.

[1190] KHATIBI Abdelkébir, *L'art contemporain arabe*, Al-Manar -Institut du monde arabe, 2001, p.45.

[1191] Et c'est Kandinsky en premier qui démontra que l'abstraction pure peut également véhiculer des messages et des sentiments ; voir KANDINSKY Wassilly, *Du spirituel dans l'art[Για το πνευματικό στην τέχνη]*(1951), Athènes, Nefeli, 1981.

aurait réussi plus en forme qu'en couleurs; alors que l'Est, plus sensuel qu'intellectuel, réussirait plus en couleur qu'en formes »[1192].

- Un deuxième exemple serait celui du moyen Age chrétien : le sociologue Francastel, considérant la peinture traditionnelle comme un « *objet de civilisation* », démontre justement le symbolisme à l'œuvre derrière les images, remarquant par exemple que « *le trône monumental [...] sur lequel siègent, à travers tout l'Occident chrétien, d'innombrables Vierges en majesté, possédait pour fonction de rappeler à tous la puissance terrestre et céleste de l'Église* »[1193].
- Troisième exemple : les nouvelles techniques apparues au cours de la Renaissance italienne : l'utilisation de la perspective[1194] ou la représentation minutieuse de la nature et des sentiments de la personne humaine[1195] seraient ainsi, par exemple, la traduction esthétique des nouvelles idées et théories proprement européennes, qui placent l'Homme au milieu de la création, notamment par le biais des théories néo-platoniciennes[1196]. A cet égard, il

---

[1192] BINYON Lawrence, « L'art de l'Est et de l'Ouest » in *Painting in the far east: an introduction to the history of pictorial art*, Londres, Elibron classics, 2005. Nous pourrions ajouter que l'utilisation de la couleur occidentale ne serait pas du tout la même que la couleur orientale, qui est marqué par le subjectivisme ; FAURE Elie, *Histoire de l'art,* Vol.3, Paris, Plon, Collection Ars et historia, 1949, p.33.

[1193] Par exemple, une grotte, symbole du théâtre médiéval, pourrait être lue comme la représentation de la rencontre entre le Bien et du Mal ; FRANCASTEL Pierre, *La Figure et le lieu, l'ordre visuel du Quattrocento*, Paris, Denoël, 1980.

[1194] La technique de la perspective a été découverte par Filippo Brunelleschi au début du XVe siècle et consiste à l'illusion optique selon laquelle les objets viennent plus proche ou plus loin par rapport à l'œil humain et vers un point imaginaire de fuite. Voir généralement PANOFSKY Erwin, *Essais d'iconologie ; thèmes humanistes dans l'art de la Renaissance*(1967), Paris, Gallimard, 1987 ; sur la sémiologie de la perspective, CARANI Maria, *De l'histoire de l'art à la sémiotique visuelle,* Quebec, Septentrion, 1992, pp.114-154.

[1195] En effet depuis Giotto les artistes de la Renaissance érigèrent l'expression en souci fondamental de l'artiste ; des « outils » artistiques telles que l'observation attentive de la nature pour les arts plastiques et l'étude d'anatomie de la figure humaine à l'aide de modèles requièrent de l'ardeur après une longue période de léthargie ; sont connues en cela les études d'anatomie de cadavres secrètes de Leonardo et ses apprentis dans les morgues. Les proportions du corps et de la tête, les os du squelette, les muscles et notamment le visage et les gestes des mains, sont désormais étudiés strictement afin d'attribuer à la figure représentée l'expression voulue. Un bon exemple serait *Adam et Ève chassés du Paradis* de Masaccio (1428), ou bien la *Mort de la Vierge* du Caravage, ou encore l'œuvre de violence extrême de *Judith et Holopherne* de Artemisia Gentileschi. En théorie, celle-ci fut également la position du grand artiste et théoricien de la Renaissance, Léon Batista Alberti. En effet Alberti, dans son traité *De Pictura* fut le premier à désigner l'expression comme caractéristique fondamentale de la connaissance artistique, soulignant que la peinture bien faite influence le spectateur justement parce qu'elle correspond aux sentiments dont lui ne voit que la représentation. C'est lui aussi qui caractérise la peinture comme « le meilleur et le plus antique ornement des choses, digne des Hommes libres ». Voir ALBERTI Léon Batista, *De Pictura* (1435), Paris, A. Lévy, 1868, pp.137 et 140-151.

[1196] Voir généralement PANOFSKY Erwin, *La Perspective comme forme symbolique*(1927), Paris, Minuit, 1975 et GOMBRICH Ernst, *L'Art et l'illusion* (1956), Paris, Gallimard, 1971. Nous pourrions noter aussi ici que ces choix, ne sont que difficilement traduisibles dans d'autres contextes sociaux et culturels : il n'est pas évident par exemple de traduire la perspective où les

n'est pas fortuit que le deuxième « courant », axé sur l'expression, soit apparu dans l'art moderne[1197].

b. La spiritualité dans le processus créatif

La création est un processus issu de l'imagination, de l'esthétique, ainsi que des principes de comportement d'un individu – ou d'un groupe – qui est l'auteur d'une œuvre d'art. L'art européen, comme la pensée philosophique européenne a beaucoup été influencée par la conception idéaliste et, dans une certaine mesure, « éthique », de Platon[1198]. Les reproches platoniciens à l'art, depuis et pendant toute l'histoire de la philosophie esthétique et au moins jusqu'au début de XVIIIe siècle, sont constamment soulevés par les auteurs qui ont voulu soit lier l'art aux critères moraux, soit l'en dissocier, soit admettre la relation inextricable entre règles de l'esthétique et règles du comportement[1199].

---

expressions de visages « à l'européenne » par exemple dans le contexte de la tradition islamique ou hindouiste. Avoir également « Le mouvement néo-platonicien et Michel-Ange » *in* PANOFSKY Erwin, *Essais d'iconologie…, op.cit.,* p.255 et s., notant l'opposition du Leonardo au néo-platonisme, adversaire de Michel-Ange « *dans la vie comme dans l'art* », qui opposait une philosophie diamétralement différente, *idem,* pp.265-266.

[1197] En effet, dans l'histoire de l'art moderne, ce sont les mouvements expressionnistes allemand et belge qui mirent en exergue l'utilisation émotionnelle et dramatique de la représentation ; par ailleurs, l'expressionisme en art a été basé notamment sur les réflexions de Freud sur l'art et notamment son correspondant, le pasteur Oscar Pfister. Voir BROWN Walter, « Expressionism in Art »(1924), *International Journal of Psycho-Analysis,*Vol.5, 1924, pp.220-221, *disponible sur http://www.pep-web.org,* consulté le 13 janvier 2011.

[1198] HANKINS James, *Humanism and platonism in the Italian renaissance*, Roma, Di storia e litteratura, 2004.

[1199] Toutefois, il existe une divergence manifeste entre ce qui est (réalisme), et ce qui le devrait être (phénomène). Les fondements éthiques de l'art ne s'associent point à cet égard à la morale. Car, si l'orientation morale de l'art était réelle, on devrait rayer des musées, des bibliothèques et des tous les espaces artistiques du monde, une bonne partie d'Histoire de l'Art : depuis les représentations guerrières dans les grottes préhistoriques, en passant par l'Iliade d'Homère à la création cinématographique contemporaine, l'histoire de l'art n'est rien d'autres que celle du pathos humain, avec ces qualités et ces vicissitudes. Il est tout à fait vrai, comme le remarque Georges Steiner dans le livre *Dans le Château de Barbe-Bleue* que « *les bibliothèques les théâtres, universités et centres de recherche, peuvent très bien prospérer à l'ombre des camps de concentration* ». La réflexion de Steiner, en effet, sur l'association de l'art et des régimes totalitaires, semble à ce point pertinente : « *Est-il fortuit que tous les triomphes ostentatoires de la civilisation, l'Athènes de Périclès, la Florence de Médicis, L'Angleterre élisabéthaine, le Versailles du grand-siècle et la Vienne de Mozart aient eu partie liée avec l'absolutisme, un système rigide de castes et la présence de masses asservies ? Grand art, musique, poésie, la science de Bacon et celle de Laplace florissent sous des systèmes sociaux plus ou moins liés au totalitarisme. Est-ce par hasard ? A quel niveau situer les similarités, elles mêmes instituées par l'enseignement entre le pouvoir et la culture classique ? La notion de la culture n'est pas, après tout, synonyme de l'élite ?* ». Dans STEINER Georges, *Le Château de Barbe-Bleue: notes pour une redéfinition de la culture* (1986), Paris, Gallimard, 2008 (rééd), pp.90-99.

Ainsi, il paraît naturel qu'au moins jusqu'à la modernité, les thématiques religieuses aient toujours servi, peu ou prou, de source de création[1200], et qu'à l'inverse, la religion, comme tout autre pouvoir, se soit beaucoup servi des arts pour manifester sa présence au sein des sociétés[1201].

En effet, l'exploration du lien entre l'art et le spirituel, parfois même entre l'art et la morale a été toujours mis en avance par tous les philosophes[1202]. Outre les interrogations de Platon, nous pouvons aussi remarquer que pour Kant, il existe une certaine dialectique entre l'éthique et l'esthétique[1203] et que, selon Nietzche, le but ultime de l'art serait la vérité. Tolstoï reprendra les reproches platoniciens adressés à l'art – attaquant cette fois non pas seulement des artistes contemporains, mais aussi des artistes classiques tels que Shakespeare ou Beethoven. D'autres philosophes, comme Scheler par exemple[1204], associeront également l'art à l'éthique, cherchant à tout prix la glorification de l'éthos de l'Homme dans les œuvres d'art. Pour Hegel, l'art ne peut être que « grand », inconditionnel et absolu ; il a pour vocation l'exaltation de l'esprit[1205]. Et Wittgenstein sera le premier philosophe moderne à s'intéresser au sujet sur un plan logique, et identifiera l'éthique et l'esthétique, puis la morale et la vie[1206].

En effet, la spiritualité du divin constitue un des fondements primaires des arts. La musique rituelle musique[1207], mais également la danse[1208], suivie par le théâtre, sont

---

[1200] En effet, jusqu'en la modernité, la religion, de pair avec la mythologie, était même la seule source d'inspiration des artistes.

[1201] Dans le cas des arts plastiques, le cas de la Renaissance Italienne est peut être la période la plus fructueuse en production artistique ; « Je serve celui qui paye », écrit Leonardo Da Vinci dans le Quattrocento ; LAMPRAKI-PLAKA Marina, *La Renaissance italienne, op.cit*.

[1202] Voir *infra,* Chapitre 7, note 1896 et s. et texte accompagnant.

[1203] THOUARD Denis, « Études critiques ; L'esthétique et l'éthique sont-elles une ? », *RMM*, Vol. 2, n° 54, 2007, pp.273 – 282.

[1204] SCHELER Max, *La situation de l'homme dans le monde*, Paris, Aubier, 1979.

[1205] D'où l'admiration de Hegel pour l'art de l'âge d'or d'Athènes, ainsi que sa thèse célèbre sur la mort de l'art ; RICARD Marie-Andrée Ricard « La mort de l'art chez Hegel comme autoportrait de la subjectivité », *Laval théologique et philosophique*, vol. 56, n° 3, 2000, pp. 405-423.

[1206] L'idée que nos *concept*s moraux sont impliqués dans la narration que nous faisons de notre existence est évidente à travers toute l'œuvre de Wittgenstein. Certains de ses élèves vont d'ailleurs consolider cet argument; Iris Murdoch par exemple, soutenant que« notre univers moral est pour une bonne part littéraire et notre relation à la morale est une relation à des œuvres, à des références et à des modèles littéraires. THOUARD Denis « Études critiques …», *op.cit.*, p.275.

[1207] NKETIA Kwabena « Interaction musicale dans les événements culturels » *in* COLLINS Mary et POWER David(éd), *Revue Internationale de Théologie: La musique et l'expérience de Dieu,* Concilium 122, 1989, pp.131-145 et GELINAU Joseph « Le chemin de la musique », *idem,* pp.157-

des arts qui doivent leur naissance à la volonté d'ouvrir des chemins de communication avec le divin. Nous savons, depuis les travaux d'Aristote et d'autres auteurs[1209], que la tragédie grecque, qui apparaît en Attique à la fin du VIe siècle, puise ses sources dans les fêtes du Dithyrambe[1210]. On retrouve dans d'autres civilisations des associations semblables de danses, de rites et de fêtes païennes célébrant la fécondité, la maternité, certains phénomènes naturels, etc. Ce n'est donc pas un hasard s'il existe également une liaison entre certains arts et l'expérience du Dieu, y compris de la part des personnes pratiquent l'ascétisme :l'iconographie et artisanat dans le cas des moines et des bonnes sœurs[1211] du christianisme orthodoxe ; arts martiaux dans le cas des moines bouddhistes[1212] ; les danses *derviche* dans le cas des musulmans *Soufi*[1213].

170.

[1208] Aujourd'hui nous pourrions penser à la yoga ou bien à certaines autres formes d'expressions corporelles, qui vise à la transformation spirituelle ; voir à propos de la liaison entre les *tantra* et les formes de gestes ou bien de danse CORNU Philippe, *Dictionnaire Encyclopédique du Bouddhisme*, Seuil, 2è éd., 2006 (2001) ; « Body and rituals » *in* SALAMONE Frank, *Encyclopedia of religious rites, rituals, and festivals*, New York-London, Routledge, Coll. Religion& Society, 2004, pp.57-60.

[1209] Aristote, *Poétique* (IVè), Chapitre IV, 1449a. Ainsi donc, improvisatrice à sa naissance, la tragédie, comme la comédie, celle-ci tirant son origine des poèmes dithyrambiques, celle-là des poèmes phalliques, qui conservent, encore aujourd'hui, une existence légale dans un grand nombre de cités, progressa peu à peu, par le développement qu'elle reçut autant qu'il était en elle. Après avoir subi de nombreuses transformations, la tragédie y a mis un terme, puisqu'elle avait revêtu sa forme naturelle. En effet, les racines de la tragédie sont à puiser à la célébration des mystères dionysiaques, et plus particulièrement les champs du dithyrambe et des improvisations satiriques par des groupes de personnes chantant, criant et formant des cercles(chorus). Selon la tradition, la tragédie est née le jour où une seule personne, Thespis, est allée au milieu du cercle et dialogua avec le chœur RQCHET Guy *La tragédie grecque: origine, histoire, développement* [Η αρχαία τραγωδία], Paris, Payot, 1973.

[1210] Cette liaison existe, même si pour certains chercheurs il n'y aurait pas de liaison directe entre le théâtre et la culte de Dionysos : « *Ce qu'il y a de plus certain, en ce qui concerne l'origine de la tragédie, c'est qu'elle n'est point sortie du culte de Dionysos. Nous appelons "tragédie" un genre littéraire qui est né à Athènes et s'est développé par l'adjonction d'un acteur puis de deux, puis de trois à un chœur primitivement seul ; et cette évolution, nul ne le conteste, s'est produite au théâtre de Dionysos, du moins dans des sanctuaires attiques, à l'occasion de ses fêtes. Mais ce chœur n'a* été rattaché que secondairement au culte de Dionysos » ; Voir CHAMOUX François et ROBERT Fernand(dir.), *La religion grecque,* Paris, PUF, Coll. Que sais-je?, 1969; Voir aussi LÉVÊQUE Pierre et BRIANT Paul(dir), « Religion et culture » in *Le monde grec aux temps classiques, Tome I, le Vè*, Paris, coll. Nouvelle Clio, 1994, p.353ss; MORETTI, Jean-Charles, *Théâtre et société dans la Grèce antique: une archéologie des pratiques*, Paris, Librairie générale française, 2001.

[1211] Voir par exemple le cas de la Montagne Sainte (Agio Oros), en Grèce, décrit comme « *la montagne sainte de la spiritualité, des arts et de la culture* ». Voir l'album *La Montagne sainte : une millénie de spiritualité orthodoxe et de l'art » [Το άγιο όρος : μια χιλιετία πνευματικότητας και πολιτισμού*], Athènes, Karakotsoglou, 2004.

[1212] Le cas de la pratique des arts martiaux (le *kung fu*) au monastère Shaolin par exemple, à la province de Henan, en Chine, est particulièrement connu ; en effet il a été le lieu de naissance non seulement des arts martiaux, mais tout d'abord du Chan, une branche de bouddhisme, et de sa transcription japonaise, le Zen. Voir SHAHAR Meir, *The Shaolin Monastery: History, Religion, and the Chinese Martial Arts*, Presses Universitaires du Hawaii, 2008.

[1213] L'usage originel du mot *derviche* désigne, en principe, les renonçants musulmans affiliés à des

2. La spiritualité comme source d'inspiration dans les religions monothéistes

Au moins jusqu'à la modernité, toutes les formes d'art ont été influencées par les religions[1214]. Certes, certaines d'entre elles se sont montrées plus tolérantes envers la représentation de l'image des dieux ou du divin dans l'art.[1215] Mais il serait faux de conclure de cette constatation que seules certaines religions seraient *a priori* favorables au développement des arts, alors que d'autres ne le seraient *a priori* pas[1216]. Aucune conclusion ne devrait être faite en la matière en dehors de l'étude du contexte historique[1217]. Sans prétendre donc retracer l'histoire de l'art en quelques pages, nous voulons donner quelques exemples en la matière. Ils suffisent à nos yeux à démontrer que ce n'est pas la religion en tant que telle, mais bien son instrumentalisation ou le fanatisme religieux, qui s'avèrent généralement catastrophiques pour les arts.

a. Art et spiritualité dans l'Occident chrétien

Le christianisme a exercé une influence profonde sur l'art occidental[1218]. De l'Art byzantin à la Renaissance italienne, les thèmes tirés de l'imaginaire chrétien[1219], font une grande partie des arts, au moins jusqu'à la modernité[1220]. Cela était dû non seulement au fait que les artistes – et les iconographes en particulier – étaient largement financés par l'Église, mais aussi à la liaison particulière qui existait entre

---

confréries soufies, mais aussi les renonçants hindous membres d'ordres ascétiques ou de confréries religieuses. La pratique religieuse des *dervish*, qui comprend entre autres des danses, est basée sur les hadiths de la religion musulmane et elle est encore pratiquée en Iran et en Turquie. Voir GABORIEAU Marc, « Incomparables ou vrais jumeaux ? Les renonçants dans l'hindouisme et dans l'islam », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°1, 2002, p. 71-92 ; EL ASRI Farid, « L'expression musicale de musulmans européens; Création de sonorités et normativité religieuse », *Revue européenne des migrations internationales*, n°2, Vol. 25, 2009, p.35-50.

[1214] DE MONTROND Henri, « L'art, expression du sacré », *Boréales,* n°58-61, 1994, p. 129-134.

[1215] Ainsi l'affirme également l'historien des religions François Boespflug qui démontre cette « tolérance » dans la représentation chrétienne: BOESPFLUG François, *Dieu et ses images: une histoire de l'Éternel dans l'art christianisme*, Paris, Luc Pire, 2008.

[1216] Comme le fait par exemple SALOOM Rachel, « You dropped a bomb on me, Danemark…*»,supra,* note 47.

[1217] Voir, à titre indicatif sur les arts dans les différentes religions, HASTINGS James (éd) *Encyclopaedia of Religion and Ethics*, Vol.I, Edinburg, T&T Clark, p.817-903 ; POUPARD Paul(dir) *Dictionnaire des religions.., op.cit.,* p.98 et s.

[1218] COTTIN Jérôme, *La mystique de l'art: art et christianisme de 1900 à nos jours,* Fribourg, Cerf, 2007 ; HASTINGS James (éd), *Encyclopaedia of Religion and Ethics…, op.cit.,* p.845-861.

[1219] *Saturne en train de manger ses enfants ; le combat des Centaures ; Le mythe de Prométhée ; Hercule ; les Nymphes* etc.

[1220] Aujourd'hui, sous l'influence de la modernité, dans le monde occidental, et d'influence traditionnellement chrétienne, cette relation est relativement peu présente dans les arts.

l'imaginaire, les symboles et les rites, y compris funéraires. Cela était donc dû en partie aux événements historiques, aux gestes coutumiers du culte nourrissant l'iconographie, ainsi qu'à la fonction des symboles, archétypes et allégories religieuses (par exemple le serpent, le diable ou l'échelle qui amène au paradis), parfois même au vocabulaire commun au culte et à l'iconographie (la joie, la dévotion, l'admiration, la contemplation du céleste, le salut, etc.). D'ailleurs, en ce qui concerne l'iconographie[1221] en particulier, nous observons que, pendant la période byzantine plus spécifiquement, l'image était considérée ayant des vertus curatives et prophylactiques[1222], alors qu'au milieu même de l'église, lieu du *rassemblement* par excellence pendant cette période, dominait de toute sa hauteur l'« image de la vénération » (l'image du Saint dont on célèbre la fête)[1223]. En outre, pendant tout le Moyen Âge, les thèmes religieux sont chers aux artistes (ou plutôt, à ceux qui commandent leurs œuvres), en Italie comme aux Pays Bas, notamment donc des thèmes de la *Cène, de l'adoration des Mages, de l'Évangélisme, de la Crucifixion*, etc., alors que la Renaissance représente plutôt la volonté d'unir les arts aux progrès de l'époque (tels que la perspective par exemple), mais aussi celle d'accomplir « *une synthèse du passé païen [donc de l'art classique] avec le présent chrétien* »[1224].

De nombreux auteurs se sont proposé d'éclaircir cette relation entre l'art et le christianisme. L'approche la plus fameuse date de la fin du XVIe siècle : c'est sans doute celle de l'évêque de Chartres Nicolas de Thou, d'après qui les images religieuses servent pour « *orner la maison de Dieu* » et pour enseigner au simple peuple « *les histoires de la Sainte Écriture* »[1225]. Toutefois, les auteurs français du XVIIe siècle et les artistes académiciens qui prennent part au discours sur la peinture (Fréart de Chambray, Bosse, Félibien) sont pour la plupart attachés aux modèles historico-bibliographiques, poétiques et rhétoriques italiens. Ils ne sont guère attentifs

[1221] L'iconographie d'après Panofsky est cette branche de l'histoire de l'art qui se rapporte au sujet ou à la signification des œuvres d'art par opposition à leur forme ; PANOFSKY Erwin, *Essais d'iconologie…, op.cit.,* p.13. Voir aussi, pour un aperçu général, GIORGI Rosa, *Symboles et cultes de l'Église ; repères iconographiques*(trad. de l'italien), Paris, Hazan, 2005.

[1222] Qui pouvait donc préserver du malheur et curer des maladies.

[1223] GUILLOU André, « Le monde des images à Byzance » *in* GUILLOU André et DURAND Jannic(dir.), *Byzance et les images,* Paris, La Documentation française, 1994, p.23.

[1224] PANOFSKY Erwin, *Essais d'iconologie…, op.cit.,* p.107.

[1225] COUSINIÉ Frédéric, « Vers une lecture spirituelle de l'image : *La Descente du Saint-Esprit* de Charles Le Brun (1657) », in *Images et méditation au XVIIe siècle*, Presses Universitaire de Rennes, Coll. Art et Société, p.9.

aux implications religieuses et dévotionnelles des images, ce qui serait dû, d'après Frédéric Cousinié, « *non pas [au] caractère marginal de ces implications, mais, bien au contraire, [à] leur préeminence et [à] leur évidence pour tout chrétien dans le cas d'une production d'images orientée alors pour l'essentiel dans le domaine religieux* »[1226]. Ce n'est que plus tard que d'autres auteurs, tels que George Simmel, mettent en exergue le fait que le christianisme ait légué à l'art un certain schéma du sacré. D'après lui, « *le christianisme a découvert la valeur esthétique de la souffrance et a prêté la langue de la visualité à son importance religieuse* »[1227].

b. Art et spiritualité dans la tradition islamique

Certes, il est difficile de tenir un discours uniforme sur l'art islamique, sachant que l'Islam recouvre une diversité extraordinaire de territoires, du Maghreb et au délà de l'Indonésie. Toutefois, en essayant de dégager certains « traits » caractéristiques, nous pouvons dire que l'influence de la religion est présente dans toute l'évolution des arts dans les États majoritairement musulmans.

Cela est le cas tout d'abord, sur le plan de l'architecture: la typologie de l'architecture *civile*, n'est pas entièrement distincte de l'architecture religieuse[1228], alors que les traits distinctifs des thèmes architecturaux religieux répondent en principe aux nécessités religieuses : la *mosquée* pour la prière, la *madrasa* pour l'enseignement théologique et le *mausolée* pour la commémoration des morts[1229]. Ensuite, en ce qui concerne les autres arts islamiques, une certaine liaison pourrait être déduite entre la philosophie islamique et les arts. En effet, ce qui est rencontré plus fréquemment, n'est pas la peinture ou la sculpture volumineuse (comme c'est le cas dans la modernité européenne par exemple), mais plutôt la *miniature* et les *motifs répétitifs* de

---

[1226] *Ibidem*.

[1227] SIMMEL Georg, *La tragédie de la culture et autres essais*(1907), Paris, Rivages, 1993, p.157 (« Le Christianisme et l'art ») cité par ARAMBASIN Nella, *La conception du sacré dans la critique d'art: en Europe entre 1880 et 1914,* Genève, Droz,1996, p.336.

[1228] Voir généralement, SIMPSON Marianna, *L'art islamique*, éd. Flammarion, Paris, 1997, p.6 et s. Madame Simpson fait allusion notamment à l'*éyvân*, une voûte fermée à l'une de ses extrémités ou les *muquarnas*, un système de niches à facettes en pierre, briques ou autres matériaux qui peuvent avoir une fonction architecturale ou décorative.

[1229] Ces monuments ont inévitablement un *mihrab,* niche qui indique la direction de la Mecque, et un *minaret,* tour d'où le muezzin fait l'appel à la prière. Voir BARRUCAND Marianne « Art et Architecture » *in Dictionnaire de l'Islam : religion et civilisation*, Paris, Encyclopaedia Universalis et Albin Michel, 1997, p.96-121 et SIMPSON Marianne, *L'art islamique, op.cit.,* p.6 et s.

décoration[1230]. Il existe en effet dans l'Islam une grande tradition de l'art de l'objet, présente notamment par une vaste gamme de création d'objets portables fabriqués en différentes matières : il s'agit notamment de l'art de l'*arabesque*(qui comprend des objets modestes destinés à des fonctionnements utilitaires) mais également des tapis, dont les motifs sont inspirés de la doctrine islamique[1231]. Par ailleurs, la *calligraphie* (tant qu'iconographie qu'en tant que décoration murale), ainsi que l'art du *livre* (qui comprend, outre la calligraphie, la *reliure* et *l'enluminure*[1232]).

Un autre apport iconographique essentiel de l'Islam est sans doute celui de l'*illustration*. En effet, comme le remarque M. Mazaheri, avant l'influence de l'Islam dans le monde arabe (et sous l'influence du « *bouddhisme en Iran oriental, du christianisme en Syrie et en Égypte et du zoroastrisme en Perse »*) il était développé un genre de peinture seigneuriale et religieuse remarquable. Cet art était alors, destiné à orner les livres célestes[1233] et que l'on rencontre dans les albums et parfois dans les fresques, les dessins isolés ainsi que les manuscrits, va continuer avec l'Islam. Il constitue sa contribution la plus essentielle aux arts graphiques : les nombreux dessins crées entre le VIe et XVIe siècles, pour la plupart commandés par des Shahs[1234], sont non seulement la preuve de la grande virtuosité des illustrateurs de l'époque[1235], mais aussi des indices précieux vers une meilleure compréhension de la tradition artistique

---

[1230] SOURDEL Dominique, *L'Islam,* Paris, PUF, Coll. Que sais-je ?, 2009.

[1231] SIMPSON Marianna, *L'art islamique*, *op.cit.,* p.7.

[1232] *Ibidem.* Il s'agit d'une forme du dessin qui consiste en des ajouts décoratifs destinés à rendre une page plus « lumineuse. Voir à cet égard les activités de l'équipe du laboratoire sur l'Islam médiéval de l'Université de Sorbonne sur ce domaine et notamment le colloque « Calligraphies islamiques » tenue le 6 juin 2003 dans les locaux du laboratoire.

[1233] MAZAHERI Aly, « La vie intellectuelle et artistique » in *L'âge d'or de l'Islam ; quant Bagdad était la capitale de la moitié du monde* (Paris, Hachette, 1951), Casablanca, Rives sud, 2003, p.201.

[1234] Voir à propos *l'Encyclopédie des Arts*, Tome XVI, Paris… « Islam ».

[1235] Une série extraordinaire de manuscrits et d'illustrations créés aux XVe et XVIe siècles en Iran Safavide et en Turquie ottomane : en effet, cette époque correspond au 10ème*siècle islamique*, où selon la tradition islamique -et byzantine- la fin du monde civilisé arriverait -ce qui explique la nature métaphysique des ces manuscrits. Le *Falnama*, le *Livre des Augures*, est l'exemple le plus frappant de l'art de l'illustration ; voir, à propos, BREND Barbara, *L'art islamique,* Harvard University Press, 1991 et SIMPSON Marianna, *op.cit.*, p.68. Selon M. Simpson, la manifestation de la virtuosité de ces réalisations atteignait son plus haut niveau dans Gabriel délivre Joseph aux puits, par Haft Owrang (« Sept trônes ») de Jâmi, Iran, Mechhed et Herat, 1556-1565, crée pour Ebrâhim Mirzâ, le gendre de Tahmâsp, gouverneur de Mechhed dans le Nord-est de l'Iran. Voir à cet égard l'exposition « Arabesques et jardins de paradis: collections françaises d'art islamique», au Musée du Louvre, Paris, 16 octobre 1989-15 janvier 1990 et plus récemment, « Falnama ; the book of Omens », qui a eu lieu à l'Institut Smithsonian à Washington, 24 octobre 2009- 24 janvier 2010. Voir un aperçu de cette exposition dans l'article du MELIKIAN Souran, « The Beginnings of Divination », *The New York Times*, 20 novembre 2009.

de la représentation dans l'Islam[1236]. Il est d'ailleurs intéressant de noter que les sujets de ces illustrations comprennent également des caricatures de nature religieuse[1237]. Sur ce dernier point, nous pouvons notamment souligner que ces œuvres iconographiques n'excluent pas les représentations du Prophète[1238]. Il convient également de remarquer que la représentation de « Mahomet en Enfer », qui se trouvait à la Basilique de Saint Petronio à Bologne lorsqu'elle a subi des attaques des islamistes fanatiques en 2008, avait été réalisée par Giovanni da Modena en 1415. Il convient également de rappeler que les vieilles traditions architecturales de l'Antiquité, écartées à Constantinople, ont survécu jusqu'au VIIIe siècle en Mésopotamie, pour être reprises dans un milieu musulman au XIIe siècle, sous la dynastie des Ortokides[1239].

En ce qui concerne la musique, la poésie et la littérature, celles-ci semblent également s'être développées sous l'influence de la tradition islamique, notamment pendant l'« Age d'or » de l'Islam (entre le IXe et XIIe siècles). Par ailleurs, de nombreuses formes de pratique artistique sont inspirées par le Coran[1240]. Pour la musique en particulier, nous pouvons mentionner la tradition de récitation mélodique du Coran

---

[1236] Une approche littéraire à l'univers des arts du livre nous est transmise par l'écrivain Oran Pamuk, qui situa ses caractères, illustrateurs pour la plupart, dans l'Empire ottoman fin du XVIème siècle ; PAMUK Orhan, *Mon nom est rouge [Benim adim kirmizi],* 1999, Paris, Gallimard, 2001.

[1237] Une vaste gamme de sujets seraient représentés, inspirés de la guerre, des conquêtes, de l'amour. Par exemple : la « descente d'Escandar et son Cavalerie de Fer », de Chahnâmé de Ferdowsi, Afghanistan, Herat, 1330-1340 ; « Humây à la porte du château d'Humâyan », de Divân de Khwâju Kermani, Iraq, Bagdad 1396 ; « Yosof fuyant Zoleykha » de Bustân de Sa'di, Afghanistan, Herat, 1430. Un nombre d'autres manuscrits sont en provenance de l'Empire islamique, comme du site de Nishapur en Iran oriental, du royaume nasride de Grenade (Espagne, XIVe siècle), de l'Égypte ou de l'Inde. Voir l'excellente exposition d'œuvres d'art islamique de la Galerie « Freer and Arthur Sackler Gallery », de l'Institut Smithsonian, à Washington, dont une partie est mise en ligne sur : http://www.asia.si.edu/exhibitions/online/, consulté le 10 novembre 2010.

[1238] Comme par exemple l'illustration du « Mohamed coupant la lune », d'un artiste inconnu dans la Turquie ottomane du 16ème siècle (Falnameh ; *Le livre des Augures*). Nous pourrions également citer d'autres illustrations de nature religieuse qui ont été trouvées, par exemple *Le prophète Mohammed, monté sur Burâq (et conduit par l'Archange Gabriel devant l'ange aux soixante dix têtes, puis devant les prophètes Yahya et Zacharia*), crée par Méraj-nâmé de Mir Heydar, Afghanistan, Herat, 1436. Cette illustation renvoie en effet directement à la *Sourate 17* du Coran, d'après laquelle une nuit, Mahomet fut réveillé par l'ange Gabriel afin d'être transporté à la Mecque, en traversant les Sept Cieux (le *Burâq* – mot arabe qui signifie à la fois «jeteur d'airs», «blancheur éclatante » et « éclair »- est un animal fabuleux de la tradition islamique envoyé par *Allah*).

[1239] MANGO Cyril, « L'attitude des byzantins à l'égard des antiquités greco-romains » *in* GUILLOU André et DURAND Jannic (dir.), *Byzance et les images,* Paris, La Documantation française, 1994, p.116.

[1240] Voir TOORAWA Shawkat, « Modern Arabic Literature and the Qur'an: Creativity, Inimitability… Incompatibilities? » *in* ABRAMSON Glenda, KILPATRICK Hilary, *Religious perspectives in modern Muslim…*, *op.cit.*, pp.239-257.

(tajwid), souvent considérée comme curative[1241]. De même, on notera la transcription musicale de nombreux poèmes religieux[1242] et les talents musicaux développés par de nombreux chefs religieux musulmans, ou le fait qu'ils s'entourent de musiciens[1243].

c. Art et spiritualité dans la tradition asiatique

Les arts ont fleuri en Asie en parallèle avec l'expansion du bouddhisme[1244]. Les premières statues et représentations qui apparaissent en Asie sont des statues et des représentations de divinités protectrices. Une partie de la production artistique relève de l'architecture et en particulier des sanctuaires rupestres. Aux -IIIe et -IIe siècles, entre 300 et 325 notamment, la domination du bouddhisme sur l'art est évidente, ce qui se manifeste notamment par les nombreuses statues de divinités, les grands *stûpas* bouddhiques, qui sont alors bâtis[1245]. Des sanctuaires rupestres continuent d'être aménagés, les statuaires continuent de chercher des solutions pour représenter Dieu (troisième œil frontal pour Shiva, conque ou disque pour Vishnu, Brahma...). Vers 500, le brahmanisme prend le relais dans les art plastiques (la peinture réapparaît dans les grottes des moines, sous les Satavahana[1246]) et seuls les arts du récit vont se prolonger en regard de la tradition bouddhique.

Au cours du XVe siècle, une pensée mystique se développe autour Vishnu et ses deux incarnations les plus populaires : Rhama et Krishna. La musique est enrichie dans ses gammes musicales par des poèmes. La peinture, notamment la miniatures indiennes, résistent bien aux invasions islamiques et continuent de représenter un univers culturel et spirituel propre. L'hindouisme domine tous les aspects de l'art, même à

[1241] Le célèbre théologien musulman Al-Ghazali (1058-1011), évoque dans son livre Ihya Ulum al-Din l'impact positif de l'écoute de la musique pour l'âme et le corps humain, ainsi qu'à la contribution que peut avoir la musique sur l'approche de Dieu, cité par MAVROMATTIS Giorgos, « Islam, musique et thérapie », [«Ισλάμ, μουσική και ίαση »], *Kathimerini,* 1 février 2004, pp.12-13, également disponible sur le site du Centre d'Etudes sur les Groupes Minoritaires en Grèce(KEMO), http://www.kemo.gr/index.php?sec=thematics&cat=9, consulté le 1 novembre 2010.

[1242] *Ibidem.*

[1243] *Ibidem.*

[1244] Voir généralement COOMARASWAMY Ananda, *Les symboles fondamentaux de l'art bouddhiste,* Milano, Archè, 2005.

[1245] *Ibidem*, p.15.

[1246] *Ibidem*, p.20.

l'épreuve des influences étrangères[1247] ; en effet, jusqu'à l'arrivée des Européens, il n'était pas question d'art hindouiste non religieux.

B. L'impact restrictif : l'interdiction de la représentation du céleste dans les trois grandes religions monothéistes

Nous allons identifier dans un premier temps aux sources théologiques de l'interdiction de la représentation du céleste dans les trois grandes religions monothéistes, en se référant dans un deuxième temps aux effets de l'interdiction de la représentation.

1. Des sources théologiques pour l'interdiction des arts ?

Une conception généralisée de l'interdiction des représentations du divin du fait des religions, qui ne tiendrait pas compte du contexte historique – ni des « fondamentalismes » religieux de toutes sortes qui le traversent – ne peut être valide. Les arts, dans les différentes traditions, se sont développés dans un certain contexte culturel, qui n'exclut certainement pas le facteur religieux. Mais une certaine confusion a toujours existé entre l'interdiction *de l'idolâtrie*, en tant que conséquence naturelle de la vénération exclusive d'un seul Dieu, et l'interdiction *des arts en général*[1248].

Pour le christianisme et le judaïsme, l'interdiction de l'idolâtrie puise ses sources dans la Bible et en particulier dans le deuxième commandement qui dit : « *Tu ne te feras point d'image taillée, ni de représentation quelconque des choses qui sont en ciel, ni en terre* »[1249]. Ou bien : « *Tu ne te corrompras pas en créant une statue représentant l'image de la figure humaine, en particulier aucune image d'un homme ou d'une femme ou l'image d'un animal vivant sur terre* »[1250]. Des préceptes similaires existent aussi dans la *Mishna* (tradition juive orale) et son interprétation par les *Talmud.* David le prophète, par exemple, a dit : « *Que tous ceux qui rendent culte aux statues soient*

[1247] *Ibidem*, p.48.

[1248] « Art/ Aesthetics » *in* AUFFARTH Cristoph et al.(éd), *The Brill dictionnary of religions*, *op.cit.*, p.130-131.

[1249] *Exodus,* versets 20:2 et *Deuteronomio,* versets 5:8.

[1250] *Deuteronomio*, versets 4:16-18, précités.

honteux » ; « *Quand il dit à son père et à son peuple : Que sont ces statues auxquelles vous vous attachez ? Ils dirent : Nous avons trouvé nos ancêtres les adorant. Il dit : Certainement, vous avez été, vous et vos ancêtres, dans un égarement évident* »[1251]. La confusion existe en effet déjà sur le plan des dogmes religieux mêmes : M. Aldeeb Abu-Sahlieh rapporte ainsi que les opinions de la doctrine sont divisées sur le point de savoir si ce commandement signifie l'interdiction absolue de la représentation, ou l'interdiction de l'idolâtrie seule[1252] et qu'il existe des positions fanatiques : le rabbin Samson Raphael Hirch, par exemple, fondateur du « judaïsme orthodoxe », semble avoir conseillé les adeptes comme suit : « *Partout et chaque fois que vous les verrez, vous devriez détruire tous les signes de l'idolâtrie* »[1253].

Le Coran pour sa part ne contient pas d'interdiction explicite de l'idolâtrie. Toutefois, l'interdiction de la pratique des arts pourrait éventuellement être déduite des *hadîth ;* par exemple, Ibn Abbas parle d'une interdiction de la pratique du luth et du tambour, à côté d'une certaine interdiction « des jeux et du vin »[1254], alors que d'autres disciples du Prophète évoquent une certaine interdiction du chant[1255]. Or, aucune conclusion générale ne doit être tirée, étant donnée la tradition artistique importante qui s'est développée depuis les tout débuts de l'Islam[1256]. Par ailleurs, comme le remarque Silvia Naef, il est difficile d'imaginer que le Coran ait pu interdire un certain « culte des images », puisque, selon toute vraisemblance, il n'existait pas – ou presque – dans le monde arabe[1257]. Nous pourrions donc plutôt suggérer que des approches diverses sont observables, tantôt en fonction de la pénétration de la religion

---

[1251] *Sourate* 21(versets 52-54).

[1252] *Ibidem.*

[1253] ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami Awad, *Religion et droit…*, *op.cit*., p.237 et s.

[1254] Selon Ibn 'Abbas : « *Mon Seigneur m'a interdit le vin, le jeu, le luth et le tambour. Tout toxique est interdit* », cité par EL ASRI Farid, « L'expression musicale de musulmans européens; Création de sonorités et normativité religieuse », *REMI*, n°2, Vol. 25, 2009, pp.35-50.

[1255] Voir aussi d'autres *hadîths,* cités par EL ASRI Farid (*idem*)*:* selon Abû Umâma : « *Nul n'élève la voix pour chanter sans que Dieu lui envoie deux diables sur l'épaule qui frappent du talon sur sa poitrine jusqu'à ce qu'il ait fini* ». Et selon Ibn Mas'ûd : « *Chanter fait croître l'hypocrisie dans le cœur comme l'eau fait pousser les plantes* ». Selon Umar Ibn al-Khattâb : « *Je vous interdis seulement deux sons stupides et pernicieux : la musique de vain amusement avec ses flûtes du diable et les sons de désespoir où l'on se griffe le visage, se déchire les habits et pousse des gémissements diaboliques* ». Toujours selon Abû Umâma: « *Dieu a rendu les esclaves chanteuses illicites pour vous, ainsi que leur vente, leur achat et leur entraînement* ». Voir, NAEF Silvia, *Y-a-t-il une « question d'image » en Islam ?,* 2004, p.15.

[1256] Voir *supra,* pp.1213-1225.

[1257] NAEF Silvia, *Y-a-t-il une « question d'image » en Islam ?,* Paris, Téraèdre, 2004, p.15, notant aussi que le Coran ne contient qu'une référence à l'*image*, dans un autre contexte.

dans la loi, tantôt en fonction de l'interprétation de la religion par les chefs religieux de chaque époque[1258].

2. Les effets de l'interdiction de la représentation

Les effets de l'interdiction de la représentation du divin et les interdictions de la pratique des arts de toutes formes ont été, indépendamment des contextes et des religions, catastrophiques. Il nous semble ici important de chercher à voir dans quelle mesure les « interdits » religieux sont touchés, non pas les arts en général, mais par les formes d'art qui sont par essence humoristiques.

a. Les effets de l'interdiction de la représentations dans les trois religions monothéistes

Le christianisme ne semble pas échapper la règle de la violence à l'égard des idoles, ainsi que de l'interdiction de la représentation du céleste dans certains moments de son histoire[1259]. Cela est arrivé tardivement; sous l'empire Byzantin notamment et jusqu'à la Renaissance[1260].

i. Le cas de l'orthodoxie; l'iconoclasme sous l'Empire byzantin

L'iconoclastie a été la doctrine officielle de l'Empire byzantin[1261] pendant plus d'un siècle. Au nom de celle-ci, des monuments d'adoration antérieure ont été détruits, alors qu'il existait une confusion énorme à propos de son « champ d'application » ; il n'était pas alors possible de préciser à l'époque si celle ci comprenait une interdiction générale de la représentation ou l'interdiction de la vénération des images et des sculptures seule (idolâtrie)[1262].

[1258] Nous pouvons toujours distinguer en l'Islam deux courants : d'un côté les « traditionnistes » du texte prophétique, et d'un autre côté les « finalistes », qui prônent une approche à partir ses finalités. Par exemple, les Sunnites interdisent toute représentation, alors que quelques Shiites acceptent des représentations du prophète Ali (non de Mahomet). SALOOM Rachel, « You dropped a bomb on me, Danemark…, *op.cit,* note 47, p.16 ; EL ASRI Farid, « L'expression musicale de musulmans européens…», *op.cit.*, pp.35-50.

[1259] De telles situations sont, à nos yeux, davantage atroces, non seulement en raison du fanatisme religieux qui y est sous-jacent, mais aussi, *a fortiori*, parce que la religion est censée être un pouvoir spirituel et donc, dans une certaine mesure et par définition, une force de tolérance.

[1260] Selon les historiens d'art, il n'y pas de base historique solide à ce que le christianisme a été hostile à l'image et aux religions païens dans les premières années ; voir HASTINGS James(éd), *Encyclopedia of Religion…*, *op.cit.,* p.845.

[1261] Il faudrait tenir à l'esprit que Byzance, s'étend suur deux périodes distinctes, une, la Basse Antiquité, et une autre, le Moyen –Age.

[1262] Ceci fut d'ailleurs un des points de juxtaposition entre les Églises de l'Est (Église orthodoxe) et de l'Ouest (Église catholique) - bien avant le schisme de 1034. Voir généralement: KARAYIANNOPOULOS Ioannis, *Histoire de l'État byzantin* [Ιστορία βυζαντινού κράτους], Thessalonique, Vanias, 1993 et en droit MPOURDARA Calliope, *Iconoclasme et Droit; une*

Il serait donc naïf de supposer que l'admiration pour l'Antiquité, née en Europe (plus particulièrement en Allemagne) au XVIIIe siècle, ait été partagée par les Byzantins, parce qu'ils étaient grecs[1263]. « *Évidemment les Byzantins appréciaient les reliefs antiques, puisqu'ils prirent soin de les ressembler et de les exposer dans des endroits prestigieux. Ce faisant, ils observaient une certaine symétrie […] Ils les interprétaient à leur manière, […] ils y voyaient des prophéties, des histoires des derniers jours, des portraits des saints, des allusions aux exploits des empereurs* »[1264].

Or, surtout à partir du VIe siècle il y a eu destruction d'idoles partout dans l'empire byzantin[1265]: on y trouve déjà par exemple à Éphèse une inscription sur une base de marbre (datée du Ve siècle) avec l'épigramme d'un magistrat qui ordonnait la destruction d'une statue d'Artémis, pour ériger à sa place une croix[1266], ou bien, un autre témoignage (fin du VIe siècle) à propos de la destruction d'un mosaïque de l'impure Aphrodite et son remplacement par un portrait du patriarche au même endroit, à la suite de la transformation de la maison où il se trouvait en chapelle[1267]. De même, les ruines antiques ont été transformées en églises byzantines : un bon exemple était Athènes, qui ne garde rien de son ancien gloire, le Parthénon même étant transformé en Église de Sainte Vierge[1268]. En revanche, seuls les objets antiques ou paléochrétiens précieux (vasques de porphyre, colonnes d'onyx, grands plats en argent), semblent à échapper, trouvant leur place dans leur palais impérial[1269], tout comme l'architecture qui poursuit la tradition de l'Antiquité[1270].

L'iconoclastie d'ailleurs, en tant que politique officielle de l'empire a été initiée par les empereurs. Plus spécifiquement, la première vague iconoclaste a été initiée par les empereurs Léon III l'Isaure et Constantin[1271]. Léon commença en 725 (VIIIe siècle)

---

lecture juridique des écrits saints [Εικονομαχία και δίκαιο: Νομική θεώρηση των αγιολογικών κειμένων], Athènes, Sakkoulas.

[1263] MANGO Cyril, « L'attitude des byzantins à l'égard des antiquités greco-romains , *op.cit.*, p.98.

[1264] *Ibidem,* p.109.

[1265] *Ibidem,* p.100.

[1266] *Ibidem,* p.99.

[1267] *Ibidem,* pp.99-100.

[1268] *Ibidem,* p.104.

[1269] *Ibidem,* p.110.

[1270] *Ibidem,* pp.116-117.

[1271] La vague iconoclaste ne s'arrête en effet qu'en 787 (lors du deuxième Conseil de Nicée, où

par brûlant symboliquement l'image protectrice de Constantinople située sur le porté cuivré du palais impérial [*Χαλκή Πύλη*] et en convoquant un concile interdisant l'iconographie[1272]. Constantin V, de son côté, dans les pendant les dix ans de son règne, a continué de façon d'autant plus radicale sur cette lancée, détruisant de grandes œuvres d'iconographie[1273] avec l'appui de quelques évêques et de la hiérarchie suprême du palais[1274].

L'Église, de son côté, a tenu une position nuancée[1275], alors que seule celle des moines, était sans doute favorable aux images[1276].Ceci n'empêchait pas pour autant certains évêques de considérer comme « idolâtre » toute production artistique non conforme aux préceptes chrétiens, notamment les œuvres et les monuments de l'Antiquité. Même le Parthénon n'a pas échappé à cette rage : selon les archéologues, aux Ve et VIe siècles, « *toutes les métopes [...]du côté nord et ouest ont subi de fendage dure. Toutes les têtes des ornements ont été impétueusement amenuisés ; sauf la 3me métope du côté nord, qui était censée représenter une scène de l'Annonciation de la Sainte Vierge* »[1277].

---

l'Impératrice Irène l'Athénienne proclame la légitimité du culte des images. Elle a repris pourtant, de façon un peu moins hostile, en 813 sous le règne de Léon V, ainsi que de Michael II(820) et de son fils Théophile(829). Voir KARAYIANNOPOULOS Ioannis, *Histoire de l'État byzantin, op.cit.*

[1272] Plusieurs interprétations ont été données au sujet de l'iconoclasme de Léon, dont la plus pertinente serait à notre avis sa démarche de consolider son pouvoir et sa volonté de ne pas provoquer les ennemis arabo-musulmans qui ne supportaient pas les représentations idolâtriques. Voir KAEGI Walter, « The Byzantine Armies and Iconoclasm », *Byzantinoslavica*, n°27,1966, p. 48-70 et TSINIKOPOULOS Dimitris, *Iconoclastes et leximaches*, Athènes, University Studio Press, 2001.

[1273] Parmi lesquels par exemple la fresque des six conciles œcuméniques, qu'il a remplacé par une autre, représentant des jeux d'hippodrome.

[1274] Constantin en effet était particulièrement hostile aux images; ce qui ne l'empêchait pas pourtant de faire imprimer son propre visage sur la monnaie courante de l'époque. Voir TSINIKOPOULOS Dimitris*, Iconoclastes et leximaches*, *op.cit*.

[1275] Certains archevêques et évêques, rallies avec les empereurs, étaient hostiles aux images alors que d'autres non, car ils les considéraient un moyen pertinent de la promulgation de la foi. D'ailleurs, certains papes étaient favorables aux icones : Grégoire II par exemple, lors d'un concile qui a eu lieu en 727, aurait condamné l'iconoclasme, et excommunié Léon. Voir KAEGI Walter, « The Byzantine Armies …», *op.cit.*

[1276] Les moines notamment, eux même étant les pratiquants principaux de l'iconographie et de la mosaïque, étaient ceux qui étaient le plus frappés: pendant la première vague iconoclaste, plusieurs d'entre eux, notamment en provenance de l'Asie mineure, ont été chassés, soumis à la torture, puis fuis à l'étranger, amenant avec eux des nombreux icones. Voir par exemple BERTELLI Carlo, « Pour une évaluation positive de la crise iconoclaste byzantine », *Revue de l'art*, Vol.80, n°1, Paris, CNRS, 1988, pp.9-16. Aussi, MENOZZI Danièle, *Les images ; les églises et les arts visuels*, Paris, Éditions du Cerf, 1991, pp.73-77.

[1277] KORRES Manolis (entretien avec le réalisateur Costas GAVRAS), « Πελεκούσαν τα πρόσωπα στις μετόπες», *Eleutherotypia*, Athènes, 31 juillet 2009. Le réalisateur aurait fait une recherche sur la destruction du Parthénon commis par les chrétiens le 5ème et 6ème siècle pour la réalisation d'un film court-métrage pour le vernissage du nouveau musée d'Acropole, Athènes, 2009. Effectivement le film a provoqué un grand scandale(qui aboutit à sa censure) lors de sa première présentation : voir « Διαμαρτυρία από πλευράς Κώστα Γαβρά για τη λογοκρισία στην ταινία του », *Kathimerini*, 27

ii. Le cas de l'Église catholique pendant le Moyen Age et la Renaissance

Dans le cas de l'Église catholique, les règles concernant la représentation picturale ont été institutionnalisées pour la première fois lors du Concile de Trente, au XVIe siècle[1278]. Le Concile de Trente en effet, au cours de sa XXVe session convoquée sous Pie IV, s'est entièrement penché sur le rôle des arts, essayant de réguler l'iconographie en plein éblouissement de l'art de la Renaissance italienne.

Portant sur « *l'invocation, la vénération des saints, leurs reliques et les saintes images* », ce dernier insiste sur le fait que l'art religieux devrait être le« servant de l'Église »[1279]. Le Saint Concile rappelle alors l'obligation de « diligence fidèle » lors de l'invocation des saints, alors qu'il précise aussi que « *les images de Christ, de la Mère de Dieu sainte et des autres saintes doivent être faits et retenues particulièrement dans les temples* » et que « *l'honneur qui leur est dû se réfère aux prototypes que ces images représentent* ». En ajoutant que « *par la peinture et les autres représentations les gens sont instruits* », il remarque : « *si une de (ces images) enseigne ou cultive des sentiments contraires à ceux-ci, qu'il reçoive l'anathème* ». Enfin, le Concile condamna l'idolâtrie : « *il arrive que les faits narratifs des Écrits sacrés soient dessinés et représentés* », alors que « *les gens devraient comprendre que cette représentation des couleurs et des figures n'est pas la divinité* »[1280].

Les effets de cette « politique culturelle » de l'Église catholique ont été désastreux pour les Arts et les Lettres et notamment vis-à-vis de la destruction de l'héritage culturel et de l'absence de formation et d'éducation artistique[1281]. M. Voudaïskis

---

juillet 2009.

[1278] Le Concile de Trente a duré en total dix huit ans, (du 1545 à 1563) et consistait à la réponse « officielle » de l'Église catholique aux nouveaux- émergés courants spirituels Tels que le nominalisme par exemple (qui avait émergé depuis le 16ème siècle), d'après qui l'expérience humaine serait incapable de capter toute la connaissance des causes des choses ; et la réforme protestante, inspirée par Martin Luther (1483-1546). Voir notamment HEDLEY-BROOKE John, *Science and Religion ; some Historical Perspectives*, Cambridge University Press, 1991 et OLSON Richard, *Science and religion, 1450-1900: from Copernicus to Darwin*, Johns Hopkins University Press, 2006, p.7 et s.

[1279] MERRYMAN John Henry et ELSEN Albert, « La liberté artistique et ses limites» in *Law, ethics and the visual arts*, Vol. I, University of Pensylvania Press, 1987, p. 248.

[1280] WATERWORTH James, *The canons and decrees of the sacred and oecumenical Council of Trent,* Londres, Dolman 1848, p.232-289, mis en ligne en 1995 par le projet *Hannover des Textes historiques*, disponible sur history.hanover.edu, consulté le 1 octobre 2010.

[1281] Comme par ailleurs pour les sciences et la philosophie ; voir WHITE Andrew Dickson, *History of the Warfare of Science with Theology in Christenodm*, 1896, New York, Prometheus, 1993 et

considère à cet égard que « *la plupart des monuments artistiques du christianisme ont été construits par des cardinaux en tant que preuve de pouvoir et de supériorité, à l'aide du labeur sanglante et l'exploitation des masses*[…]*et pendant qu'ils construisaient leurs monuments et promouvaient les arts selon leur propre philosophie, ils détruisaient impitoyablement les magnifiques bâtiments des idolâtres*[1282][…] ». D'après Voudaïskis,« *au XIXe siècle il existait un grand nombre de colonnes magnifiquement illustrées, alors que des sarcophages étaient utilisés comme pots pour le lavage et des bacs pour l'alimentation des porcs* »[1283]. La raison de cette barbarie, selon l'auteur, serait entre autres l'absence de formation et de culture ainsi que l'analphabétisme accru, puisque ni le peuple ni les aristocrates n'avaient de formation et que même « *certaines papes pendant le IXe et le Xe siècle étaient complètement analphabètes, il est dit par ailleurs que certains d'entre eux, comme par exemple Grégoire le Xe, mettaient le feu dans les bibliothèques et brûlaient les livres* »[1284].

Au cours de la Renaissance la situation n'a pas radicalement évoluée : des nombreux « artistes rebelles » outrageaient l'Église et étaient régulièrement amenés devant les tribunaux [1285], alors que des nombreuses œuvres étaient considérées comme choquantes[1286]. Ni les artistes les plus talentueux ni les plus renommés ne faisaient exception à cette règle : on peut en prendre pour preuve les menaces de Paul IV de détruire le fresque entière du « Jugement dernier » dans la Chapelle Sixtine, du fait

---

OLSON, *Science and Religion*, *op.cit.*, p.8-12. Le cas du procès de Galileo dans la Sainte Inquisition en tant que repère historique est par exemple le cas le plus connu de restriction de la liberté d'expression. En effet, en 1633 Galiléo fut amené devant la Sainte Inquisition pour suspicion d'hérésie, du fait de son support pour Copernic et sa théorie sur l'astronomie héliocentrique, développée dans *Dialogue concernant les deux systèmes mondiaux* (Florence, 1632) et en particulier sa rupture avec la théorie terro-centrique d'Aristote qui considérait la terre comme une sphère amovible et son opposition à l'explication du monde à partir des livres saints.

[1282] VOUDAISKIS Vasileios, *Le droit de la liberté d'expression et les médias, une approche historico-sociologique [«Το δικαίωμα της ελευθερίας της έκφρασης και τα μέσα μαζικής επικοινωνίας, ιστορικο-κοινωνιολογική προσέγγιση »],* Athènes, Papazisis, 2003, p.69.

[1283] ROST H., *Die Katholische Kirche, die Fuhrerin der Menschheit*, cité par VOUDAISKIS, *Le droit de la liberté d'expression…, op.cit.,* p.68.

[1284] VOUDAISKIS Vasileios, *Le droit de la liberté d'expression…,op.cit.*, p.70

[1285] Le cas le plus flagrant serait peut être Michelangelo da Caravaggio (*Le Caravage)* qui arriva à outrager l'église catholique par son caractère violent et sa sexualité scandaleuse, mais aussi par le réalisme « brutal » de son œuvre ; LONGHI Roberto, *Le Caravage*, Paris, Regard, 2004 (reéd.).

[1286] Nous pourrions citer à titre indicatif, la représentation du thème de Saint Sébastien par un nombre de peintres (Mantegna; les Van Dyck ; El Greco) pour sa nudité et le symbolisme intense ; le « Chris mort » , de Holbein, pour la représentation cruelle du Christ ; le Pape Innocent X de Velasquez pour le choix de l'expression du Pape; voir pour un répertoire de cas similaires CLAUDE Jean-Cristophe, *Les grands scandales de l'Histoire de l'Art ; Cinq siècles de ruptures, de censures et de chefs d'œuvre,* Paris, Beaux Arts, 2008.

des nus « indécents » de Michel Ange[1287], ou la « Cène » (ou« Repas chez Lévi ») de Véronèse qui donna lieu à un procès fameux auprès de la Sainte Inquisition[1288].

En outre, l'un des effets du décret de Trente sur la littérature fut la création par le Pape Paul IV du premier« *Index des livres interdits* »en 1559. L'Index, qui fut sauvegardé jusqu'en 1966, contenait une liste des écrivains, philosophes, poètes et scientifiques importants (comme Rabelais, Grotius, Marot, Milton, La Fontaine, Defoe, Madame de Staël, Lamartine, Heine, Stendhal, Balzac, Hugo, Flaubert, Baudelaire, Alexandre Dumas, Zola, Anatole France, Kazantzakis). Ce qui nous amène a suivre le professeur Jésus de Bujanda quand il note que *« l'esprit de l'Index a supplanté pendant longtemps le programme de tolérance, de pluralisme et de liberté*

[1287] Michel Ange, l'artiste peut être le plus renommé du Haut Moyen Âge et dans l'histoire de l'Art, avait un tempérament turbulent qui l'a amené plusieurs fois aux frottements avec l'Église catholique. En 1505, il était censé créer la tombe du Pape Julius II qui comprendrait 40 sculptures de taille naturelle. L'artiste fut enthousiaste, non seulement parce que le monument pontifical était à l'époque la renommée ultime pour un sculpteur mais aussi parce que toujours se considérait-il sculpteur. Il passa beaucoup de temps pour concevoir l'œuvre grandiose et dépensa beaucoup d'argent et d'énergie pour choisir lui-même les meilleurs marbres de Carara et les amener à Rome. Lorsque le Pape l'année prochaine annula la commande, le sculpteur fut enragé ; après avoir tenté - à plusieurs reprises de se faire écouter par le Pape, il quitta la ville. Ce n'est que deux ans plus tard qu'il va retourner pour se convaincre de peintre l'intérieur de la Chapelle Sixtine; mais la nudité des figures fut à ce point considérée « immorale » que le Pape, après la mort de Michael Ange, commanda à son élève et fidèle ami Daniele da Volterra de les couvrir (d'où le surnom de ce dernier « il braggetone »), voir WALLACE William *Michelangelo: The Artist, the Man and his Times*, Cambridge University Press, 2009.

[1288] Voir JAUBERT Alain, *Un tableau en procès: Le repas chez Lévi, 1573, de Paolo Caliari dit Véronèse,* Paris, Montparnasse, 1988; GILLET Louis, *Histoire artistique des ordres mendiants : étude sur l'art religieux en Europe du XIIIe au XVIIe siècles*, Paris, Flammarion, 1939; MERRYMAN John-Henry et ELSEN Albert, *Law, ethics and the visual arts,op.cit.*, pp. 248- 251. En effet, le peintre Véronèse fut convoqué au Tribunal de la Sainte Inquisition Saint à Verona en juillet 1573 pour faire l'apologie de son œuvre « la Cène », réalisé juste dix ans après la fin du Concile de Trente. L'Inquisition a condamné Véronèse de changer son œuvre dans un délai de trois mois et, afin d'éviter les changements, le peintre a intitulé de nouveau le tableau « le Repas chez Lévi ». Citons des extraits de ce procès:
- Dans ce repas que vous avez peint[…], demande l'Inquisition, quelle est la signification de cet homme dont le nez saigne?
- J'avais l'intention de représenter un servant dont le nez saigne du fait d'un accident.
- Quelle est la signification de ces hommes armés habillés comme des allemands, chacun avec un hallebarde sous la main ?
- Ceci demande une vingtaine de mots !
-Allez y.
- Nous les peintres nous prenons la même licence que les poètes. Moi j'ai voulu représenter ces deux hommes en train de manger et de boire à côté de l'escalier. Ils sont placés là parce qu'il se peut qu'ils soient des servants, parce qu'il m'a semblé juste que le maître *de la maison, qui est d'après ce que j'ai entendu, grand et riche, devrait avoir de tels servants.*
- Et cet homme habillé comme un bouffon le perroquet au poing, pour quelle raison l'avez vous peint ?
- Pour ornement, comme c'est la coutume.
- Qui sont eux, à la table de notre Saigneur?
- C'est les douze apôtres.
- Qu'est-ce que le premier apôtre est en train de faire ?
- Il est en train de découper l'agneau pour le passer à l'autre bout de la table.
- Et l'apôtre à côté ?
- Il tient l'assiette afin de recevoir ce que le premier apôtre va lui servir.
- Dites nous ce que l'apôtre à côté de lui est en train de faire.
- Il tient un cure-dents et nettoie ses dents. […]

culturelle et religieuse des humanistes du XVIe siècle et des auteurs de l'époque des Lumières »[1289].

Seule remarque de consolation, serait les solutions *in casu* parfois envisageables *:* « *il m'est arrivé* », dit Leonardo da Vinci dans le *Paragone*, « *de peindre un tableau religieux qui fut acheté par quelqu'un qui l'aimait si fort qu'il aurait voulu qu'on fît disparaître tout le décor sacré pour pouvoir l'embrasser sans remords* »[1290].

iii. Le cas du judaïsme

L'art hébreu a évolué dans un esprit moins libéral que le christianisme, certaines interprétations de la loi mosaïque n'admettant aucune dérogation à la règle de la non-représentation du divin[1291]. En effet, les énoncés de la religion ont eu un impact notable sur l'art juif. Comme le remarque Darmon Adrian, l'art juif nous renvoie directement à la Bible et aux histoires et légendes de l'Ancien Testament[1292] : « *Il existe en fait une sorte de lien ancestral avec la création au sein du peuple du Livre* », remarque-t-il. Ainsi, l'interdiction de la représentation, élément fondamental du judaïsme, a eu une influence profonde sur le cours historique de l'art juif, au point que certains auteurs plaident l'existence d'un certain « an-iconisme » juif [1293]. Afin de marquer la différence avec le christianisme, l'argument pourrait être le suivant : « *le*

[1289] BUJANDA Jesús Martínez de (dir.), *Index des livres interdits,* Sherbrooke-Genève, Université de Sherbrooke-Droz, 1996.

[1290] GOMBRICH Ernst, *L'art et l'illusion*, *op.cit.*, pp.82-83. Comme le remarque alors Gombrich, *« Léonardo savait que le désir de l'artiste de créer trouve ses limites inexorables dans la contrainte inerte de son moyen d'expression ».*

[1291] Voir *supra,* note 1253 et texte correspondant. Cependant, comme le remarque Abu Sahlieh les opinions de la doctrine sont divisées, sur le point de savoir si ce commandement signifie l'interdiction absolue de la représentation, ou l'interdiction de l'idolâtrie seule.

[1292] DARMON Adrian, *Autour de l'art juif: encyclopédie des peintres, photographes et sculpteurs*, Paris, Carnot, 2003.

[1293] Dans les arts visuels par exemple, seraient absents de la représentation les fleurs, les motifs décoratifs et les êtres humains. Voir analytiquement à propos de cette position, BLAND Kalman, *The Artless Jew : medieval and modern affirmations and denials of the visual*, Princeton, Princeton University Press, 2000. D'autres, y compris de artistes, auraient même affirmé avec une certaine envie dogmatique que « La nation juive, comme la tribu entière des Sémites, à laquelle elle appartient, n'a jamais eu beaucoup de dons, artistiques », reconnaissait le musicologue Eduard Krüger. « Mais cela ne veut pas dire que les Juifs ne sont pas capables de réussir de temps à autre, surtout quand ils ont longtemps vécu en contact étroit avec des peuples extrêmement doués qui jouissent d'une culture très développée», voir HOROWITZ Elliott « Le peuple de l'image : les juifs et l'art », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°3, 2001, p. 667.

paganisme voit son Dieu, le judaïsme l'entend »[1294].

Cet impact de la religion est visible dans les arts plastiques jusqu'à la modernité. Toutefois, cet impact n'entraînerait pas l'absence de l'art juif. Tout au contraire: il existe certes un art juif, comprenant tous les arts ; la musique, le théâtre, la peinture, l'iconographie, la décoration, et même l'iconographie sacrée et les représentations du *Temple*[1295]. En outre, un grand nombre d'artistes modernes expatriés aient été juifs, et notamment ceux ayant des liens avec l'avant garde russe : Modigliani, Soutine, Kisling, Pissarro, Chagall [1296]. Or, leur art était n'était pas toujours accepté sans contestation en *Israël* [1297]. De même, selon certains auteurs, la religion est la raison pour laquelle l'art en Israël est perçu, jusqu'à aujourd'hui, avec une certaine méfiance[1298].

iv.Le cas de l'Islam

Comme nous avons déjà pu remarqué, les arts suivent généralement les histoires des cultures et des États dans lesquels ils se développent. Ainsi, au sein de l'Islam c'est les arts du livre, de l'iconographie et de la musique qui se sont développés le plus, alors que les arts plastiques sont restés généralement marginalisés, au moins jusqu'en Xe[1299]. L'enseignement des arts était privilège des étudiants des écoles militaires[1300], et des enseignements individuels[1301] - réservé donc aux élites (tout comme en Europe

---

[1294] HOROWITZ Elliott, « Le peuple de l'image : les juifs et l'art », *op.cit*, p. 665-684.

[1295] SED-RAJNA Gambrielle, *L'art juif,* Paris, PUF, Coll.Que sais-je, 1985.

[1296] *Ibidem,* p.117-121.

[1297] Il est dit par exemple que le grand-père de Chagall avait refusé de donner sa main à son petit-fils lorsqu'il avait appris qu'il dessinait ; voir GOLDMANN Lucien, « La peinture du Chagall, réflexion d'un sociologue », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, Vol. 15, n°4, 1960, p. 667 – 683. Para ailleurs, l'inspiration et la pratique des arts peuvent ou ne peuvent pas être attachées aux racines et à la mémoire collectifs : elles devraient toujours être conjuguées avec les choix personnels, les conjonctures historiques ou les structures sociales. Une approche sociologique et politique de l'art israélien nous semble indispensable pour ne pas recourir à des conclusions rapides et stéréotypées. Si on prend l'exemple du Chagall, nous pourrions citer les remarques du sociologue Goldmann : il est certain qu'en décidant de devenir peintre, Chagall se singularisait déjà dans une certaine mesure et s'éloignait de son groupe social, le groupe juif de la petite ville et du village russes. Néanmoins, il n'a jamais rompu avec son milieu: pour avoir une opinion éloquente de sa peinture juive, il faudrait tenir compte des conditions familiales, de la personnalité du peintre de ses conditions sociales: au début du XXe siècle, les structures fondamentales de la société russe, et du groupe juif en particulier, étaient déjà très ébranlées. Cela s'est manifesté de manière évidente avec la Révolution du 1905. Or, Chagall a commencé à peindre vers 1906-1907.

[1298] DARMON Adrian, *Autour de l'art juif..., op.cit., p...* ; HOROWITZ Elliott « Le peuple de l'image : les juifs et l'art », *op.cit.*, p. 665.

[1299] Voir *infra*, notes 1302-1304.

[1300] NAEF Silvia, *Y-a-t-il une « question d'image » en Islam ?, op.cit.,* note 1257, p.76 et s.

[1301] *Ibidem,* p.77.

de l'époque), alors que l'islamisme *sarazin,* surtout à son apogée du VIIe au Xe, *« fut l'ennemi juré de la peinture encore plus que celui de la musique».* Comme le remarque M. Mazahéry, pendant la période où ce courant était dominant, « *nous ne trouvons la moindre trace de peinture, alors qu'avant son triomphe, à l'époque scythique, le domaine de la 'civilisation du chameau' avait était riche en promesses* »[1302], alors que d'autres auteurs notent également que les exemples de peinture en art islamique classique en Iran, en Irak, en Syrie et d'autres régions orientales restent fragmentés, et la sculpture est quasiment inexistante[1303].Seulement depuis le début du Xe et jusqu'à la fin du XIIIe nous assistons à une certaine évolution du « goût », qui se manifeste en même temps dans la littérature, l'architecture, la musique et la peinture[1304].

Toutefois, la culture islamique *classique* n'accepte toujours pas la peinture « moderne » de l'Europe : citons un petit extrait d'un dialogue génialement écrit par le romancier turc Orhan Pamuk dans son récit « *Mon nom est rouge* », qui illustre cette interdiction :

– […] Le roi Tahmasp, grand peintre lui-même et qui passa sa jeunesse dans l'école royale de peinture, quand il sentit approcher la mort, fit brutalement fermer ses classes et ses ateliers , bannit les peintres de Tabriz, dispersa ses ouvrages de la bibliothèque, poursuivi qu'il était par des crises de remords morbides. Pourquoi croient-ils tous qu'une peinture peut leur barrer les portes du paradis ?

– Vous le savez pourquoi ! C'est parce qu'ils se rappellent que notre Saint Prophète a dit que les peintres seront, au jour du Jugement, condamnés par Dieu de la façon la plus sévère.

– Pas les peintres, dit Monsieur l'Oncle, les sculpteurs d'idoles. C'est un dit compilé par Al-Buchârî.

– Au jour du Jugement, on demandera aux sculpteurs d'idoles, dis-je avec circonspection, d'insuffler la vie à leur créatures. Et comme aucune d'entre elles ne s'animera, ils seront frappés des tourments de l'Enfer. N'oublions pas que dans le Coran Vénérable, Dieu est qualifié de 'sculpteur'. Dieu crée, fait exister ce qui n'est

---

[1302] « La vie intellectuelle et artistique » *in* MAZAHERI Aly, *L'âge d'or de l'Islam ; quant Bagdad était la capitale de la moitié du monde* (Paris, Hachette, 1951), Casablanca, Rives sud, 2003, p.201 et s.

[1303] NAEF Silvia, *Y-a-t-il une « question d'image » en Islam ?, op.cit.,* note 1257, p.59.

[1304] MAZAHERI Aly, « La vie intellectuelle et artistique », *op.cit.,* p.171 et s.

pas, anime l'inanimé ; et nul ne saurait rivaliser avec lui. La prétention des peintres à reprendre ce qu'il a déjà réalisé ; à être des créateurs comme lui ; est le plus grand de tous les péchés »[1305].

b. Les effets de la réglementation religieuse des arts sur la satire et la caricature en particulier

Il semble que la parodie religieuse par le biais de la satire a été de plus en plus réglementé depuis l'intensification des « règles de conduite » dans le cas des religions monothéistes.

En effet, si la caricature, en tant que représentation graphique d'une personne intentionnellement défigurée, apparaît généralement assez tard dans l'histoire du dessin[1306], la *satire,* y compris à l'encontre des sujets religieux, est un art très ancien. Or, depuis l'apparition des religions monothéistes, et en particulier depuis l'avènement du blasphème[1307], les exemples de caricatures deviennent plus rares – mais plus par peur de châtiment que pour d'autres raisons[1308]. Comme nous l'avons fait dans la section précédente, nous allons procéder ici à l'étude de certains cas particuliers, d'autant plus que la période qui s'écoula entre l'Antiquité et le Moyen Âge fut une période de destruction si générale, que l'abîme qui sépare l'art ancien et l'art nouveau a été extrêmement profond[1309].

i. Le cas des religions païennes

Il semble que la satire des dieux n'ait pas été inconnue de la Grèce antique, de l'Égypte des pharaons ni de Rome avant l'expansion du christianisme.

[1305] PAMUK Orhan, *Mon nom est rouge [Benim adim kirmizi], op.cit.,*p.290. Voir à cet égard aussi PLATE Brent, *Blasphemy ; art that offends,* Londres, Blackdog, 2006, p.66 et s.

[1306] Geipel rapporte que les « crédits » pour les premières caricatures -au sens contemporain du terme- devraient être attribués aux frères Caracci, Agostino et Annibale, qui ont vécu à Bologne à la fin du XVIe – début du XVIIe, en parti influencé de leur « collègue » dessinateur Giovanni Battista de la Porta, qui a écrit le livre « A propos de la physionomie humaine ». Annibale en effet a été le premier qui a donné le nom « caricature » aux dessins burlesques, du verbe « caricare », qui signifie littéralement de « surcharger », et donc, d' « exagérer » *in* GEIPEL John, *A short history of of graphic comedy and satire*, Newton Abbot, David and Charles, 1972, pp.1-2, 47-48 et 56 et s.

[1307] Voir *supra,* à propos du blasphème, notes 527- 568.

[1308] Il ne serait être un hasard que pendant le Moyen-Âge les plus grand satiristes sont membres du clergé, voir *infra,* cette section, note 1323.

[1309] WRIGHT Thomas, *Histoire de la caricature et du grotesque dans la littérature et dans l'art,* Paris, Delahays, 1875, p.45.

L'antiquité grecque, en effet, a donné le paradigme le plus flagrant de l'épanouissement de l'art de la satire . Nous avons déjà pu mentionner que le drame satirique, qui connaît son origine dans le Dithyrambe, était lié au culte de Bacchus[1310], alors que le pièces d'Aristophane, comédien d'une liberté d'allure frappante, étaient « *burlesques et licencieuses jusqu'à l'extravagance* », comprenant des insultes personnelles et un bon nombre de références satiriques au comportement du panthéon grec[1311]. Les vases et autres ornements caractéristiques de l'Antiquité grecque étaient d'ailleurs souvent décorés de représentations parodiant les dieux[1312] . L'une des caricatures les plus remarquables que l'on connaisse en la matière est sans doute gravée sur un « oxybaphon » [οξύβαφον], vase d'utilisation domestique, qui comportait des décorations parodiques de l'un des épisodes les plus connus de la mythologie grecque : l'arrivée d'Apollon à Delphes. Le dieu Apollon hyperboréen lui-même y apparaît sous la forme d'un charlatan, avec des bagages à la main et un bonnet scythien ; Chiron est quant à lui représenté comme souffrant de vieillesse ; le Centaure portent un masque d'acteur comique ; enfin, les nymphes sont déguisées de façon grotesque[1313].

En effet, au cours de cette période, la religion n'est aucunement exclue de la parodie : « *On est surpris de voir avec quelle hardiesse les Grecs parodiaient et ridiculisaient des sujets sacrés : c'est ce que l'apologiste chrétien Arnobe reprochait à ses adversaires païens dans ses écrits contre eux. Des lois, disait-il, avaient été faites pout protéger la réputation des hommes contre la calomnie et la diffamation ; mais semblable protection n'existait pas pour la réputation des dieux qui étaient traités avec le manque de respect le plus flagrant. C'était le cas notamment pour les dessins et les peintures* »[1314]. Les vases et autres ornements de l'Antiquité grecque sont donc souvent décorés de représentations qui consistent en des parodies du panthéon[1315].

[1310] M.Wright nous rapporte que lorsque les spectateurs n'étaient pas contents d'une représentation, ils exprimaient leur mécontentement par les mots « *qu'est ce que ce la a à faire avec Bacchus ?* », WRIGHT Thomas, *Histoire de la caricature, op.cit*, p.11.

[1311] *Ibidem,* p.12.

[1312] La représentation d'un vase où l'on voit Jupiter et Mercure amoureux par exemple, devant la fenêtre d'une fille en train de monter sur une échelle afin de lui exprimer leur amour ; un tableau représentant Jupiter donnant naissance à Bacchus ; voir WRIGHT Thomas, *Histoire de la caricature, op.cit.*, p.16 et s.

[1313] *Ibidem,* pp.16-18.

[1314] *Ibidem,* p.16.

[1315] La représentation d'un vase où l'on voit Jupiter et Mercure amoureux par exemple, devant la

L'esprit de la parodie grecque, s'attaquant même aux sujets les plus sacrés, arrive d'ailleurs en héritage à Rome, et ses traces sont encore visibles sur les murs de Pompéi et d'Herculanum[1316]. Comme le rapporte John Geipel, les caricatures satiriques des individus au cours de cette période, que chez les Romains, les Daces, les Illyriens ou les Scythes, traitent uniquement d'individus appartenant aux classes sociales les plus basses, et jamais d'individus riches ou respectables, qui sont, eux, généralement représentés de façon très réaliste[1317]. La période tardive de l'Empire chrétien de Rome connaît même certaines caricatures qui pourraient être qualifiées de blasphématoires, comme par exemple celle qui représente Alexamenos, un chrétien, au bas de la croix où est crucifié le Christ, les fesses à la place de la tête[1318].

ii. Le Moyen Age européen

Pendant le Moyen Âge, on constate l'existence de la satire en tant que forme d'art. Le dessin grotesque est alors inspiré de l'imagerie gothique (*gargoyls*)[1319]. Les mimes continuent à exister. La satire générale s'effectue par le biais des *chansons*[1320] et du système de la démonologie : mythes, contes et légendes qui tirent leurs origines des mythes païens[1321]. Les chansons, d'ailleurs, avec les danses et autres divertissements qui les accompagnent malgré qu'ils sont proscrits par les lois ecclésiastiques[1322], ne sont pas réprouvés par le clergé lui-même[1323]. On trouve d'ailleurs quelques

---

fenêtre d'une fille en train de monter sur une échelle afin de lui exprimer leur amour ; un tableau représentant Jupiter donnant naissance à Bacchus ; voir WRIGHT Thomas, *Histoire de la caricature, op.cit.*, p.16 et s.

[1316] *Ibidem,* p.19.

[1317] GEIPEL John, *A short history of graphic comedy and satire*, *op.cit.*, pp.47-48.

[1318] *Ibidem,* p.47.

[1319] *Ibidem,* p.50.

[1320] Consistant notamment à des histoires scandaleuses sur des personnes vivantes (« *in blasphemium alterius ») in* WRIGHT Thomas, *Histoire de la caricature, op.cit.,* p.41 et s.

[1321] *Ibidem,* p.41.

[1322] Les danses en particulier furent condamnés dans le septième siècle dans un concile assemblée, alors qu'il fut entièrement interdit de se divertir les jours de fête au sein des Églises. Champfleury rapporte également qu'à ces danses se rattachèrent également les « fêtes des fous », des innocents, de l'âne etc, voir CHAMPFLEURY *Histoire de la caricature dans le Moyen-Age,* Paris, Dentu, 1874, pp. 56-57. Ces fêtes furent également interdits par le concile de Paris de 1212, et par la Faculté de théologie de Paris de 1414. Charles VII en 1430 promulge des lettres roayles interisant les fêtes entreprises par les membres de l'Église de Troyes en particulier, dont les membres « *se réunissaient pour faire la feste aux folx avec grans excez, mocqueries, spectacles, desguisements, farces, rigmeries (chansons profanes) et autres folies, par irreverance et derision de Dieu ou de très grant vitupere et diffame de tout estat ecclesiastique », ibidem,* p.61.

[1323] WRIGHT Thomas, *Histoire de la caricature, op.cit.,* p.41. Voir aussi, CHESTNUT Hill (éd), *Religion and the arts,* Leiden-Boston, Brill, 1996.

représentations satiriques du Christ datant du Moyen Âge : les historiens rapportent qu'aux XVe et XVIe siècles il existait une satire de la tradition biblique dans les pays germanophones[1324] et anglo-saxons. On trouve cette satire notamment dans la littérature comique, mais aussi dans des caricatures ou gravures satiriques de prêtres[1325] et de saints[1326].La parodie des sujets religieux y est vivante[1327], les « satiristes » les plus populaires et les plus doués faisant parfois eux-mêmes partie du clergé[1328].

Comme exemple de parodie de sujet religieux populaire, on peut prendre une *Cène* illustrant de façon grotesque le souper d'un grand nombre de personnages des Écritures saintes à Cana, à l'occasion d'une fête donnée par un Roi oriental[1329]. Autre exemple : le poème des *Révélation de Golias*, où le poète se représente comme transporté en vision au Ciel, où lui sont révélés les vices et les désordres du clergé. Le pape lui-même est représenté comme un lion dévorant des livres et de l'argent[1330]. Toutefois, comme le remarque Geipel, il n'existe pas à cette époque de « caricatures » présentant l'*intention délibérée* de représenter, en les défigurant, des individus pleinement identifiables[1331].

iii. Le cas du judaïsme

La bibliographie qu'on peut trouver concernant la caricature sous le judaïsme est très peu fournie. Toutefois, l'humour, y compris la satire de la religion, n'est pas absents de la tradition juive. Dans une anecdote ancienne, par exemple, un personnage folklorique juif nommé Herchel Ostropoler décide de gagner sa vie sur le marché des

---

[1324] COUPE, « Political and religious cartoons of the the Thirty years war », *Warburg and Courtauld institute,* 1962, pp.65ss, cité par KEANE David, « Cartoon violence and freedom of expression », *HRQ,* Vol.30, n°4, novembre 2008, pp.845-875.

[1325] WRIGHT Thomas, *Histoire de la caricature, op.cit.,* p.46ss, citant notamment une illustration grotesque dans un psautier manuscrit (fig.28, p.54) qui se trouve aujourd'hui à l'Université de Cambridge.

[1326] Comme celle de Adam et Eve, illustration grotesque dans un psautier manuscrit, *ibidem* fig.34, p.54 ou celle de Marie et Joseph, *ibidem,* fig.33, p.56, respectivement.

[1327] *Ibidem,* pp.142 et s.

[1328] *Ibidem,* p.145, citant le cas de *Golias Episcopus* qui fut « *le satiriste général, le reformateur de la corruption ecclésiastique et de tous les autres* ».

[1329] L'idée principale de cette histoire serait que le nombre de convives serait si grand, qu'il n'y pas de place pour tous sur la table : ainsi, Paul est obligé de se tenir debout, Job se plaint parce qu'il est contraint de s'assesoir sur un tas de fumier, Marie joue du tambourin pour les amuser, Moise est obligé d'attendre dehors etc, WRIGHT Thomas, *Histoire de la caricature, op.cit.,* p.44-45.

[1330] *Ibidem,* p.149.

[1331] GEIPEL John, *A short history…, op.cit.,* p.52.

antiquités. Parmi les objets qu'il propose, un cadre avec une toile intacte. Le dialogue :

- *C'est là un très vieux et célèbre tableau*, dit-il à un passant.

- *Ce n'est là qu'une impression [...] C'est une traversée de la Mer Rouge, peinte à l'époque de Moïse [...].*

- *Mais ou sont les Hébreux sur cette toile ?*

- *Ils ont déjà traversé la mer.*

- *Et les Égyptiens ?*

- *Ils ne sont pas encore arrivés.*

- *Et l'eau ? Ou est l'eau ?*

- *Vous ne savez donc pas ? Elle s'est retirée.*

Par ailleurs, il existe des courants divers, dont le *hassidisme* par exemple, qui prônent un judaïsme dans la joie, l'humour et les chants. De nombreux contes *hassid* mettent en cause de façon humoristique Dieu, les rabbins, les miracles, etc. :

« *Mon rabbin parle avec Dieu chaque semaine* », dit une femme à une amie dans un récit connu du genre. « *Ce n'est pas possible, c'est un menteur* », répond l'amie. Et la femme : « *Dieu parlerait-il à un menteur ?* »[1332].

iv. Le cas de l'Islam

L'humour, la satire et les caricatures, y compris la bande dessinée, ne sont pas étrangers de nos jours à l'Islam [1333]. Cependant, avant les années 1950, les caricatures sur des sujets religieux sont rares, voire inexistantes dans l'Islam : on y trouve certes des représentations du prophète[1334] mais pas d'images caricaturées[1335].

[1332] Ces récits sont cités par KLATZMANN Joseph, « La religion » in *L'humour juif,* Paris, PUF, Que sais-je, 2008 (4e), p. 28 et s. L'auteur cite en effet des nombreux récits, dans la tradition juive même, y compris certains d'entre eux que peut être d'aucuns qualifieraient aujourd'hui de racistes, par exemple: « *Un Juif achète un cheval qui, soudain, s'emballe. Ses efforts de l'arrêter sont vains. Il demande alors à Dieu de l'arrêter et lui promet, s'il vient en aide, de revendre son cheval et donner tout l'argent aux pauvres. Le cheval s'arrête, et un autre jour on voit au marché le juif avec un cheval et une poule. Le cheval est à vendre ?, demande quelqu'un. Oui, mais à condition d'acheter aussi la poule. Et combien coûtent-ils ? Le cheval 50 kopecks et la poule 50 roubles* ». L'auteur tout de même précise que les histoires touchant à la matière d'antisémitisme sont moins nombreuses que les autres, tout en citant quelques unes, *ibidem,* p. 32 et s.

[1333] Voir la bibliographie relative dans les États respectifs compilée par LENT John, *Comic art in Africa, Asia, Australia and Latin America ; a comprehensive international bibliography,* Londres, Grennwood, pp. 16-18.

[1334] Voir *supra,* ce chapitre, note 1238.

[1335] Par ailleurs, également dans le monde européen, la cacaricature est établie après la fin du XVIe, voir *supra,* note 1306.

Quant à l'humour plus généralement, Jean-Jacques Schmidt rapporte qu'il existe dans le monde islamique une anthologie humoristique importante, mêlant le plaisant au sérieux et touchant entre autres à la religion : « *L'humour et le sens de la facétie ont existé dès le VIIe, siècle, c'est-à-dire après Mahomet. Des livres des premiers siècles de l'Islam relatent des anecdotes où le* Prophète montre un sens *réel de l'humour. Les grands maîtres de la spiritualité musulmane ont écrit sur les vertus de la plaisanterie et du bon mot [...]* »[1336]. Toutefois, nous pouvons présumer que la majorité des musulmans se conforment à l'interdiction de représentation et que ce fait est à l'origine du développement amoindri de ce genre artistique – au moins jusqu'au XXe siècle[1337] .

§ 2. L'impact de la modernité sur l'art

Nous examinerons dans un premier temps l'impact de la modernité sur l'art occidental, avant d'examiner dans quelle mesure elle a également pu influencer les cultures du monde non-occidental.

A. La quête de liberté

La modernité est un phénomène spécifique au monde européen occidental. Il s'agit néanmoins d'une période qui a posé des jalons importants pour la perception de la religion dans l'art dans le monde entier.

1. La mort de la religion dans l'art moderne

La « modernité » dans le monde occidental est définie comme la période qui s'étend de la fin de XIXe siècle aux années 1950 et est caractérisée par une rupture avec le passé, brusque et évidente. D'après Horkheimer et Adorno, la pensée moderne cherche à libérer l'individu des forces naturelles caractéristiques des « phases mythologiques » de la culture humaine ; ce mouvement serait incompatible avec l'existence des religions[1338]. A cet égard, comme le soulignent des nombreux auteurs,

[1336] SCHMIDT Jean-Jacques, *Livre de l'humour arabe,* Arles, 2005, cité par BOESFLUG, *Caricaturer dieu ?*, Paris, Bayard, 2006, note 96.

[1337] Voir *infra,* à propos des « aires culturelles » dans l'art en Islam.

[1338] HORKEIMER et ADORNO Teodor, *La dialectique de la raison ; fragments philosophiques*, Paris,

la modernité se caractérise par une rupture avec la religion, et une « reconduction » envers la raison. Selon Henri Pallard, « *[la] pensée moderne est guidée par une idée unitaire de la raison qui, affranchie de l'autorité que représente la théologie chrétienne de l'époque médiévale, peut nous conduire à une connaissance objective du monde*»[1339] ; M. Chabot souligne aussi qu'« *il ne s'agit pas seulement d'une volonté d'autonomie du pouvoir politique par rapport au pouvoir religieux ; il s'agit d'envisager la vie humaine comme se limitant à l'ici-maintenant et la conduite de cette même vie laissée au libre choix du sujet humain individuel dans le sens absolu du mot liberté accompagné des thèmes de l'autonomie du sujet, de la relativité des valeurs, de la subjectivisation du phénomène religieux* »[1340].

En effet, dès la fin du XIXe siècle, la religion fait l'objet d'une critique systématique, non seulement parce qu'elle représente une « soumission » de l'Homme au pouvoir divin (ce qui va donc à l'encontre de l'*autonomie du sujet*), mais également parce qu'elle n'est plus adaptée aux besoins nouveaux de la société industrielle[1341]. Cette critique, issue plus des mutations économiques et socio-politiques du XXe siècle que de l'évolution des religions, trouvera son apogée dans la pensée marxiste : considérant que la séparation entre religion et politique n'est pas suffisante, tant Marx que Engels prôneront que la religion est un fait aliénant pour l'Homme et doit disparaître des sociétés communistes[1342].

Ces remarques se traduisent dans l'histoire de l'art moderne de deux façons :
1) la « mort » des représentations de Dieu, et plus généralement la rupture avec le divin en tant que source d'inspiration ;
2) l'avènement d'une certaine idée de « transgression » sur le plan idéologique, théorique et philosophique.

Gallimard, 1994, cités par PALLARD Henri « Culture et diversité culturelle », *op.cit.,* pp. 22-24.

[1339] PALLARD Henri « Culture et diversité culturelle », *op.cit.,* pp.22-24.

[1340] CHABOT Jean Luc « L'héritage religieux/spirituel de l'identité européenne » *in* CHABOT Jean Luc et TOURNU Christophe, *L'héritage religieux et spirituel de l'identité européenne*, Paris, L'Harmattan, 2004, pp. 24-25.

[1341] BARBIER Maurice, « La conception critique des rapports entre la religion et le politique » in *Religion et politique dans la pensée moderne,* Presses universitaires de Nancy, 1987, pp.228-236.

[1342] *Ibidem,* pp.203-204.

En effet, la modernité marque tout d'abord une rupture avec la perception traditionnelle de la « beauté » dans l'art et cristallise la distinction entre l'esthétique et le fonctionnement social et politique de l'art. Ce n'est que pendant la modernité que l'art se batte si intensément pour sa liberté, dans le sens de son autonomie, vis à vis à le pouvoir, y compris le pouvoir religieux. D'après Adorno, la modernité s'identifie alors comme « *le postulat rimbaldien de la conscience la plus progressiste d'un art dans lequel les procédures techniques les plus avancés et les plus différenciées s'interpénètrent avec les expériences elles-mêmes les plus avant garde et les plus diversifiées* »[1343].

Également, l'autonomie du *sujet* est un trait important de la modernité dans les arts plastiques qui se traduit par la volonté de l'artiste de chercher à laisser plus que jamais sa trace personnelle par le biais de sa création (ainsi le témoigne par exemple la multiplication des *signatures* des œuvres d'art plastiques). Or, cela n'est pas forcément conforme à l'idée traditionnelle de la beauté[1344]. La source principale d'inspiration semble désormais être le monde personnel de l'artiste et non pas le sujets imposé par un pouvoir extérieur, religion, histoire, mythologie : désormais les objets représentés seront des scènes et des objets de la vie quotidienne, des autoportraits, la famille, la vie érotique, bref, tout ce qui appartient à l'artiste : sa chambre, son jardin, sa vue préférée, ses amis, etc. En ce qui concerne les méthodes, la modernité est la période de l'invention et de la réinvention, de la créativité toujours plus présente et de la diminution progressive des obstacles posées par les écoles. Au cours de la modernité, on chercherait en vain les *bottegas* de la Renaissance ; on trouve plutôt des groupes d'amis artistes, écrivains, poètes, qui travaillent, réfléchissent, imaginent ensemble. Par ailleurs, les grandes inventions technologiques de la révolution industrielle vont également jouer leur rôle dans le domaine artistique, comme dans toutes les formes d'expression humaine[1345].

[1343] ADORNO Teodor, « La rationalité esthétique et la critique » *in* Théorie Esthétique, *op.cit.,* p.52.

[1344] ADORNO Teodor, « Du laid du beau et de la technique», *ibidem,* p.67 et s.

[1345] Les deux événements scientifiques principaux qui ont eu un impact crucial sur l'évolution des arts plastiques, fussent l'invention de la photographie et les travaux de Freud sur l'inconscient. D'un côté, l'invention de la photographie fut un événement majeur dans le domaine des arts car elle ouvra la voie vers l'idée de la non-représentation ; vers l'art dont la finalité ne serait plus l'amélioration des techniques de représentation réaliste. En effet, cette nouvelle technique, inventée en 1839 et déjà très répandue à la fin du XIXe, eut un grand impact sur l'œuvre des artistes, notamment des peintres, puisque elle a engendré la fin du système de représentation visuelle tel qu'on le connaissait jusque là. Un des premiers effets immédiats fut le courant impressionniste. Les impressionnistes regardent la réalité d'une nouvelle façon en refusant le concept de la « mimésis»

Par ailleurs, un événement qui intervient, et au premier chef pour les arts plastiques, est le développement de la photographie et des techniques de reproduction des œuvres[1346]. Ainsi, à partir du XXe siècle, les arts dont l'objectif est la représentation détaillée et parfaite de la réalité changent désormais d'orientation. Le « parfait » existe déjà. Une étude différente de la plasticité émerge alors, basée sur les formes, les couleurs, la lumière et les ombres. Quelques dizaines d'années plus tard, les deux Guerres mondiales et l'avènement des régimes totalitaires en Europe viennent confirmer le double échec de la religion de sauver l'humanité des atrocités. Il ne s'agit plus, alors, de chercher de nouvelles formes esthétiques pour l'art, mais plutôt de lui chercher une nouvelle fonction, au-delà de l'esthétique : une fonction politique[1347].

Dans cet esprit, le rôle de la religion dans l'art est significativement moins important que par le passé[1348] – elle va d'ailleurs, de la même façon, se réduire sur le plan philosophique à un phénomène purement idéologique[1349], ne constituant plus la source principale d'inspiration à côté de la mythologie et des portraits de la bourgeoisie ou des homme politiques. En 1904, Basch, professeur d'Esthétique à la Sorbonne, explique ainsi l'influence « créatrice » mais aussi « destructrice » de la religion sur les arts : « S*ans répit l'art enfante un idéal, la religion s'en empare, l'entendement religieux l'élabore jusqu'à ce qu'il ait résolu tous ses mystères. A ce moment, la décadence commence ; une fois que les mystères sont éclaircis, la religion s'évanouit* »[1350]. L'abstraction, le surréalisme et le dadaïsme prennent de l'élan,

---

classique. Ils se mettent à représenter la réalité en ne captant que l' « impression » des choses, à travers des lumières et des ombres qui changent à chaque seconde. De l'autre côté, l' « invention » (ou la révélation, selon notre position) de la théorie de Freud sur l'inconscient aurait eut un grand impact chez les artistes. Bien que le fameux ouvrage « Souvenir d'enfance de Leonardo da Vinci » fut largement critiqué, les travaux du grand psychiatre eurent un impact énorme sur la conception de l'art. L'idée de l' inconscient fut en effet extrêmement chère aux artistes de l'art moderne qui ont commencé à s'expérimenter sur l'inconscient et toucher les limites de leur imagination, les « expressionnistes abstraits » et notamment les « surréalistes » étant les mouvement littéraires et artistiques les plus caractéristiques. A l'instar des idées de Freud, l'inconscience et tout en particulier les rêves seront désormais une source illimitée d'inspiration et dans cette mesure, le rôle de l'art ne serait point de représenter le visible, mais de fait apparaître l'invisible.

[1346] Voir note 1345 *supra,* et aussi, DEBRAY Régis, « Le choc des photos, 1839 » dans *Vie et mort de l'image,* Paris, Gallimard, 1992, p.283 et s.

[1347] Voir aussi BENJAMIN Walter « *L'œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique* ; *petite histoire de la photographie* » in *Essaies pour l'art [à partir la trad. grecque: Δοκίμια για την τέχνη],* Athènes, Calvos, 1978, pp.9-68.

[1348] Voir *a contrario,* DEBRAY Régis, « L'écho chrétien » dans *Vie et mort de l'image, op.cit,* note 1346, pp.199-200.

[1349] BENJAMIN Walter, « *L'œuvre d'art…* », *op.cit.*, p.67.

[1350] BASCH Victor, *L'individualisme anarchique,* Paris, Alcan, 1928, p.28 cité par ARAMBASIN Nella, *La conception du sacré dans la critique d'art..*, *op.cit.,* p.335.

sachant que les théories de Freud sur l'inconscient et les grandes découvertes en physique par Einstein ont sûrement eu plus d'impact sur les arts que les dogmes religieux. Certains auteurs, tels François Boesflug[1351], ont parlé d'une « mort esthétique » de Dieu au XXe siècle ; même si, d'après lui, « nous manquons encore de recul pour pouvoir s'en faire une image exacte »[1352]. De même, la re-naissance de la parodie religieuse par le biais de la caricature, longtemps opprimée du fait de la règne des Églises dans le monde occidental, constitue un autre exemple de la « mort de Dieu » qui a eu lieu dans la modernité.

Les images religieuses alors ne cessent, certes, de se représenter – les images de Christ, et notamment la thématique de la croix et de la crucifixion[1353] – et nous constatons également une explosion des caricatures religieuses « offensives »[1354] Or, le divin acquière depuis la modernité un sens tout-à-fait différent: « *ce qui est visé de Dieu dans le "grand art" est devenu indiscernable : Dieu s'y trouve éludé, camouflé, ou ignoré* »[1355]. mais elles acquièrent un sens lié plus au psychisme de l'artiste, à sa propre quête de spiritualité, qu'à la religion proprement dite. Nous pouvons même présumer que l'interdiction de la représentation chez les artistes le plus marqués par les interdictions de la religion jusqu'au XIXe siècle (les artistes hébreux ou musulmans par exemple) a eu un impact contraire aux dits religieux. Selon le point de vue d'un historien de l'art, il n'est pas fortuit que quelques pionniers de l'expressionnisme abstrait soient juifs (Rothko, Newman), ni que l'art hébreux soit marqué par une certaine « ironie » envers la figuration (puisque dans l'Ancien Testament, est permise la moquerie des idoles), ni non plus que la politique culturelle israélienne se lance dans ce que l'auteur appelle « l'iconoclasme créatif »[1356].

[1351] BOESPFLUG François, « Peut on parler d'une mort de Dieu dans l'art ? » in PAYOT (dir), *Mort de Dieu, fin de l'art*, Paris, Cerf, 1991, p.15-33.

[1352] BOESPFLUG François, *Caricaturer Dieu ?, op.cit.,* p.144.

[1353] Nous pourrions citer ici par exemple: Rouault, Jawlensky et Picasso dans la première moitié du XXème et Bacon, Guttoso et Saura dans la seconde(voir annexes). Voir une étude détaillé du point de vue des arts dans LEVISSE Caroline, *Crucifixion et sécularisation dans les œuvres de René Baumer, Milton Avery et Evie Hone*, mémoire de Master 1, Université de Lyon II, Lyon, 2006, 2 tomes, p.110 et s.

[1354] KEANE David, « Cartoon violence and freedom of expression », *op.cit.,* p.854

[1355] *Ibidem*, p.140.

[1356] Le théoricien de l'art Antony Julius cite l'exemple d'une statue de Marx connu en *Israël* (jadis debout), renversé et suspendu à une grue. Il remarque aussi les transformations subies par le statut du Felix Dzeiwhinsky, fondateur de la KGB ; JUILUS Anthony, *Transgressions : the offenses of the art*, Chicago, University of Chicago Press, 2002, p.53.

Toutefois, la pratique religieuse et le respect des commandements divins ne constituent plus à part entière les éléments essentiels de l'identité artistique juive[1357].

2. L'avènement de l'idée de « transgression » au cours du XXe siècle

La transgression en art, au sens de « déviation de la règle », existe depuis toujours ; elle est en effet« *aussi vieille que les règles qu'elle est censée violer* »[1358]. Afin de comprendre le changement de perception qui a eu lieu dans la modernité, il faut toutefois faire une distinction entre deux significations du mot « transgression » : la dérogation au sens esthétique et la dérogation au sens des idées[1359].

La modernité des XIXe et XXe siècles en effet a connu des scandales grandioses dans les mondes de l'art: les impressionnistes avaient été rejetés par le public dans les premières années de leur travail; les critiques qualifiaient les œuvres de Matisse et de Vlaminck de « fauves » ; les galeristes refusaient à Theo Van Gogh l'exposition des œuvres de son frère, même après sa mort[1360] ; un public quittait la salle avant la fin dans la première présentation de la *Neuvième Symphonie* de Beethoven à Berlin[1361] ; et un autre public s'est battu lorsque Stravinsky joua pour la première fois le « Sacre de Printemps »[1362].

La différence résidait alors précisément dans le fait que les controverses ne concernaient plus *uniquement* la déviation des règles esthétique traditionnelles, mais aussi, largement, la fonction de ce type d'art controversé dans la société. Si de tels incidents avaient lieu, c'est aussi en raison du rôle que ces nouvelles formes de l'art avaient gagné dans la société moderne. Donc, certes, la forme et la fonction de l'œuvre ne sont pas séparées ; toutefois, les œuvres pouvaient désormais, et de façon nettement plus large, choquer – non pas par leur fonction esthétique, mais par leur fonction politique et sociale. A cet égard, on peut dire que le mérite de la modernité

[1357] ZOMERSZTAJN Nicolas, « Le blasphème dans le judaïsme… », *op.cit.*, p.13

[1358] JULIUS Anthony, *Transgressions…*, *op.cit.,* p.53.

[1359] Voir les « codes esthétiques », *supra,* note 1188 et s.

[1360] SALTZMAN Cynthia, *Portrait of Dr. Gachet,* New-York-Londres, Penguin, 1998.

[1361] Voir les actes du colloque international qui a eu lieu à Bruxelles du 6 au 9 juin 2002 et notamment BARICCO Alessandro, « Totems et tribus de la musique » *in* SEYS Pascale, *Access: quels publics pour la musique classique ?*, Bruxelles, Sprimont, 2003.

[1362] Daniela Peslin fait allusion à des « hurlements, des injures et des sifflements » ; PESLIN Daniela, *Le Théâtre des Nations: une aventure théâtrale à redécouvrir*, Paris, Harmattan, 2009, p.387.

est précisément le fait qu'elle déplace l'idée de la transgression, des règles de la composition vers un plan idéologique et philosophique. Ainsi, l'œuvre a pu acquérir une certaine autonomie par rapport à son créateur et rendre ainsi sa fonction largement dépendante de son milieu d'exposition.

B. Les controverses artistiques comme effet de la modernité

La globalisation et l'avènement de la société de l'information ont amené de grandes mutations culturelles (en particulier en ce qui concerne la perception de l'art, de l'esthétique et du religieux). Il est alors nécessaire d'examiner l'impact de la modernité sur l'art : puisqu'elle a amené une séparation de l'art et de la religion dans le monde occidental, elle pourrait être considérée comme le point de départ des conflits « interculturels » entre l'art et la religion.

1. L'avènement des interactions culturelles en art

La modernité se caractérise aussi par une certaine ouverture culturelle vers les autres civilisations, conséquence naturelle de la politique coloniale des États « modernes ». Au début du XXe siècle, plusieurs expositions – dites « universelles »[1363] – sont organisées, alors que des nombreux artistes européens ont voyagé vers les terres conquises[1364]. A l'inverse, au sein d'un certain métissage culturel, de nombreux artistes non occidentaux sont influencés par l'art européen et américain.

Le cas de l'art islamique illustre cet impact de la modernité sur les cultures non-occidentales. Dans l'art islamique, en effet, la modernité marque une rupture certaine par rapport aux modes artistiques traditionnelles, liés à l'interdiction de figuration ; « *au début, la rupture avec les pratiques locales, savantes ou populaires, fut*

[1363] La première étant l'Exposition Universelle de Londres de 1851. Dans les expositions universelles en effet étaient présentées une large gamme de produits industrielles des différentes nations, aussi bien que des innovations, des fruits, des produits, mais également des sculptures, de l'artisanat et des quelques objets de valeur artistique. « Les beaux-arts : l'exposition universelle - les écoles étrangères et l'école française contemporaines », *Revue des deux mondes,* Tome 70, 1864.

[1364] L'exemple des voyages exotiques de Gauguin n'est que l'exemple le plus réputé. En effet, un nombre artistes du « grand art » français, de l'avant garde russe et de l'expressionisme allemand avaient voyagé à l'étranger pendant toute cette période (dont à titre indicatif Grasset, Renoir, Kandinsky, Signac, Matisse, Klee, Bonnard, Marquet, Kokoshka, Chagall). Nous pouvons repérer des influences esthétiques conscientes ou non conscientes de civilisations non européennes dans la peinture de Picasso ou la sculpture de Giacometti (Les Demoiselles d'Avignon qui font appel aux masques africaines, les sculptures longues qui font appel aux danses africaines), de Van Gogh (l'appel à la technique de l'estampe japonaise dans des nombreux peintures)etc. GOMBRICH Ernst, *Histoire de l'art*, *op.cit.*, p.92 et s.

volontairement totale. Il s'agissait, dans le cadre d'un processus de modernisation parfois violent, de tourner le dos aux traditions et de s'approprier les sciences et les techniques de l'Occident, dont on considérait que les Beaux-Arts faisaient partie »[1365]. Madame Sylvia Naef distingue alors trois périodes de l'art islamique :

- La période d'adoption de l'art européen (fin XIXe-1945), qui découle de l'idée que les arts traditionnels ne sont pas en mesure de rivaliser avec les arts « occidentaux » ;
- La période d'adaptation (1945-1991), au cœur de la décolonisation : c'est une période marquée par l'envie de rupture avec la domination européenne et par l'envie de maîtriser les nouvelles techniques et l'enthousiasme de la modernisation ; elle aboutit finalement à un « art arabe nouveau » [1366]. Dans les pays arabes, traditionnellement musulmans, l'art public moderne fait alors son apparition, dans les années 1950 [1367], alors que divers locaux « *objets sont catalogués dans les départements des* fine arts *des musées d'ethnographie et de civilisations exotiques* » ;
- La période de la mondialisation (considérée de 1991 à nos jours) est marquée par l'accentuation des circuits internationaux des artistes ainsi que par le succès des artistes arabes en Occident, y compris ceux qui se réfèrent à des sujets extrêmement « politisés », comme le port de la *burka*[1368].

Ainsi, les peintres arabes ont adopté l'art occidental en tant que tel, figuration et abstraction comprises, « *sans se soucier de l'enjeu sous-jacent de l'origine et de la mémoire que suppose la continuité de toute civilisation dans le temps* »[1369]. Il existe aussi dans les arts plastiques un passage de l'orientalisme (chez des peintres comme Delacroix et Ingres) à « *l'occidentalisme* »[1370]. Selon certains, « *tous les articles en Orient ont été redécouverts en Occident et ceux de l'Occident servent d'ornements*

[1365] NAEF Sylvia, « Entre mondialisation du champ artistique et recherche identitaire les arts plastiques contemporaines dans la méditerranée orientale », *in* DACHLIA Jocelyne, *Créations artistiques contemporaines en pays d'Islam ; l'art en tensions,* Paris, Kimé, 2006, pp.72.

[1366] D'après Silvia Naef, l'apogée de ce mouvement en arts plastiques, serait la *hurûfiyya,* qui utilise, entre autres, des lettres arabes pour « arabiser » des tableaux arabes ; *ibidem,* p.80.

[1367] Voir SHABOUT Nada, *Modern Arab Art: Formation of an Arab Aesthetic*, Gainesville, University of Florida Press, 2007 et MIKDADI Salwa et SHABOUT Nada(éd.), *Arab Art in the Twenty-First Century*, Londres, Thames & Hudson, 2007.

[1368] *Ibidem,* p.83.

[1369] KHATIBI Abdelkébir, *L'art contemporain arabe*, *op.cit.*, p.11.

[1370] *Ibidem,* p.34.

nouveaux en Orient »[1371]. Le partage des territoires devient alors le partage du monde[1372].

2. L'exacerbation des conflits contemporains entre l'art et la religion comme effet de la mondialisation ?

À l'heure de la mondialisation – et de la médiatisation – de la culture, le métissage culturel est encore plus évident. L'art africain est désormais basé sur les industries culturelles au même titre que l'art européen. Des artistes musulmans sont pionniers de l'art contemporain. Les expositions à Paris sont organisés par des curateurs africains ou asiatiques, tout comme l'art japonais inspire l'expressionisme allemand. L'art arabe ne fait plus allusion aux écritures coraniques. « *La contemporanéité est une coexistence de plusieurs types de civilisations, dont chacune est dotée d'un passé plus ou moins ancien et vulnérable* », écrit Abdelkébir Khatibi dans *L'art contemporain arabe*[1373].

Cependant, il est encore difficilement envisageable, dans certains cas, de présenter – voire de transposer – une œuvre dans un milieu culturel autre que celui où elle a été créée. Afin de donner un exemple, nous pourrions songer là aux – vraies – vaches égorgées de Damian Hirst[1374] : ces vaches de Hirst s'inscrivent effectivement dans la tradition occidentale européenne de l'art contemporain – l'art britannique pour être plus précis. Elles visent manifestement à susciter la réaction ;elles sont une provocation. A ce titre, elles pourraient inciter des réactions de la part de cercles intellectuels d'art contemporain ou bien obtenir de grands prix sur le marché artistique. La même œuvre, dans le cas hypothétique où elle serait exposée aux Indes, susciterait une très grande scandale, augmentant de ce fait sa publicité – et par conséquent le bonheur de son créateur.

[1371] *Ibidem,* p.35.

[1372] Ce qui a été accompagné pourtant d'un pillage de patrimoine artistique précieux, qui est transféré dans les musées européens et de l'Amérique du Nord KHATIBI Abdelkébir, *L'art contemporain…, op.cit.*, p.87.

[1373] KHATIBI Abdelkebir, *L'art contemporain…, op.cit.*, p.7.

[1374] Une œuvre qui faisait aussi partie de l'exposition « Sensations », voir *infra*, aussi bien que le « Requin », qui, aux États-Unis , a provoqué les réactions des associations pour la protection des animaux.

Ce phénomène est aussi apparent lorsqu'un même livre est imprimé dans d'autres pays que le pays d'origine de son auteur. Il est possible par exemple que l'œuvre d'un écrivain français soit interdite en Turquie (*Le Petit Prince* d'Antoine de Saint-Exupéry par exemple[1375] et plus récemment *Don Juan* de Guillaume Apollinaire[1376]) ou, à l'inverse, que l'œuvre d'un écrivain soit considérée comme maudite dans son pays mais bienvenue dans d'autres (c'est le cas de l'écrivain turc Orhan Pamuk), ou encore qu'un livre généralement bien accueilli dans de nombreux pays provoque des scandales dans un seul pays : comme dans le cas de la bande dessinée de Gerhard Haderer *La vie du Christ*, publiée dans un grand nombre de pays européens, mais bannie en Grèce[1377].

La relativité culturelle et contextuelle est aussi visible lorsqu'une exposition « voyage » : par exemple, dans le cas de l'exposition *Sensations*[1378]. Lorsque l'exposition a été transférée de Londres à Brooklyn, aux États-Unis, l'œuvre qui a suscité le plus grande scandale n'était plus le portrait des *Assassins Moors*[1379] mais bien *La Sainte Vierge* de Chris Ofilii, une œuvre représentant la Vierge de façon rappelant les arts africains, décorée d'excréments d'éléphant (ces derniers étant considérés liés à la divinité dans certaines traditions africaines)[1380]. Autre exemple, l'œuvre de Mauritzio Catelan , *La nona ora*, qui représente le Pape Paul II frappé par un météorite a été vendue 886 000 dollars aux États-Unis alors que, lorsqu'elle avait

---

[1375] Le « Petit Prince » de Saint-Exupéry par exemple fut censuré en Turquie pour le passage suivant: « *Cet astéroïde n'a été aperçu qu'une fois au télescope, en 1909, par un astronome turc. Il avait fait alors une grande démonstration de sa découverte à un congrès international d'astronomie. Mais personne ne l'avait cru à cause de son costume. [...]Heureusement pour la réputation de l'astéroïde B612, un dictateur turc imposa à son peuple, sous peine de mort, de s'habiller à l'européenne. L'astronome refit sa démonstration en 1920, dans un habit très élégant. Et cette fois ci tout le monde fut de son avis* ».

[1376] PERRIER Guillaume, « Le *Don Juan* d'Apollinaire censuré en Turquie », *Le Monde,* 1 novembre 2010.

[1377] Lors la bande dessinée a circulé en Grèce (éd. Oksy, Athènes, 2004), l'auteur et la maison d'édition grecque ont été condamnés en Grèce pour blasphème, voir *infra,* Chapitre 5 à propos du cas de la Grèce.

[1378] L'organisateur de l'exposition et responsable du Musée a pourtant gagné le procès juridique, pour violation du Premier Amendement, voir *infra,* Chapitre 5.

[1379] Les *Assassins Moors* de Marcus Harvey, des peintures acryliques des meurtriers faites de façon très réaliste, crées à partir des stencils d'empreints de mains d'enfants - il s'agit par exemple du portrait « Myra », représentant apparemment Myra Hidley, une *serial killer* britannique des années 1960, emprisonné pour l'assassinat de 5 enfants qu'elle avait commis avec son ami Ian Brady. Lors de la présentation de l'exposition à Londres, la mère de victime aussi bien que Myra Hindley elle même, ont demandé la descente de l'œuvre.

[1380] Analytiquement, PLATE Brent, *Religion, art and visual culture : a cross-cultural reader,* New York – Hampshire, Palgrave, 2002, pp.1-18. Il convient de dire ici que la Mairie de Brooklyn a suspendu le financement NEA(497.000 dollars) qui était pre-accordé à l'artiste, voir aussi *infra,* ce Chapitre, à propos des États- Unis.

été présentée en Pologne, elle avait été censurée[1381]. Et l'une des œuvres les plus choquantes présentées lors de l'exposition d'une partie de la collection du Shah au Musée d'Art moderne de Téhéran, a été le portrait d'une femme, au buste nu, de Renoir (*Gabrielle*)[1382].

Nous arrivons donc à comprendre qu'en termes esthétiques, aucun *a priori* conflit ne peut être constaté, d'autant plus depuis la modernité, et il serait plus correct d'appréhender les arts sous le prisme des facteurs culturels qui les ont influencé[1383]. Or, il existe un autre type de « conflit », non plus du fait de la religion, mais plutôt du fait de l'interaction entre les cultures. Ce dernier, en effet, atteint son point cumulant là où la tension du conflit est analogue à la divergence entre la mentalité de l'auteur (et donc de l'œuvre crée) et les « standards culturels » d'une certaine population, qui constitue les destinataires de l'œuvre. Pour la même raison, il existe une variété impressionnante de solutions juridiques au « conflit » entre le droit et la religion. A ce stade de l'étude, se pencher sur certains cas des droits nationaux, au prisme du droit comparé, nous semble nécessaire.

Section 2. La grande variété de solutions juridiques adoptés vis-à-vis des offenses « artistiques » à la religion

Nous allons procéder à l'étude de certains cas particuliers afin de voir comment notre question est résolue sur le plan national[1384]. Nous commencerons alors par les États qui sont susceptibles de ne pas punir l'expression artistique qui porte offense aux croyances religieuses, et nous continuerons par ceux qui le sont.

[1381] CLAUDE, Jean- Cristophe(dir.), *Les grands scandales de l'Histoire de l'Art*, *op.cit*.

[1382] ZENAKOS, Augustin, « Les images excommuniés » [Οι αφορισμένες εικόνες], *To Vima,* Athènes, 1 juillet 2001.

[1383] Pour un aperçu global, voir l'ouvrage de PLATE Brent, *Religion, art and visual culture, supra,* note 1380.

[1384] Il en va de soi que, pour des fins méthodologiques, nous allons considérer que des deux valeurs étudiées, seule la religion est considérée « variable », puisqu'il s'agit de la valeur la plus forte. Dans ce sens, nous avons catégorisé les cas d'États étudiés, en principe, en fonction de l'importance qu'elles accordent à la religion (et non l'envers).

§ 1. Les États susceptibles de ne pas punir l'expression artistique qui porte offense à la religion

Nous avons décidé de commencer par les États-Unis, auxquels nous allons porter une attention spéciale: non seulement du fait de l'abondance des informations bibliographiques à propos de notre sujet d'étude, mais aussi car il s'agit du seul État, à notre connaissance, qui, d'un point de vue jurisprudentiel, accorde une protection extraordinaire et unique à la liberté d'expression[1385]. Nous examinerons ensuite le cas de la France, puis nous nous reporterons brièvement à d'autres États de tradition libérale (comme par exemple le Danemark), indépendamment de l'existence ou non d'une religion officielle dans ces États.

A. Les États qui prévoient une protection sans réserves à la liberté d'expression ; le cas des États-Unis

Les États-Unis prévoient une protection constitutionnelle de la liberté d'expression sans réserves (« *unqualified protection* ») par le biais du Premier Amendement. Toutefois, cette protection peut être facilement limitée, soit directement, lorsque la moralité publique est en cause (2), soit indirectement, lorsqu'il s'agit du financement de l'art (3).

1. La protection graduelle de la liberté artistique aux États-Unis

Aux États-Unis, le Premier Amendement prévoit solennellement que « *le Congrès ne fera aucune loi qui touche l'établissement ou interdise le libre exercice d'une religion, ni qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse, ou le droit qu'a le peuple de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour la réparation des torts dont il a à se plaindre* ». En outre, nous avons déjà pu remarqué, à propos du blasphème, qu'aux États- Unis il n'y aurait plus aucun crime de « blasphème », ni même de la diffamation religieuse ou d'incitation à la haine religieuse[1386]. Ceci ne signifie pourtant pas que la possibilité de restriction législative de la liberté d'expression pour l'une ou l'autre raison n'existe pas, même si cela n'est

[1385] D'SOUZA Frances & BOYLE Kevin, *Striking a Balance: Hate Speech, Freedom of Expression, and Non-Discrimination,* Londres, Article 19, 1992 (introduction).

[1386] Voir *supra,* note 664.

considéré qu'à titre d'exception et selon des conditions définies (*tests*)[1387]. Il en suit que d'une première lecture, la protection des sensibilités ou des croyances religieuses ne saurait restreindre la liberté d'expression, ni *a fortiori* la liberté artistique.

Or, il serait nécessaire de rappeler ici le rôle fondamental de la religion dans la société américaine[1388]. En effet, la religion chrétienne et les archétypes bibliques sont profondément ancrés dans toutes les manifestations de la vie publique américaine ; Dieu se retrouve sur la monnaie (« *In God we trust* ») et dans les paroles des politiciens (« *God bless America* »). L'art « traditionnel » jouit alors de toute la bienveillance du juge américain. Dans un jugement de 1903 par exemple, rendu dans un cas de propriété intellectuelle, le juge Holmes affirme qu'il serait « *dangereux pour des personnes entraînés seulement en droit de se constituer en juge final de la valeur d'illustrations picturales en dehors des limites les plus étroites et les plus évidentes. Il est certain qu'alors certaines œuvres de génie ne seraient pas appréciées comme il le faudrait. Leur nouveauté les rendrait répulsives jusqu'à ce que le public apprenne les nouveaux langages que leur auteur parle. Nous pouvons douter du fait que les œuvres de Goya ou de Manet ont bénéficié de protection lorsqu'elles ont été vues pour la première fois* »[1389].

[1387] L'exemple classique de restriction de la liberté d'expression est d'ailleurs, encore aujourd'hui, cette phrase tirée d'un arrêt de 1919, délivré par le juge Holmes, établissant le fameux critère du *danger éminent* (*clear and present danger*) : le fait de créer la panique dans un théâtre rempli en criant « Au feu ! » ne mériterait pas la protection du Premier Amendement *: Schenck v. United States,* 249 US. 47 (1919). « *The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing panic… The question in every case is whether the words used as used in such circumstances and are of such nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantial evils that Congress has the right to prevent* ». Cet argument a pourtant servi de base dans les années 1919-1920 d'affirmation des convictions des socialistes et des communistes sous la « Acte de l'Espionnage », passée aux États Unis dans les années de la Guerre : mis à part Schenck, voir *Frowert v.US*, 249 US 204 (1919) et *Debs v. US*, 249 US 211 (1919). La positions du juge Holmes s'est nuancée peu après, LAWRENCE Frederick, « Violence conducive speech : punishable or protected ?», *in* KRETZMER David et al.(éd), *Freedom of speechandincitement against democracy*, Martinus Nijhoff – Kluwer Law, Dordrecht, 2000, pp.14-15; LARRY Alexander «Incitement and freedom of speech », *idem*, pp.102-103.

[1388] Même le décret de Maryland, qui établi la liberté religieuse, fait référence au Dieu catholique [« *Whereas, Almighty God hath created the mind free; […] all men shall be free to profess, and by argument to maintain, their opinions in matters of Religion, […] yet we are free to declare, and do declare that the rights hereby asserted, are of the natural rights of mankind »]*. En outre, des diverses formes d'expressions ont été maintenu criminalisés, du fait de leur divergence du dogme, des symboles ou des concepts religieux traditionnels. Voir aussi HAARCHER Guy, *Laïcité,* Paris, PUF, Coll.Que sais-je, 2004(3ème éd.), p.102 et s. ; DEMEUSOY Vincent et COILLARD Jean-Christophe, « Censure et liberté d'expression dans le domaine de la création aux États-Unis d'Amérique », contribution réalisée pour l'Observatoire de la liberté d'expression en matière de création auprès de la Ligue des Droits de l'Homme, janvier 2008, p.22 (consultable sur le site de la Ligue: ldh-france.org).

[1389] *Blestein v. Donaldson,* 188 US 239 (1903), cité par DOUZINAS Costas, « The Aesthetics of Law » in McCLEAN Daniel, *The trials of art*, Londres, Riding House, p.65.

En revanche, l'art était traditionnellement lié à des modes de divertissement qui ne mériterait pas une protection équivalente à d'autres formes d'expression –comme par exemple le « *free speech* » à l'américaine, de connotation politique. En effet, au début du XXe siècle, l'expansion du cinéma américain a permis que l'art soit considéré comme un outil lié principalement au pur divertissement, hostile à l'idéal du travailleur américain. Ainsi, conformément aux idées platoniciennes concernant la « mauvaise » influence de l'art sur les mœurs publiques, l'art resta pendant longtemps exclu de la protection du Premier Amendement et le cinéma fut largement censuré[1390]. Dans une affaire de 1915 à propos de la constitutionnalité d'une loi de l'État de l'Ohio qui permettait au gouvernement de censurer les films, la Cour suprême avait conclu que le cinéma n'était qu'une industrie du divertissement ayant pour but le profit et que, par conséquent, le gouvernement était libre de le censurer[1391].

2. Le cadre général de la liberté d'expression aux États- Unis

Aux États-Unis, la liberté d'expression est comprise de façon particulièrement libre en vertu du Premier Amendement[1392]. En principe donc, toutes les lois qui portent des restrictions d'une certaine expression, fondées sur le contenu de cette expression, sont inconstitutionnelles.

a. La règle : la neutralité totale de la loi

Dans la jurisprudence américaine, la règle est la neutralité de l'État quant à tout message exprimé ; il est donc impossible aux États-Unis d'interdire tel ou tel genre d'expression, car il est impossible de distinguer le message à partir de son contenu (*content-based discrimination*).

[1390] Voir généralement WERTHEIMER, « Mutual Film Reviewed », *American Journal of Legal History*, Vol.37, 1993, p .158, cite par HAMILTON Marci, « Art speech », *Vanderbilt Law Review,* n°73, 1996, p.105; MERRYMAN John Henry, *Law ethics and the visual arts*, *op.cit.*, p.276-303. Au contraire, la Cour suprême avait jugé par exemple que les paphlets et les posters y étaient inclus: *Lovell v. City of Griffin,* 303 U.S. 444(1938).

[1391] *Mutual Film Corp. v. Industrial Commission of Ohio*, 236 U.S. 230 (1915); HARNO Louise « Law, Art, and the Killing Jar », *Iowa Law Review*, n° 79, 1995, p.367 et s. Comme le remarque M. Demeusoy, « cette décision de 1915 a laissé la porte grande ouverte à la création de nombreuses commissions de censure qui se sont implantées localement partout sur le territoire. DEMEUSOY Vincent « Censure et liberté… », *op. cit.,* p.22. Cette position n'a été révisée qu'en 1952, dans l'affaire *Burstyn,* voir *infra,* note 1425.

[1392] LEWIS Anthony, « Boundaries of freedom of speech », *in* KRETZMER David et al.(éd), *Freedom of speechandincitement against democracy*, *op.cit.*, pp.3-10 ; TSAKYRAKIS Stavros, *La liberté d'expression aux États-Unis* [*Η ελευθερία λόγου στις ΗΠΑ]*, Sakkoulas, Athènes, 1997.

Afin de comprendre la neutralité totale de la loi aux États-Unis, en vertu du Premier Amendement, nous devrions nous reporter aux affaires clés *Cohen c. California*[1393] et *Texas et Johnson,* à propos du drapeau américain[1394]. Dans la première, s'agissant d'un jeune de 19 ans qui portait une veste sur laquelle était écrit « *fuck the draft* » dans les couloirs d'un tribunal du Los Angeles (*draft*= « conscription » en argot américain), la Cour Suprême décida que la restriction d'une telle forme d'expression était inconstitutionnelle, car le Premier Amendement couvrait la liberté de *toute* expression, sans discrimination aucune en fonction du contenu ou des mots. Dans la seconde, elle décida solennellement que la liberté d'expression s'étendait même à la brûlure du drapeau américain, invalidant ainsi le premier statut fédéral de 1968 sur la protection du drapeau (voté après les protestation contre la guerre en Vietnam), ainsi que les lois respectives dans 48 États américains[1395].

b. Les exceptions à la règle selon des « tests » établis par la Cour Suprême

Toutefois, des restrictions importantes à l'expression sont permises à titre exceptionnel, selon des *tests* précis, qui ont été établis par la Cour suprême. Il s'agit notamment de l'interdiction de la violence, et de l'incitation d'un acte illicite, ainsi que de l'obscénité.

i) Le test de *l'appel à la violence* ; les « mots de combat » *(fighting words)*

Le premier *test* de la Cour suprême concerne les expressions de « haine », qui aboutissent à ce que la doctrine américaine appelle les *fighting words* (c'est-à-dire les mots qui constituent un *appel à la violence*). Ce test a été établi pour l'affaire *Chaplinsky* (1942)[1396] – ce qui pourrait *éventuellement* comprendre, entre autres, le

---

[1393] *Cohen v. California,* 403 U.S. 15 (1971).

[1394] *Texas v. Johnson,* 491 U.S. 397 (1989) ; *United States v. Eichman,* 496 U.S. 310 (1990) etc.

[1395] Ainsi, tant qu'un amendement constitutionnel prohibe *expressément* la profanation du drapeau (le fameux *Flag Desecration Act*), la Cour suprême continuera d'invalider toutes les lois étatiques qui l'interdisent. En effet, depuis l'arrêt *Texas v. Johnson*, tous les ans quasiment le Sénat américain propose, conjointement avec le *Chambre des représentants*, un projet d'amendement constitutionnel qui autoriserait au Congrès de qualifier la profanation du drapeau de crime fédérale, et qui rendait donc constitutionnelles les lois qui la prohibent. Toutefois, jusqu'à ce jour, cet amendement ne réussit pas à obtenir les voix nécessaires; voir généralement la controverse sur le site de « First Amendment Center », une organisation pour la liberté d'expression aux États-Unis, « Flag burning; recent legislative action», www.firstamendmentcenter.org//speech/flagburning/topic.aspx?topic=legislative_action&SearchString=flag, consulté le 1 mars 2010.

[1396] *Chaplinsky v. New Hampshire* 315 US 569 (1942).

blasphème. En l'espèce, il s'agissait d'un témoin de Jéhovah qui, un samedi après-midi de 1941, distribuait à Rochester (New York) des brochures de propagande religieuse et qualifiait les religions établies des « rackets ». Les réactions de certains passants ont abouti à un désordre général, et M. Chaplinksy a été arrêté par la police comme responsable des troubles. Lors de l'interrogatoire, M. Chaplinsky a traité le policier de « satané racketteur », ce qui lui a valu une condamnation pour perturbation de l'ordre public[1397]. A l'occasion de cette affaire, la Cour suprême a déclaré clairement que certaines formes d'expression *verbale* relèvent de la catégorie de l'« agression verbale » et ne méritent pas la protection du premier amendement parce qu'elles sont susceptibles de provoquer de la violence (ce qui est donc, équivalent au critère du « danger éminent »[1398]).

Ce qui est intéressant est que la Cour ait remarqué que l'« offense » devrait être définie de façon objective, non pas selon l'idée que quelqu'un en fait de l'offense[1399], mais ce que les gens comprendraient comme une incitation au « combat » (*fight*), y compris les expressions obscènes et profanes : « *le lubrique et l'obscène, le profane, les mots diffamatoires et insultants (fighting words) – ceux qui par leur expression même peuvent infliger des dommages ou tendent à inciter une infraction immédiate de la paix[...] [D]e telles expressions ne sont aucunement essentielles au débat des idées [...] et n'importe quel avantage qui peut y être dérivé est manifestement mis à l'écart du fait de l'intérêt social à l'ordre et la moralité* »[1400]. Or, l'application de cette jurisprudence a été limitée: l'affaire Chaplinsky a été à notre connaissance la seule fois que la Cour Suprême aurait accepté une condamnation pour avoir proféré des « mots du combat »[1401].

[1397] *Id.,* 570.

[1398] Voir *supra,* note 1387 et TSAKYRAKIS Stavros, *La liberté d'expression aux États-Unis, op.cit.*, pp.196-197.

[1399] *Id.,* 568 : *« The word 'offensive' is not to be defined in terms of what a particular addressee thinks.. The test is what men of common intelligence would understand would be words likely to cause an average addressee to fight*».

[1400] *Ibidem: « The lewd and the obscene, the profane, the libelous and teh insulting or fighting words – those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace . It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas[...] and any benefit that may be derived from thèm is clearly outwheighted by the social interest in order and immorality ».*

[1401] Comme le remarque M. Tsakyrakis, dans les affaires qui ont suivi *Chaplinsky,* la Cour Suprême considéra que les limitations étaient « démesurés »[*overbreadth*], voir TSAKYRAKIS Stavros, *La liberté d'expression aux États-Unis, op.cit.*, p.197.

ii) Le test de l'*obscénité*

Le deuxième *test* de la Cour suprême concerne les œuvres obscènes. Comme nous l'avons déjà évoqué, avant la Deuxième Guerre mondiale, la liberté de l'art pouvait être restreinte lorsque la moralité publique était en cause[1402]. En cinéma par exemple, la *Motion Pictures of America* aboutissait à un système d'autorisations préalables des films[1403], alors que la Poste facilitait en pratique la censure des livres importés[1404].

L'affaire *Chaplinsky* constitue un premier précédent jurisprudentiel où l'obscénité est exclue de la Constitution lorsqu'elle aboutit au combat physique. Deux autres décisions qui ont suivi, délivrées à un intervalle de vingt ans, établissent l'idée que l'obscénité est en soi exclue du Premier Amendement, du fait de l'offense des « *standards communs contemporains* »[1405]. Il s'agit de deux affaires qui font partie de la controverse à propos de l'« obstacle de l'obscénité intraitable », selon l'expression du juge Harlan[1406] et qui méritent d'être examinés car ils dévoilent que la moralité publique traduit largement les valeurs traditionnelles (et donc religieuses) américaines :

- L'affaire *Roth* (1957)[1407]. A l'occasion de cette affaire, la Cour suprême s'est prononcée sur la constitutionnalité des lois réprimant la vente de littérature « obscène », la question portant sur le fait de savoir « *si le thème dominant d'[un] matériel [...], pour la personne moyenne aurait un intérêt lubrique selon les standards de la communauté* »[1408]. En l'espèce, la Cour a tout d'abord souligné que le Premier Amendement protège toutes les idées de moindre importance sociale et

---

[1402] Par exemple : *Commonwealth v. Friede*, 271 Mass. 318, 171 NE 472 (1930), propos de « American tragedy » de Theodore Dreiser (1924) ; *People v. Seltzer*, 122 Divers. 329, *203 NYS 809 (1924),* à propos de *Homecoming* de Casanova.

[1403] Dont les responsables seraient les Département de l'Éducation (*Board of the Regions*).

[1404] Comme c'était le cas du *Tropique du Cancer*, voir à propos de la controverse KATZ Al, « Free dicussion v. final decision : moral and artistic controversy and the tropic of cancer trials », *Yale Law Journal*, Vol 79, 1969, pp. 209-252.

[1405] Par ailleurs, comme nous l'avons déjà remarqué, religion et moralité sont liés et il n'est pas fortuit que les premières lois sur l'obscénité ont été ciblées à l'encontre du blasphème, ni que le institutions et organisations religieuses soumettent toujours des amici curiae dans les affaires portant à l'obscénité.

[1406] *Interstate Circuit, Inc. v. Dallas,* 390 U.S. 676, 704 (1968).

[1407] *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957) p. 21, 50, 134 ; voir HALL Kermit(éd), *The Oxford guide to United States Supreme Court décisions,* Oxford University Press, 1999, p.188 et 269.

[1408] *Roth,* précité :« *whether to the average person, applying contemporary community standards, the dominant theme of the material taken as a whole appeals to prurient interest*».

mêmes celles qui véhiculent de la haine. Or, celles-ci ne saurait protéger l'obscénité, c'est à dire la forme d'expression qui 1) s'adresse à l'intérêt lubrique 2) va au delà les standards communs de pudeur et 3) n'a aucune valeur sociale « compensatoire » (*without redeeming social valeur*). Ce test a été appliqué dans toutes les affaires relatives pour les quinze années suivantes[1409], y compris celle du *Tropique du Cancer* de Miller, poursuivie huit fois pour obscénité par des Cours nationales.

- L'affaire *Miller* (1973)[1410]. A l'occasion de cette affaire, concernant la vente de littérature obscène, et un film obscène, la Cour suprême a abandonné le test de Roth et a précisé que l'interprétation de l'obscénité devait se faire selon les standards de la communauté et non les standards nationaux. Ainsi, dans l'affaire Miller, la Cour, admettant que « *les cours doivent toujours rester sensibles à l'ingérence à l'expression* », a, comme dans l'affaire Roth, précisé que le Premier Amendement ne protégeait pas l'expression qui « *dans son ensemble n'a aucune valeur littéraire, scientifique, artistique, politique sérieuse* »[1411].

L'élément important qui ressort de l'affaire *Miller* est le fait que les idées pourraient être restreintes si elles soulèvent des objections, « une conclusion manifestement contraire à la doctrine de premier Amendement »[1412]. En effet, les « *critères de la communauté* » étant interprétés à un niveau local (et non plus national), les communautés locales disposent une large marge d'appréciation dans la censure des œuvres[1413]. Ce qui a effectivement soulevé beaucoup d'objections, tant de la part de la doctrine[1414] que de la part de certains juges de la Cour Suprême[1415].

[1409] Par exemple le livre de John Cleland *Memoirs of a Woman of Pleasure* dans l'affaire : *Memoirs of a Woman of Pleasure v. Attorney General of Massachusetts*, 383 U.S. 413(1966).

[1410] *Miller v. California*, 413 U.S. 15, 22-23 (1973) et *Paris Adult Theatre v. Slaton,* 413 U.S. 49 (1973), jugé le même jour. HALL Kermit(éd), The Oxford guide*..., op.cit,* p.176 et notamment KATZ Al « Free dicussion… », *op.cit,* p. 209.

[1411] *Ibidem :* « taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value».

[1412] KATZ Al, « Free dicussion… », *op.cit.,* p.214.

[1413] Notons aussi qu'entretemps les mœurs, la technologie, le cinéma, le film et les arts plus généralement évoluaient : « *L'Index des livres prohibés* » et le code moral Hays (pour le cinéma) fussent tous deux abandonnés en 1966, alors que le Congrès vota la création d'une Commission sur la pornographie et l'obscénité pour faire face à une production cinématographique montrant de plus en plus de nudité et des comportements sexuels.

[1414] Sachant aussi que pour certains l'obscénité est aussi une catégorie esthétique, voir depuis l'époque de l'affaire *Roth* : KAPLAN, « Obscenity as an Esthetic Category », *Law & Contemporary problems,* n°20, 1995, p.145-146.

[1415] Voir par exemple les opinions dissidents dans l'affaire Miller, de la part des juges Douglas et Brennan, *Miller v. California*, précité.

iii) Le critère de *l'acte illicite* ou de l'incitation à l'acte illicite (« *imminent lawless action* »)

Le troisième *test* de la Cour suprême concerne les formes d'expression qui peuvent consister en des actes illicites ou inciter à des actes illicites. Il s'agit du *test* établi lors de l'affaire *Brandenburg* (1969), s'agissant d'un chef du Ku-Klux-Klan qui avait invité un journaliste à participer à une manifestation nazi[1416]. En l'espèce, la Cour suprême a jugé *per curiam* que la restriction de l'expression était concordante au Premier Amendement, non pas parce qu'elle incombait dans la catégorie des « *fighting words* »,mais parce qu'elle contenait une incitation à un acte illicite. Ce critère, beaucoup plus souple que le critère du « danger éminent », n'a été appliqué que rarement dans la jurisprudence de la Cour Suprême[1417].

Par ailleurs, dans la jurisprudence de la Cour Suprême, ces « tests » ont été toujours lus de façon restrictive. Les affaires *Skokie* (1977)[1418] et *R.A.V.* (1992)[1419], illustrent en quelle mesure les juges américains sont réticents à imposer des restrictions à l'expression, et notamment dans les formes d'expression qui concernent le langage « symbolique » :

- La première concernait l'organisation d'une parade nazi, par un petit parti politique nationaliste, dans le village de Skokie, habité notamment par des juifs : en l'espèce, la Cour a décidé que les nazis auraient le droit de parader, en proclamant le principe des lois « neutres dans leur contenu » (*content-neutral*) qui, selon les juges, est inhérent au Premier Amendement. Il serait alors inconstitutionnel de prévoir des restrictions à la liberté d'expression, uniquement du fait de leur contenu (*content-based laws*), car ceux-ci établiraient une discrimination entre diverses formes d'expression[1420].

- La seconde portait sur la question de savoir si une loi de l'État de Virginie interdisant de brûler des croix (symbole nazi de la haine raciste) dans la ville de St. Paul, Minnesota, parce qu'elle « *incitait à la colère, l'alarme ou le ressentiment*

[1416] *Brandenburg v. Ohio,* 395 U.S. 444 (1969).

[1417] LEWIS Anthony, « Boundaries of freedom of speech », *in* KRETZMER David et al.(éd), *Freedom of speech…*, *op.cit.,* p.8.

[1418] *National Socialist Party v. Skokie*, 432 U.S. 43 (1977).

[1419] *R.A.V. v. St. Paul,* 505 US 377 (1992).

[1420] DOWNS Donald, « Skokie revisited» in *Notre Dame Law Rev*iew, Vol.60, 1984-1985, p. 629 et s.

d'autres personnes fondées sur la race, la couleur, la foi, la religion ou le sexe »[1421], était en accord avec le Premier Amendement[1422]. La position de la majorité des juges, telle qu'elle apparaît dans l'opinion rédigée par le juge Scalia, était que la disposition en cause n'est pas en accord avec le principe de neutralité totale, puisqu'elle ne vise que les propos identifiables par un contenu à caractère raciste[1423]. La Cour a affirmé en cette affaire, comme dans l'affaire *Skokie*, qu'il serait inconstitutionnel de prévoir des lois imposant des restrictions en fonction du contenu, même si en l'espèce, il s'agissait encore d'une manifestation de la Ku-Klux-Klan, dans le jardin des requérants qui, eux, étaient juifs. Or, il serait légitime, aux yeux de la Cour, d'admettre que la *volonté d'intimidation* d'une personne ou d'un groupe de personnes, véhiculée en l'espèce par le message symbolique lié au fait de brûler des croix, légitimerait la criminalisation. Ainsi, la Cour a pu trouver une solution « tactique » concernant la condamnation du racisme, sans devoir recourir aux restrictions de la liberté d'expression, ni éteindre le critère des « mots du combats » à toute expression symbolique ; l'interdiction en l'espèce serait basée sur la préservation de l'ordre ou de la sécurité publique[1424].

c. La non-inclusion du blasphème dans les « *tests* » de la Cour suprême

Il s'ensuit *a contrario*, d'après *Chaplinsky*, que le blasphème poserait problème seulement lorsqu'il véhicule un langage de haine. Ceci, justement, a été confirmé dix ans plus tard par la Cour suprême en l'affaire *Burstyn* (1952)[1425]. En l'espèce il s'agissait du film de Roberto Rosselini *Miracle* [1426], un film considéré « blasphématoire », qui racontait l'histoire d'une bergère enceinte d'un vagabond

---

[1421] *R.A.V.v. St.Paul,* précité, *« arouses anger, alarm or resentment in others on the basis of race, color, creed, religion or gender*».

[1422] Sachant qu'en l'espèce, il s'agissait d'une ville habitée notamment par des noirs et que ceux qui se proposaient à cet acte symbolique étaient des membres, ou des adeptes, de Ku Kloux Klan

[1423] BIRD Karen, « L'impossible réglementation … », *op.cit,* p. 265-287.

[1424] Voir généralement SCOFFONI Guy, BELL John, SAUNDERS Cherryll « Droit constitutionnel étranger; L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte : janvier-juin 2003, Australie, États-Unis, Royaume-Uni » in *RFDC*, 2004, Vol.1, n°57, p.131-158 et PECH Laurence, *La liberté d'expression et sa limitation,* LGDJ, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2002 ; TSAKYRAKIS Stavros, *La liberté d'expression aux États-Unis, op.cit.*, p.203 et s.

[1425] *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, 343 U.S. 495 (1952).

[1426] Le film était basé sur un scénario de Fellini et produit en Italie. Voir à ce sujet, et plus généralement, l'essai de Guy Haarcher et notamment la comparaison de cette affaire avec l'arrêt *Otto Preminger* de la Cour Européenne; HAARCHER Guy, « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », in ALLARD Julie, HAARCHER Guy, HENNEBEL Ludovic, LEWCOWICZ Grégory(dir.), *Juger les droits de l'homme : Europe et États-Unis face à face*, Bruxelles , Bruylant, 2008, p.160 et s.

qu'elle a pris pour Jésus. En l'espèce, la commission de visualisation des films (*le New York State Board of Regents*) a retiré l'autorisation de diffusion du film sous la pression de l'église catholique. Le distributeur du film, Joseph Burstyn, a fait appel à la justice, s'appuyant sur le Premier Amendement[1427]. La décision a été surprenante : non seulement la Cour a affirmé pour la première fois que, même s'il est réalisé et distribué avec l'objectif de créer un profit financier[1428], l'art est compris dans la protection constitutionnelle du Premier Amendement[1429], mais en outre, elle a accepté que la protection des convictions religieuses s'incline devant la liberté artistique[1430]. Comme le remarque le professeur M. Haarcher, la Cour a en l'espèce refusé de mettre les intérêts en balance, comme on aurait pu le faire dans d'autres affaires en matières d'expression politique[1431]. Elle a simplement souligné qu'elle « *crai[gnait] que les juges, en limitant la liberté d'expression pour blasphème ou sacrilège, perdent tout point de repère et deviennent prisonniers des orthodoxies les plus puissantes et les plus bruyantes* »[1432]. Nous pourrions pourtant remarquer que les juges américains n'abandonnent pas néanmoins les critères établis dans l'affaire *Chaplinsky* : selon la Cour, la Constitution ne prévoit aucune *liberté absolue* d'exposer « tout film, de tout genre, à tous les moments et à tous les endroits »[1433] ; simplement, en l'espèce, le langage de haine (ou bien l'élément « profane » qui aboutirait à cette haine) n'était pas en jeu. Par ailleurs, dans l'arrêt *Beauharnais*, rendu la même année que l'arrêt *Burstyn*, la Cour suprême a maintenu la constitutionnalité d'une loi qui qualifiait de crime toute expression qui « *expose au mépris les citoyens de n'importe quelle race,*

[1427] HAARCHER Guy, « Liberté d'expression, blasphème… », *op.cit.,* p.164.

[1428] Le Juge Clark observa par ailleurs que le Premier Amendement protège bien les livres, journaux et revues dont la plupart sont publiés afin de rapporter de l'argent. Voir HAARCHER Guy, « Liberté d'expression, blasphème… », *op.cit.,* p.164.

[1429] Ce qui depuis est devenu la règle ; voir les exemples cités par HAMILTON Marci, « Art speech », *op.cit.,* note 122 : *Interstate Circuit v. Dallas*, précité, citant *Burstyn Inc.* ; *Southeastern Promotions v. Conrad*, 420 U.S. 546, 557-58 (1975) (« *noting that live drama is not unprotected by the First Amendment and should not be held to a "drastically different standard" than […] other forms of expression* »); *Cohen v. California*, précité (« Wholly neutral futilities come under the protection *of free speech as fully as do Keats' poems or Donne's sermons* ») ;*Abood v. Detroit Board of Education*, 431 U.S. 209, 231 (1977) (« *Our cases have never suggested that expression about philosophical, social, artistic, economic, literary, or ethical matters ... is not entitled to full First Amendment protection* »).

[1430] *Burstyn, Inc. v. Wilson*, précité, 501-02.

[1431] HAARCHER Guy, « Liberté d'expression, blasphème… », *op.cit.,* p.165.

[1432] Traduction de Guy HAARCHER, *ibidem*, p.165.

[1433] *Burstyn, Inc. v. Wilson*, *précité*.

couleur, foi ou religion », à la base de la diffamation collective (*group libel*)[1434].

Suite à l'affaire *Burstyn*, nombre de dispositions des États qui punissait le blasphème (Maryland, Connecticut, Iowa, Massachussetts, Oklahoma, etc.) sont devenues constitutionnellement invalides[1435]. Et dans une affaire civile ultérieure, où l'œuvre incriminée était encore une fois le film de Scorsese *La dernière Tentation du Christ*, le Tribunal de Première instance et la Cour d'Appel ont accepté qu'il y avait eu une ingérence au droit des croyants et à leur liberté religieuse[1436], mais la Cour suprême, suivant la jurisprudence *Burstyn*, ainsi que les arrêts *Watson* (« *la loi ne connaît pas l'hérésie* »)[1437] et *Ballard* (« *la liberté d'expression comprend le droit de maintenir des théories de vie et de mort* »)[1438], annula les jugements antérieurs, en proclamant que « *la question de savoir quelle est l'interprétation correcte de la vie de Christ, n'est pas une question justiciable auprès la Cour* »[1439].

d. Quelques remarques à propos de la méthode la Cour Suprême

Il serait peut être ici de se référer à la méthode de la Cour Suprême, qui semble utiliser une méthode radicalement différente de la Cour européenne dans les cas où elle est affrontée à des « conflits de droits ». En effet, la doctrine de la balance des intérêts fut utilisée par la Cour Suprême dans les années de l'après-guerre ; elle a été évoquée pour la première fois dans une affaire de 1939, dans une opinion concernant la constitutionnalité d'une législation interdisant la distribution des tracts[1440]. Elle a

---

[1434] *Beauharnais v. Illinois 343 U.S. 250 (1952),* concernant le président d'une organisation raciste qui diffusait des brochures racistes. Or, la loi en question prévoyait aussi la diffamation collective à l'encontre la religion. Voir sur cette affaire aussi BIRD Karen, « L'impossible réglementation des propos à caractère raciste aux États-unis », *RFDC,* 2001, Vol.2, n° 46, p.226.

[1435] NASH David, *Blasphemy in the Christian world: a history*, Oxford University Press, 2007, p.178.

[1436] *Nyack contre MCA Inc, 911F, 2d, 1082 (5th Circuit,* Massachussetts), (1990).En effet, la requérante avait fondé ses arguments sur les lois contre le blasphème de l'État de Massachussetts.

[1437] « *The law knows no hérésie : and is committed to the support of no dogma, the establishment of no sect*».

[1438] *US v. Ballard*, 322 US 78 (1944).

[1439] *Nyack v. MCA*, 498 US 1087 (1991): « *The plaintif asked the Court to decide the right interprétation of the life of Christ. This is not a justiciable question before the Court* ».

[1440] *Scheider v. State* 308 U.S. 147 (1939): "*In every case, therefore, where legislative abridgment of the rights is asserted, the courts should be astute to examine the effect of the challenged* legislation. Mere legislative preferences or beliefs respecting matters of public convenience may well support regulation directed at other personal activities, but be insufficient to justify such as diminishes the exercise of rights so vital to the maintenance of democratic institutions. And so, as cases arise, the delicate and difficult task falls upon the courts to weigh the circumstances and to appraise the substantiality of the reasons advanced in support of the regulation of the free enjoyment of the

été ensuite utilisée par la Cour Suprême afin de justifier des restrictions au Premier Amendement en pleine période de guerre froide dans les années 1950 et notamment à l'encontre des communistes[1441]. Toutefois, sous l'influence de juges comme les juges, tels que Black et Brennan[1442] et la pression de la doctrine[1443], cette méthode fut de moins en moins évoquée par les juges, jusqu'à ce qu'elle fut rapidement abandonnée[1444]. Ainsi, jusqu'à aujourd'hui, la Cour Suprême généralement refuse de mettre en place des critères généraux pour déterminer si une catégorie d'expression devait ou non être protégée par le Premier Amendement[1445], niant explicitement de soumettre l'expression à ce qui pourrait être appelé l'« entreprise de la balance » (*balancing test*) telle qu'elle a été proposée à nombreuses reprises par le gouvernement américain. Ce refus est motivé par la volonté de ne pas créer une *nouvelle* catégorie d'expression qui ne serait pas protégée par le Premier Amendement. Par exemple, en 1982, à l'occasion d'une affaire touchant au sujet très sensible de la *pornographie infantile* (affaire *Ferber*)[1446], la Cour suprême n'a pas voulu considérer qu'il s'agissait d'une nouvelle exception au Premier Amendement, mais simplement de l'application du critère de l'*acte illicite* (*Bradenburg*). L'étendu

---

rights".

[1441] *American Communications Ass'n v. Douds, 339 US 382 (1950);* Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 524-25, 542 (1951) (conc. Frankfurter)**: "***Absolute rules would inevitably lead to absolute exceptions, and such exceptions would eventually corrode the rules. The demands of free speech in a democratic society as well as the interest in national security are better served by candid and informed weighing of the competing interests, within the confines of the judicial process, than by announcing dogmas too inflexible for the non-Euclidean problems to be solved***";** US *Barenblatt v. United States*, 360 U.S. 134 (1959), 5 : 4 diss. Warren, Douglas, Black et Brennan, où la Cour Suprême a tranché la question de savoir si les requérants (arretés par la police étant supconnées d'être des communistes), avaient légitimemement évoqué le Premier Amendment pour légitimer leur refus de faire part de leur identité à la police. Dans d'autres cas par contre, qui ne concernait pas le Premier Amendement, la Cour Suprême a jugé que cette exercice était inadmissible ; par exemple, dans l'affaire *Cooper v. Aaron*, 358 U.S. 1, 16 (1958), où la Cour Suprême a dit que « *The constitutional rights of respondents are not to be sacrificed or yielded to the violence and disorder which have followed upon the actions of the Governor and Legislature*".

[1442] Voir les opinions de ces juges en *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971).

[1443] MEIKLEJONH Alexander « The Balancing of Self-Preservation Against Political Freedom » : *« the theory which* asserts that constitutional values may be " balanced″ by the appellate courts is *radically hostile, not only to the first amendment, but also to the intent and provisions of the Constitution as a whole*" ; FRANTZ Laurent « First Amendment in the Balance, 49 Cal. L. Rev. 4, n°71 *Yale Law Journal*, p.1424 – 1450.

[1444] Voir *supra*, les arrêts de la Cour concernant le dénigrement du drapeau américain, *Johnson v. Texas* (1988), précité, *supra,* note 1394.

[1445] See *Waters v. Churchill,* précité : « *[W]e have never set forth a general test to determine […]what categories of speech are so lacking in value that they fall outside the First Amendment* ».

[1446] En effet, en raison de l'expansion de la pornographie infantile et de la fréquence du crime de pédophilie, la Cour suprême a explicitement exclu tout ce qui pouvait inciter à la pornographie infantile de la protection du Premier Amendement. Nous pourrions remarquer également que l'affaire *Ferber* par exemple a donné lieu à un nombre de persécutions anecdotiques de supposée « pédophilie » : voir ATKINS Robert et MINTCHEVA Svetlana, *Censoring Culture,op.cit,* p.213 et s.

des exceptions a été également traitée dans l'affaire *Robert J. Stevens* de 2009 : dans cette affaire, la Cour suprême a été appelée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi interdisant la représentation de la cruauté envers les animaux[1447]. Le gouvernement s'est basé sur l'affaire *Chaplinsky* pour soutenir que la cruauté envers les animaux exerce un impact négatif sur la moralité publique, alors que le requérant, M. Stevens, a maintenu que l'entreprise de la balance *ad hoc* était entièrement étrangère à la jurisprudence de la Cour suprême : selon le requérant, le Premier Amendement diffère justement parce qu'il garantit sans réserves la liberté d'expression, ce qui n'est pas le cas pour le Quatrième Amendement par exemple[1448]. La Cour suprême a donné raison à M. Stevens, affirmant que « *l'expression protégée peut avoir des formes différentes, telles que des livres, des œuvres d'art et des vidéos* » et refusant d'étendre la jurisprudence *Ferber*, afin de prohiber les expressions qui manifestent de la cruauté envers les animaux[1449].

Mis à part les objections éventuelles quant à la conformité de la jurisprudence américaine avec la CERD, l'article 20 du PIDCP et les autres obligations internationales, il serait naïf de prétendre qu'aux États- Unis les arts sont infiniment protégés ; non seulement car les trois exceptions aux Premier Amendement admises par la Cour Suprême sont déjà assez vastes[1450], mais également parce que les arts aux États-Unis peuvent être censurés *indirectement.* Le débat est alors seulement transposé à un autre niveau : celui de leur financement[1451].

3. Des limitations indirectes par le biais du refus de financement et de promotion de l'art non-conforme aux « valeurs américaines »

[1447] L'affaire en question concernait la représentation en film de batailles de chien de race pitbull, leur auteur invoquant la protection du premier Amendement.

[1448] *New York v. Ferber*, précité, arguments du requérant *(Brief for the respondent)*, p.14.

[1449] *Stevens v. United States*, 9 avril 2010, 559 *U.S._ (2010).* L'affaire en question concernait la représentation en film de batailles de chien de race pitbull, leur auteur invoquant la protection du premier Amendment (Title 18 of the United States Code, Section 48).

[1450] *R.A.V. v. City of St. Paul , précité*: « *From 1791 to the present, […] our society […] has permitted restrictions upon the content of speech in a few limited areas[…] because of their constitutionally proscribable content* ».

[1451] En ce sens, la censure peut émaner aussi du secteur privé et des médias privatisés : voir pour un bilan notamment ATKINS Robert et MINTCHEVA Svetlana, *Censoring Culture,op.cit.* et, en français, DEMEUSOY Vincent, *op.cit,* pp.29-53.

Sur le plan jurisprudentiel, une série d'affaires qui s'inscrivent dans le courant des « guerres culturelles » et qui ont lieu au début des années 1990 aux États-Unis, concernant le financement des arts par l'argent public, et notamment des artistes considérés comme radicaux même au sein des cercles artistiques, a provoqué aux États-Unis une controverse qui a conduit à la libéralisation totale des arts, mais à condition qu'ils respecteraient les standards moraux. Il s'agit notamment des affaires suivantes[1452] :

1) L'exposition des œuvres de Mapplethorpe au Cincinnati Museum[1453] ; en l'espèce, la Cour de l'État de Ohio n'a pas pu trouver d'obscénité selon le test Miller. Elle a acquitté Mapplethorpe et le Musée, en affirmant le droit des musées d'exposer de l'art controversé[1454].

2) La suppression du financement de certains artistes tels que de Mapplethorpe (encore une fois), André Serrano (*Piss Christ*)[1455] et Karen Finley (artiste de performance) par l'organisation de financement national des artistes américains (*NEA : National Endowment for the Arts*)[1456]. En l'espèce, le Congrès américain avait fait certains amendements à la charte de NEA, cette dernière prévoyant désormais que les œuvres sélectionnées devraient atteindre non seulement des « standards d'excellence », mais aussi des « *standards généraux de décence et les considérations et valeurs du public américain* »[1457]. La Cour Suprême a jugé qu'en l'espèce, la discrimination établie par le Congrès (*viewpoint discrimination*) n'était pas

---

[1452] Voir sur ces affaires (en grec), TSAKYRAKIS Stavros, *Religion c. Art* [« Θρησκεία κατά τέχνης »], *op.cit.*, pp. 168-185.

[1453] Mapplethorn en effet était un artiste qui travaillait notamment avec la photographie, dont les sujets était très peu conventionnels (des homosexuels, souvent des nus, souvent des noirs, qu'il portraitait comme des groupes exclus de la société). Voir à titre indicatif ADLERT Amy, « What's Left?: Hate Speech,Pornography, and the Problem for Artistic Expression », *California Law Review,* Vol.84, n°6, 1996, p.1499ss

[1454] *Cincinnati v. Contemporary Arts Ctr., 566 N.E.2d 214 (Ohio Mun. 1990)* (qui a rejeté la plainte du « Centre de l'art » de rejeter l'argument de l'obscenité); *Contemporary Arts Ctr. v. Ney, 735 P. Supp. 743 (S.D. Ohio 1990)* (restriction temporaire des mesures de seizure des oeuvres de Mapplethorn jusqu'à ce que le procès pénal soit décidé). Le procès a duré huit jours.

[1455] Pour une analyse esthétique, philosophique et juridique de l'affaire et de l'œuvre de André Serrano, Voir notamment le livre « transgressions of the arts ». Aussi, Brent Plate fait un parallélisme entre le procès au Sénat du *Piss Christ* (lorsque le Sénateur a traité l'œuvre de Serrano du blasphème et a symboliquement déchiré un image de l'œuvre) avec le procès et l'emprisonnement qu'a subi le peintre Johannes Torrentius, torturé par les autorités religieuses et politiques néerlandaises en 1627 parce qu'il avait peint des images « blasphématoires » ; PLATE Brent, *Blasphemy ; art that offends,* Londres, Blackdog, 2006.

[1456] *Karen Finley et al. v. National Endowment for the Arts*, 100 F.3d 671, 688 (1998). Le juge Scalia, joint par le juge Thomas, a délivré l'opinion de la Cour suprême le 25 juin 1998.

[1457] *Id.,* Provision 954(d)(1). Id, n°37-371, Scalia, concurr., p.2. Voir cependant l'opinion dissidente de juge Souter.

inconstitutionnelle, puisqu'elle n'empêchait pas l'activité expressive[1458] ; d'après la Cour Suprême, c'est le financement des œuvres controversées qui serait uniquement plus difficile[1459].

3) L'exposition *Sensations : Young British Artists from the Saatchi Collection* contenant plusieurs œuvres controversées, parmi lesquelles les requins de Damian Hirst et les portraits d'assassins *Moor* de Myra Hindley[1460]. En l'espèce, le maire de New York, Rudolph Guiliani[1461], a porté plainte à l'encontre du Musée et a refusé d'accorder le financement qui lui était dû, notamment en raison de l'œuvre de Chris Ofilii *La Sainte Vierge*. La Cour de New York a accordé ce droit au Musée, le juge Gerhold statuant qu'« *il n'y aurait pas de question constitutionnelle plus grave que l'effort des officiers gouvernementaux de censurer des œuvres d'expression et de menacer la vitalité d'une institution culturelle majeure, comme une punition de ne pas concorder avec la demande de gouvernement pour orthodoxie* ». Et quant à l'offense faite aux croyances religieuses, la Cour a constaté : « *le gouvernement devrait rester neutre par rapport au langage religieux ; soit être pour la religion, soit contre, soit aucun des deux* »[1462].

Par ailleurs, il faut remarquer ici que relativement peu d'affaires de censure d'œuvres

---

[1458] *Id.,* 37-371, Scalia, concurr., p.5. Certaines précisions concernant les arguments dégagées du NEA, qui ne nous paraissent pas entièrement pertinents. En effet, depuis les années 1940, le principe de la non-discrimination du fait de contenu de l'expression, est progressivement consacré aux États-Unis, dans tous les domaines du financement public. Or, l'opinion majoritaire de la Cour s'est référé à cette jurisprudence non pas pour légitimer justement l'expression, mais uniquement pour renforcer ses arguments de censure *(Hannegan v. Esquire Mag., Inc. , 327 U.S. 146 (1946)* ; *Regan v. Taxation With Representation of Washington, 461 U.S. 540 (1983)*; *Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991);Rosenberger v. Rector & Visitors of the Univ. of Va., 515 U.S. 819 (1995*); *National Endowment of the Arts v. Finley, précité)*. En outré, comme le dira plus tard le juge Gershon dans l'affaire *Brooklyn,* les imposables, doivent payer pour plusieurs choses qu'ils peuvent trouver offensives. Par ailleurs, du fait que l' « excellence artistique » et le « mérite artistique » sont des standards vagues, il ne serait pas évident, comme le prononce le juge Kleinfeld que ces derniers sont constitutionnelllement acceptables uniquement quand ils sont faits par des experts.

[1459] En d'autres mots, cela veut dire que le gouvernement n'aurait pas une obligation positive de financement de l'art ; mais quand et s'il décide à le financer, il devrait le faire sans discrimination. Il nous semble aussi que cette décision est aussi conforme à la jurisprudence Rust, où la censure du gouvernement sur la conférence d'un physicien où il plaidait pour l'IVG (alors que le gouvernement favorise la naissance des enfants) n'a pas été jugée contraire au Premier Amendement, puisque « *la règle que le gouvernement peut choisir de ne pas financer une forme d'expression est applicable avec pleine force*».

[1460] *Brooklyn Instit. of Arts & Sciences v. The city of New York and Rudolph Giuliani*, 64 F.Supp.2d 184 (F.D.N.Y. 1999).

[1461] *Ibidem.*Tantôt en qualité de représentant de la ville, tantôt en qualité de citoyen.

[1462] *Id.,* 64 F.Supp.2d 204 (F.D.N.Y. 1999). Voir aussi les commentaires de CAMINITI Danielle « City of New York: the death of the subsidy and the birth of the entitlement in funding of the arts », *Fordham Intellectual property, Media& Entertainment Law Journal,* Vol.10, p.875 et s.

d'art ont finalement l'occasion d'être amenées en justice[1463] , alors qu'au cours des dernières années, la protection des mineurs sert régulièrement d'allibi principal de la censure des œuvres et des livres : le rapport de l'*American Library Association* de 2010 par exemple, relève qu'il y eu 10 retraits de livres des bibliothèques américaines, du fait du leur « *contenu inapproprié* », notamment traitant les sujets touchant à l'homosexualité, aux drogues, aux relations sexuelles, et également à la religion[1464].

B. Les États qui maintiennent le modèle de la laïcité ; le cas de la France

Nous allons commencer par examinant le cadre législatif en France relativement à la question, puis nous passerons à l'étude des cas de jurisprudence.

1. Le cadre législatif du « blasphème » en France

Dans l'Ancien Régime français, la censure fut la règle de l'expression écrite ; le blasphème, tout comme l'offense à la morale ou à la personne du Roi, était régulièrement poursuivi[1465]. Les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de

---

[1463] Dans les années 1970-1980, il s'agissait par exemple de l'annulation de l'exposition de Hans Haacke, par le musée Guggenheim un mois avant son ouverture(1971), ou bien de l'annulation de Carl André(1971), de Sol Le Witt etc (1972), de « portrait mémorielle du maire George Moscone » qui a suscité le débat public (1981), l'annulation de la commande du projet monumental « Gates » par le sculpteur Christo. Récemment, une autre controverse a eu lieu aux États- Unis, à propos d'une exposition publique, voir *O'Connor, et. al. v. Washburn University, et. al*; voir en général à propos de la problématique de l'art public MERRYMAN John Henry, *Law ethics and the visual arts, op.cit.* p.305 et s.

[1464] ARTICLE19 (Rapport) : « Artist alert », octobre 2010, disponible sur le site http://www.article19.org/advocacy/campaigns/artists/artist-alert.html, consulté le 10 février 2011.

[1465] Dès l'invention de l'imprimerie, il devint commun de pratiquer la censure *a priori*, c'est-à-dire d'examiner livres, journaux et tout écrit d'une manière générale, avant d'en autoriser la parution[1465]. La censure fut institutionnalisée en 1501, lorsque le pape Alexandre Borgia (Alexandre le VIe) promulgua l'obligation de l'autorisation préalable à l'impression de tout ouvrage, sous peine d'anathème et d'amende ; tout livre au contenu polémique envers la foi était alors jeté au feu. Un siècle plus tard, en 1608, l'Empereur Rudolph le II, ordonna que tout livre qui allait circuler en France (l'Empire du Pape) serait d'abord censuré – ce qui résulta à ce que des philosophes tels que Montesquieu, Rousseau et Voltaire soient imprimés à l'étranger et que d'autres, voient leurs œuvres « déchirées et brûlées » (les *Lettres* du Pascal). L'idée de la censure fut alors l'objet de controverses et de débats non seulement politiques et philosophiques, mais aussi économiques. Il n'est pas alors curieux que tant Diderot que Malherbes demandaient la persistance de la censure, en soulevant des arguments d'ordre économique : car il serait inutile d'inciter tant d'auteurs d'aller imprimer à l'étranger avec un coût beaucoup plus grand, ce qui en tous cas serait diffusé dans le royaume : « *Je vois que la proscription, plus elle est sévère, plus elle hausse le prix du livre, plus elle excite la curiosité de le lire ; plus il est acheté, plus il est lu », écrit Diderot dans ses écrits sur « la liberté de la presse », ainsi que « il est utile pour les lettres et pour le commerce de multiplier les permissions tacites à l'infini, ne mettant à la publication et à la distribution d'un livre qu'une sorte de bienséance qui satisfasse les petits esprits. On défère un auteur. Les lois le proscrivent. Son arrêt se publie. Il est lacéré est brûlé, et deux mois après, il est exposé sur les quais ».* Se sont par ailleurs connus les procès à l'encontre des artistes et des caricaturistes : ceux à l'encontre Philippon, par exemple, pour avoir publié dans le magazine « Harakiri » les fameux « Poires », représentant le Roi Louis Philippe ou celui d'Honoré Daumier, pour avoir esquissé le Roi comme le géant de Rabelais « Gargantua », assis sur une chaise de toilette en train de dévorer les richesses du pays. Des

l'Homme et du citoyen de 1789 rend l'inculpation pour « blasphème » plus difficile, à condition effectivement que l'acte incriminé ne soit pas également qualifié d'« abusif »[1466]. Depuis la séparation officielle entre l'Église et l'État en 1905, tout régime de censure a été aboli et le blasphème ne saurait être maintenu que comme crime « religieux »[1467]. Il est maintenu seulement en Alsace-Lorraine et dans certains départements d'Outre-mer[1468]. Dans le reste de la France, le blasphème n'existe pas en tant que tel. Ce qui existe pourtant, serait la « diffamation religieuse » qui est prévue dans la loi de la presse : en effet, en 1972, un texte législatif a été ajouté à la loi de 1881, prévoyant que quand la diffamation ou l'injure sont liées à certains critères, comme l'appartenance religieuse, elles seront plus lourdement réprimées que d'autres types d'injure[1469].

L'article 24 de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, après la modification de 1972, introduit le délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence commise envers des personnes appartenant à un certain groupe : « *ceux qui, par l'un des moyens énoncés à l'article 23*[1470], *auront provoqué à la discrimination, à la haine*

---

nombreux auteurs fussent aussi poursuivis pour blasphème (ou pour offense à la morale) sous l'Ancien Régime, tels que Baudelaire, Gustave Flaubert et De Sade. Voir généralement MORANGE Jean, *La liberté d'expression*, Paris, PUF, Coll. *Que sais-je,* 1993, pp.72ss ; CLAPP Jane « Art censorship under French King Louis Philippe » et « Art Censorship, A chronology of Proscribed and prescribed Art », (1972), *in* MERRYMAN John Henry, *Law, ethics and the Visual Arts*, *op.cit.* p. 627 ; CHAMPFLEURY *Histoire de la caricature moderne,* Paris, Dentu, vers 1870.

[1466] L'article 11 de la DDHC prévoyant que « 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 ».

[1467] La condamnation des images cinématographiques par exemple dans « l' encyclique Vigilanti cura » issu de Pape Pie XI ou bien son « Discours aux artistes » (1952), où il affirme que *« les plus grands maîtres de l'art chrétien devinrent les interprètes non seulement de la beauté, mais également de la bonté de Dieu révélateur et Rédempteur »* en sont des exemples de la punition « religieuse » du blasphème. Toutefois, sous Vatican II, le Pape Paul a essayé de réconcilier l'art et la religion, en admettant par exemple que « pour des raisons contingentes, il n'est pas toujours facile de réaliser l'harmonie entre culture et le christianisme ». Le Pape s'est lancé par ailleurs de donner aussi quelques conseils aux artistes, et aussi aux ecclésiastiques: « *il faut donc faire en sorte que ceux qui s'adonnent à ces arts […]jouissant d'une liberté normale, ils établissent des échanges plus faciles avec la communauté chrétienne. Que les nouvelles formes de l'art qui conviennent à non contemporains selon le génie des diverses nations et régions, soient aussi reconnues par l'Église* ». Toutefois, le Pape n'aurait pas expliqué ce qui est une « liberté normale », ni quels sont les arts qui n' étaient pas reconnus par l'Église et qui devraient l'être. Voir MENOZZI Danièle, *Les images, l'Église et les arts visuels,* Paris, Cerf, 1991, pp.258-261 et 283.

[1468] En Alsace Moselle le blasphème est toujours interdit par les articles 166 et 167 du code pénal d'Alsace-Moselle (actif au moins jusqu'en 1994) et que la loi française de séparation des Églises et de l'État ne s'applique pas en Guyane française.

[1469] Loi *Pleven* de 1972 introduisant des modifications à la loi de 1881. Voir BOULEGUE Jean, *Le blasphème en procès 1984-2009, l'église et la mosquée contre les libertés,* Paris, Nova, 2010, p.42-43. Au contraire, depuis 1994, il n'y aurait pas de délit d'« outrage aux bonnes mœurs » : amendement des article 283ss du Code pénal, à propos de « l'outrage aux bonnes mœurs commis notamment par la voie de la presse et du livre ».

[1470] L'article 23 prévoit que : *« Seront punis comme complices d'une action qualifiée crime ou délit*

ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance […] à [entre autres] une religion déterminée, seront punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement ».

L'article 32 punit également la diffamation commise envers une personne ou un groupe : « *la diffamation commise par les mêmes moyens énoncés à l'article 23 envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance […] à [entre autres] une religion déterminée sera punie d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement* ». L'article 33 punit l'injure, dans les mêmes conditions, mais avec une peine plus souple : *« Sera punie de six mois d'emprisonnement et de 22 500 euros d'amende l'injure commise, dans les conditions prévues à l'alinéa précédent, envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance […] à [entre autres] une religion déterminée* ».

Aussi, le code pénal français prévoit aujourd'hui que « *la diffamation non publique commise envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance […], à [entre autres] une religion déterminée est punie de l'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe* »[1471].

2. La liberté artistique dans la jurisprudence française

Le nombre de plaintes qui sont déposées régulièrement par des associations pro-religieuses à l'encontre des films et des activités ou des spectacles artistiques, fondées sur l'accusation de diffamation (entre autres religieuse), est assez important, même si l'aboutissement est le plus souvent la relaxe pour les blasphémateurs.

---

ceux qui, soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre ladite action, si la provocation a été suivie d'effet ».

[1471] Selon l'article R624-3 du Code pénal français.

a. Les affaires assignées en justice

Il y a dix ans, l'éditeur M. Ducousset remarquait qu'« *une maison d'édition moyenne subit aujourd'hui une quarantaine de procédures judiciaires en raison de ses publications* »[1472]. La situation d'est pas différente aujourd'hui, un nombre d'œuvres, de films ou de manifestations artistiques faisant scandale en France tous les ans. La plupart d'entre eux concernent des cas de diffamation, alors que d'autres, ont été critiqués comme « blasphématoires »[1473].

De plus, certaines d'entre eux, ont également fait l'objet de poursuites juridiques - généralement initiées par l'AGRIF (Alliance générale contre le racisme et pour le respect de l'identité française et chrétienne)[1474] ou bien de la LICRA (Ligue internationale contre le racisme et l'antisémitisme) et fondées le plus souvent sur les articles 19 al. 2 (aujourd'hui abrogé), 32 et 33 de la loi de 1881[1475]. Il s'agissait alors du *Jardin des délices* du cinéaste Carlos Saura, qui avait été interdit en 1970 ; la Cour s'était appuyée sur la législation en vigueur. Plus tard, l'affiche du film *Ave Maria* de Jacques Richard (1983), et le film *Je vous salue, Marie* de Jean-Luc Godard (1985)[1476] ont subi le même traitement. Dans le même ordre, on citera également la *Dernière tentation du Christ* (1988)[1477], la pièce *Une affaire des femmes* de Claude Chabrol (1988)[1478] ou encore les *Mémoires de José à Nazareth,* jouées à Paris en 1989[1479].

[1472] DUCOUSSER Richard *in* CHASTAGNOL Alain, *Les nouvelles censures de l'écrit et de l'image*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1999, pp.65-68.

[1473] Il s'agit par exemple de la chanson *Allah* de Véronique Sanson, de la manifestation picturale *Treize à table* à Nantes (1994), de l'ouvrage *Mort à Jésus* ou encore de la *Marseillaise* revisitée par Serge Gainsbourg.

[1474] Par exemple l'AGRIF a assigné Charlie Hebdo en justice plus que 10 fois(!), voir le site du journal, http://www.charliehebdo.fr/les-proces-de-charlie, consulté le 1 novembre 2010.

[1475] Voir analytiquement MBONGO Pascal, « Le traitement juridictionnel des offenses aux convictions religieuses », *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p.691-708. Aussi, LACABARATS Alain, «Le juge et la laïcité: le droit au respect des croyances», *Petites affiches,* 3 octobre 1997; GAMET Laurent, « La liberté des arts et des sciences » *in* BURGORGUE-LARSEN Laurence(dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.357-386.

[1476] *TGI Paris, ord.référé, 23 octobre 1984*, affaire « Ave Maria », D. 1985 (pas de pourvoi), §31.

[1477] Cass. 1ère civ., 29oct. 1990, Bull. civ.n°226, affaire de la « Dernière Tentation du Christ », précitée. Voir aussi, FRAPPAT Bruno, « Les bagarres autour du film de Scorsese Commandos de l'inquisition, *Le Monde,* 16 octobre 1988 et TINCQ Henri, « Neuf intégristes inculpés dans l'affaire du cinéma Saint-Michel; les soldats perdus de la tradition catholique», *Le Monde,* 1 novembre 1988.

[1478] *Cass,* 1ère civ., 13 *av*ril 199*2,* « Affaire des femmes ».

[1479] CABANTOUS Alain, *Le blasphème …,op.cit. ,* p.206-207 et analytiquement BOULEGUE Jean, *Le blasphème… , op.cit*., p.17 et s.

Plus récemment, la controverse a resurgi à propos du retrait de nombreuses affiches de films (par exemple, celle du film de Milos Forman *Larry Flynt*, qui représentait un Christ crucifié sur le ventre d'une femme[1480], celle du film *Ceci est mon corps* de Rodolpho Marconi, ou encore celle du film *Amen* de Costa-Gavras, qui superposait une croix chrétienne à une croix gammée[1481]). En outre, plusieurs illustrations dans des journaux et magazines ont provoqué des réactions de la part de l'Église catholique[1482], alors que les publicités ne font pas exception à la règle : songeons par exemple à la publicité *Wolkswagen* inspirée de la Cène (1998), dans laquelle le supposé Jésus dit : « *Mes amis, réjouissons-nous car une nouvelle Golf est née* »[1483], ou bien à la publicité Benetton « *Tribute to women* » (2004) pour laquelle une affiche de 40 mètres de long avait été placée en plusieurs endroits (à Paris, en Europe et ailleurs), reprenant l'image de la Cène de Leonardo Da Vinci, à la différence près que le Christ et les apôtres étaient des femmes – des modèles accompagnées d'un homme, dos nu[1484].

Toutefois, la censure des arts en France au cours des dernières années a fait preuve d'une grande labilité, étant beaucoup moins centrée sur l'outrage aux croyances religieuses que dans les États où la religion jouit d'un statut officiel. Les oeuvres concernées par la censure sont premièrement des œuvres impliquant des questions de morale ou de protection de l'enfance (par exemple l'exposition *Présumés innocents,*

[1480] *TGI de Paris, ord.référé, 20 février 1997,* affaire « Larry Flint ».

[1481] Et qui, comme le note M.Boulègue, représentait les « silences » du Pape Pie XII lors du génocide des juifs.

[1482] A titre indicatif, voir l'affaire « Jésus était son nom », publication en la revue satirique « la Grosse Bertha », poursuivi pour blasphème contre le Pope: *Cour d'Appel de Versailles, 18 mars 1998* et *Cass, 2ème civ., 8 mars 2001*. Voir aussi l'affaire concernant l'article publié sur Charlie Hebdo « Bienvenue au pape de merde » ; *Ca, 2ème civ., 26 avril 2001* et plus récemment la représentation du Christ tenant un préservatif suite aux discours du Pape dans *Libération* à propos de l'utilisation du Préservatif en Afrique, *Cass, Ch.crim., 2 mai 2007*. Voir MBONGO Pascal, « Le traitement juridictionnel des offenses aux convictions religieuses », *op.cit.,* notamment pp.692-694.

[1483] TGI de Paris, ord.réf.(règlement amiable), *« affaire Wolkswagen »,* 1998*:* en effet, la la dernière a été assignée en justice par l'Association « Croyances et libertés » qui demanda de l'agence de publicité DDB-Needham France et le groupe Volkswagen 100 millions de francs en guise de dommages et intérêts.

[1484] *Cass., 1ère civ., 14 novembre 2006, « Tribute to women»,* note de GONZALES Gérard, « Liberté d'expression versus liberté de religion : le poids de la Convention européenne », *Gazette du palais,* 10 décembre 2006, n° 344 à 346, p. 9 : « *La liberté d'expression artistique demeure une zone encore assez floue de* la *jurisprudence européenne qui semble profiter aux États et à leurs jurisdictions à même de* développer *une jurisprudence spécifique dont le résultat demeure aléatoire »..* Cette affaire en particulier est importante, sachant qu'antérieurement, la Cour de Cassation française avait privé la satire et la parodie de la protection, lorsqu'ils visent à des fins commerciaux ; Cass. 1ère civ., 13 janvier 1998.

L'art contemporain et l'enfance à Bordeaux[1485] ou le livre *Rose Bonbon*[1486]), ensuite d'autres œuvres « dérangeantes » exposées dans l'espace public (ex. l'installation *Gagner Plus Travailler Moins* de l'étudiante chinoise Ko Siu Lan, devant l'Ecole de Beaux-Arts à Paris[1487]), et enfin des œuvres, des livres, ou de la musique violents ou liés à l'incitation à la haine (ex. la condamnation pénale des chanteurs du groupe *Nique ta mère*, d'un imitateur pour un pastiche de chanson intitulé *Casser du noir*, ou du livre de Louis Skorecki décrivant des actes commis par un serial-killer)[1488]. Il s'agit parfois également d'expositions à caractère historique, comme dans le cas de la condamnation par la Cour d'Appel de Limoges, en juillet 2010, du *Centre de la mémoire* en Haute-Vienne, à retirer de son exposition permanente une photo (présente depuis 1999) d'un industriel entouré de Hitler et Goering[1489] ou comme dans le cas de l'auto-censure d'un théâtre de Tananarive, à Madagascar, qui a retiré de ses propositions de programmation un spectacle relatif à la colonisation[1490].

b. Les critères retenus par les tribunaux

En ce qui concerne la diffamation religieuse en particulier, trois critères sont ceux qui sont le plus examinées par les tribunaux : le critère de la « publicité », l'intention de « parodie » et, enfin, l'intention de « provocation à la discrimination ou à la haine religieuse », alors que l'évocation de la nature « artistique » des auteurs de l'œuvre controversée, n'est généralement pas prise en compte.

i. Le critère (objectif) de la publicité

Une certaine sensibilité est remarquable quant à l'offense de la morale ou de la religion dans l'espace public, due sans doute à l'obligation de la neutralité de l'État.

[1485] HERZBERG Nathaniel, « Pas de procès pour les organisateurs de l'exposition "Présumés innocents" », *Le Monde,* 2 mars 2011.

[1486] DEVARRIEUX Claire, « Rose bonbon ; censure à l'horizon », *Libération ,* 3 mars 2002.

[1487] « Mitterrand fait raccrocher l'œuvre censurée», 11 février 2010, disponible sur http://www.rue89.com/confidentiels/2010/02/11/une-artiste-chinoise-censuree-par-les-beaux-arts-de-paris-137898, consulté le 8 mars 2011.

[1488] Les auteurs et les maisons d'édition de ce livre, comme du « Rose Bonbon » ont été condamnés par des tribunaux correctionnels français pour « diffusion du message à caractère violent » et « apologie à la pédophilie » respectivement, voir analytiquement, GAMET Laurent, « La liberté des arts et des sciences », *op.cit.,* pp.371-372.

[1489] Ligue des droits de l'Homme (Communiqué de Presse du 3 mars 2011): « Censure d'une exposition au Centre de la mémoire d'Oradour, disponible sur http://www.ldh-france.org/Censure-d-une-exposition-au-Centre, consulté le 8 mars 2011.

[1490] *Idem,* Communiqué de Presse du 19 décembre 2008.

Par exemple, dans l'affaire *Ave Maria*, le réalisateur a été condamné pour offense à l'ordre public, car l'affiche de son film a été diffusée en plein espace public[1491]. En revanche, dans l'affaire *Je vous salue Marie*, la Cour d'appel de Paris a jugé que, puisqu'il n'y avait pas eu de publicité et « *en particulier d'affichage du contenu provocant* », « *les atteintes dues aux aspects blessants de cette œuvre [étaient] nécessairement limitées aux spectateurs qui [avaient] pris l'initiative de se rendre dans lesdites salles* »[1492]. De même, dans *L'affaire des femmes,* la Cour de cassation jugea qu'il était loisible aux spectateurs « d'éviter le préjudice individuel qu'aurait pu leur causer le spectacle »[1493].

Ceci nous amène à penser qu'à l'inverse, lorsqu'il existe un consentement de la personne « offensée », aucune condamnation ne peut être considérée. Cette considération trouve cependant ses limites dans la protection de la dignité humaine, comme l'a démontré la controverse récente à propos de l'exposition *Corps*. En effet, à la différence des tribunaux allemands et américains, le Tribunal de Première instance de Paris, dans un jugement d'avril 2009, a interdit l'exposition, pour manque de décence, adoptant une position qui traduit manifestement l'héritage humaniste et spirituel européen dans la jurisprudence française [1494].

ii. Le critère de la parodie

La parodie concerne l'espace public et également les dessins de presse et la caricature. Dans l'affaire de la publicité Benetton, la Cour de cassation a affirmé le droit à la parodie, jugeant que la représentation « *n'avait pas pour objectif d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les atteindre dans leur considération en raison de leur obédience, ne constituait pas une injure, une attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance*

[1491] TGI Paris, ord.référé, 23 octobre 1984, précité.

[1492] Cour d'Appel de Paris, 23mai 1985.

[1493] Cour Cass., « Affaire des femmes », précité.

[1494] *TGI de Paris, ord.référé, 21 avril 2009, « Exposition Corps »:* « *le traitement des cadavres par l'État est, depuis le triangle thébain, Antigone, Créon, Polynice, au cœur du débat démocratique » et « l'espace assigné par la loi au cadavre est celui du cimetière* ».

religieuse »[1495].

Quant aux dessins de presse et à la caricature, les juges se montrent beaucoup plus indulgents : dans les nombreuses affaires où les associations religieuses portent plainte à l'encontre des journaux et des illustrateurs, la Cour de cassation, à l'instar de la doctrine[1496], ne saurait céder aux pressions des associations religieuses ; elle a toujours laissé ouvert le droit à la parodie. Dans l'affaire *Jésus était son nom* (*La Grosse Bertha*) par exemple, la Cour a jugé que « *tous les dessins [incriminés] tournent en dérision la religion catholique, les croyances, les symboles, les rites et la pratique religieuse, mais qu'ils n'ont pas pour finalité de susciter un état d'esprit de nature à provoquer la discrimination, la haine ou la violence* »[1497]. En outre, dans l'affaire des brochures montrant la caricature d'un personnage ressemblant à Jésus en préservatif (*affaire de la Sainte Capote*), qui d'après l'association requérante, était une image « dénaturée de religieuse », la Cour de cassation a souligné que les restrictions à la liberté d'expression sont « d'interprétation étroite », notamment du fait que de telles représentations illustrent un débat important sur le SIDA[1498].

iii. L'intention de provocation à la discrimination ou à la haine religieuse

L'intention de provocation à la discrimination et l'incitation à la haine (entre autres, religieuse) constituent les deux critères examinés par les juges et lorsque la plainte est fondée sur les articles 32 et 33 de la loi de la Presse de 1881. Conformément au droit international, les juges français ne sauraient admettre facilement l'existence d'une telle intention.

Nous pourrions mentionner tout d'abord à cet égard le cas de la reproduction des caricatures danoises en France. En effet, le journal *Charlie Hebdo* et son éditeur, qui

---

[1495] *Cour Cass., « Tribute to women »,* précité, note VRAY Henri, « Publicité commerciale », *Gazette du palais*, 10 mai 2007, n°130, p.25. Aussi, elle a affirmé le droit de la « liberté de l'activité commerciale », jugeant que *«l'exercice des activités religieuses n'est pas exclusif d'activités commerciales pour lesquelles la publicité réalisée lie souvent le produit à la fois du producteur ».*

[1496] Par exemple LEROY Michel, « La parodie religieuse n'est pas une injure ; Cour de cassation de France, 14 novembre 2006 », *RTDH*,p.875-884.

[1497] *TPI Paris, Jésus était son nom, précité*.

[1498] *Crim., n°05-81932,14 février 2006, affaire de la « Sainte Capote ».*

republia les caricatures en question en février 2006[1499], étant alors poursuivi pour « injures publiques envers un groupe de personnes en raison de sa religion » (article 33 de la loi de la Presse), ont été acquittés. En l'espèce, le Tribunal de Grande instance de Paris a souligné qu'« *attendu qu'il s'agit d'un journal satirique [...] dans une société laïque et pluraliste, le respect de toutes les croyances va de pair avec la liberté de critiquer les religions, quelles qu'elles soient* »[1500]. La décision étant attaquée par les organisations religieuses, la Cour d'Appel a également, de façon un peu plus modeste, qu'« *en dépit du caractère choquant, voire blessant, de cette caricature pour la sensibilité des musulmans, le contexte et les circonstances de sa publication dans le journal Charlie Hebdo apparaissent exclusifs de toute volonté délibérée d'offenser directement et gratuitement l'ensemble des musulmans ; que les limites admissibles de la liberté d'expression n'ont donc pas été dépassées* »[1501]. En ce qui concerne les accusations pénales, la 17e chambre du Tribunal correctionnel de Paris a débouté les associations islamiques demandeuses qui avait assigné Charlie Hebdo et France Soir pour incitation à la haine raciale, jugeant la plainte irrecevable[1502]. A une autre occasion plus récente d'ailleurs, à propos de la publication des dessins satiriques du Pape dans *Charlie Hebdo* dans son numéro « Spécial Pape » en septembre 2008, le tribunal correctionnel de Paris, ont jugé qu'« *il ne saurait être sérieusement soutenu que ces propos délibérément provocants et dans la ligne éditoriale générale de cet hebdomadaire satirique, incitent de quelque façon que ce soit le public à (...) la haine*» - ce qui a été retenu également ensuite par la Cour d'appel de Paris et la Cour de Cassation[1503].

Une lecture combinée de ces arrêts, nous permet alors aussi de constater que la persistance des associations religieuses de déposer des plaintes, sachant que la Cour

[1499] En effet, les caricatures en France ont été publiées d'abord par « France Soir » puis par Charlie Hebdo, dans un numéro spécial, ayant sur la couverture un dessin de Cabu avec la légende « *c'est dur d'être aimé par des cons* ».

[1500] Jugement de TGI Paris, 22 mars 2007, affaire des caricatures : Union des Organisation Islamiques de France et la Grande Mosquée de Paris c. *Charlie Hebdo* et son Directeur Philippe Val, poursuivi pour « injures publiques envers un groupe de personnes en raison de sa religion ». Voir aussi, MBONGO Pascal, « Les caricatures de Mahomet la liberté d'expression», *Esprit,* 2007, n°5.

[1501] Cour d'appel de Paris, 24 janvier 2008.

[1502] Le tribunal a considéré que la FFAIACA ne pouvait agir sur le fondement de l'incitation à la haine raciale, ses statuts « ne rempliss[a]nt pas les conditions de fond fixées par l'article 48-1 de la loi sur la presse, ne comportant aucune référence au combat contre le racisme ni à l'assistance des victimes de discrimination liée à l'origine ethnique, nationale, raciale ou religieuse ».

[1503] Jugement de TGI Paris, 2 juin 2009, affaire « Spécial Pape » (AGRIF c. Charlie Hebdo), et Cour d'appel de Paris, 7 avril 2010 ; Cour cassation 17 mars 2011.

de cassation permet d'éviter les abus[1504]. Nous sommes alors amenés à constater que l'accusation de « *protection des croyances* », notamment en matière d'expression artistique en France, échappe (relativement) à la vague des règlementations à la liberté d'expression, récemment resurgis[1505], ce qui s'explique peut être par le statut singulier et « divinisé » des arts en France. Ainsi, tandis que, dans un certain nombre de cas, la Cour de cassation a aisément détecté de la discrimination raciale pour le moindre des cas chez l'historien ou l'auteur[1506], dans la plupart des cas où un artiste ou un humoriste était en cause, elle s'est montrée indulgente. Michel Houellebecq a ainsi été acquitté en première instance de son accusation pour « provocation à la haine religieuse » à l'encontre des musulmans dans un entretien qu'il avait donné au magazine *Lire*[1507]. Dieudonné, condamné en première instance à plusieurs reprises pour « diffamation publique à caractère racial » à l'encontre des juifs[1508], a été relaxé en 2007 par la Cour de cassation au motif qu'« *il ne représentait pas des personnes de confession juive dans leur ensemble* »[1509].

C. D'autres États libéraux et/ou multiculturels ; les cas du Canada, de l'Allemagne, du Danemark et du Royaume-Uni

Les États libéraux utilisent généralement, comme nous l'avons vu dans le cas de la France, certaines critères, afin de considérer qu'une offense est permise ou

---

[1504] FAVRET- SAADA Jeanne, « La liberté d'expression et de création artistique en France aujourd'hui », disponible sur http://www.siawi.org/article163.html, mis en ligne le 15 juin 2007, consulté le 10 novembre 2010.

[1505] En effet, nous ne saurions s'en passer de la constatation de myriades autres types de restriction de la liberté d'expression vues depuis quelques années en France, résultant à la multiplication des procès et la « judiciarisation » de la liberté d'expression: et notamment, vis-à-vis la protection de l'honneur et la personnalité (« atteinte à l'honneur » fondée sur l'article 29 de la loi de 1881 ou bien diffamation; voir par exemple en l'espèce l'affaire de *Lindon et Otchakovsky- Laurens c. France* et July c/France, 22 octobre 2007 à propos du roman-réalité « le procès de Jean Maris-Le Pen »), les droits de propriété intellectuelle mais aussi de propriété tout court, lorsque le droit à l'image(la jurisprudence autorise pourtant la publication de personnes impliqués dans un événement qui provoque l'intérêt public, voir *Cass. Crim. 13 novembre 2003,Consorts R. c. Hachette Filipacchi*) ou bien le droit à l'image d'un bien est en cause (voir par exemple DUCREY Gérard, « Dessine-moi une maison », *Gazette du Palais,* 16 décembre 2006, n°351, p.8), la santé publique ou bien le racisme, la diffamation raciale et l'« apologie des crimes de guerre ou de crimes ou délits de collaboration ».

[1506] GOUTTES Régis (de), « À propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme », Gazette du Palais, 25 septembre 2001 n° 268, p. 6. Voir aussi, DUCREY Gérard, « Dessine- moi une maison », *supra,* note 1505.

[1507] *TPI de Paris, 17ème ch. 22 octobre 2002*. L'écrivain n'a pas par contre été amené en procès pour son livre.

[1508] La Ligue Internationale Contre le Racisme et l'Antisémitisme(LICRA) a déjà déposé au moins deux plaintes pour «incitation à la haine raciale et antisémitisme» dans la même affaire.

[1509] *Cour Cass., crim., 3 avril 2007,* alors qu'une nouvelle affaire est pendante.

non (l'espace public, le consentement, l'intention, etc.). Nous avons pourtant décidé de nous référer plus analytiquement ici uniquement aux États qui se sont trouvés confrontés depuis quelques années, et plus tôt que d'autres, au choix politique entre le « libéralisme » et le « multiculturalisme libéral ». Quatre exemples sont répertoriés ici : 1) Le Canada, 2) l'Allemagne, 3) le Danemark et 4) Le Royaume-Uni.

1. Le Canada

Le Canada est un État par définition « multiculturel », du fait du bon nombre de minorités et de peuples indigènes qui résident sur son territoire. Ainsi, le multiculturalisme est inscrit dans la Constitution canadienne, alors qu'une série de lois désignent des exceptions mises en place en faveur des cultures et des religions[1510].

En ce qui concerne l'offense des religions, il semble qu'au Canada, la « diffamation blasphématoire » (*blasphemous libel*) puisse être punie, selon la Section 296 (1) du code criminel canadien, d'une période d'emprisonnement allant jusqu'à 2 ans. La seule défense possible est dans ce cas que le blasphème ait été prononcé dans un langage décent ou *bona fide* (de bonne foi).

2. L'Allemagne

La résolution du « conflit » entre la liberté artistique et la liberté religieuse présente un intérêt particulier dans le cas de l'Allemagne. Tout d'abord parce que ce pays, au cours de la période nazi, a interdit toute forme d'art dit « dégénéré »[1511]. Ensuite en

[1510] Voir aussi *infra,* à propos de l' « aménagement » de la diversité culturelle, Chapitre 8.

[1511] En Allemagne nazie, tout artiste appartenant à un groupe non-toléré par l'idéologie nazie (Juifs, Tziganes, Communistes, Francs-maçons…) était catégorisé « dégénéré » ; Hitler (peintre lui même) n'accordait pourtant aucune valeur à l'art moderne, ni même pour l'expressionnisme allemand naissant, qu'il considérait, selon ses propres mots comme des « *attaques impertinentes à [la] culture[du Reich][...], promues par une bande d'escrocs* ». Ni la musique ni la peinture ni le théâtre ont pu échappé les atrocités commises : de nombreux compositeurs et musiciens (tels que Béla Bartók, Félix Mendelssohn et Kurt Weil), furent bannis par le pouvoir nazi et virent leurs œuvres interdites de publication et même brûlées, alors que parmi les artistes « dégénérés » nous pouvons citer les allemands Franz Marc, Max Beckmann, Carl Hofer, George Grosz, Wilhelm Lehmbruck et Willi Baumeister, ainsi que des non-allemands, tels que André Derain, Edvard Munch, Alexander Archipenco et Marc Chagall. Ainsi, des proches du régime, tel que le peintre et professeur Adolf Ziegler, étaient mandés par le Führer afin de « sécuriser » (c'est-à-dire confisquer) des peintures et sculptures possédées par les municipalités : ils pouvaient ainsi les classifier comme « dégénérées », puis les envoyer à des expositions organisées spécifiquement pour ces « œuvres dangereuses » afin que le public ne soit pas « contaminé » ; voir MERRYMAN John Henry et ELSEN Albert, *Law, ethics and the visual Arts*, *op.cit.* pp. 638-639.

raison de deux autres facteurs : 1) la place particulière dont la « liberté de l'art » jouit en Allemagne[1512] et 2) le fait que l'Allemagne traverse une phase transitoire, où le multiculturalisme reste un défi[1513].

Ainsi, nous pouvons remarquer que dans le célèbre arrêt *Méphisto*[1514], la Cour constitutionnelle allemande a affirmé pour la première fois, et conformément à l'article 5 de la Constitution, que « *la liberté de l'art [n'était] pas un cas particulier du droit plus large que la liberté d'opinion, mais une garantie distincte et spécifique* »[1515]. Cette jurisprudence a été confirmé dans l'arrêt *Esra,* qui concerne une nouvelle inspirée de personnages réels (une actrice et sa famille), la Cour constitutionnelle de Karlsruhe ayant réaffirmé sa jurisprudence *Mephisto*[1516]. En ce qui concerne le « blasphème » en particulier, nous pouvons rappeler que, dans le passé, de nombreux « fauteurs de troubles » (tels que Georg Grosz, Franz Herzfeld ou Oscar Panizza[1517]) ont été condamnés pour blasphème. La situation actuelle est sensiblement différente. En effet, le nouveau code pénal fédéral de 1969 ne comprend pas de références à Dieu (alors que l'ancien code pénal punissait le blasphème de trois ans d'emprisonnement). Toutefois, le code protège extensivement les sensibilités religieuses, mais il insiste plus sur la protection de l'ordre public : d'une part, il prévoit les offenses d'« *incitation à la haine* » (section 130) et d'« *atteinte de commettre des offenses par voie de publication* » (section 131), qu'il classe sous le titre neutre d'« *offenses contre l'ordre public* » ; d'autre part, son chapitre onze est dédié aux « offenses liées à la religion et à l'idéologie », et comprend : une section 166 intitulée *Diffamation des religions et des associations religieuses et idéologiques* ; une section 167 intitulée *L'exercice de la religion* ; une section 167a intitulée *Perturber des funérailles* ; enfin une section 168 intitulée *Déségrégation des*

[1512] Voir *supra,* note 327 et *infra* note 1814 et s.

[1513] Voir par exemple les discussions qui ont commencé en octobre 2010 : « Selon Merkel, le modèle multiculturel en Allemagne a "totalement échoué" », *Le Monde,* 18 octobre 2010.

[1514] Cour Const. Allemande: *Mephisto, BVerf GE30,* 1971, §173-191 ss aussi notes 93, 328.

[1515] JOUANJAN Olivier, « La liberté d'expression en République fédérale d'Allemagne », *in* ZOLLER Elisabeth (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Dalloz, Paris, p.152.

[1516] Voir *supra* note 93 et *infra* note 1814.

[1517] Comme il nous est connu de l'affaire de la Cour Européenne *Otto-Preminger c. Autriche,* cet auteur a été condamné à un an de prison pour la pièce intitulée *Le Concile d'amour* (Das Liebeskonzil), voir *supra* notes 45, 612 et *infra* Chapitre 6.

tombes. Toutefois, cette disposition n'a jamais été appliquée de façon sévère[1518] – mis à part en 2005 où un détenu a été condamné à un an d'emprisonnement pour diffamation à l'encontre la religion musulmane[1519].

3. Le cas du Danemark

Le Danemark amène un paradoxe : il s'agit d'un État à religion officielle (l'Église luthérienne évangélique) qui prévoit toujours dans son code pénal des dispositions concernant le blasphème. Toutefois, notre choix de le traiter tient plutôt à une observation sociale, à savoir le fait que le Danemark, État traditionnellement homogène et généralement libéral, a connu l'expérience d'une montée de la diversité culturelle extraordinaire au cours des dernières années, en raison principalement de l'immigration ; à cet égard, le Danemark a vécu une controverse radicale vis-à-vis des réactions islamiques, à la suite de la publication des caricatures de Mahomet par le journal danois *Jyllands-Posten*. Nous allons aborder de façon succincte le cadre juridique de la protection de la liberté d'expression au Danemark et l'avis du procureur de la République dans le cas des caricatures.

a. Le cadre juridique de la protection de la liberté d'expression et de l'offense des croyances au Danemark

Le Danemark garantit une protection très étendue de la liberté d'expression. Cette dernière est en effet protégée par l'article 77 de la Constitution (entrée en vigueur en 1849)[1520]. En ce qui concerne l'offense à la religion en particulier, le Code pénal

---

[1518] APCE(Rapport), « Blasphème, insultes à caractère religieux et incitation à la haine contre des personnes au motif de leur religion», Rapport de la Commission de la culture, de la science et de l'éducation, Doc. 11296, 8 juin 2007 :
- En 1981, dans une affaire dont le cardinal Meissner avait saisi la justice, la juridiction pénale d'appel de Cologne a estimé qu'une caricature(qui représentait Marie et Joseph) et qui défendait le droit à l'avortement, ne témoignait d'aucune hostilité envers les chrétiens ; - En 1985, la juridiction d'appel de Karlsruhe a déclaré qu'un article sarcastique concernant la Cène n'était pas une insulte ;
- La *Berliner Tageszeitung*, à qui l'évêque de Berlin avait intenté un procès à cause d'un article satirique, a été acquittée en 1987 ;
- En 1988, dans une affaire jugée à Bochum, la justice a estimé qu'une brochure insultante pour le Vatican ne risquait pas de troubler la paix civile ;
- Plus récemment, les parodies du pape Jean-Paul II ont été mis hors de cause.

[1519] En effet, l'ancien détenu «Manfred van H» a été condamné en effet à un an d'emprisonnement avec sursis et à trois cents heures de travaux d'intérêt général pour avoir imprimer les mots offensifs sur le papier toilette (qu'il avait ensuite envoyé à des médias et à des mosquées en 2006) malgré le fait que les lois sur le blasphème en Allemagne n'ont jamais été appliquées sévèrement, cas cité dans le rapport APCE(Rapport), « Blasphème, insultes.. », *supra,* note 1514.

[1520] JUSTESEN Pia, « Liberté d'expression et propos racistes, au Danemark », *RTDH*, 2001, p.342-365.

danois contient deux dispositions qui s'y rapportent : l'article 140 qui interdit le blasphème *stricto sensu*, et l'article 266b, qui érige en infraction pénale la propagation de déclarations ou d'autres informations par lesquelles un groupe de personnes est menacé, humilié ou insulté en raison de sa religion[1521].

D'un côté, l'article 140 du Code pénal protège les croyances religieuses de la moquerie et du manque de respect, à savoir que « *chaque personne qui offense ou insulte publiquement une religion peut être punie d'amendes et soumise à un peine d'emprisonnement allant jusqu'à quatre mois* »[1522]. Toutefois, l'article 140 a été rarement utilisé par le passé et, depuis la dernière condamnation pour blasphème en 1938, il est inusité[1523]. Dès lors, seules des lois contre la haine ethnique et religieuse sont actives. C'est le cas de l'article 226b du Code pénal, qui puise ses origines dans l'antisémitisme nazi ; il prévoyait initialement que « *quiconque émet publiquement ou avec une intention de diffusion à large échelle, des propos ou d'autres communications, par lesquels un groupe de personnes est menacé, insulté ou avili sur la base de la race, de la couleur de leur peau, de leur origine nationale ou ethnique, de leur foi ou leur orientation sexuelle, sera puni d'une amende, d'une peine de simple police ou de prison pouvant atteindre 2 ans* »[1524].

Les tribunaux danois se sont montrés à plusieurs reprises indulgents aux illustrateurs de presse, et le racisme n'est puni qu'à condition qu'il y ait diffusion publique des propos. Par exemple, dans une affaire où un magazine avait publié un jeu de mots croisé contenant une question-réponse raciste à l'encontre des Somaliens (1997)[1525], le tribunal avait condamné l'auteur à des travaux journaliers. Par contre, dans une affaire relative à une illustration de presse, où un africain était représenté à moitié nu,

---

[1521] APCE(Recommendation), «L'image des demandeurs d'asile, des migrants et des réfugiés véhiculée par les médias », Recommandation 1768, 5 octobre 2006.

[1522] « Possible criminal proceedings in the case of Jyllands-Posten's Article *The Face of Muhammed* » [« Décision sur la possibilité de poursuite pénale dans l'affaire de Jyllands-Posten »], Fiche No. RA-2006-41-0151 du Procureur de la République danois Henning Fode[traduction depuis l'anglais, parue sur *www.rigsadvokaten.dk/ref.aspx?id=890,* site consulté le 16 novembre 2010].

[1523] JUSTESEN Pia, « Liberté d'expression.. « , *op.cit.,* p.343.

[1524] *Ibidem*, p.346. Comme el relève l'auteur, cet article a été amendé afin de permettre la ratification du CERD par le Danemark, les motifs de discrimination illégale étant élargis à *« la race, la couleur de la peau, l'origine nationale ou ethnique et la religion* », et la peine a été aggravée.

[1525] La phrase incriminée était *« Quel est l'apport le plus important des Somaliens à la culture danoise? Le Narkohandel* [le commerce des narcotiques]», cité par JUSTESEN Pia, « Liberté d'expression.. » *op.cit*, p.347.

avec des lèvres gigantesque et des armes primitives (1998), la plainte a été rejetée, le dessin n'ayant pas été considéré comme de caractère suffisamment dégradant pour être visé par l'article 226b[1526].

Ainsi, il semble qu'au Danemark, la condition d'une condamnation d'une « offense à la religion » soit l'*intention* de diffusion publique de cette offense ; par exemple, un tribunal interne a estimé en 2001 que la prononciation des paroles « larbin juif » et « gros Juif » ne peut être considérée comme une insulte ou une menace par le groupe auquel la personne visée appartient, alors que le fait de prononcer en public « *maintenant il faut que le Danemark s'occupe une fois pour toutes de tous ces cochons d'étrangers* », est répréhensible[1527]. En outre, dans une affaire de 2000, un homme politique connu a été condamné sur la base de l'article 266b pour avoir accusé les musulmans d'être des « *criminels qui veulent massacrer les Danois* »[1528].

Toutefois, il devrait être dit ici que le Danemark a été plusieurs fois condamné pour la diffusion de propos racistes, non seulement par la Cour européenne[1529], mais également par le CERD, pour la violation de la Convention sur l'élimination des discriminations raciales, qui, dans le cadre de sa procédure de présentation de communications, reçoit un nombre important des communications émanant des individus danois, essentiellement à propos d'infractions inspirées par la haine, raciale et religieuse[1530]. Il semble d'ailleurs que le discours raciste et intolérant de la part des parlementaires de la droite a atteint au cours des dernières années une certaine hausse[1531], alors que, récemment, des propositions ont été faites par divers politiciens, tendant à abroger l'article 266B du code pénal danois[1532].

[1526] *Ibidem*, p.348.

[1527] *Ibidem*, p.353.

[1528] APCE(Rapport), « Blasphème, insultes... », précité.

[1529] Cour eur.dr.Homme : *Jersild,* précité.

[1530] CERD (jurisprudence): *Saada Mohamad Adan c. Danemark*, Communication no 43/2008, 21 septembre 2010, CERD/C/77/D/43/2008, mettant en cause des déclarations des parlementaires de la droite, et la violation de la Convention en raison de l'absence d'enquête effective pour déterminer s'il y avait eu un acte de discrimination raciale ; de même, *Mohammed Hassan Gelle c. Danemark*, Communication no 34/2004, 15 mars 2006, CERD/C/68/D/34/2004; voir aussi, malgré leur irrécevabilité, *Quereshi c. Danemark*, *P.S.N. c. Danemark*, *A.W.R.A.P. c. Danemark,* précitées, *supra,* notes 1090-1091.

[1531] Voir les décisions précitées, et également les O bservations finales du CERD sur le Danemark pour 2002 et 2006, précitées, *supra,* note 1093.

[1532] CERD (Observations finales), 10 septembre 2010, CERD/C/DNK/CO/18-19, §9 (Danemark).

b. L'avis du procureur de la République danois dans l'affaire des caricatures

Lors de l'affaire des caricatures, l'article *Le visage de Mahomet*, publié dans le journal *Jyllands-Posten* a suscité le dépôt de nombreuses plaintes et un certain nombre d'organisations internationales ont exprimé leur préoccupation[1533].Toutefois, il n'y a eu aucune poursuite judiciaire[1534].

En effet, la poursuite aurait pu avoir eu lieu au chef des sections 140 et 266b du Code pénal danois, telles qu'elles ont été exposées. Or, le procureur de la République a décidé de ne pas poursuivre l'affaire. En l'espèce, il a remarqué que : « *On ne peut donc pas supposer en général qu'un dessin du prophète Mahomet sera contraire à la doctrine religieuse et les actes de culte de la religion telle qu'ils sont pratiqués aujourd'hui, bien que certains groupes au sein de cette religion se conforment entièrement à l'interdiction de la représentation. Pour cette seule raison uniquement, un dessin du prophète Mahomet ne peut en soi constituer une violation de l'article 140 du Code pénal danois. Les dessins en question, qui, selon le titre illustrent "Le visage de Mahomet", ne sont pas, cependant […] une représentation du prophète Mahomet, mais une caricature de sa personne* »[1535].

4. Le cas du Royaume-Uni

Le Royaume-Uni est un État de tradition libérale ; la liberté religieuse est reconnue depuis 1689 avec la loi sur la tolérance et l'Église anglicane n'a quasiment pas plus de privilèges que les autres religions[1536]. Or, l'Église anglicane est « établie »[1537] , ce qui lui a permis d'avoir une position forte au sein de la société anglaise. Ainsi, le

---

[1533] APCE(Rapport), « L'image des demandeurs …», Doc. 11011, 10 juillet 2006, op.cit. Dans le rapport de l'APCE, et un autre précédent juridique est mentionné, qui établi, selon l'APCE, un « parallèle » avec l'affaire des caricatures et souligne la ressemblance de l'islamophobie et de l'antisémitisme et généralement de toutes les affaires d'intolérance. Il se réfère plus spécifiquement à un dessin satirique paru dans le quotidien italien *La Stampa* aux environs de Pâques 2002, durant le siège par Israël de l'église de la Nativité, à Bethléem, qui représentait « *l'enfant Jésus tendant la tête hors de la crèche et regardant incrédule un tank décoré de l'Etoile de David approcher rapidement (et dangereusement). Jésus s'écrie : 'Quoi ? Vont-ils me tuer une deuxième fois ?!* ».

[1534]« Possible criminal proceedings in the case of *Jyllands-Posten's* Article *The Face of Muhammed* », décision du Procureur danois précitée.

[1535] *Ibidem*.

[1536] *Ibidem*.

[1537] HAARCHER Guy, *Laïcité, op.cit*, p.59

gouvernement anglais a maintenu des lois sur le blasphème non seulement vis-à-vis de l'anglicanisme, mais aussi des autres religions chrétiennes : le blasphème a été un crime sous la « *common law* » de l'Angleterre et du Pays de Galles jusqu'en 2008[1538].

a. L'art offensif en Angleterre et sa réglementation

L'histoire de l'art « offensif » en Angleterre n'est certes pas nouvelle. Frank Fowell par exemple, écrit en 1913 que la « *notion de ce qui considéré blasphématoire en Angleterre aurait fait rougir tout critique d'esprit ouvert* », en répertoriant des cas de censure d'œuvres artistiques (même des œuvres de composition musicale), ou bien de leur édition lorsque ceci paraissait nécessaire aux censeurs[1539].

En effet, de nombreux écrivains et artistes ont été condamnés pour des écrits et des œuvres dissidentes, immorales ou bien blasphématoires[1540], alors que l'Acte des Théâtres de 1737 aurait résulté en une régulation sévère des pièces du théâtre, mêmes celle importées de France[1541]. En outre, un des procès fameux illustrant le conflit entre l'art et la moralité publique est sans doute celui qui a commencé à propos de *L'amant de Lady Chatterley*, écrit pas D.H. Lawrence en 1928 et non imprimé en Angleterre jusqu'aux années 1960[1542] – et ce, bien que le blasphème, grâce à la construction jurisprudentielle de Coleridge, soit alors « maintenu en dehors des tribunaux »[1543].

Dans la seconde moitié du XXe siècle, puisque seules deux actions en justice ont été intentées pour ce motif depuis 1922[1544], l'Acte de Justice criminelle de 1967

[1538] Voir notamment le Rapport de la Commission de Venise « Réglementation et répression du blasphème… », précité, p.55 et s.

[1539] Voir en général FOWELL Frank, *Censorship in England*(1913), Londres, Benjamin Bloom, 1972, p.224 et s.

[1540] En 1703, par exemple, l'écrivain anglais Daniel Defoe (écrivain célèbre de Robinson Crusoë), provoquant la haine de l'Église pour ses positions libérales, en faveur de la liberté d'expression et la liberté religieuses, a été condamné par la chambre des Communes à trois expositions au pilori, et à peine d'emprisonnement. *Ibidem,* p.224.

[1541] FOWELL Frank, *Censorship in England, op.cit.,* p.225.

[1542] ROLPH C.H.(éd), *Lady Chatterlay's Trial*(1961), Londres, Penguin, 2005. Voir aussi, pour les détails du procès aux États-Unis REMBAR Charles, *The end of obscenity*(1968), New York, 1986. Ce procès est par ailleurs intéressant, car il illustre la relation étroite entre moralité et religion.

[1543] NASH David, *Blasphemy…,op.cit*, p.182.

[1544] VAN DER VYVER Johan et WITTEJohn, *Religious human rights in global perspective: legal perspectives*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden- Boston, 1996, p.225 ; en effet, la dernière condamnation pour blasphème avant le « resurgissement » du crime du blasphème en 1978, était en 1922 et concernait une nouvelle qui contenait un passage décrivant l'entrée de Jesus à Jérousalen « *comme un clown du cirque assis à l'arrière de deux ânes*».

(*Criminal Justice Act*) avait abrogé le blasphème[1545]. Tout le monde juridique anglais fut surpris par le fait qu'à la fin des années 1980, le blasphème réapparaisse en tant qu'offense dans la *Common Law* ; il s'agissait de la fameuse affaire *Gay News* de 1977 (*Whitehouse c. Lemon*), où une requérante catholique très fidèle poursuivit le magazine *Gay News* pour avoir publié un poème de James Kirchup intitulé *The love that dares to speak its name,* et se référant aux amours homosexuelles de Jésus avec un centurion[1546].

Toutefois, en 1981, et malgré le fait que la requête du magazine ait été déclaré irrecevable par la Commission européenne (confirmant alors la position de la *House of Lords*), la Commission de Droit de l'Angleterre (*Law Commission*) a observé que le fait que quelque chose soit blasphématoire ou non est jugé seulement *ex post facto*[1547]. Ainsi, en 1985, cette Commission a recommandé l'abrogation de la loi sur le blasphème[1548]. Or, lorsque certaines organisations musulmanes anglaises ont voulu condamner les *Versets sataniques* (1989) en s'appuyant sur la loi contre le blasphème, la Cour nationale, comme allait plus tard le faire la Cour européenne dans l'affaire *Choudhury*, comme nous l'avons vu, rejeta la requête, en confirmant que le blasphème ne valait que pour la religion chrétienne.

b. La résurrection de l'idée de blasphème en Angleterre et son abolition

L'idée de blasphème a encore resurgi, suite à un certain nombre d'événements survenus en Angleterre depuis l'an 2000 et qui ont mis en péril la liberté de contester ou de se moquer des religions. Il s'agit par exemple de la suspension définitive de la pièce *Behtzi* à Birmingham en 2004 (une pièce de l'auteure sikh Gurpreet Kaur Bhatti, qui représentait des scènes de viol et de meurtre dans un temple Sikh et qui fut suspendue en décembre 2004 par crainte d'émeutes[1549]), de l'assignation en justice du

---

[1545] *Ibidem*.

[1546] Ce procès donna suite ultérieurement à un procès devant la Cour européenne des droits de l'homme ; voir *supra,* note 592.

[1547] Peut être aussi suite aux controverses provoquées par le film « La vie de Brian » des Monthy Python(1979).

[1548] *Ibidem*.

[1549] Voir sur cette affaire la punition des membres Sich qui manifestaient devant l'opéra par la Cour Royale; arrêt CO/1621/05 [2005] EWHC 2840 (Admin). Il est également intéressant de noter que la pièce ultérieurement des manifestations (en 2005) a été nominée du Prix Blackburn.*Index on censorship,* Vol. 39, n°1, 2006, pp.174-179 et « Editorial», *Art monthly,* déc.2005- janv.2006,

film *Da Vinci Code*[1550], des demandes d'annulation de diffusion de la comédie musicale de BBC *Jerry Springer The Opera* (2005)[1551], de l'auto-censure de la *Tate Gallery* lors de sa décision de ne pas exposer l'œuvre *Dieu est génial* (2006)[1552].

Le débat est alors reparti sur la pertinence des lois sur le blasphème, et l'un des arguments principaux était le fait qu'il serait discriminatoire d'interdire le blasphème à l'encontre une seule religion. La pression de la part des organisations non-gouvernementales pour supprimer le délit de blasphème[1553] a finalement conduit à l'abolition du crime de blasphème en mars 2008, de sorte qu'un art « offensif » en Angleterre n'est plus punissable.

§ 2. Les États susceptibles de punir l'expression artistique qui porte offense à la religion

Nous allons voir dans un premier temps que les États qui ont une religion officielle sont moins indulgents quant aux expressions considérés comme « offensives » envers la religion officielle, alors que dans les États religieux, le conflit entre l'art et la religion est généralement tranché en faveur de la religion, au nom de l'ordre public ou de toute autre cause. La situation est légèrement différente dans les États multiculturels, où le problème se pose en termes d'obligations étatiques, non pas de neutralité, mais de prévision de l'« exception religieuse » dans les règles de portée générale.

A. Les États où la religion jouit d'un statut « préférentiel »

Nous allons examiner dans cette section trois cas : le cas de la Grèce, État doté d'une constitution qui reconnaît le christianisme comme religion officielle ; le cas de la Russie où, malgré l'affirmation de la laïcité dans la Constitution, un renouveau de la

---

p.292.

[1550] High Court of Justice, *EHWC 719/2006.*

[1551] En janvier 2005, quarante-cinq mille plaintes demandèrent à la BBC par courriel d'annuler la diffusion de Jerry Springer, the Opera.

[1552] Œuvre plastique de John Latham, crée en 1991 « God is Great », *Art monthly, op.cit,* p.292.

[1553] Par exemple, voir le communiqué de Presse de Article19 « UK : Article 19 commends vote to repeal blasphemy », 6 mars 2008, disponible sur *www.article19.org/pdfs/press/uk-blasphemy-repeal.pdf,* consulté le 1er novembre 2010.

religion orthodoxe – qui va de pair avec l'extrémisme nationaliste – est apparu depuis la chute du communisme ; le cas du Chili, où l'État et l'Église sont officiellement séparés, mais où la religion romano-catholique jouit d'un statut préférentiel ; le cas d'Israël, État considéré par certains comme laïque, par d'autres, comme religieux, mais en tout cas un État où la religion juive joue un rôle important par définition [1554].

1. Le cas de la Grèce

Dans les Constitutions des années 1920, rédigées sous l'influence de la doctrine allemande, la liberté de l'art en Grèce était affirmée de façon très libérale[1555]. Mais les deux dictatures que la Grèce a connues avant et après la Première Guerre mondiale (Dictature de Metaxas, instaurée en 1936 et Dictature des Colonels entre 1967 et 1975) ont amené avec elles une répression très grave des arts – musique, littérature et théâtre – dissidents ou « de contenu et d'origine suspects » [1556] et notamment la persécution de chansons de *Rébétiko*[1557].

[1554] GILL Louis, « Israël est un État religieux », *Le Devoir*, Montréal, édition du Mardi, p.A7 mis en ligne le 29 juillet 2003 sur *http://classiques.uqac.ca/contemporains/gill_louis/Israel_État_religieux/Israel_État_texte.html,* consulté le 15 novembre 2010.

[1555] En effet, la liberté de l'art s'est institutionnalisé dans les Constitutions libérales de 1925 et de 1927, sous les auspices de Alexandros Papanastasiou qui prévoient que: « *Les arts et les sciences, ainsi que leur enseignements sont libres et ils sont mises sous la protection de l'État, qui participe à leurs soin et leur propagation* », THEODOSIS Gerasimos, *La liberté de l'art, supra,* note 325, p.29.

[1556] A l'époque les services de Contrôle du Ministère Présidentiel (en réalité un Comité de censure désigné par le Palais), instituèrent un service politique qui ne laissait rien circuler sans procéder à un contrôle préalable très sévère. Ces mêmes services contrôlaient la radiophonie de l'État et le genre des chansons qui y passaient. « Le grand cirque » de Iakovos Campannelis, le « Corps » et les « Caliardas » de Ilias Petropoulos, le « Armenisma » de Iakovos Koumantareas, « C'est moi ton Seigneur ton Dieu » de Kasdaglis ainsi que le « Ni Dieu ni Marx » de Jean François Rebel parmi d'autres ont été censurés alors que la pièce « Lysistrate » de Aristophane fut également banni en 1967. Des musiciens de notoriété, tels que Hatzidakis, Theodorakis et Xarhakos, virent leurs œuvres censurées – et ceci quelques soient les affiliations politiques, comme le montrent les trois artistes cités venant de tradition idéologiques très différentes. Ce sont les gauchistes évidemment qui souffrirent le plus; dans ses déclarations du Nouvel An, le roi qualifia les gauchistes de « contamination sociale», et ordonna la prohibition totale des chansons de musicien très populaires à la jeunesse politique, tels que Mikis Theodorakis par exemple. D'autres musiciens « engagés », tels que Dionisis Savvopoulos, Manos Loizos ou Christos Leontis, subirent aussi la censure. Voir à ce sujet le dossier de presse « Apostasie et censure » [Αποστασία και λογοκρισία] , *Eleytherotypia,* 16 /7/2005, ainsi que « Les poursuites de Rembétiko »[Οι διώξεις του ρεμπέτικου] , *Anti*, n° 674, p.41.

[1557] C'est ainsi que le Rémbétiko, mélange de musique continental et de celle apporté par les réfugiés de l'Asie mineure après la Destruction de la Smyrni (Izmir) et l'échange de populations dans le nors de la Grèce après les traités de Lausanne devint symboliquement celle d'une quête de liberté. D'après M. D'Allones « *c'est l'essence même de cette musique, extralégale et réversive, qui s'est forgée en fonction des violences qu'elle a subies depuis sa naissance » et d'après M. Dufrenne « le trait le plus arquant du rébétiko est sa créativité incessante: chaque individu, chanteur, musicien, danseur, mais aussi auditeur ou simple passant est incessamment solicité à créer, et le fait effectivement* ». Voir REVAULT D'ALLONNES Olivier, *La création artistique…supra,* note 316.

Après la restauration de la démocratie en 1974, l'article 16 de la nouvelle constitution de 1975 réaffirmait que l'art devait être protégé sans réserve (« *l'art et la science, la recherche et l'enseignement sont libres* »)[1558]. Or, du fait de la place prépondérante de l'Église au sein de la société grecque et de son rôle historique en tant qu'acteur important de cohésion sociale et politique (face aux « ennemis » de l'Est et de l'Ouest notamment)[1559], le crime de « blasphème malveillant » et d'« outrage à la religion » n'ont pas été abrogés du Code pénal[1560]. Aussi, la Constitution grecque permet la saisie des articles de presse après leur diffusion, « à raison de l'offense de la religion chrétienne ou d'autre religion connue »[1561].

Ainsi, à plusieurs reprises, l'expression artistique a été mise en cause, entre autres, au nom de la moralité publique et de la protection des croyances religieuses, par le biais du blasphème[1562].Nous pouvons nous référer à titre indicatif au cas de la *Dernière tentation du Christ* qui, comme aux États-Unis, en Italie, en France, au Royaume-Uni, en Afrique de Sud, aux Philippines, au Chili et dans d'autres États, a fait scandale

---

[1558] Article 16 de la Constitution de 1975/1996/2001, voir *supra*, note 327.

[1559] Ceci est illustré par exemple non seulement par la proclamation du Christianisme comme religion officielle de l'État dans la Constitution grecque, mais aussi par le nombre de modalités administratives qui nécessitent l'implication de l'Église, et également pas le nombre d'affaires où la Grèce a été condamnée par la Cour Européenne sur le fondement de l'article 9. Voir sur ces informations les travaux du Comité Héllenique des Droits de l'Homme (hchr.gr) et le Rapport International 2009 sur la liberté religieuse en Grèce, issu du « Bureau de la Démocratie, des Droits de l'Homme et du travail » de l'Ambassade des États-Unis en Grèce [Διεθνής έκθεση για τις θρησκευτικές ελευθερίες, γραφείο Δημοκρατίας, Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και Εργασιών] www.state.gov/g/drl/rls/irf.

[1560] Voir *supra*, note 561. Pour une approche analytique du blasphème en Grèce, voir - DIMOULIS Dimitris « Arguments pour la suppression des offenses à l'encontre la paix religieuse » [Επιχειρήματα για την κατάργηση των αδικημάτων κατά της θρησκευτικής ειρήνης »], paru sur le site de l'Union Hellénique pour les Droits de l'Homme(HLHR) *www.hlhr.gr/papers/dimoulis0.doc* et du même auteur « Blasphème, une survie féodale dans l'État religieux » [«Βλασφημία, μια φεουδαρχική επιβίωση στο θρησκευόμενο κράτος] *in* DARTEVELLE Patrice (dir), *Le droit au blasphème [à partir de la trad.grecque : Δικαίωμα στη βλασφημία],*Athènes, Mavri Lista, 2000.

[1561] Article 14§3(a) de la Constitution grecque 1975/1996/2001.

[1562] Un très bon aperçu a été présenté à l'occasion du Colloque International qui a eu lieu à Athènes, « Art et convictions religieuses », les 31 janvier et 1er février 2008, par SARAFIANOS Dimitris et TSAPOGAS Michalis, « La jurisprudence grecque : réponses aux blasphème dans l'environnement grecquo-prthodoxe » [Η ελληνική νομολογία: απαντήσεις στη «βλασφημία» στο ελληνορθόδοξο περιβάλλον] *in Colloque,* « Art et convictions religieuses : de l'affrontement à la coexistence » (2008). Également, des nombreuses affaires controversées sont répertoriées dans ZIOGAS (et al), *Les faces de la censure en Grèce[Όψεις λογοκρισίας στην Ελλάδα],* Athènes, Nepheli, 2008, pp.229-312. Voir aussi notamment : KYRITSIS, « Théorie et pratique du droit à l'expession artistique» [«Θεωρία και πράξη δικαιώματος καλλιτεχνικής έκφρασης »],*To S.[ΤοΣ],* n°2, 2007, p.400 et s.; VLACHOPOULOS Spyros, « La liberté de l'art… », DH[ΔτΑ], 1999, *op.cit.,* p.73–115 ; CORSOS Dimitris, « La liberté de l'art de la recherche scientifique et de l'enseignement selon le projet constitutionnel», Athènes, *RDPA,* 1975, p.115 et s. et généralement DAGTOGLOU Prodromos, *Libertés individuelles*, *op.cit.* p.65ss et 747ss ; IOANNOU Krateros, « L'audiovisuel entre la Constitution et le droit international », *RHDE*, n°2, 1989, pp.253-206.

(1988)[1563] ; au livre de Androulakis *Mn* (2000)[1564] ; à l'exposition Outlook[1565] où l'œuvre de l'artiste belge Thierry de Cordier *Asperges me* a été saisie et le curateur assigné en justice (2004)[1566] ; à l'affaire *Haderer*, concernant une bande dessinée dont le créateur a été condamné en première instance pour « injure de la religion par le biais de la presse » (2004)[1567] ; ou bien encore au cas du *Da Vinci Code*, également assigné en justice comme en France et en Angleterre (2005)[1568]. D'autres cas ne se réfèrent pas aux croyances religieuses mais démontrent la facilité de l'« offense » de la *personnalité* des groupes nationalistes et « localistes » à côté des extrémistes religieux (suite à la jurisprudence de la « Dernière Tentation » qui a accepté l'offense à la personnalité des requérants). On peut ainsi citer : le procès à l'encontre de M.Mpampiniotis, ancien Recteur de l'Université d'Athènes, lors de l'édition de son dictionnaire de la langue grecque courante, contenant la définition du terme « Bulgarien » : « *au sens péjoratif du terme, partisan de l'équipe de PAOK* » (2000)[1569] ; l'assignation en référé à l'encontre du film *Alexandre*, du fait de l'offense à l'histoire grecque et plus particulièrement à la figure d'Alexandre en tant que symbole national (2005)[1570] ; les mesures en référé et la saisie de l'œuvre vidéo de Eva Stephani *Anthem à la liberté*, suivie de l'arrestation du directeur artistique de l'exposition « *Art Athina* » pour l'œuvre (2007)[1571] ; la Controverse à propos de la pièce du théâtre « Ruselka », à la scène musicale nationale (2009)[1572].

[1563] *TPI d'Athènes, 17115/1988 (ΜονΠρωτΑθ 17115/1988)* – commentaire G.KAMINIS et CCass.(GC) (ΟλΑΠ 13/1999) - commentaire RIGOS G., *Ελλ Δικ.,* n°30, 1989.

[1564] *TPI d'Athènes, 5208/2000 (ΜονΠρωτΑθ 5208/2000),* voir VLACHOPOULOS Spyros « Affaire Andoulaki. Mn» [Υπόθεση Ανδρουλάκη. Μν], *To S.*, 2000, p.543 et s.

[1565] L'exposition Outlook en effet faisait partie de l'Olympiade Culturelle Grecque à l'occasion des jeux olympiques.

[1566] Voir Thierry de Cordier (entretien), « Je ne suis pas chrétien », *To Vima*, 14 Décembre 2003.

[1567] *Parquet Pénal d'Athènes, déc. 886, 26 février 2003* (*Συμβ.Πλημ.Αθηνών, 882/26.2.2003)*.

[1568] *TPI d'Athènes(référé), 18 mai 2006* et décision définitive *TPI d'Athènes 6520/2006* ; voir SKIADARESIS Gerasimos, « La liberté de l'art – projection du film cinématographique 'Code Da Vinci» [« Ελευθερία της τέχνης- η προβολή της κινηματογραφικής ταινίας 'Κώδικας Da Vinci' »],*To S.,* n°3, 2006, p.978 et s.

[1569] *TPI de Thessaloniki, 18134/98*.

[1570] *TPI de Thessaloniki, 2005(ΜονΠρωτΑθ 1235/2000).*

[1571] KAROUZAKIS Giorgos, « Des menottes à Art Athina »[«Χειροπέδες» στην...ArtAthina], *Eleyterhotypia*, 4 juin 2007.

[1572] En l'espèce la directrice de « Rusalka », une opéra qui allait se présenter à la scène Lyrique Nationale, a été accusée par les musiciens et le Conseil d'administration de l'orchestre de « honte et de perversité extrêmes » et de « corruption de la jeunesse » pour avoir présenté sur scène un baiser entre deux acteurs hommes.

A la lecture de ces affaires, il apparaît que l'assignation en référé pour offense du sentiment religieux de la part des associations religieuses, de l'Église et même des individus, est une pratique courante, les juges en référé et les tribunaux de première instance notamment ayant eu tendance à favoriser le sentiment religieux, en appliquant la loi pénale sur le blasphème pour offense à l'ordre public et aux symboles nationaux (en pénal), ou bien pour des dommages et intérêts à l'encontre des croyants, sur la base de l'offense de leur personnalité (en civil)[1573].

Cette facilité semble d'ailleurs d'autant plus étonnante que ceci n'est point le cas pour l'application de la loi 927/1979 sur la condamnation de la haine raciale. Ainsi, dans une affaire concernant la publication d'un ouvrage antisémite (*Les Juifs: toute la vérité*) écrit par un politicien d'extrême-droite, tant le Tribunal de première instance que la Cour d'appel d'Athènes[1574] ont acquitté l'auteur, ce qui a fait l'objet de critiques non seulement de la part de la doctrine mais aussi de la part du ECRI et du Comité du CERD dans ses observations sur la Grèce[1575]. Par ailleurs, même en faisant une lecture stricte de la loi pénale, la Cour de cassation grecque, déjà dans une affaire de 1984, avait clarifié que l'application de l'article 199 du Code pénal nécessitait de façon conjoncturelle tantôt « l'élément objectif » du crime, tantôt l'« élément subjectif » (le *mens rea*), à savoir : 1) la conscience qu'il s'agit de la publicisation de l'expression ; 2) la conscience de commettre un crime à l'encontre la religion ; et 3) l'*intention de nuire* (la « *malveillance* »)[1576].

2. Le cas de la Fédération de la Russie

Officiellement, la loi russe est conforme aux exigences internationales : la Constitution russe garantit le droit à la liberté d'expression (article 29), la liberté de

[1573] Comme le relève M.Tsakyrakis, la jurisprudence grecque a été inspirée d'une étude de 1966 qui considérait que la personnalité de l'individu grec contient l'élément de la foi chrétienne ; ce qui a eu comme résultat l'inclusion de l' « identité chrétienne » à la notion de la personnalité d'après l'article 57 du Code civil grec.

[1574] Cour d'Appel d'Athènes, 27 mars 2009. A noter la jurisprudence inverse de la Cour Européenne en la matière (*Garaudy contre France* (2003), précité et *Seurot contre France,* précité, voir *supra*, note 621 et s.

[1575] CERD (Rapport), 3 avril 2008, Observations finales, §133 (Grèce).

[1576] Cour de cass. 928/84, 5è Ch.(ΑΠ 928/ 84 E'Τρ), il s'agissait d'une pièce de théâtre(*Agios Prevezis*) dont le directeur et acteur ont été accusés pour « diffamation des religions malveillante ». En l'espèce, la CC grecque a cassée la décision de la Cour d 'Appel, pour manquement de raisonnement juridique, justement parce qu'il n'était pas précisée comment l'intention malveillante avait été dépistée.

religion (article 28) et le principe de non-discrimination (article 19) ; l'article 13 interdit l'incitation à la « guerre religieuse ». En outre, la Russie est un État largement orthodoxe, historiquement hostile aux minorités religieuses, notamment les juifs[1577].

Le Code pénal russe criminalise l'incitation à la haine fondée sur la la religion. Les actions visant à inciter nationale, raciale ou religieuse, l'humiliation de la dignité nationale et la propagande de la supériorité ou l'infériorité des citoyens sur leur base de leur appartenance religieuse, nationale ou raciale, peuvent donner lieu à des peines pécuniaires et à une restriction de la liberté pour une période qui peut aller jusqu'à trois ans[1578]. Si les mêmes crimes sont commis publiquement ou par les médias, les peines varient entre deux et quatre ans[1579]. En outre, si les même crimes ont été commis par quelqu'un qui tient une position officielle, les peines peuvent aller jusqu'à 500 000 roubles (15 000 euros) et l'emprisonnement, jusqu'à 5 ans[1580].

Or, comme en témoigne l'organisation Article 19, dans la pratique, l'article 282 a été plusieurs fois utilisé contre des artistes, dans un climat d'intolérance et de violence, avec très peu de voix alternatives[1581]. Les cas les plus flagrants ont été ceux d'Oleg Yanoushevsky, qui travaille sur les « icônes cosmopolites » de Ter-Oganyan et des Musées Sakharov[1582]. Par ailleurs, une affaire majeure de la Cour européenne concerne le musée Sacharov et en particulier l'exposition *Caution ! Religion*, pendante à la Cour européenne aujourd'hui. Elle concerne la requête de *Samodurov et Lyudmila Vasilovskaya*[1583], qui ont été condamnés par les juridictions internes pour

---

[1577] Rapport de Article 19 sur le cas de l'artiste Oleg Yanoushevsky, Londres, 2005, disponible sur *www.article19.org/pdfs/press/statementoyanushevsky.pdf*, consulté le 26 octobre 2010. Rapport de Amnestie Internationale, Documenty, Discrimination on grounds of race in the Russian Federation, March 2003, disponible sur le site de Amnestie, http://www.amnesty.org/russia/minorities.html, consulté le 26 octobre 2010. Voir aussi le troisième rapport du ECRI sur la Russie, 16 décembre 2005, CRI(2006)21, disponible sur le site de ECRI, *hudoc.ecri.coe.int/XMLEcri/FRENCH/.../RUS-CbC-III-2006-21-FRE.pdf,* consulté le 26 octobre 2010.

[1578] Article 282 du Code pénal russe cité dans le Rapport précité de Article 19.

[1579] *Ibidem*.

[1580] *Ibidem*.

[1581] Pour un répertoire des œuvres bannies en Russie, voir les Rapports du Article 19, *supra,* note 1573 et notamment « Art, Religion and Hatred: Religious Intolerance in Russia and its Effect on Art », Londres, décembre 2005. Voir aussi des informations sur http://www.readrussia.com/magazine/winter-2008/00043/.

[1582] *Ibidem*. Voir aussi : « Orthodox Bulldozer », *ARTNews,* mai 2004, p.140, cité dans le rapport de Article 19, *op.cit*.

[1583] CEDH : *Samodurov Yuriy et Lyudmila Vasilovskaya contre la Russie,* n° de requête 3007/06, décision d'admissibilité du 15 décembre 2009 ; la requête a été ajourné en ce qui concerne l'exposition « Caution ! religion » et a été déclarée inadmissible en ce qui concerne les plaintes sous

incitation à la haine religieuse sur la base de l'article 282§2 du Code pénal russe[1584]. Il ne s'agit pas d'un événement isolé : en juin 2009, un autre artiste connu, Alexander Shchednov, a été arrêté pour avoir créé un collage représentant Vladimir Poutine à l'occasion d'une exposition de ses œuvres dans la ville de Voronezh[1585]. En août 2010, le chanteur du rap Ivan Alekseev a lui aussi été arrêté et emprisonné, pour « hooliganisme »[1586].

3. Le cas du Chili

Le cas du Chili est intéressant car il s'agit d'un État qui, comme d'autres au XXe siècle, est sortie d'une longue période de dictature.

Selon Catherine Prada, le régime de Pinochet a créé une « mise au noir culturel » et un « *vacuum artistique* » ; les artistes dissidents, gauchistes dans leur majorité, devaient quitter le pays ou se conformer au régime[1587]. Or, l'État chilien a maintenu encore jusqu'en 2001 un « *système de censure pour exposition et publication de films* »[1588], établi dans la Constitution de 1980 (article 19 §2) et renforcé par plusieurs lois internes et décrets : ce système en effet établissait une censure cinématographique, permettant au Conseil de Classification cinématographique de refuser la diffusion de certains films. En outre, selon certaines provisions dans le Code pénal chilien, la « saisie préventive » de certaines types d'œuvres serait constitutionnelle[1589]. Le cas de l'affaire *Palamara Iribarne* [1590], auprès de la CIADH est également significatif. En l'espèce, il s'agissait de la censure d'un livre sur l'*intelligencia* militaire chiliaine écrit par un retraité des forces chiliennes navales, qui a été censuré au motif qu'il portait atteinte aux intérêts de l'armée et la sécurité

---

les articles 6 §1 et 7 de la Convention.

[1584] En effet, les organisateurs de l'exposition ont finalement échappé la peindre d'emprisonnement de 3ans, mais ont dû payer une amende pénale de 200,000 roubles (somme équivalent à 5.212 euros).

[1585] ARTICLE19 (Rapport) : « Artist alert », juin 2010, disponible sur le site http://www.article19.org/advocacy/campaigns/artists/artist-alert.html, consulté le 10 février 2011.

[1586] ARTICLE19 (Rapport) : « Artist alert », juin 2010, *ibidem.*

[1587] PREDA Caterina, *Dictators and Dictatorships: Artistic Expressions of the Political in Romania and Chile (1970s-1989): No pasó nada...?*, Universal Publishers, 2009.

[1588] Constitution de la République Chilienne du 24 octobre 1980/1989, article 19(12).

[1589] CIADH : *Olmedo Bustos et al.*, précité, voir *supra,* note 248 et s.

[1590] CIADH : *Palamara Iribarne c. Chile* 2005 (Sér. C), n°135, §78, 22 novembre 2005.

nationale; les manuscrits, les fichiers écrits sur ordinateur, et le livre lui même, ont été été détruits par le gouvernement(alors que seuls certains exemplaires ont été diffusés) alors que son auteur, M. Palamara Iribarne, a été condamné pour la mise en danger de la défense et de la sécurité nationale de l'État.

Le gouvernement a dû modifier sa constitution et supprimer certaines lois à la suite de sa condamnation par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme à propos du film *La dernière tentation du Christ*, pour violation de l'article 13 de la Convention interaméricaine des droits de l'Homme (dont le Chili est signataire depuis 1990) qui prévoit la censure préventive uniquement pour les spectacles publics et à des fins de « *protection morale de l'enfance et de l'adolescence* ». Aujourd'hui, la Constitution prévoit qu'aucune loi qui porte restriction à la liberté d'expression ne [doit] ingérer dans l'exercice du droit « dans son essence », substituant ainsi la censure à un système de classification.

4. Le cas de l'État d'Israël

Le cas d'Israël est particulièrement intéressant du fait de l'association de cet État à la religion hébraïque[1591]. Il est connu qu'en Israël, il a été interdit à l'orchestre philarmonique national de jouer des symphonies de Wagner par exemple[1592], que certains films traitant de l'Holocauste ont été interdits[1593]et que certains films en langue allemande ont été censurés par le Conseil des Films israéliens[1594]. D'autres formes d'expression symbolique ou artistique ont aussi été controversées ; par exemple une installation de deux artistes (un Israélien et un Suédois) intitulée *La Blanche Neige et la folie de la vérité,* qui évoquait la question des attentats-suicides[1595] ; ou une poupée représentant « Yasser Arafat » tenant des drapeaux

[1591] Sur l'État de la liberté des arts en Israël, voir généralement la thèse de FOURCHTEIN Alain, *Art et littérature dans le régime des libertés publiques en Israël,* Thèse en droit, Droits de l'Homme, Paris2, 1994 ; COHEN – ALMAGOR Raphael, *The scope of tolérance*, Londres – New York, Routledge, 2006, p.77.

[1592] COHEN – ALMAGOR Raphael, *The scope of tolerance…, op.cit.*, p.77.

[1593] Cour Supr. 549/75 *Noah Films c. Conseil de Censure des Films et des Pièces de théâtre*, PD 30 (1), 757, cité par COHEN – ALMAGOR Raphael, *ibidem*, p.85.

[1594] Cour Supr. *260/60 Forum Film c/ Conseil de Censure des Films et des Pièces de théâtre*, PD 15 (1), 611, cité par COHEN – ALMAGOR Raphael, *ibidem,* p. 82.

[1595] L'œuvre « La blanche neige et la folie de la vérité ». Voir à propos de cette affaire « Qui est blanche – neige » sur le site *www.avantart.com/music/feiler/snowwhite.htm,* consulté le 26 octobre 2010.

américains, fixée devant le Consulat américain[1596]. Toutes ces œuvres ont été légitimées par la Cour suprême qui a jugé, dans la dernière affaire par exemple : « *une société démocratique qui veut protéger tantôt la liberté d'expression tantôt les émotions publiques, devrait instituer un niveau d'"endurance". Seule une offense aux sensibilités du public qui dépasse ce niveau devrait justifier des restrictions à la liberté d'expression* »[1597].

Dans l'affaire de la *Dernière Tentation du Christ*, qui a encore une fois provoqué un scandale (mais cette fois-ci, vis-à-vis de la communauté chrétienne, donc, en l'espèce, une minorité religieuse), la Cour suprême israélienne a élaboré des critères méticuleux concernant l'offense. Selon la Cour suprême, l'offense doit être *sévère* et *exagérée,* deux critères qui n'ont pas pu être démontrés en l'espèce. En outre, l'un des juges a remarqué avec acuité que l'offense devait être mesurée uniquement du point de vue de la personne qui visionnait le film, étant donné que personne n'est forcé de le visionner[1598]. Il a ainsi introduit le critère du *consentement*.

B. Les États religieux: le cas des États musulmans

Naturellement, dans les États où la séparation entre l'État et la religion n'est pas claire, et où il existe par conséquent des tribunaux qui appliquent une loi religieuse, le conflit entre « l'art et la religion » acquiert une dimension différente. L'exemple le plus flagrant est à notre avis celui des États islamiques où, malgré les variations, la Charia est appliquée dans une grande mesure par les tribunaux islamiques. Nous allons d'abord nous pencher sur le cadre général de la liberté de l'art dans les États musulmans, puis examiner le cas de l'Iran en particulier.

[1596] Cour Supr. 953/89, *Indor c. maire de Jerusalem,* cité par COHEN – ALMAGOR Raphael, *ibidem*, p.92. Sachant que les maires en Israël ont le *pouvoir* de protéger contre les sensibilités, il a été demandé par le maire d'enlever la poupée.

[1597] COHEN – ALMAGOR Raphael, *op.cit.,* p.92.

[1598] Cour Supr. *806/88 Universal Studios c. Conseil de Censure des Films et des Pièces de théâtre*, PD 15 (1), 611, *ibidem*, pp. 90-92.

1. Quelques remarques sur la liberté de l'art dans les États musulmans

Les États musulmans fournissent un cadre d'étude intéressant, puisque la religion musulmane, d'après de nombreux auteurs musulmans, précède généralement le droit[1599], alors que la foi et la loi ne sont pas forcément séparées[1600].

Ainsi, dans les cas des Républiques islamiques « officielles » (l'Iran, le Pakistan, l'Afghanistan, le Yémen et l'Arabie saoudite) où la religion est la source unique de la loi, la censure de l'art est la règle. Par ailleurs, selon la Déclaration du Caire sur les Droits de l'Homme en Islam (fruit de l'organisation de la Conférence islamique), il est interdit de s'exprimer si cela est en contradiction avec l'Islam[1601]. La protection des droits moraux et patrimoniaux des artistes est assurée « *sous réserve que celle-ci ne soit pas contraire aux préceptes de la loi islamique* »[1602], et l'enseignement artistique, tant comme obligation que comme droit, est restreint à la conformité aux principes de l'Islam ; ils ont pour but la consolidation de la foi en Dieu[1603].

Dans les autres cas, où la religion musulmane est pratiquée par la majorité de la population (en Égypte, au Liban ou au Maghreb par exemple), la censure est modérée. Toutefois, en Égypte, des écrivains connus comme Alla Ahmed, Farag Foda et Naguib Mahfouz ont été poursuivis pour « blasphème » et leurs livres souvent saisis pour offense aux mœurs publiques[1604]. La version de « Mille et Une nuits » publiée en 1985 fut même jugée pornographique par l'Université du Caire[1605].

[1599] ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami Awad, *Religion et droit…, op.cit*., p.269 et s.

[1600] Par exemple, le droit musulman distingue entre deux catégories de délits punis de peintes fixes, prévues par le Coran (les hudud) et les délits punis de peines discrétionnaires (les ta'zir). Voir ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami Awad, *Religion et droit*…, *op.cit,* p.138.

[1601] Voir par exemple l'article 22§1 de la *Déclaration du Caire*, *supra,* notes 278-282.

[1602] *Ibidem,* article 16.

[1603] *Ibidem,* article 9: « *La quête du savoir est une obligation. L'enseignement est un devoir qui incombe à la société et à l'État. Ceux-ci sont tenus d'en assurer les voies et moyens et d'en garantir la diversité dans l'intérêt de la société et de façon à permettre à l'homme de connaître la religion islamique et de découvrir les réalités de l'univers, en vue de les mettre au service de l'humanité* » et « *[…]Cette éducation doit développer la personnalité de l'homme, consolider sa foi en Dieu, cultiver et lui donner le sens des droits et des devoirs et lui apprendre à les respecter et à les défendre* », voir *supra,* note 276 et texte accompagnant.

[1604] Par exemple, en 2009, la police égyptienne a saisi des livres « immorales » de la maison d'édition *Dar-el Malamaeh*, alors que la cour nationale a imposé une amende de 5.000 livres; voir ARTICLE19 (Rapport) : « Artist alert », juin 2010, précité.

[1605] Voir le rapport du *World Press Freedom Committee*(WPFC), disponible sur le site de l'WPFC, http://www.wpfc.org/ index.php?q=search/node, consultés le 10 octobre 2010.

Même dans les États laïques, où la population musulmane est majoritaire, les tribunaux ont régulièrement recours à la Charia et à l'interdiction de l'art ou de la littérature « blasphématoires ». C'est le cas en Turquie par exemple, mais aussi dans d'autres États du Moyen Orient comme la Syrie ou l'Irak, ainsi qu'en Afrique centrale et de l'Est (Tchad, Sénégal, Burkina Faso, Guinée, etc.). Ces pays maintiennent des lois qui visent à la répression des minorités ou à servir d'autres buts politiques, en utilisant le prétexte de lois contre l'incitation à la haine, pour la protection des mœurs publiques ou pour la sécurité nationale. En Turquie en particulier, on peut songer aux nombreuses condamnations d'artistes et écrivains kurdes ou pro-kurdes, en vertu de l'article 312 du Code pénal turc pour la prévention du terrorisme[1606], comme par exemple la persécution d'écrivains comme Nedim Gursel ou même le Prix Nobel Orhan Pamuk [1607].

2. Le cas du Pakistan

Au Pakistan, le conflit entre l'art et la religion ne saurait exister non plus : l'art devrait toujours se conformer à la religion[1608]. Dans ce cadre général, il va de soi que la liberté de l'art n'existerait pas. Les producteurs de films se plaignent des politiques de censure stricte, citées comme la raison principale des difficultés financière rencontrées par l'industrie cinématographique du pays[1609]. Les artistes, y compris les chanteurs tels que le musicien populaire Adnan Sami Khan, font constamment face aux critiques et, dans certains cas, aux menaces, principalement de groupes orthodoxes d'opposition aux musiciens de la scène pakistanaise en Inde. Il existe aussi des restrictions de l'expression artistique des étudiants sur les campus et des groupes orthodoxes perturbant les programmes musicaux [1610]. Pendant les manifestations contre les caricatures du Prophète, cinq personnes ont été tuées au

[1606] Voir, à titre indicatif, les affaires auprès de la Cour européenne, notamment, *Ulusoy c. Turquie*, requête n° 34797/03, 24 septembre 2007 (non publié), concernant l'interdiction d'interpréter une pièce de théâtre en kurde (« République des fous ») dans les salles d'une municipalité ; *Kar et autres c. Turquie*, requête no 58756/00, 3 mai 2007(non publié), concernant la condamnation de deux acteurs, pour avoir participé à une pièce du théâtre pro-kurde ; *Akdaş c. Turquie,* no 41056/04, 16 février 2010, (non publié), concernant la censure du roman de Guillaume Apollinaire « Les onze mille verges », voir *infra,* la section suivante.

[1607] ARTICLE19 (Rapport) : « Artist alert », juin 2010, précité.

[1608] Voir *supra*, note 631 et s.

[1609] Rapport annuel de 2001 sur les Droits de l'Homme au Pakistan, Lahore, 2001, disponible sur *www.hrcp-web.org/pdf/Archives%20Reports/AR2001.pdf* - *Pakistan,* consulté le 26 octobre 2010.

[1610] *Ibidem*.

Pakistan, alors que même des livres « blasphématoires » à l'encontre du christianisme sont interdits[1611], ce qui est sans doute liée à la violation des droits des minorités religieuses au Pakistan[1612]. Plus récemment, en 2010, à la suite d'un arrêté juridique d'une Cour pakistanaise, l'accès à certains pages du site du réseau social Facebook a été banni, en raison de la publication d'un concours sur les « visages du Prophète »[1613].

3. Le cas de l'Iran

La liberté de l'art n'existe pas en Iran. Les artistes sont contraints soit de s'autocensurer afin de se conformer aux préceptes religieux et gouvernementaux, soit de s'auto-exiler en émigrant. Selon les rapports des organisations internationales, la censure en Iran est courante, au nom de l'ordre public, de la sécurité nationale ou bien de la moralité et la religion, et elle est injustifiée et disproportionnée[1614]. En effet, l'Iran est passée à travers des périodes de grande turbulence politique ; il suffit à titre d'exemple de se rapporter au bombardement des librairies de 1986. S'il est vrai qu'une période de « tranquillité » a suivi l'acceptation iranienne de la Résolution 598 des Nations Unies, il est tout aussi vrai que cette accalmie ne saurait durer. Les vingt dernières années en Iran ont été marquées par la censure : qu'on se souvienne de l'arrestation, de l'emprisonnement et de l'assassinat collectif d'écrivains et d'artistes organisé en 1998 suite à leurs « crimes de sanctuation » et de « corruption » ; qu'on se rappelle les fatwas à l'encontre des dissidents et la création de l'Unité d'Inspection des librairies. En 2002, les 50 écrivains et artistes iraniens qui s'étaient opposés à la *fatwa* à l'encontre de Salman Rushdie ont vu la *fatwa* s'étendre à eux- mêmes[1615].

[1611] Le Pakistan interdit le *Code Da Vinci* (« Pakistan bans Da Vinci Code film »), BBC News, 4 juin 2006, disponible sur http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/5045672.stm, consulté le 16 octobre 2010. La réponse du ministre Gulab Amal Gandoo lors de l'interdiction du film Da Vinci Code ai Pakistan : « *l'Islam enseigne le respect de tous les prophètes du Dieu tout puissant et une dégradation de n'importe quel prophète a autant de portée que la diffamation de tous les autres* ».

[1612] Voir notamment REHMAN Javaid, « Minority Rights and Constitutional Dilemmas of Pakistan » *Netherlands Quarterly of Human Rights,* Vol. 19, n°4, 2001.

[1613] « Pakistani court orders Facebook blocked in prophet row », BBC News, 19 mai 2010, disponible sur http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/8691406.stm, consulté le 16 octobre 2010.

[1614] Article19(Rapport), « Unveiled : Art and censorship in Iran », Londres, septembre 2006, disponible en ligne sur *www.article19.org/pdfs/publications/iran-art-censorship.pdf,* consulté le 16 novembre 2010.

[1615] MOUSAVI Naheed, « Iran : Les limites obscures de la liberté », *Index on Censorship,* n°3, 1992, p.18.

En Iran, la réglementation concernant l'art est extrêmement détaillée, et les Conseils de censure sont extrêmement puissants. Les réglementations législatives sur l'art apparues en 1983 incluaient le respect de la *Charia*, des coutumes et de toutes les lois religieuses. Ceci oblige par exemple toutes les actrices à paraître toujours avec le port du *hijab* et leur interdit le port du maquillage, « *le port du chaddor par des caractères négatifs* », « *le port de cravates et de toute autre signe qui dénonce l'influence de l'Occident* »et oblige les réalisateurs à « *éviter les coiffures de cheveux qui montrent de l'autonomie ou de l'immoralité* »[1616]. A ces règles s'en sont rajoutées d'autres, en 1993, en 1996 et encore en 2005, afin d'établir « *un cinéma iranien anti-impérialiste* », qui inclut l'interdiction de la « *représentation de toute culture étrangère* », de « *tout contact physique entre hommes et femmes* » et l'interdiction « *de la profanation et de la négation de toute les branches de l'Islam et de toute autre religion connue* »[1617].

Par ailleurs, la censure des livres est assurée en Iran par un Conseil gouvernemental, qui peut soumettre toute œuvre à un examen exhaustif avant de donner une permission de publication. Comme le rapporte l'Article 19, certains de ces règlements interdisent totalement les œuvres qui encouragent, entre autres :

- la profanation et la négation de la signification de la religion, la propagation de la prostitution et de la corruption morale, l'incitation du public à un soulèvement contre le pouvoir et l'opposition à l'ordre de la République islamique de l'Iran ;
- la création de troubles et de conflits entre les tribus et les groupes religieux et l'atteinte à l'unité de la société et à l'intégrité territoriale du pays ;
- les insultes ou affaiblissements touchant la fierté nationale et le patriotisme et créent une perte de confiance en soi devant la culture, la civilisation et les régimes impérialistes de l'Occident ou de l'Est[1618].

Ainsi, aucune conclusion positive ne saurait être tirée de la situation en Iran, sachant qu'en 2010 les actrices, même étrangères, doivent toujours porter le voile[1619] ; le réalisateur Jafar Panahi a été emprisonné pendant deux mois pour un film qu'il avait à

[1616] SOLTANI, cité dans Article 19(rapport), « Unveiled : Art and censorship in Iran», précité, p.20.
[1617] *Ibidem*, p.22.
[1618] Rapport du Article 19, *op.cit*., p.26.
[1619] PIERRAGI Art-Henri, « Le voile et la toile », *Artpress,* n°365, p.21.

peine commencé[1620] ; la poétesse iranienne Simin Behbahani a dû affronter une interdiction de retour en Iran[1621]. En outre, depuis la présidence d'Ahmadinejad en 2005, la censure des livres a augmenté (à peine 3 000 livres imprimés contre 10 000 dans les années 1970 [1622]). Il semble aussi que le pouvoir conservateur, suite à la nouvelle révolution de juin 2010, ait réussi à réinstaurer en Iran un régime basé sur une compréhension puritaine et étroite de la tradition islamique.

[1620] « Iranian film director Jafar Panahi arrested », *BBC,* 2 mai 2010 disponibles sur http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/8545505.stm, *consulté le 26 octobre 2010*.

[1621] «Iranian poet Simin Behbahani handed travel ban», informations, *BBC,* 8 mai 2010, disponibles sur http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/8556057.stm, *consulté le 26 octobre 2010*.

[1622] ARTICLE19 (Rapport) : « Artist alert », juin 2009, précité, conformément à une investigation de l'*International PublishersAssociation*.

Conclusion du chapitre

Dans ce cinquième chapitre, nous avons esquissé une étude des rapports entre art et religion dans différents États, en tenant en compte de leurs environnements culturels et législatifs respectifs. Notre volonté a été d'explorer attentivement les relations « passionnées » entre la religion et les arts, de mettre en exergue la nature des valeurs en cause et de démontrer leur relativité dans un sens qualitatif. Nous avons donc conclu de cette étude comparative que, d'un point de vue culturel, législatif et jurisprudentiel, il serait difficile de dégager des standards communs concernant la résolution du conflit entre l'art et la religion et que seuls certaines tendances peuvent être discernées.

Plus analytiquement, nous avons commencé par révéler les principaux traits de ces relations, du point de vue de l'histoire des arts et des civilisations, en nous basant sur diverses sources. Nous avons d'abord découvert que, tantôt sociologiquement tantôt historiquement, la spiritualité était un élément fondamental du processus créatif. Et que cette spiritualité se manifeste à travers une série de codes éthiques qui lui sont inhérents, aussi bien que par le biais du symbolisme esthétique. En ce sens, nous avons également évoqué des concepts philosophiques comme la dialectique entre l'éthique et l'esthétique. Nous les avons explorés dans l'œuvre de grands philosophes anciens ainsi que chez Kant, Nietzche, Hegel et Wittgenstein et nous avons étudié le lien que l'on trouve entre la pratique des arts et la spiritualité.

Ensuite, nous avons montré qu'il n'y avait aucun conflit *a priori* entre les arts et les religions. Pour ce faire, nous nous sommes dirigée encore une fois vers l'histoire de l'art et des religions. Nous avons pris comme exemple les cas du christianisme, de l'Islam et du bouddhisme. On peut conclure de notre étude que, au moins jusqu'à la modernité, toutes ces religions ont certainement un effet positif« d'impulsion » sur les arts, même si certaines religions ont été plus tolérantes que d'autre à l'encontre de la représentation de l'image des dieux.

Nous avons ensuite contesté nous-même cette approche, en apportant des contre-exemples qui démontrent que les religions ont également eu, selon la période considérée, des effets catastrophiques sur les arts. Nous avons également démontré que c'était le cas des dogmes religieux et du fanatisme, et non des religions en tant qu'idéologies philosophiques ou spirituelles. Nous avons traité à ce propos de quelques exemples, comme l'iconoclasme à Byzance, dans le but d'éclairer la confusion qui a toujours existé entre l'interdiction de l'idolâtrie, en tant que conséquence naturelle de la vénération exclusive d'un seul Dieu, et l'interdiction généralisée de la pratique des arts.

Nous avons ensuite étendu notre problématique en évoquant l'impact radical de la modernité sur l'art, en particulier à travers l'invention de nouvelles techniques (y compris celles de reproduction des œuvres), l'abandon de l'idée de « génie » artistique, et la transformation totale de la notion traditionnelle de « beauté » . En particulier, nous avons suggéré que la modernité a notamment eu pour résultat l'abandon de la quête du divin, mais également l'accentuation des « échanges » culturels et artistiques, avec une ouverture et une tolérance généralisée envers l'acte de représenter aussi le divin. Nous avons aussi suggéré que le rapport paradoxal des arts avec les religions dans le monde non-occidental (y compris l'accentuation de ce qu'on appelle parfois les « conflits culturels ») est directement lié au phénomène de la mondialisation (nous analyserons plus avant cette idée au chapitre 8 de la thèse).

Sur le plan juridique, nous avons remarqué que les déviances quant à la variété de solutions juridiques adoptés vis-à-vis des offenses « artistiques » à la religion sont surprenantes. Généralement, nous pouvons remarquer que, dans les États libéraux, malgré la persistance des groupes religieux, les tribunaux continuent de donner droits aux artistes, illustrateurs etc., alors qu'en revanche, dans les États religieux (ou parfois « quasi-religieux »), la religion s'avère en censeur très puissant. Nous avons étudié le cas de certains États en particulier, en différenciant les États susceptibles de ne pas punir l'expression artistique qui porte offense aux croyances religieuses, des autres États qui pourraient le faire.

- Nous avons pu situer à l'une extrémité de cette variété de solutions, les États- Unis,. En effet, cet État est le seul au monde à accorder une protection à la liberté

d'expression de façon *en principe* « absolue », en vertu du Premier Amendement et le seul au monde où la Cour Suprême ait explicitement écarté depuis les années 1950, tanôt la méthode de la « mise en balance », tantôt, le délit de l'outrage au sentiment religieux. Nous étant initialement penchée plutôt favorablement sur la méthode américaine, nous avons pu conclure notre recherche que l'exemple n'était pas parfait : d'une part la protection aux États-Unis est affaiblie par de nombreuses exceptions, dont le nombre a tendance à s'accroître (obscénité, incitation à un acte illicite, incitation à la haine, plus récemment pédophilie, etc.) ; d'autre part, le débat sur la liberté de l'art n'est que transposée sur le plan du financement des arts, notamment par le secteur privé.

- Nous avons examiné par la suite le cas de la France, non seulement en raison de la consécration de la laïcité « à la française », mais aussi parce que les tribunaux français suivent une méthode radicalement différente de la méthode américaine. Nous avons conclu que les restrictions de l'expression en France sont plutôt variées. Toutefois, nous acons remarqué que la question du blasphème persiste, par le biais de la diffamation religieuse ou de la discrimination fondée sur la religion, alors qu'il est maintenu en tant que tel en Alsace-Lorraine et dans certains départements d'Outre-Mer. Dans le reste de la France, le blasphème n'existe pas en tant que tel. Le nombre de plaintes qui sont déposées régulièrement par des associations pro-religieuses à l'encontre de films, d'activités ou de spectacles artistiques, fondés sur l'accusation de diffamation (entre autres religieuse), est assez important, même si l'aboutissement en est le plus souvent la relaxe pour les blasphémateurs, notamment en application de certaines critères (par exemple, l'espace public, la parodie, ou l'absence d'intention). Nous avons ainsi pu remarquer également que les tribunaux français ont jugé que la reproduction des « caricatures danoises » en France ne portait d'aucune façon sur le sentiment religieux (alors que, par exemple, nous avons eu l'occasion de voir, dans l'introduction de la thèse, qu'ils se sont montrés beaucoup plus rigides à propos de l'exposition controversée *Corps*).

- Nous avons par la suite survolé le cas de certains autres États libéraux, y compris des États à tendance « multiculturelle », indépendamment de l'existence ou non d'une religion officielle ; nous nous sommes référée plus particulièrement au cas de certains de ces États, qui maintiennent des lois sur la diffamation religieuse, tels que le Canada, le Danemark et le Royaume-Uni (ce dernier a tout de même abrogé les lois sur *la pénalisation* du blasphème en 2009). Malgré les variations, nous avons pu

observer que les tribunaux retiennent généralement le critère de l'intention de l'outrage aux religions et appliquent de façon conséquente le principe de proportionnalité.

- Nous avons insisté sur l'avis du procureur de la République dans le cas des caricatures, qui n'ont pas été poursuivies au Danemark. En effet, le procureur a considéré qu'« *on ne peut donc pas supposer en général qu'un dessin du prophète Mahomet sera contraire à la doctrine religieuse [islamique] et les actes de culte [...] tels qu'ils sont pratiqués aujourd'hui* » car il ne s'agissait pas de Mahomet mais simplement d'« *une caricature de sa personne* ».

- Nous avons également examiné des États qui ont une religion officielle ou des États où la religion jouit d'un statut préférentiel. A cet égard, nous avons choisi des États de contexte européens ou non (la Grèce, le Chili, la Russie et Israël). Nous pouvons pu observée que dans ces États, l'interdiction du blasphème était incluse dans le code pénal et que les condamnations pour « blasphème » sont dus notamment à la persistance des tribunaux de première instance. En revanche, les Cours Suprêmes respectives semblent appliquer de façon réussie les méthodes de la proportionnalité, de l'intention de l'offense ou de l'abus – à l'exception de la Russie, qui fait encore preuve d'une grande intolérance religieuse. Nous avons à cet égard attiré l'attention sur l'affaire – pendante jusqu'à aujourd'hui– à la Cour européenne à propos de l'exposition *Caution ! Religion* (*Samodurov et Lyudmila Vasilovskaya c. Russie*).

- A l'autre extrémité des types d'États considérés sous l'angle de la résolution du « conflit » en faveur de la religion, nous avons situé les États officiellement islamiques (nous avons pris pour exemples la République islamique d'Iran et le Pakistan). Nous avons constaté que, dans ces États, l'art était supprimé ou autocensuré *de facto,* lorsqu'il allait à l'encontre des préceptes religieux d'une façon ou d'une autre.

Somme toute, nous avons pu conclure :

1) qu'il n'y avait aucun conflit *a priori* entre les valeurs de l'art et de la religion et que, historiquement, la cause des controverses avait été le fanatisme religieux ;

2) que l'influence des religions sur les arts aujourd'hui était toujours forte dans le monde non occidental mais était, depuis la modernité, bien moindre dans le monde occidental ;

3) que les oxymores qui sont produits à l'occasion des controverses impliquant l'art et la religion sont dus notamment au phénomène de la mondialisation et à l'accentuation des échanges culturels ;

4) que les approches des États vis-à-vis des « conflit » entre la liberté d'expression artistique et la protection des sensibilités religieuse sont extrêmement variées et dépendent de la place accordée à la religion au sein d'un État donné, y compris pour les questions de séparation officielle entre la religion et le politique ;

5) que la tendance des juridictions des États, indépendamment des critères qu'ils utilisent pour arriver à leurs résultats, serait de considérer illégitime l'offense à la religion, sans pourtant aller, pour la plupart, jusqu'à considérer que l'art devrait jouir d'un régime particulier.

Chapitre II. La résolution du conflit par la Cour européenne

Nous examinerons dans ce chapitre comment la Cour européenne traite les conflits impliquant la liberté de l'art vis-à-vis de la liberté religieuse. Notre choix de nous référer uniquement à la jurisprudence de la Cour n'est certainement pas un hasard. D'une part, il est dû à la reconnaissance de son rôle prédominent sur le plan mondial, puisqu'elle « pivote » les autres instances de protection des droits de l'Homme, tant sur le plan de la méthodologie que sur le plan du fond[1623]. D'autre part, il est dû au grand nombre de requêtes relatives à notre sujet qui ont été examinées par la Cour, confrontée quotidiennement à des conflits de droits[1624]. En effet, la Cour, traitant des requêtes individuelles au titre de l'article 34 de la Convention, est la seule parmi les autres instances internationales à avoir été confrontée plus d'une trentaine de fois à des questions impliquant la liberté artistique, contre une seule fois pour le Comité DH (*Hak-Chul Shinc. Corée*[1625]) ainsi que la CIADH (l'affaire de la *Dernière Tentation*[1626]) et aucune occasion pour le Comité des DESC ainsi que la CJUE[1627].

En outre, la Cour est la seule à avoir dégagé des méthodes spécifiques pour le

[1623] A titre indicatif, voir COHEN-JONATHAN Gérard et FLAUSS Jean François(dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Coll. Droit et justice, n° 64, 2005 ; KISS Alexandre (et al) « Débat : Expériences Européennes et américaines des droits de l'Homme », *RQDI*, n°2, 1991-1992, pp.222-225; ZOLLER E, « Le dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des États-Unis sur les droits fondamentaux », *Petites affiches*, 2008 n°112, p. 16 et s. ; FLAUSS Jean François, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'Homme », *RTDH*, 2005, p. 313 et s.

[1624] DE SCHUTTER Olivier et TULKENS Françoise, « Rights in Conflict: The European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution » *in* BREMS Eva(ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/ Oxford, Intersentia 2008, p.171.

[1625] Comité DH : *Hak-Chul Shinc. République de la Corée*, précitée. Dans cette affaire d'ailleurs le Comité a suivi une méthode similaire à celle de la Cour (§7.2) : «…conformément au « test tripartite » imposée par l'article 19§2 ». Voir *supra,* Chapitre 1.

[1626] CIADH : *Olmedo Bustos et al. c. Chili*, précité, dans laquelle également, la CIADH a fait explicitement allusion à sa jurisprudence de la Cour européenne ; voir *supra,* Chapitre 1.

[1627] Voir *supra,* Chapitre 1, notes 151, 230 et s.

traitement des conflits de droits (méthodes auxquelles les autres instances internationales font parfois référence). La CIADH d'ailleurs, suit précisément cette méthode du *test tripartite,* en se référant souvent à la jurisprudence de la Cour[1628]. La CJUE, également, s'est trouvée plusieurs fois confrontée à des conflits de droits, y compris en matière de liberté d'expression, mais elle utilise une méthode générale d'« équilibre des intérêts » et non une méthode spécifique à la résolution de conflits[1629]. De même, le Comité DH, quoiqu'il suive une méthodologie similaire à celle de la Cour, est généralement plus succinct dans son raisonnement[1630], alors qu'à l'exception de considérations vagues, ses *Observations générales* ne comprennent pas d'indications relatives à la résolution des conflits[1631]. En ce qui concerne le Comité DESC, celui-ci s'est également trouvé plusieurs fois face à des conflits de droits lors de l'examen des rapports périodiques ; cependant, ces conflits n'impliquent pas de droits culturels tels que l'expression ou la religion, mais bien plutôt des droits économiques et sociaux qui, par nature, ne sont pas susceptibles d'être résolus par des méthodes de résolution précises ; seules des lignes directrices de traitement peuvent être dégagées (par exemple, la priorisation des groupes vulnérables)[1632].

[1628] Deux exemples à propos du droit à la liberté d'expression : *Hellera Ulloa c. Costa Rica*, série C, n°107, 2 juillet 2004 et *id., Opinion Consultative,* OC5/85, 2004 §122; aussi, *Canese c. Paraguay*, 2004, sér.C, n°111, 31 août 2004, §96, à propos d'un cas de diffamation pénale de M. Canese, ex-candidat aux élections de la Paraguay (en l'espèce, Canese aurait accusé son adversaire M.Wasmosy d'avoir assisté le régime de dictature de Paraguay).

[1629] En effet, la CJUE a affirmé à des nombreuses occasions la nécessité de mettre en balance les intérêts en présence dans le cas des conflits entre droits - affirmant plus particulièrement qu'« *il convient et de déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts »* voir par exemple, CJCE : arrêt du 6 mars 2001, *Connolly / Commission,* précité, points 43-49 et arrêt du 28 octobre 2004, *Meister / OHMI*, T-76/03, RecFP.p.II-1477, points 157-162, à propos du juste équilibre entre la liberté d'expression des fonctionnaires et agents des Communautés européennes et l'intérêt légitime de l'institution à veiller à ce que ses fonctionnaires et agents œuvrent dans le respect des devoirs et des responsabilités liés à leur charge. Voir aussi l'arrêt similaire, du 14 juillet 2000, *Cwik / Commission*, T-82/99, RecFP.p.II-713, points 50-52 concernant l'équilibre entre la liberté d'expression des fonctionnaires et les intérêts des Communautés; l'arrêt du 12 juin 2003, *Schmidberger*, précité, points 64-69, à propos de l'équilibre entre la libre circulation des marchandises et la liberté d'expression (et de réunion) des transporteurs manifestants; arrêt du 6 novembre 2003, *Lindqvist,* précité, point 90, à propos de l'équilibre entre la liberté d'expression et des données à caractère personnel. Par ailleurs, comme nous l'avons stipulé déjà, le préambule même de la Charte de Nice réaffirme que les droits au sein de l'Union, « *résultent [entre autres, et outre les traditions constitutionnelles des États membres] de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme ».*

[1630] Par exemple, dans l'affaire *Hertzberg c. Finland,* précitée (§10.3). En l'espèce, le Comité DH a hésité de s'opposer à la chaine télévisée nationale de l'État défendeur qui avait réprimé deux programmes sur l'homosexualité, en faisant appel à la marge d'appréciation des États et remarquant que les « mœurs publics divergent largement » et qu'« une certaine marge de discrétion devrait être accordée aux États » .

[1631] OG n°10 du ComitéDH, HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I), page 211(1983), §4: « *Le paragraphe 3 prévoit expressément que l'exercice de la liberté d'expression comporte des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales, et c'est pour cette raison que certaines restrictions à ce droit sont permises, eu égard aux intérêts d'autrui ou de la Communauté dans son ensemble* ».

[1632] A ce sujet : VANDENHOLE Wouter, « Conflicting economic and social rights ; the proportionality

Nous nous concentrerons donc sur le traitement de ces affaires par la Cour européenne : nous avons jugé utile de traiter ces affaires dans une optique globale, en nous référant dans une première section à toutes celles qui concernent l'art et ont été traitées par l'ancienne Cour (jusqu'en 1997), l'ancienne Commission et la nouvelle Cour. Dans la seconde section du chapitre, par contre, nous traiterons des évolutions de la Cour au cours des dernières années, tout particulièrement à propos du « conflit » étudié.

---

plus test » *in* BREMS Eva(ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, *op.cit.*, pp.559-589. Par ailleurs, dans le cas de ces droits, la question financière semble être la question primordiale. Voir aussi à titre indicatif quant à la nature « programmatique » des DESC : CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, « La protection des droits économiques, sociaux et culturels », RIGDIP, p.914-946 ; LAMARCHE Lucie, « Les droits économiques et sociaux de la personne sous le contrôle de la société civile; de la substitution des modes de pise en œuvre à la complémentarité » in *Ethique économique des Droits de l'Homme*, Éditions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1998.

Section 1. La jurisprudence de la Cour

Nous examinerons d'abord ici les affaires impliquant la liberté artistique (article 10 de la Convention[1633]) pour établir dans un second temps des remarques statistiques et parvenir à nos conclusions.

§1. Présentation des affaires

Nous avons répertorié un total de 33 affaires (cf. tableau A présenté ci-après), y compris une affaire pendante relative à la question de la liberté de l'art auprès des organes de Strasbourg.

Nous avons également repéré 8 affaires de plus, qui ne concernent pas le thème de la *liberté artistique,* mais plus généralement les arts ou les artistes (droit de citation, allocations des artistes, critique sur article de presse critique à propos de l'affiche d'un film ou d'un spectacle, de la pornographie, etc.)[1634]. Ces dernières sont prises en compte dans notre analyse.

Par ailleurs, nous ne tenons pas compte dans notre calcul statistique de 6 affaires parmi les 33, qui ne concernent la liberté artistique qu'à titre secondaire. Elles apparaissent entre parenthèse dans le tableau A et impliquent des caricatures qui ne sont pas l'objet principal du litige considéré, mais *accompagnent* plutôt des articles de presse. Nous les prenons en compte dans nos commentaires et observations mais pas dans les statistiques (à noter d'ailleurs que deux de ces affaires ont été réglées à l'amiable).

[1633] Voir *supra,* note 151 et s.

[1634] *Ormanni c. Italie*(2007) ; *Nikowitz et Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche*(2007) ; *Klein c. Slovaquie(*2006) ; *Perrin c. Royaume-Uni(*2005) ; *France2 c. France*(1997) ; *Hoare c. Royaume-Uni*(1997) ; *Scherer c. Suisse*(1994) ; *S. c. Suisse*(1991) ; *Camiel Van Breedam c. Belgique*(1989). Voir analytiquement, *infra,* sous 7.

A. Exposition schématique des affaires (1981-2010)[1635]

Nom de l'affaire	Année	État défendeur	Nature de l'art en cause	Valeur en question	Jugement	Votes
1) Samodurov	…	Russie	Arts plastiques	Religion (chrétienne)	-	-
2) Akdaş	2010	Turquie	Roman	Morale	V	Unan.
3) Alves Da Silva	2010	Portugal	Guignol	Personnalité (fonct.publ.)	V	Unan.
4) Aguilera Jiménez	2009	Espagne	Iillustr/ Caricat.)	Personnalité	Non violation	6 :1
5) Kuliś&Rósinsky	2009	Pologne	Illustr/ Caricat.	Propriété / Personnalité	V	Unan.
6) (Féret)	2009	Belgique	(Illustr/ Caricat.)	Religion +nonviolence (Haine relig).	V	6 :10
7) (Bacanu)	2009	Roumanie	(Illustr/ Caricat.)	Personnalité/ État (homme politique)	V	Unan./
8) (Ponson)	2009	France	(Illustr/ Caricat.)	Morale	Irrecevable	-
9) Leroy	2008	France	Illustr/ Caricat.	Sécurité nationale/ dignité (haine religieuse)	Non violation	Unan.
10) Ulusoy	2007	Turquie	Théâtre	Sécurité nationale	V	Unan.
11) Kar	2007	Turquie	Théâtre	Religion (Islam)	V	Unan.
12) Bildender	2007	Autriche	Arts plastiques	Personnalité / religion (chrétienne)/ morale	V	4 :3
13) Lindon	2007	Turquie	Roman	Personnalité (fonct.publ.)	Non violation	13 :4
14) Petrov	2006	Bulgarie	Photogr.	Morale	Irrecevable (a10 – recev.a3)	-
15) F.D. & C.G.	2006	France	Film (classifica-tion	Morale	Irrecev.	-

[1635] Explications du tableau : 1) La « liberté artistique » en l'espèce est décrite telle qu'elle l'entend la Cour ; elle comprend donc également la liberté d'expression par le biais de la caricature et de l'illustration; toutefois, les affaires qui impliquent des caricatures/illustrations simplement *accompagnant un article de presse* ne sont pas calculées dans nos statistiques, puisque ce qui est en cause est plus la liberté de la presse que la liberté artistique. Le nom de ces affaires est mis entre parenthèse.
2) Les jugements en question (V[=Violation] ou non-violation) concernent uniquement les plaintes formulées sous le prisme de l'article 10.
3) L'irrecevabilité d'une plainte, sauf indication contraire, est *ratione materiae.*
4) Les arrêts de l'ancienne Cour et les décisions de la Commission correspondantes sont marqués en Italic.
5) Le répertoire des affaires s'arrête en décembre 2010.

			cinéma)			
16) Ben El Mahi (article 9)	2006	Danemark	Illustr/ Caricat.	Religion (Islam) +non-violence (haine relig.)	Irrecevable (*ratione locii*)	-
17) İ.A.	2005	Turquie	Roman	Religion (Islam)	Non violation	4 :3
18) Dağtekin	2005	Turquie	Roman	Sécurité nationale/ religieuse +non-violence (haine relig.)	V	Unan.
19) Alınak	2005	Turquie	Roman	État (Intérêt national)	V	Unan.
20) Özkan	2005	Turquie	Film (télé)	Religion (chrét.)	Irrecev.	-
21) (Cumpănă and Mazăre)	2004	Roumanie	(Illustr/ Caricat.)	Personnalité/ État (homme politique)	V	Unan.
22) Erkanli	2003	Turquie	(Illustr/ Caricat.)	État	Règlement amiable	-
23) (Burgenland)	2002	Autriche	(Illustr/ Caricat.)	État (homme politique)	Règlement amiable	-
24) Feldek	2001	Slovaquie	Poème	Personnalité (fonct.publ.)	V	5 :2
25) Karataş	1999	Turquie	Poème	Sécurité/ non-violence (haine relig).	Comm. : non violation	26 :6
					Cour : V	12 :5
26) Dubowska et Skup (article 9)	1997	Pologne	Illustr/ Caricat.	Religion (chrétienne)	Irrecevable	-
27) Wingrove	1996	Royaume Uni	Vidéo	Religion (chrétienne)	Comm : V	14 :2
					Cour : Non violation	7 :2
28) Otto-Preminger	1994	Autriche	Film (cinéma)	Religion (chrétienne)	Comm : V	13 :1
					Cour : Non violation	6 :3
29) S. & G	1991	Royaume-Uni	Arts plastiques	Morale/ Dignité	Irrecevable	-
30) Choudhury (article 9)	1991	Royaume-Uni	Roman	Religion (Islam)	Irrecevable	-
31) Müller	1988	Suisse	Arts plastiques	Morale	Comm : V	11 :3
					Cour : non violation	6 :1
32) N.	1983	Suisse	Graffiti	Propriété	Irrecevable	-
33) X. Ltd . et Y	1982	Royaume-Uni	Poème	Religion (chrétienne)	Irrecevable	-

B. Catégorisation des affaires

Les affaires que nous avons répertoriées concernent les arts suivantes : peinture, arts plastiques, arts visuels, graffiti ; photographie ; théâtre ; film, cinéma et art vidéo ; littérature et poésie ; illustration et création satirique.

1. Peinture et arts plastiques

1) *N. c Suisse* (1983) concernant les œuvres du « Graffeur de Zurich »[1636]. Nous avons déjà évoqué que la Commission avait déclaré la requête irrecevable, tout en laissant « *ouverte* » la question d'un éventuel traitement spécial de l'art.

2) *Müller et autres* c. Suisse (1988)[1637]. Comme nous avons déjà pu l'observer dans le premier chapitre, cette affaire (à propos des tableaux considérés comme obscènes) fut l'objet d'un grand désaccord entre la Commission et la Cour, la première constatant une violation de l'article 10 (par 11 voies contre 3), et la seconde ne constatant pas de violation (par 6 voix contre 1). En l'espèce, la Cour décida qu'« *on chercherait en vain dans l'ordre juridique et social des divers États contractants une notion uniforme de [la morale]* » et qu'il n'était donc pas déraisonnable qu'en l'espèce, les juges suisses aient tenu les toiles incriminées comme étant « *de nature à blesser brutalement la décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale*»[1638].

3) *S. & G. c. Royaume-Uni* (1991), concernant l'exposition d'une sculpture intitulée « Boucles d'oreilles humaines », une œuvre qui utilisait deux fœtus humains représentés comme des « boucles d'oreille » [1639]. A la suite de la saisie de l'œuvre pour outrage aux mœurs publics (offense sous le *Common Law*), les requérants ont saisi la Commission, se plaigannt d'une ingérence injustifiée et disproportionnée dans leur expression artistique. La Commission a considéré la requête irrecevable, en remarquant que « *les artistes ne sont pas immunisés contre les restrictions de leur*

[1636] Comm.eur. dr. Homme : *N.c. Suisse*, précitée.

[1637] Comm. eur.dr. Homme et Cour eur.dr. Homme : *Müller c. Suisse,* précité.

[1638] Cour eur.dr. Homme : *Müller c. Suisse, précité,* §18, 36-38.

[1639] Comm. eur. dr. Homme :*S & G. c.Royaume-Uni,* requête n° 17634/91, décision de la Commission du 2 septembre 1991(non publiée), Opinion dissidente de M. Spielmann.

travail, et en particulier étant donnée la référence explicite aux devoirs et responsabilités dans l'article 10 §2 de la Convention » ; elle notait également qu'en l'espèce, l'exposition était ouverte au public, et attirait un grand nombre de spectateurs.

4) *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*(2007), à propos de l'exposition du tableau « Apocalypse » de Otto Mühl (artiste connu en tant que membre pionnier du groupe des « sécessionnistes de Vienne »). Nous analyserons par la suite cette affaire, où la Première Chambre de la Cour constata une violation de l'article 10, par une seule voie de différence (4 voix contre 3)[1640].

5) *Samodurov Yuriy et Lyudmila Vasilovskaya c.Russie* (2011) : il s'agit de l'affaire pendante contre la Russie, concernant l'exposition « *Caution ! Religion* » au Musée Sacharov à Moscou, et que nous avons évoquée dans notre chapitre 5 à propos de la liberté de l'art en Russie[1641].

2. Photographie

1) *Vasil Petrov c. Bulgarie* (2008). Il s'agissait de la saisie du matériel – jugé pornographique – d'un photographe qui utilisait pour son travail des modèles nues. Le photographe, ayant subi des violences policières lors de la perquisition de son atelier et au cours de sa garde à vue, fonda sa requête non seulement sur l'article 10, mais également sur les articles 3 et 6 §1, 8, 10, 13 et 14 de la Convention. La Cour jugea la requête irrecevable sous l'angle de l'article 10 et constata la violation de l'article 3 à l'unanimité[1642].

3. Film, cinéma et art vidéo

1) *Wingrove c. Royaume-Uni* (1994). L'affaire concernait le film vidéo *Visions of Ecstasy* de Nigel *Wingrove*, dans lequel, comme nous l'avons déjà dit, la Cour n'a pas

---

[1640] Cour eur. Dr. Homme : *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, no 68354/01, 25 janvier 2007, CEDH 2007-II ; voir tout de même l'opinion dissidente de M. Loucaïdes, et opinion dissidente commune aux juges Spielmann et Jebens.

[1641] Voir *supra,* notes 1567-1570.

[1642] Comm.eur. dr. Homme : *Vasil Petrov c Bulgarie*, n°57883/00, décision du 30 août 2006, partiellement Irrecevable ; et Cour eur.Dr. Homme : *Vasil Petrov c Bulgarie*, requête n°57883/00, 31 août 2008.

constaté de violation de l'article 10, par 7 votes contre 2[1643].

2) *Otto-Preminger Institut c. Autriche* (1995) : l'affaire concernait la saisie et la confiscation du film *Das Liebeskonzil* (*Le Concile d'amour*) de Werner Schroeter, que l'association cinématographique requérante voulait projeter. Comme nous avons déjà pu le voir à propos du concept de « blasphème », la Cour n'a pas en l'espèce constaté de violation de l'article 10, par 6 voix contre 3[1644].

3) *Özkan c. Turquie* : l'affaire concernait le film français *Jeux interdits* réalisé par René Clément[1645]. Le film avait été diffusé à la télévision turque (TRT) ; or la retransmission a été interrompue 18 minutes avant la fin du film, sans explication, ne permettant pas au requérant de connaître la fin du film. Ensuite, il a appris par la presse que la TRT avait reçu des appels téléphoniques menaçants, prétendant qu'il s'agissait d'un film de propagande chrétienne. Dans sa requête, le requérant invoquait l'article 10 de la Convention, prétendant que l'interruption de la diffusion d'un film sans raison valable par un organisme public de radiodiffusion constituait une atteinte injustifiée a sa liberté d'expression et, en particulier, à son droit de recevoir des informations ou des idées. En l'espèce, la Commission déclara la requête irrecevablele, considérant que « *les restrictions apportées a la publication de certaines informations ne sont pas contraires à l'article 10 par dès lors que le public dispose d'un choix suffisant de moyens d'y acceder »* et soulignant que le requérant aurait pu regarder la fin du film par d'autres moyens : au cinéma, en cassette vidéo ou sur les chaînes de télévision privées.

4) *V.D. & C.G.c France* (2006) : l'affaire concernait la classification du film français *Baise-moi*. Les requérant en l'espèce étaint les auteures, scénaristes et réalisatrices du film *Baise-moi*. En l'espèce, la Commission de classification cinématographique française avait conclu, par treize voix contre douze, à la délivrance d'une autorisation d'exploitation du film, assortie d'une interdiction aux

---

[1643] Cour eur. dr. Homme :*Wingrove c. Royaume-Uni*, précité..

[1644] Cour eur. dr. Homme : *Otto-Preminger Institut c. Autriche,* précité.Opinion dissidente commune a M. Palm et M. Pekkanen et M. Makarczyk.

[1645] Comm eur. dr.Homme : *Özkan c. Turquie,* requête n° 23886/ 94, décision du 5 avril 1995, D.R. no. 81-B, p. 98 ; voir aussi, *D.G.P.N.V. c. Pays-Bas,* requête n° 5178/71, décision du 6 juillet 1976, D.R. 8, p.5.

mineurs de moins de seize ans. A la suite d'une saisie en urgence du Conseil d'État (initiée par une association ayant pour objet la promotion des valeurs judéo-chrétiennes), ce visa a été annulé et le film, entretemps sorti en salles, a dû être retiré. Toutefois, le film a connu une diffusion sur cassettes vidéo destinées à l'usage privé, le Conseil d'État rappelant par la suite que le défaut de visa n'interdisait pas l'édition, la reproduction, la distribution, la vente ou la location du film sous forme de vidéogrammes. La Commission a jugé la requête irrecevable, se fondant sur la protection des mineurs et de la morale. Ainsi, se référant à sa jurisprudence depuis les affaires *Müller* et *Wingrove*, elle estima qu'« *une plus grande marge d'appréciation est généralement laissée aux États contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression sur des questions susceptibles d'offenser des convictions intimes, dans le domaine de la morale notamment* »[1646].

4. Théâtre

1) *Kar et autres c. Turquie* (2007) : l'affaire concernait la condamnation de deux acteurs, pour avoir participé à une pièce du théâtre intitulée *Un ennemi de la Justice*. Les événements de la pièce, située dans la cité imaginaire « Zargonya », faisaient allusion à un droit « sacré » de se battre contre tout gouvernement qui méconnaîtrait la loi islamique. En l'espèce, la Cour a constaté la violation de l'article 10 à l'unanimité[1647].

2) *Ulusoy c. Turquie* (2007) : l'affaire concernait l'interdiction d'interpréter une pièce de théâtre en kurde (*La République des fous*) dans les salles d'une municipalité. Comme dans les autres affaires concernant la représsion de l'expression de la minorité kurde en Turquie (à l'exception du langage de haine)[1648], la Cour a constaté à l'unanimité une violation de l'article 10[1649].

[1646] Cour eur. dr. Homme : *V.D. & C.G.c France*, no 68238/01, 22 juin 2006.

[1647] Cour eur. dr. Homme : *Kar et autres c. Turquie*, requête n° 58756/00, 3 mai 2007 (non publié), voir analytiquement *infra,* note 1861 et s.

[1648] Voir *supra,* note 1729.

[1649] Cour eur. dr. Homme : *Ulusoy c. Turquie*, requête n° 34797/03, 24 septembre 2007 (non publié).

5. Littérature et poésie

1) *X. Ltd. et Y. c. Royaume-Uni* (1982) à propos de la publication d'un poème incriminé pour blasphème[1650] .

2) *Choudhury c. Royaume Uni* (1990), à propos de la poursuite pénale de Salman Rushdie pour blasphème[1651].

3) *Karataş c. Turquie* (1999) : l'affaire concernait un recueil de poèmes pro-kurdes, intitulé *Le chant d'une rébellion – Dersim*, censuré en Turquie au motif d'incitation à la haine[1652]. Il est intéressant de voir que la Commission (plénière) dans cette affaire avait conclu à la non violation de l'article 10 par 26 voix contre 6, alors que la Cour avait estimé qu'il avait eu violation de l'article 10, par 12 voix contre 5. D'ailleurs, dans l'affaire similaire *Sürek c. Turquie* (1999), où il ne s'agissait pas de poèmes mais des *lettres* des lecteurs parues dans une revue, la Grande Chambre aurait décidé qu'il y n'y avait pas eu violation de l'article 10 par 11 voix contre 6. On consultera sur ce point les opinions dissidentes séparées de Mme Palm, l'opinion dissidente de M. Bonello, l'opinion dissidente de M. Fischbach et l'opinion dissidente commune à Mme Tulkens, M. Casadevall et Mme Greve, auxquels il « *paraît difficile de faire une évaluation précise et objective de la signification des termes qui y sont employés et de l'interprétation qu'il convient de leur donner* ». Ces derniers en effet considèrent que « *les publications litigieuses doivent être lues dans leur contexte* » et que « *la provocation directe à commettre des crimes constitue la seule limite à la liberté d'expression protégée par la Convention* ».

4) *Dağtekin c. Turquie* (2005) : c'est une affaire concernant la publication d'un roman en langue kurde à propos du génocide de Dersim, écrit par Rıza Çolpan et intitulé *Xide Naxirvan.* Il relatant les événements vécus lors du soulèvement des Dersim et la lutte du peuple kurde pour sa libération : il dénonce la pression qui aurait

---

[1650] Comm. eur. dr. Homme : *X. Ltd . et Y. c. Royaume-Uni,* précitée, *supra,* note 592.

[1651] Comm. eur. dr. Homme : *Choudhury c. Royaume-Uni,* précitée, *supra,* note 595.

[1652] Comm. eur. dr. Homme: *Karataş c. Turquie*, no 23168/94, rapport de la Commission du 11 décembre 1997; Cour eur. dr. Homme : *Karataş c. Turquie*[GC], no 23168/94, 8 juillet 1999, CEDH 1999-IV. Opinion en partie dissidente commune à M. Wildhaber, M. Pastor Ridruejo, M. Costa et M. Baka ; opinion dissidente de M. Gölcüklü.

été exercée par l'État turc sur le peuple kurde. En l'espèce, la Cour a constaté à l'unanimité une violation de l'article 10[1653].

5) *İ.A. c. Turquie* (2005) : l'affaire concernait la publication du roman d'Abdullah Rıza Ergüven, intitulé *Yasak Tümceler* (*Les phrases interdites*) et qui aborde des questions philosophiques et théologiques, critiquant les croyances et les traditions de la société turque anatolienne. Le roman – qui comprenait des passages critiques envers l'Islam et tout particulièrement la personne du Prophète – avait été saisi et son auteur condamné initialement à deux ans de prison (peine finalement commuée en une amende), en vertu de l'article 175 §3 et 4 du code pénal, qui dispose que « *Quiconque insulte Dieu, l'une des religions, l'un des prophètes, l'une des sectes ou l'un des livres sacrés [...] ou bien vilipende ou outrage une personne en raison de ses croyances ou de l'accomplissement des obligations religieuses [...] sera puni d'une peine d'emprisonnement de six mois à un an et d'une amende lourde de 5 000 à 25 000 livres turques* ». La Cour, tout en estimant que l'ingérence visait à la *« protection contre des attaques offensantes concernant des questions jugées sacrées par les musulmans et que la condamnation à une peine d'amende insignifiante paraît proportionnée quant aux buts vises* », n'a pas constaté de violation de l'article 10, par 4 voix contre 3[1654].

6) *Alınak et autres c. Turquie* (2005), affaire concernant la nouvelle intitulée « La Chaleur de Siro » (Şiro'nun Ateşi), saisi à la base de la loi turque de 1991 pour la prévention du terrorisme[1655]. En l'espèce, la Cour a constaté à l'unanimité une violation de l'article 10[1656].

7) *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* (2007) : l'affaire concernait la publication du roman *Le procès de Jean-Marie Le Pen* censé être diffamatoire à l'égard du parti d'extrême droite français et de son président. Nous examinerons plus analytiquement cette affaire par la suite. En l'espèce, la Cour n'a pas constaté de

[1653] Cour eur. dr. Homme : *Dağtekin c. Turquie,* n° 36215/97, 13 janvier 2005.

[1654] Cour eur. dr. Homme : *İ.A. c. Turquie,* Requête n° 42571/98, 13 décembre 2005, CEDH 2005-VIII, Opinion dissidente commune à MM. les juges Costa, Cabral Barreto et Jungwiert.

[1655] Voir *supra,* Chapitre 5.

[1656] Cour eur. dr. Homme : *Alınak et autres c. Turquie*, no 40287/98, 29 juin 2005 (non publié).

violation de l'article 10, par 13 voix contre 4[1657].

8) *Feldek c. Slovaquie* (2009) : l'affaire concernait la publication dans les journaux slovaques d'un poème à connotation politique, intitulé *Bonne nuit, mon amour* et écrit par M. Feldek (poète, écrivain et journaliste slovaque). L'auteur du poème était poursuivi en Slovaquie pour diffamation, puisque le texte contenait des allusions à la corruption de certaines personnalités publiques et notamment le Ministre Dušan Slobodník. En l'espèce la Cour a constaté une violation de l'article 10, par 5 voix contre 2[1658].

9) *Akdaş c. Turquie* (2010) : cette affaire concernait la censure du roman de Guillaume Apollinaire *Les onze mille verges* en Turquie. Nous y reviendrons par la suite. En l'espèce, la Cour a constaté à l'unanimité une violation de l'article 10[1659].

6. Caricatures et satire

1) *Dubowska et Skup c. Pologne* (1997). Ces deux requêtes, que nous analyserons par la suite, concernaient la publication dans un journal d'une caricatures de Jésus et Marie avec un masque à gaz sur le visage. Les requêtes, fondées sur l'article 9 de la Convention, ont été déclarées irrecevables par la Commission[1660].

2) *Cumpănă and Mazăre c Roumanie* (2004) : l'affaire concernait la publication d'un article accompagné d'une caricature politique. En l'espèce, la Cour constata à l'unanimité la violation de l'article 10[1661].

[1657] Cour eur. dr. Homme : *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France [GC],* no s 21279/02 et 36448/02, 22 octobre 2007, CEDH 2007-XI. Opinion concordante de M. Loucaïdes. Opinion dissidente de MM. les Juges Rozakis, Bratza, Tulkens et Šikuta.

[1658] Cour eur. dr. Homme : *Feldek c. Slovaquie*, no 29032/95,12 juillet 2001, CEDH 2001-VIII. Opinion dissidente de MM. les Juges Fischbach et Lorenzen

[1659] Cour eur. dr. Homme :*Akdaş c. Turquie*, no 41056/04, 16 février 2010(non publié), voir analytiquement *infra*..

[1660] Comm. eur. dr. Homme : *Dubowska et Skup c. Pologne*, n°s 94390/96 et 34055/96, décisions de la Commission du 18 avril 1997, D.R. no. 89-B, p. 156. Voir *infra,* Chapitre 6.

[1661] Cour eur. dr. Homme : *Cumpănă and Mazăre c Roumanie*[GC], no 33348/96, 17 décembre 2004, CEDH 2004-XI, opinion concurrente du M. le Juge Baretto, à la quelle se jointent les juges Ress et Bîrsan, partiellement dissidente du Juge Costa, quant à la satisfaction équitable

3) *Freiheitliche Landesgruppe Burgenland c. Autriche* (2002) : l'affaire concernait une caricature de nature politique accompagnant un article intitulé *Alone against the party-mafia*, qui a abouti à un règlement à l'amiable[1662]. L'article décrivait les discussions politiques dans le Burgenland entre le requérant et deux parties politiques, le parti social-démocratique (SPÖ) et le parti populaire (ÖVP).

4) *Erkanli c. Turquie* (2003) : l'affaire concernait la publication d'une caricature du quotidien turc *Özgür Ülke*, amenée en justice pour avoir « *outragé et vilipendé la République* ». La caricature exposait un homme en uniforme avec une torche allumée dans une main, qui, s'adressant à trois paysans pauvres grelottant sous la neige, s'exclamait : « *N'attendez pas tout de l'État, putain ! Incendiez donc votre village vous-même... Vous voyez bien que l'État ne peut pas se charger de tout...* ». Cette affaire a été conclue par un règlement à l'amiable[1663].

5) *Ben El Mahi et al c Danemark* (2006). Cette requête (fondée sur les articles 1, 9, 14 et 19 de la Convention) concernant la publication des caricatures danoises dont on a déjà parlé plus haut a été déclarée irrecevable par la Cour, ratione *locii*, puisque les requérants n'avaient pas de domicile officiel en Europe[1664].

6) *Leroy c. France* (2008) : l'affaire concernait la publication dans l'hebdomadaire basque *Ekalitza* d'un dessin symbolisant l'attentat du 11 septembre 2001 (quatre très hauts immeubles qui s'effondrent dans un nuage de poussière après avoir été percutés par deux avions) avec une légende pastichant le slogan publicitaire de la marque célèbre *Nike*: « *Nous en avions tous rêvé ... le Hamas l'a fait* ». Nous analyserons l'affaire par la suite. En l'espèce, la Cour a constaté à l'unanimité la non violation de l'article 10[1665].

7) L'affaire *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France* (2009) concernait entre autres une série de photomontages satiriques. Elle touchait donc dans

[1662] Cour eur. dr. Homme : *Freiheitliche Landesgruppe Burgenland c. Autriche,* n 34320/96, 18 juillet 2002.

[1663] Cour eur. dr. Homme : *Erkanli c. Turquie*,no 37721/97, 13 février 2003.

[1664] Cour eur. dr. Homme : *Ben El Mahi et al c Danemark,* précitée. Voir *supra,* notes 35ss et 1517.

[1665] Cour eur. dr. Homme : *Leroy c. France,* requête n° 36109/03, 2 octobre 2008 (non publié). Voir *infra.,* Chapitre 6.

une certaine mesure à la liberté artistique et commerciale[1666]. En effet, l'un de ces photomontages représentait deux paquets de cigarettes de la marque *Marlboro* découpés de manière à évoquer deux formes humaines pratiquant un acte de sodomie, et légendés comme suit : « *Attention, fumer... donne le cancer de l'anus* ». D'après l'État défendeur, cela constituait une publicité illicite en faveur du tabac[1667]. En l'espèce, la Cour a constaté à l'unanimité la non violation de l'article 10 tout en notant que « *le public de ce magazine est notamment constitué de lecteurs jeunes, lesquels se trouvent être plus vulnérables* ».

8) *Băcanu et SC « R » S.A. c. Roumanie* (2009) : cette affaire concernait un article de presse politique accompagné d'une caricature et jugé diffamatoire en Roumanie parce qu'il faisait partie d'une campagne destinée à dévoiler les liaisons occultes entre le monde des affaires et le monde politique. En l'espèce, la Cour a constaté à l'unanimité la violation de l'article 10[1668].

9) *Féret c. Belgique* (2009) : l'affaire concernait la distribution par un parti d'extrême droite, dans le cadre de sa campagne électorale, de tracts et affiches de caricatures, notamment de ministres, « *volontairement dégradantes, particulièrement à l'encontre des personnes d'origine africaine ou de pays réputés musulmans* » ; une caricature était par exemple sous-titrée « *couscous clan* ». En l'espèce, la Cour constata la non violation de l'article 10 par quatre voix contre 3. Les trois juges de la minorité, cependant, à savoir deux juges d'Europe de l'Est (le juge hongrois et la juge géorgienne) ainsi que le juge italien, tout en partageant les craintes de la Cour quant aux dangers de l'intolérance, ont émis l'opinion que « *confirmer la sanction pénale du discours politique en l'espèce [irait] à l'encontre de la liberté d'expression* ». Ils

---

[1666] Voir d'ailleurs l'argument de la Cour sur la recevabilité de l'affaire: « *L'article 10 ne joue pas seulement pour certains types de renseignements, d'idées ou de modes d'expression (markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne, 20 novembre 1989, § 26, série A n° 165), notamment ceux de nature politique; il englobe aussi l'expression artistique (Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, § 27, série A n° 133), des informations à caractère commercial (markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann, précité ; Casado Coca c. Espagne, 24 février 1994, §§ 35-36, série A n° 285-A), ou même de la musique légère et des messages publicitaires diffusés par câble (Groppera Radio AG et autres c. Suisse, 28 mars 1990, §§ 54-55, série A n° 173).* La Cour a par ailleurs précisé à plusieurs reprises que la liberté d'expression s'étend à la publication de photos (voir, notamment, *Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche (n° 2)*, n° 10520/02, 14 décembre 2006, § 29)» (§35).

[1667] Cour eur. dr. Homme : *Affaire Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, requête n° 26935/05, 5 mars 2009.

[1668] Cour eur. dr. Homme : *Băcanu et SC « R » S.A. c. Roumanie*, no 4411/04, 3 mars 2009.

ont noté que les déclarations du requérant étaient de nature politique et que, à l'exception de la caricature du « *couscous clan* », elles constituaient de vagues propositions politiques adressées au Gouvernement belge. Ils ont d'ailleurs noté que ces caricatures avaient circulé en 1999 (donc avant septembre 2001) et qu'il ne serait donc pas équitable de leur attribuer un sens islamophobe[1669]. Et qu'en tous les cas, même les propos incriminés ne pouvaient être lus en dehors de leur contexte, puisque les autorités belges n'avaient pas soutenu que la politique proposée par le requérant l'amenait à se lancer dans des actes de discrimination ou de ségrégation.

10) *Kuliś et Różycki c. Pologne* (2009) : nous avons déjà fait allusion à cette affaire, concernant la publication de deux dessins satiriques du petit chien *Reksio,* se moquant d'une des campagnes publicitaires de l'entreprise *Star Foods* pour ses chips. En l'espèce la Cour a constaté à l'unanimité une violation de l'article 10[1670].

11) *Aguilera Jiménez et autres c. Espagne* (2009) : l'affaire (renvoyée devant la Grande Chambre) concernait le licenciement de syndicalistes, après qu'ils aient publié une caricature resprésentant leur directeur des ressources humaines dans le bulletin mensuel de leur entreprise. En l'espèce, la Cour constata par 6 voix contre 1 la non violation de l'article 10[1671], du fait de la gravité du dessin et des termes « rudes et grossiers » employés dans les textes en question[1672]. Plus particulièrement, la Cour considéra en l'espèce que les décisions des juridictions portugaises n'étaient pas déraisonnables dans leur démarche de balance des intérêts, parce que « *le dessin et certaines des affirmations contenues dans les articles du bulletin litigieux constituaient, de par leur gravité et leur ton, des attaques personnelles, offensantes, outrancières et gratuites, et nullement nécessaires à la légitime défense de leurs intérêts* (§34) et parce que, « *à la différence de ceux en cause dans l'affaire Fuentes Bobo, la Cour note que les termes litigieux n'ont pas été proférés dans le cadre d'un*

[1669] Cour eur. dr. Homme : *Féret c. Belgique*, requête n° 15615/07, 16 juillet 2009, CEDH 2009-…., Opinion dissidente du juge Andràs Sajó à laquelle déclarent se rallier les Juges Vladimiro Zagrebelsky et Nona Tsotsoria.

[1670] Cour eur. dr. Homme : *Kuliś et Różycki c. Pologne*, précité, voir *supra,* note 723.

[1671] Cour eur. dr. Homme : *Aguilera Jiménez et autres c. Espagne*, requêtes n° 28389/06, 28955/06, 28957/06, 28959/06, 28961/06, et 28964/06, 8 décembre 2009. Opinion dissidente de la Juge Power.

[1672] En effet, d'après l'arrêt de la Cour, la couverture du bulletin représentait le directeur des ressources humaines, assis derrière un bureau sous lequel se trouvait une personne à quatre pattes, dos tourné et, à coté, deux autres personnes, également employés de la société, qui contemplaient la scène et attendaient pour occuper la place du premier et satisfaire à leur tour le directeur.

échange oral rapide et spontané, mais qu'il s'agissait d'assertions écrites, publiées et affichées publiquement au sein de la société » (§35).

12) *Alves da Silva c. Portugal* (2010) : dans cette affaire, le requérant, M. Alves da Silva, était poursuivi pour diffamation pénale au Portugal parce que, profitant des jours du carnaval, il avait fabriqué un guignol en plâtre représentant le maire de sa ville (Mortàgua) puis avait commencé à circuler dans la ville avec sa camionnette, chargée du guignol accompagné d'une pancarte satirique et d'une installation sonore qui se moquait du maire. En l'espèce, la Cour a constaté à l'unanimité une violation de l'article 10[1673].

7. Autres affaires relatives

Il s'agit d'affaires concernant les arts et/ou les artistes, qui ne sont pas comprises dans nos observations statistiques, soit :

- quatre affaires qui ne concernent qu'indirectement la liberté artistique (droit de citation, obligation des artistes de participer aux cotisations sociales, graffiti – non artistiques – sur les murs, article de presse critiquant un spectacle de danse), y compris l'affaire *Klein c. Slovaquie*, concernant un article écrit à la suite de la controverse autour l'affiche du film « Larry Flynt » ;
- une affaire où la liberté artistique a été évoquée par le requérant en vain ;
- trois (3) affaires concernant la pornographie, du fait que les limites entre l' « art » et l' « obscenité » sont parfois particulièrement obscures[1674])

a) Affaires concernant indirectement la liberté de l'art

1) *Camiel Van Breedam c. Belgique* (1989) : cette requête concernait le paiement des cotisations sociales par des artistes et était fondée sur l'article 10 de la Convention (et son article 14). Elle a été déclarée irrecevable[1675].

[1673] Cour eur. dr. Homme : *Alves da Silva c. Portugal*, n° 41665/07, 20 janvier 2010, CEDH 2010-…

[1674] Par exemple, KAPLAN, « Obscenity as an Esthetic Category », *supra*, note 1392, à propos de l'affaire *Roth* aux États Unis. Voir aussi la controverse autout le film français « Baise –moi » ; *S.G. c. France, précitée.*

[1675] Cour eur. Dr. Homme : *Camiel Van Breedam c. Belgique*, n° 11577/85, 4 octobre 1989, D.R. No. 62, p. 115.

2) *S. c. Suisse* (1991)[1676] : il s'agissait des protestations contre la pénurie de logements en Suisse et des manifestations contre les armements nucléaires, avec inscription de graffitis sur les murs. Toutefois, cette affaire ne concernait pas directement la liberté artistique (qui n'a d'ailleurs pas été évoquée par le requérant) puisque le graffiti était perçu dans son sens de « protestation » (écriture au spray sur les murs) et non dans un sens artistique.

3) *France2 c. France* (1997) : l'affaire concernait le droit de citation en matière artistique ; la Commission en l'espèce a déclaré la requête irrecevable[1677].

4) *Klein c. Slovaquie* (2006) : nous analyserons cettr affaire dans la section suivante. L'affaire concerne un article écrit à propos de l'affiche publicitaire accompagnant la sortie du film de Miloš Forman *The People vs. Larry Flynt*, poursuivie en Slovaquie pour diffamation de l' Église catholique romaine. En l'espèce, la Cour a constaté à l'unanimité la violation de l'article 10[1678].

5) *Ormanni c. Italie* (2007) : l'affaire concernait le procès en diffamation d'un journaliste ayant publié la critique d'un spectacle de danse exposant les thèses d'un tiers et qui, en marge de son procès, voulait convaincre les lecteurs de son innocence. En l'espèce, la Cour a constaté la violation de l'article 10 par 5 voix contre deux[1679].

b) Affaires relatives à des films/matières de caractère obscène

1) *Perrin c. Royaume-Uni* (2005) : l'affaire était relative à un site web pornographique à caractère « gravement obscène », dont le créateur avait été emprisonné[1680]. En l'espèce, la Commission a déclaré la requête irrecevable, considérant que la peine d'emprisonnement infligée au requérant n'avait rien de disproportionné, sachant que « *le requérant n'a contesté ni devant la Cour d'appel ni à Strasbourg le caractère de la page de prévisualisation incriminée* » et que

[1676] Cour eur. dr. Homme : *S. c. Suisse,* n° 12629/87 et 13965/88, 28 novembre 1991, Série A, n° 220.

[1677] Cour eur. dr. Homme : *France2 c. France,* requête n° 30262/96, 15 janvier 1997 (non publiée).

[1678] Cour eur. dr. Homme : *Klein c. Slovaquie*, no 72208/01, 31 octobre 2006 (non publié). Voir *infra,* Chapitre 6.

[1679] Cour eur. dr. Homme : *Ormanni c. Italie*, no 30278/04, 17 juillet 2007 ; opinion dissidente commune à M. Baka et Mme Jočienė, Juges.

[1680] Cour eur. dr. Homme : *Perrin c. Royaume-Uni,* requête *n°* 5446/03, décision de la Commission du 18 octobre 2005, Recueil des arrêts et décisions 2005-XI.

« *contrairement à l'affaire Cumpănă et Mazăre, l'expression litigieuse était d'ordre purement commercial, et nul n'a laissé entendre qu'elle avait pour objet de contribuer à un débat public d'intérêt général ou qu'elle revêtait un quelconque intérêt artistique* ».

2) *Hoare c. Royaume-Uni* (1997) : l'affaire concernait la saisie de matériel pornographique[1681]. La Commission a déclaré en l'espèce la requête irrecevable. Elle a d'ailleurs remarqué que cette affaire était différente des affaires *Müller, Wingrove* ou *Otto-Preminger*, dans lesquelles des considérations artistiques pourraient éventuellement prévaloir sur la protection de la morale. En effet, le requérant a prétendu qu'il avait été privé de moyens pour inviter le jury à démontrer le caractère artistique de son film. La Commission a rétorqué que « *le fait que le requérant ne pouvait pas faire preuve d'expert (quant à l'appréciation de la valeur artistique du film) ne peut pas porter atteinte à l'équité de la procédure* » et a noté que, si le requérant avait allégué que ses vidéos avaient de la valeur artistique, « *il lui aurait été permis d'apporter des preuves sur ce point».*

3) *Scherer c. Suisse* (1994) : l'affaire concernait la condamnation pour projection d'un film pornographique à Zurich dans un sex-shop destiné aux homosexuels [1682]. La Commission a déclaré la requête recevable ; toutefois, la Cour a décida, par six voix contre trois, de rayer l'affaire du rôle, compte tenu de la mort du requérant pendant le procès et du fait des profonds changements de la législation suisse relative aux « objets obscènes » entretemps.

[1681] Cour eur. dr. Homme : *Hoare c. Royaume-Uni, n°* 31211/96, décision de la Commission du 2 juillet 1997, non publiée.

[1682] Cour eur. dr. Homme : *Scherer c. Suisse*, 25 mars 1994, série A no 287.

§2. Analyse de la jurisprudence de la Cour

Nous allons essayer de dégager les « axes » de la Cour dans le traitement de la liberté artistique, afin de nous pencher ensuite plus particulièrement sur le cas de la morale et de la religion.

A. Remarques générales

Nous allons voir comment la Cour perçoit la liberté de l'art et les titulaires de la « liberté de l'art », avant de faire une analyse fondée sur nos observations à propos des États défendeurs et de la nature des requêtes.

1. Une conception large de l'« art »

Nous observons que des trente-trois (33) affaires en question,

a) Seules douze (12) sont directement liées aux arts aux *sens strict* du terme (arts plastiques, théâtre, danse, musique). De ces douze (12) affaires,

- cinq (5) concernent des œuvres d'art plastique (*Bildender Künstler, Sacharov*, *S. & G, Müller,* et l'affaire du « Graffiteur de Zurich ») ;
- une (1) concerne l'art de la photographie et l'obscénité (Petrov) ;
- deux (2) concernent la censure des pièces du théâtre (*Ulusoy et Kar*) ;
- trois (3) concernent le film et le cinéma (*V.D. & C.G, Otto-Premingen, Özkam*) ;
- une (1) concerne un court-métrage (*Wingrove*) ;

b) Des autres vingt-et-une (21) affaires, neuf (9) concernent la littérature et la poésie (et non les beaux-arts ou les « arts » au sens strict du terme) ;

c) Les douze (12) affaires restantes, c'est-à-dire la majorité, concernent la presse, la caricature et le droit à la satire ou à la critique plus généralement. Seules quelques-unes concernent directement la liberté artistique. En effet, seules ces cinq affaires impliquent des caricatures ou des expressions satiriques où les caricatures constituent elles-mêmes l'« offense » principale (*Kuliś et Różycki, Erkanli, Leroy, Ben El Mahi, Dubowska et Skup*). Des sept affaires, les quatre (4) impliquent des caricatures *accompagnant* des textes de presse (*Cumpănă et Mazăre, Aguilera Jiménez, Burgenland, Ferét, Ponson*).

1) Il semble donc que la Cour n'hésite pas à se référer à la liberté artistique dès que

le moindre soupçon d'« art » peut être discerné dans les actes considérés. les requérants principaux, Ainsi, elle accepte sans hésitation que la liberté artistique englobe la caricature et la satire (*Kuliś et Różycki, Dubowska et Skup etc*)[1683]. Elle accepte d'ailleurs que cette liberté artistique englobe aussi le photomontage (*Ponson c. France*) ou même la création inspirée (le guignol de M. Da Silva, seule occurence concernant un non-professionnel qui, en l'espèce, s'est exprimé d'une façon « créative »). Elle évoque d'ailleurs la liberté artistique, même si cette caricature ou expression satirique n'est pas la question principale de l'affaire (*Cumpănă et Mazăre, Erkanli, Burgenland*), alors qu'elle évoque la satire afin de « couvrir » toute forme d'art qui pourrait être considérée comme telle (*Vereinigung Bildender Künstler*). Seule dans une affaire la Cour ne s'est pas référée à la liberté de l'art, malgré le fait qu'elle a été évoquée par le requérant : dans l'affaire *Nikowitz et Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche* (2007), à propos d'un procès en diffamation d'un journaliste ayant publié dans le journal Kurier un article à propos de l'accident du champion autrichien de ski au style satirique l'intitulant : « *La jambe du héros Hermann cause de la douleur à des millions d'Autrichiens*»[1684]. En l'espèce, le requérant avait prétendu devant les tribunaux autrichiens à une violation de sa liberté d'expression artistique ; la Cour, pour autant, n'a pas eu besoin de recourir à l'art pour constater à l' unanimité la violation de l'article 10, abordant l'affaire sous l'angle de la liberté des « *commentaires satiriques* ».

En outre, la qualification d'« artiste » professionnel n'est pas une condition d'évocation de l'article 10 : certes, les artistes professionnels sont les requérants principaux, puisque la quasi-totalité des affaires concernent des artistes et des écrivains *professionnels* ; cependant, dans l'affaire *Da Silva c. Portugal* (2010), la Cour n'a aucunement hésité à évoquer le droit de *toute personne* à la liberté artistique, tout au contraire, elle ajoute dans ce cas l'expression « de toute personne » à ses affirmations précédentes concernant la liberté de satire : « *la satire est une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, de par l'exagération et la déformation de la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à*

[1683] Sachant que - d'un point sociologique- la caricature relève en principe de la satire, et également du journalisme (et donc de la liberté de la presse).

[1684] Cour eur. dr. Homme : *Nikowitz et Verlagsgruppe News GmbH c. Autriche*, no 5266/03, 22 mai 2007. Voir aussi l'affaire similaire *Sokolowski c. Pologne*, no 75955/01, 29 mars 2005, où la liberté artistique n'a pas été, à juste titre, évoquée.

agiter. C'est pourquoi il faut examiner avec une attention particulière toute ingérence dans le droit d'un artiste – ou de toute autre personne– à s'exprimer par ce biais »[1685].

Par ailleurs, la Cour ne s'est jamais fondée sur la *valeur esthétique* des œuvres[1686] : déjà dans l'affaire *Müller*, la Commission avait précisé qu'« *il ne lui appart[enait] pas d'émettre un jugement de valeur sur l'éventuelle qualité artistique de telle ou telle œuvre* »[1687]. Plus récemment, dans l'affaire *Klein*, la Cour a dans le même esprit rétorqué à l'argument du requérant, selon lequel son article avait une certaine valeur littéraire et intellectuelle, que « *la Cour [n'était] pas tenue d'évaluer la qualité journalistique de l'article* » [1688].

2. Une multitude de *valeurs* en jeu

Sur le plan des valeurs qui sont en cause dans les affaires étudiées, nous pouvons remarquer que, sur les 27 affaires, 16 impliquent, *principalement*[1689], des « conflits » entre l'expression et la morale/religion, soit :

- 5 sur 27, concernent *principalement,* des « conflits » entre l'art et la morale (*S. & G, Müller*, *Petrov, V.D. & C.G., Akdaş*) ;
- 11 sur 27 concernent *principalement,* des conflits entre l'art et la religion, y compris des requêtes fondées sur l'article 9 (*Vasilovskaya, Bildender Kunstler, Otto Premingen, Özkan, Wingrove, Kar, I.A., Dubovska et Skup, Ben El Mahi, Choudhury, X. Ltd*).

Ensuite, 12 impliquent des conflits *principalement* entre l'art et le politique ou la sécurité nationale (*Ulusoy, Karataş, Alınak, Leroy, Dağtekin*, *Erkanli, Burgenland*). Il

[1685] Cour eur. dr. Homme: *Alves da Silva*, précité, §27, répérant la constatation de l'arrêt *Bildender Kunstler*.

[1686] Ainsi le fait également la Cour Constitutionnelle allemande, voir VerfGE 75, 369, 1 BvR 313/85 « *Strauß-Karikatur*» : dans ce jugement en effet, malgré la constatation de la prépondérance *in casu* de la dignité humaine, la Cour allemande souligna qu'une démarche d'appréciation de la valeur de l'art est contraire à la constitution : « *Ce qui est permis et nécessaire est donc simplement une distinction entre art et non-art ; tout standard, dans le sens d'une différenciation entre art 'plus élevé' ou 'plus bas', bon ou mauvais, aboutit à un contrôle de contenu constitutionnellement inadmissible* ».

[1687] Comm. eur. dr. Homme: *Müller*, précitée.

[1688] Cour eur. dr. Homme: *Klein c. Slovaquie*, no 72208/01, §53, 31 octobre 2006 (non publié).

[1689] Voir, *infra,* à propos de la difficulté de discerner l'intérêt en cause.

convient de remarquer également que seules 3 des 27 affaires représentent des conflits *principalement,* entre l'art et les droits de personnalité à la suite de procès pour diffamation (*Lindon, Feldek, Da Silva*), et qu'une seule affaire implique un conflit entre l'art et la propriété (*N. contre Suisse,* à propos du graffiti et *Kuliś et Różycki,* à propos de la parodie commerciale[1690]).

3. Une variété d'États défendeurs

En total, les États suivants sont défendeurs dans le nombre de cas suivants :

Turquie : 8 (29,6%)

Royaume-Uni : 4 (14,8%)

France : 3 (11,1%)

Autriche : 3(11,1%)

Suisse : 2 (7,4%)

Pologne : (7,4%)

Autres États :

Bulgarie : 1, Russie : 1, Danemark : 1, Belgique : 1, Portugal : 1.

Il s'ensuit que la Turquie est le principal État défendeur, puisque quasiment un tiers des requêtes sont dirigées vers cet État (5 affaires de poésie et de littérature sur les 9 et 2 sur les 2 affaires de théâtre). Ceci pourrait sembler naturel, sachant que la politique répressive de la Turquie à l'égard de la liberté d'expression est évidente dans toute la jurisprudence de la Cour concernant l'article 10 (201 violations de l'article 10 sur les 447 violations pour tous les États entre 1959 et 2010, d'après les données officielles de la Cour[1691]), dont la nature concerne principalement l'oppression de la minorité kurde par la Turquie (*Ulusoy Karataş, Dağtekin, Alınak*) et le débat sur l'Islam et la laïcité (*Kar, Özkan, , İ.A.*). Il convient de noter, en outre, que les trois États qui suivent la Turquie sont des États d'Europe de l'Ouest (Autriche, France, Suisse) – qui sont également représentés dans les violations de l'article 10 (Autriche : 32 sur les 447 violations de l'article 10, France : 23, Suisse : 11). Or, d'autres États qui sont bien représentés dans les violations de l'article 10 (Russie : 22,

[1690] Voir *supra,* note 723.

[1691] Statistiques de la Cour : tableau de violations 1959-2010, disponible sur le site de la Cour http://www.echr.coe.int/ECHR/FR/Header/Reports+and+Statistics/Statistics/Statistical+information +by+year/ , consulté le 10 février 2011.

Moldavie : 17, Ukraine : 15) sont absents de notre liste de violation de la liberté de l'art, alors qu'on y trouve le Royaume-Uni, qui ne compte que 10 violations de l'article 10 entre 1959 et 2010.

4. Un nombre d'arrêts relativement faible

Nous avons vu que dans les cinq des trente-trois affaires, l' « expression artistique » est l'objet principal du litige, uniquement dans les 27 affaires. Le nombre de jugements relatifs a donc également diminué pour arriver au nombre de vingt-sept (27) – moins une affaire pendant, vingt-six (26).

De ces vingt-six (26) affaires, seules seize (16) ont abouti à des *arrêts* rendus par la Cour, y compris ceux de l'ancienne Cour : 6 en matière d'art *stricto sensu*, 7 en matière de littérature, et 3 en matière de caricature et satire.

- les deux (2) affaires concernant les arts plastiques (*Bildender Künstler*, *Müller*) ;
- les deux (2) affaires concernant le théâtre (*Ulusoy, Kar*) ;
- les deux (2) des quatre affaires concernant le film (*Otto-Premingen, Wingrove*) ;
- les sept (7) sur neuf (9) affaires de littérature ou de poésie (*Akdaş,Dağtekin, Lindon, İ.A., Alınak, Feldek, Karataş*) ; c'est-à-dire toutes, à l'exception de la décision dans l'affaire *Gay News* et *Choudhury*) ;
- les trois (3) arrêts relatifs à la caricature et à la satire, les arrêts *Kuliś et Różycki* et *Leroy*, et le « guignol » de M. Da Silva.

Le nombre des affaires impliquant les arts alors est minime par rapport à la production jurisprudentielle énorme de la Cour[1692] et également minime par rapport au nombre incalculable des œuvres controversées dans l'histoire des arts. Particulièrement vis-à-vis des requêtes fondées sur l'article 10, le nombre de seize (16) arrêts rendus par la Cour et de 10 constatations de violations) sur les 447 constatations de violations de l'article 10 entre 1959 et 2010 (d'après les données officielles de la Cour[1693]), correspond à 2,24% des violations vis-à-vis de l'article 10, ce qui reste un nombre très bas.

[1692] Jusqu'à aujourd'hui la Cour a rendu plus de 10.000 arrêts; voir le Rapport d'activités de la Cour www.echr.coe.int/.../FAITS_CHIFFRES_FR_JAN2011_VERSION_WEB.pdf, consulté le 10 février 2010.

[1693] Statistiques de la Cour : tableau A, *supra,* accompagnant note 1633.

En outre, nous observons que des 16 affaires, 10 arrêts sur 16 (soit 62,5%) ont abouti à la constatation d'une violation de l'article 10. Toutefois, si l'on compte uniquement les *arts visuels* (peinture, sculpture, photographie, art vidéo, film, illustration[1694]), qui n'impliquent pas (ou impliquent moins) le médium de la parole, seuls 2 arrêts sur 6 (soit 33,3%) ont aboutit à la constatation d'une violation de l'article 10, dont l'une (*Bildender Kunstler*) avec une majorité de 4 voies contre 3. Par ailleurs, la musique, l'architecture, la danse et la bande dessinée sont entièrement absentes de la jurisprudence de la Cour[1695].

Certes, nous ne saurions en tirer *in abstracto* des conclusions, puisque, comme nous avons déjà pu l'évoquer, la « liberté de l'art » implique également des facteurs socio-économiques dont l'analyse dépasse l'objet de la présente étude. Toutefois, cela pourrait signifier que les arts dans les États membres de la Convention sont un domaine qui subit moins d'ingérences étatiques que la presse ou d'autres formes d'expression, ou bien, que généralement les recours internes du plus haut degré (Cour de Cassation ou Cour Suprême) parviennent à maintenir des équilibres.

En outre, tenant compte de l'objet des litiges en question, nous pourrions également présumer que les jugements nationaux ne sont peut-être pas dûs à un phénomène de répression des arts, mais plutôt au fait que les expressions artistiques dans ces États-là dépassent largement les « standards communs ». L'affaire *S. & G.* pour le Royaume-Uni ou les deux affaires suisses *Nageli* et *Müller* pourraient servir d'illustration de ces considérations. En ce sens, d'ailleurs, la Turquie, principal État défendeur, n'est représenté dans aucun des affaires concernant les *arts plastiques* (qui sont généralement un terrain propice d'« expérimentation), alors que la Suisse, État de tradition libérale, est l'État défendeur dans 2 des 5 cas concernant les arts plastiques.

[1694] En excluant alors les livres, les poèmes, le théâtre (qui est lié, traditionnellement, plus au *texte écrit*), ainsi que le guignol de M. Da Silva.

[1695] En revanche, à l'autre bout de l'Atlantique, le débat à propos de la liberté de l'art est re-déclenché à propos de la censure des arts ; en l'espèce, la condamnation d'un collectionneur par la Cour Criminelle de l'État de Iowa à la base de la loi sur les offenses sexuelles pour ayant à sa disposition des *manga* représentant des actes sexuels auxquels participent des enfants donna lieu à un débat public important; *Etas-Unis c. Christopher Handley*, requête n°1:07-cr-00030-001 du 11 février 2010.

B. Le rôle controversé de la morale et de la religion dans les États parties

La morale et de la religion sont la cause principales des tensions au sein des États parties à la Convention, au moins jusqu'en 2001. Toutefois, il existe une difficulté inhérente au « conflits de valeurs » de discerner les droits et les intérêts en cause.

1. Les sensibilités religieuses comme cause principale des « tensions »

Des affaires examinées, les trente (30) impliquent des conflits de droits vus sous l'angle de la liberté d'expression et sont donc fondés sur l'article 10 de la Convention, alors que trois (3) sont vues au prisme de la liberté religieuse et sont donc fondés sur l'article 9 (il s'agit des affaires *Ben El Mahi*, *Dubowska et Skup* et *Choudhury*).Il n'y a pas ici d'affaires concernant un conflit entre la liberté de l'art et un autre droit vu sous le prisme d'un autre article.

Il en suit que, des affaires qui parviennent à la Cour concernant la liberté de l'art, la plupart impliquent des questions de morale et de religion. Ainsi,

- 40,7% des affaires impliquent des conflits entre l'art et la religion (y compris l'affaire pendante et celle du tableau « Apocalypse » dans l'affaire *Bildender Kunstler*) ;
- 18,5% des affaires impliquent des conflits entre l'art et la morale ;
- 14,8 % des affaires impliquent des conflits entre l'art et la sécurité nationale, y compris l'incitation à la haine (il s'agit notamment des arrêts rendus contre la Turquie, impliquant l'expression de la minorité kurde, mais aussi de l'affaire *Leroy c . France*) ;
- 11,1 % impliquent des conflits entre l'art et une personnalité ;
- 7,4% impliquent des conflits entre l'art et d'autres intérêts étatiques ;
- 7,4 % impliquent des conflits entre l'art et la propriété.

En outre, 1 affaire sur 5 implique des conflits « mixtes », à savoir des conflits des droits et d'intérêts collectifs à la fois, y compris le conflit entre l'art et la religion et l'incitation à la haine nationale ou religieuse.

En excluant les arts qui sont basées principalement sur l'écriture (littérature, poésie,

théâtre), les pourcentages sont encore plus importants pour des conflits impliquant la morale et la religion :

- 42,8% des affaires impliquent des conflits entre l'art et la religion (6/14) ;
- 28,6% des affaires impliquent des conflits entre l'art et la morale (4/14) ;
- 14,3 % des affaires impliquent des conflits entre l'art et une personnalité (1/14) ;
- 14,3 % impliquent des conflits entre l'art et la propriété (2/14) ;
- 7,1 % des affaires impliquent des conflits entre l'art et la sécurité, ou l'incitation à la haine (seule l'affaire *Leroy c. France*).

Il s'ensuit que presque la moitié des affaires (40, 7%) impliquent directement ou indirectement la protection des croyances religieuses et seules 18,5% des affaires impliquent des conflits entre l'art et la morale. Ce pourcentage s'élève à 42,8% si l'on compte uniquement les arts visuels (peinture, sculpture, photographie, art vidéo, film, illustration). Dans ce cas, le pourcentage des affaires impliquant des conflits entre l'art et la *morale* et nettement plus élevé, puisqu'il passe de 18,5% à 28,6. Nous pouvons également noter que dans ces affaires qui impliquent la religion, seules les religions chrétienne (7 affaires) et islamique (4 affaires) sont concernées. Le nombre des affaires concernant la religion islamique est pourtant élevé étant données les traditions majoritairement chrétiennes des États du Conseil de l'Europe, au sein duquel seule la Turquie est un État majoritairement musulman.

Il apparaît donc que les conflits entre l'art et la religion sont plus visibles dans les États de tradition religieuse importante (la Turquie ; la Russie ; le Royaume-Uni, l'Autriche) ou dans les États dans lesquels les conflits culturels sont plus visibles que dans d'autres (le Danemark par exemple, pour l'affaire des caricatures danoises)[1696]. Le rôle controversé de la morale et de la religion est également illustré par les désaccords parmi les juges de la Cour : en effet, dans la plupart des affaires, il existe des opinions dissidentes ; ont été pris à l'unanimité seuls certains des arrêts contre la Turquie (*Akdaş, Ulusoy, Kar, Dağtekin, Alınak*), deux arrêts de 2010 concernant la satire du maire et la satire publicitaire (*Alves da Silva et Różycki*), ainsi que l'arrêt

[1696] Il est vrai que des États comme la Grèce ou l'Italie, ayant des traditions fondées beaucoup plus sur la religion et également ayant des législations les plus sévères en matière de blasphème, ne sont pas représentés en des affaires auprès de la Cour. Toutefois, ceci peut être dû au nombre faible de la totalité des affaires, ainsi qu'au fait qu'il s'agit des États relativement plus « homogènes » d'un point de vue culturel.

Leroy (voir *infra)*.

2. La difficulté de discerner l'intérêt en cause

Les conflits de droits impliquent des intérêts antinomiques des individus ou des groupements d'individus. Toutefois, il existe aussi des restrictions aux droits garantis par la Convention, pour des raisons telles que l'ordre public, la morale ou la sécurité nationale. Nous pourrions qualifier ces situations de «faux conflits», d'après l'expression de Madame Tulkens [1697], non pas entre droits mais entre un droit garanti par la Convention et un intérêt collectif. Or, dans certains cas, la distinction entre *droit* (droit d'autrui) et *intérêt collectif* (ou étatique) n'est point évidente[1698]: par exemple, dans l'affaire *Leroy,* ce qui était en cause était la sécurité nationale (puisque la caricature a été considérée inciter au terrorisme), mais également, la dignité des victimes des attentats du 11 septembre[1699]. Autre exemple, dans l'affaire *N. c. Suisse,* à propos du graffiti, ce qui était en cause est le droit de propriété d'autrui, mais également la prévention du désordre public[1700]. Notons d'ailleurs, que toutes les affaires impliquant des questions de diffamation du *fonctionnaire public* (politicien, juge, maire, etc.) sont forcement des conflits de nature « mixte », puisqu'ils impliquent les droits de personnalité, mais également des questions du sauvegarde du pouvoir politique. Par exemple, dans l'affaire *Feldek*, ce qui est en cause et la diffamation du Ministre en question, mais également, dans un sens plus large, la sauvegarde de l'autorité du pouvoir politique du gouvernement. Autre exemple, dans l'affaire *Da Silva*, ce qui est en cause est les droits de personnalité du maire en

---

[1697] DE SCHUTTER Olivier et TULKENS Françoise, « Rights in conflict… » *in* BREMS Eva(ed.), *Conflicts ..., op.cit.,* pp.169-216.

[1698] Cela est le cas dans plusieurs cas relatives à l'article 10 de la Convention : par exemple, dans l'affaire *Prager et Oberschlick* (requête du 26 avril 1995, série A no 31331, concernant la condamnation d'un journaliste autrichien pour diffamation à l'encontre d'un juge - en l'espèce, la décision de la violation de l'article 10 a été prise par cinq voix contre quatre, ce qui était effectivement en jeu vis-à-vis de la liberté de la presse n'était pas uniquement la préservation de la réputation d'autrui (c'est-à-dire du juge en question) mais aussi l'intérêt étatique de sauvegarder l'autorité du pouvoir judiciaire. Autre exemple, dans l'affaire *Murphy c. Irlande* (précité, à propos de la légitimité de l'interdiction d'une publicité religieuse), l'interdiction prononcée poursuivait plusieurs buts légitimes, à savoir d'une part la défense de l'ordre et de la sûreté publics et, d'autre part, la protection des droits et libertés d'autrui.

[1699] Cour eur.dr.Homme: *Leroy c. France*, précité : « *De par les termes employés, le requérant juge favorablement la violence perpétrée à l'encontre des milliers de civils et porte atteinte à la dignité des victimes* » (§43).

[1700] Comm.eur.dr.Homme : *N.c. Suisse,* précité.

question, mais également la sauvegarde de l'autorité de son pouvoir politique.

Cette difficulté est en effet particulièrement marquée dans la distinction entre la religion et la morale. Par exemple, dans l'affaire *Wingrove,* ce qui est en cause est la *religion* (puisque les personnages de sainte Thérèse ont une apparence « manifestement moderne »), mais aussi la *morale* (puisque le vidéo comprend des scènes érotiques). De même, dans le tableau incriminé de l'affaire *Bildender Kunstler* (qui représente, entre autres, des personnages saints dans des positions érotiques avec des politiciens de l'extrême droite), il ne serait pas possible de discerner les valeurs en cause : religion, morale et droits de personnalité en l'espèce se chevauchent.

Si le fait de discerner les *valeurs* en cause n'est utile que pour des lectures sociologiques de ces controverses, cela ne va pas de même pour les *droits* qui sont en cause, dont le discernement joue un rôle d'un point de vue méthodologique. En effet, la question des *valeurs* apparaît dès lors que la valeur de la *religion* est comprise dans un droit protégé par la Convention (l'article 9), alors que la morale, en principe, non - ce qui veut dire que, dans le premier cas, la Cour est affrontée à un cas de *conflits de droits,* alors que dans le second cas, elle est affrontée à un cas de *restriction* de droits. Dès lors, lorsque la religion est en cause, la Cour pourrait, éventuellement, songer à inclure une obligation positive de protection contre les offenses des sensibilités dans l'article 9 de la Convention, alors que cela n'est pas le cas lorsque l'intérêt en cause est la moralité public, qui amène la Cour au « test de la nécessité ». Par ailleurs, dans le premier cas, elle est amené à examiner la requête sous l'angle de l'un des deux droits (ce qu'elle a fait par exemple dans l'affaire *Otto Preminger,* considérant que la liberté religieuse était une *restriction* à la liberté d'expression), ce qui pose des problèmes méthodologiques[1701].

[1701] Voir la critique de la méthode de la Cour en l'arrêt *Otto-Preminger c. Autriche* par Patrick Washcman: « *La démarche consistant à infuser un autre droit à dans les rubriques autorisant des limitations à l 'exercice d'un droit est nouvelle est dangereuse… Elle est d'autant plus surprenante qu'elle avait été déjà explicitement rejété par la Cour dans l'affaire Open Door et Dublin Well Woman contre l'Irelande* ». WASCHMANN Patrick, « La religion contre la liberté d'expression… », *op.cit.,* note 48, p.443.

Section 2. L'approche évolutive de la Cour

Une approche évolutive de la Cour peut être discernée quant au traitement du « conflit de droits » qui nous occupe ; tantôt sur le plan méthodologique, tantôt sur le plan du fond. Après des remarques générales sur la méthodologie de la Cour en matière de résolution des conflits, nous étudierons son approche spécifique quant au conflit étudié. Cette dernière en effet, est bipolaire : d'une part, elle consiste en l'exclusion de « l'offense des sensibilités religieuses » de l'article 9 de la Convention, tout en maintenant l'idée de la marge d'appréciation des États ; d'autre part, elle consiste à reconnaître la spécificité de l'art en tant que facteur qui pourrait éventuellement légitimer un traitement spécifique.

§1. L'approche évolutive quant à la résolution des conflits de droits

Au cours des dernières années, on peut remarquer que la Cour applique des critères de plus en plus « qualitatifs » et « flexibles », qui permettent une lecture plus pertinente des droits et des intérêts en cause dans le cadre des conflits. Par ailleurs, elle réussit à intégrer de façon efficace le concept de *démocratie* et d'*égalité* dans sa jurisprudence[1702]. Nous allons décrire à grands traits cette évolution, afin de nous concentrer ensuite sur son influence positive sur le traitement des conflits de droits.

A. L'évolution du « test tripartite »

La méthode qu'utilise la Cour afin de conclure à la violation ou non d'un article de la Convention est en principe marquée par la structure même des articles de la Convention et de ses Protocoles additionnels. Cette méthode, impliquant généralement l'examen de trois critères (si l'ingérence étatique était poursuivie par la loi ; si elle poursuivait un but légitime ; si ce but était nécessaire dans une société démocratique) est traditionnellement appelé le « test tripartite »[1703], le critère ayant le plus de poids pour la Cour étant sans doute le critère de la nécessité. Toutefois, la

[1702] Voir généralement KASTANAS Elias, *Unité et diversité: notion autonomes et marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

[1703] La plupart des limitations expressément prévues dans la Convention prévoient que l'ingérence étatique à l'exercice du droit fondamental en question devrait : a) être prévue par la loi ; b) poursuivre un but poursuivi légitimé ; et c) être nécessaire dans une société démocratique. Nous allons se concentrer précisément sur le critère de la nécessité, puisque c'est celui qui présente le plus grand intérêt

Cour, progressivement et sans abandonner la méthode de la nécessité, a mis en place d'autres méthodes à la recherche d'un équilibre, voire d'une « concordance », entre les deux droits – ou intérêts – conflictuels.

1. De la « *nécessité* » au « *juste équilibre* »

Afin de déterminer le *critère de nécessité*, la Cour a généralement recours à l'idée de la *marge d'appréciation* des États, d'après laquelle les instances nationales sont plus compétentes que la Cour pour déterminer si une ingérence est véritablement nécessaire ou non. Il s'agit là en effet d'une variation du principe de *subsidiarité :* aux mots de la Cour, « *Grace à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leurs pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur le contenu précis de ces exigences par rapport aux droits d'autrui comme sur la "nécessité" d'une "restriction"* destinée à *protéger contre ce genre de publications les personnes dont les sentiments et les convictions les plus profonds en seraient gravement offensés* »[1704].

Ainsi, lorsque des matières « épineuses » – comme la morale ou la religion – sont en cause, comme dans le cas où la liberté d'expression est susceptible d'offenser des convictions intimes, une plus grande marge d'appréciation est laissée aux États contractants[1705]. La justification de cette préférence réside, d'après la Cour, dans le « *manque de conception uniforme, parmi les pays européens, des exigences afférentes à la protection des droits d'autrui s'agissant des attaques contre des convictions religieuses* »[1706] .

Toutefois, le principe de la nécessité n'est pas le seul critère examiné : son application

[1704] Cour eur.dr.Homme: *Handyside,* précité, §44 ; *Müller,* précité, §58, *Wingrove,* précité, §56 etc. Voir aussi, DE FONTBRESSIN Patrick, « La liberté d'expression et la protection de la santé ou de la morale », *RTDH*, 1993 ; OETHEIMER Mario, *L'harmonisation de la liberté d'expresion…, op. cit.*, *supra,* note 191, pp.85-87; KTISTAKIS Yiannis, *Liberté religieuse et Convention Européenne…*, *op. cit.*, p.257.

[1705] Cour eur.dr.Homme: *Open Door,* précité ; *Wingrove,* précité, §56, *Murphy c. Irlande*, précité, §§ 65-69, *Gündüz c. Turquie*, § 37, précité etc.

[1706] Cour eur.dr.Homme: *Handyside,* précité, § 48 ; *Müller,* précité,§35 ; *Otto-Preminger,précité, précité,* §49-50 ; *Wingrove,* précité, §58, *İ.A., précité,* §44 etc.

implique plus particulièrement l'existence d'un « besoin social impérieux », *proportionné* au but légitime visé par les autorités (principe de proportionnalité)[1707]. Ainsi, schématiquement, et comme le constate M. Galland en 2002, deux types de contrôle en matière de liberté d'expression ont été mis en place dans un cas de conflit de droits (où l'un des deux est la protection des droits d'autrui) : un contrôle « entier », lorsque la Cour considère que la violation n'était pas nécessaire, ou bien un contrôle restreint, lorsque l'ingérence était nécessaire, mais non raisonnable dans une société démocratique[1708].

Dans la jurisprudence de la Cour, depuis plus de vingt-cinq ans, l'idée de *l'équilibre* n'est certes pas absente : or, cet équilibre était traditionnellement examiné lorsqu'un intérêt de la communauté était en cause, mais pas deux droits. Aux mots de la Cour : « *une mesure d'ingérence dans le droit au respect des biens doit ménager un juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu* »[1709].

Ce n'est qu'après 2000 que l'impératif du *juste équilibre* sera cristallisé dans le cas de conflits entre deux intérêts spécifiques. Plus précisément, lors du jugement de l'arrêt *Chassagnou*(1999), un cas de restriction du droit à la propriété du fait des intérêts publics[1710], la Cour a pour la première fois tenté d'élaborer des règles de résolution spécifiques lorsque deux intérêts apparaissaient en conflit (l'un étant l'intérêt de l'État

---

[1707] Par exemple, Cour eur.dr.Homme: *Olsson c. Suède(no 1)*, arrêt du 24 mars 1988, série A n° 130, § 67 ; Cour eur.dr.Homme: *Fredin c. Suède (n° 1)* du 18 février 1991, série A n° 192, p. 17, § 51.

[1708] GALLAND Yannick, « Les obligations des journalistes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH,* n°52, 2002, p.858.

[1709] Cour eur.dr.Homme: *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, série A no 52, § 69; *Iatridis c. Grèce* [GC], no 31107/96, CEDH 1999-II, § 58. Aussi, peu avant, dans l'affaire *Sunday Times,* un juge (opinion concordante) avait constaté que: « il faut rechercher un équilibre entre l'exercice par la presse du droit que lui garantit le paragraphe 1 de l'article 10 et la nécessité, d'après le paragraphe 2, d'imposer une restriction à l'exercice de ce droit pour protéger "l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire » ; *Sunday Times,* précité, opinion concordante de M. le Juge Zekia, §6, 15.

[1710] Cour eur.dr.Homme: *Chassagnou et autres c. France* [GC], nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 45-49, CEDH 1999-III. En l'espèce, il s'agissait d'une controverse qui a eu lieu en France à propos de la loi française dite *Verdeille*, qui prévoyait la création d'Associations communales de chasse agréées (ACCA), obligatoire en certains départements. Cette loi en effet, invoquant la nécessité d'assurer le regroupement des petites parcelles pour assurer la gestion des ressources cynégétiques et ignorant les oppositions éthiques que des nombreuses personnes pourraient avoir à la chasse, obligeait les propriétaires d'« apporter » leurs terrains aux ACCA (c'est à dire de permettre la pratique de la chasse sur leur fonds), pour ainsi créer un territoire de chasse à l'échelle communale. Or, seuls les grands propriétaires (plus de 20 hectares dans la Gironde et la Dordogne et 20 hectares dans la Creuse) pourraient s'y opposer ou en demander le retrait un cas de conflit entre le droit à la propriété avec les intérêts publics.

à obliger de petits propriétaires à ouvrir leurs terrains disponibles à la chasse ; l'autre étant précisément le droit de ces propriétaires, non pas uniquement à leur *propriété,* mais également à leur liberté de conscience de s'opposer à la pratique de la chasse)[1711]. En l'espèce, la Cour essaya de mettre les deux droits concurrents en balance et de mesurer leur *poids,* afin de chercher le juste équilibre entre eux – c'est-à-dire *entre deux droits* (et non plus entre un droit et un intérêt étatique ou un intérêt de la communauté, ce qui aurait pu se résoudre par le test de la proportionnalité « classique »)[1712]. Ainsi la Cour a-t-elle traduit la marge d'appréciation des États en analyse du respect des *obligations positives* de la part des États[1713], qui ne devraient pas aboutir à des restrictions démesurées des autres libertés énoncées dans la Convention[1714]. Toutefois, la frontière entre les obligations positives et négatives de

---

[1711] Dans l'affaire *Chassagnou* en effet, la Cour estima in casu que « *nonobstant les buts légitimes recherchés par la loi de 1964 au moment de son adoption [...]le système de l'apport forcé qu'elle prévoit aboutit à placer les requérants dans une situation qui rompt le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général* » . Ensuite, elle essaya de trouver un équilibre entre les deux intérêts. Selon la Cour : « *une mesure d'ingérence doit ménager un « juste équilibre » entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu… il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. En contrôlant le respect de cette exigence, la Cour reconnaît à l'État une grande marge d'appréciation tant pour choisir les modalités de mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause* » (*Id.* §83).

[1712] Par exemple, Cour eur.dr.Homme: *Hatton et autres c. Royaume-Uni [GC],* n 36022/97, § 103, CEDH 2003-VIII, concernant la requête des habitants de Heathrow qui se plaignaient pour l'augmentation du bruit causé par les avions de l' aéroport; *Odièvre c. France* [GC],no 42326/98, § 40, CEDH 2003-III; *Keegan c. Royaume-Uni*, no 28867/03, CEDH 2006-X, §19; *Chauvy et autres c. France*, n 64915/01, § 70, CEDH 2004-VI. En d'autres affaires de confits horizontaux, la Cour a persisté aux méthode de la légitimité et de la nécessité pour les résoudre, p.ex. *Bowman c. Royaume-Uni*, 19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I (article 10 c. article P1-3 relatif au droit à des élections libres). Toutefois, d'après d'autres auteurs, cela justifie précisément une autre fonction du principe de la proportionnalité, non plus destiné à chercher l'existence d'un « besoin social impérieux » mais plutôt chercher la raison « impériale » pour laquelle l'ingérence au droit en question a été nécessaire ; CARIOLOU Leto, « The search for an equilibrium by the European Court of Human Rights », *in in* BREMS Eva(ed.), *Conflicts…,op.cit.,* p.256.

[1713] Cour eur.dr.Homme: *Evans c Royaume Uni,* précité, §76 : « *Pour sa part, la Grande Chambre, comme la chambre, juge plus approprié d'examiner la cause sous l'angle des obligations positives, la question principale étant, comme dans l'affaire Odièvre précitée, de savoir si l'application faite en l'espèce des dispositions législatives incriminées a ménagé un juste équilibre entre les intérêts publics et privés concurrents en jeu* ». Ou bien dans l'arrêt *Hatton,* précité, note 1712, la Cour a certaines hésitations concernant l'applicabilité générale du principe de l'environnement, en formes d'obligations positives: « *La protection de l'environnement doit être prise en compte par les États lorsqu'ils agissent dans le cadre de leur marge d'appréciation et par la Cour lorsqu'elle examine la question du dépassement ou non de cette marge, mais il ne serait pas indiqué que la Cour adopte en la matière une démarche particulière tenant à un statut spécial qui serait accordé aux droits environnementaux de l'homme. Dans ce contexte, elle doit revenir sur la question de l'étendue de la marge d'appréciation dont jouit l'État lorsqu'il prend des décisions de principe du type de celles ici en cause ».* Toutefois, elle ne se permet pas d'aller plus loin *(*§122) :« *Si l'État est tenu de prendre dûment en considération les intérêts particuliers dont il a l'obligation d'assurer le respect en vertu de l'article 8, il y a lieu, en principe, de lui laisser le choix des moyens à employer pour remplir cette obligation. Vu le caractère subsidiaire de sa fonction de contrôle, la Cour se bornera à examiner si telle ou telle solution adoptée peut passer ou non pour ménager un juste équilibre ».*

[1714] Ainsi les conditions prévues en l'arrêt Cour eur.dr.Homme: *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, §116, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII: « Pour la Cour, et sans perdre de vue les difficultés pour la police d'exercer ses fonctions dans les sociétés contemporaines, ni

l'État « *ne se prêtant [...] pas à une définition précise* », l'État jouit toujours d'une certaine marge d'appréciation[1715] et le résultat du jugement dépend finalement de la prise en compte d'un certain nombre d'autres facteurs relatifs à chaque situation, ce qui aboutit finalement à une analyse qualitative des valeurs en cause[1716].

2. Du « *juste équilibre* » à la « *concordance pratique* »

Au cours des dernières années, la Cour, inspirée par la doctrine allemande – notamment le constitutionnaliste Hesse[1717] – et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande[1718], opèrent un glissement, de la balance des intérêts telle qu'elle a été développée depuis l'arrêt *Chassagnou,* vers une troisième méthode, celle de la « *concordance pratique* », mise en place par exemple dans l'affaire *Öllinger contre Autriche* (2006)[1719]. La démarche de la Cour consiste ici à ne sacrifier aucun des droits en conflit mais simplement à cerner leur champ d'application afin qu'ils puissent être tous les deux applicables[1720]. Dans ce cas, la marge d'appréciation des États est indifférente et le principe de la proportionnalité, inapplicable en principe[1721].

---

l'imprévisibilité du comportement humain ni les choix opérationnels à faire en termes de priorités et de ressources, il faut interpréter cette obligation de manière à ne pas imposer aux autorités un fardeau insupportable ou excessif ».

[1715] Entre autres, Cour eur.dr.Homme: *Keegan c. Irlande*, arrêt du 26 mai 1994, série A n° 290, p. 19, § 49, *Różiński c. Pologne*, n° 55339/00, § 61, 18 mai 2006.

[1716] De tels facteurs, pourraient être par exemple, la nature des propos litigieux, la forme et le contenu de l'expression, ainsi que d'intérêts plus généraux, comme par exemple la protection de l'environnement.

[1717] DE SCHUTTER Olivier et TULKENS Françoise, « Rights in conflict .. », *op. cit.* p.203, citant l'ouvrage de Konrad Hesse « Prinzip der praktischen Konkoradanz ».

[1718] DUCOULOMBIER Peggy, « Conflicts between fundemental rights.. », *op. cit.*, p.130, note 130, citant les arrêts *BVerfGe Simutanschule* 17 décembre 1975, 41, 29 ; *BVerfGe Herrnburgerbericht* 3 novembre 1987, 77, 240 ; *BVerfGe Josephine Mutzenbacher* 27 novembre 1990, 83, 130.

[1719] Cour eur.dr.Homme: *Öllinger c. Autriche*, no 76900/01, §34, CEDH 2006-IX : En l'espèce, il s'agissait d'un cas de conflit « exclusif » : deux réunions aux intérêts manifestement antinomiques devaient se tenir à la même heure et au même endroit : la première pour honorer la mémoire des soldats S.S. tués pendant la Seconde Guerre mondiale ; la seconde pour rendre hommage aux Juifs de Salzbourg tués par les S.S. La Cour devait juger, mettant en balance deux droits fondamentaux concurrents et tenant donc compte non seulement du droit à la liberté de réunion pacifique et de la liberté d'expression de chaque individu, mais également du droit d'une association à la protection contre toute perturbation de son rassemblement, ainsi que de l'intérêt public, à savoir en l'espèce, le droit des visiteurs du cimetière à la protection de leur liberté de manifester leur religion.

[1720] *Ibidem,* §48 : « *Dans ces circonstances, la Cour n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement selon lequel la solution qui consistait à autoriser la tenue des deux rassemblements et à prendre des mesures préventives, telles qu'une présence policière pour tenir les deux groupes à distance l'un de l'autre, n'était pas viable et ne permettait pas de préserver le droit du requérant à la liberté de réunion tout en offrant une protection suffisante aux droits des personnes venues se recueillir au cimetière* ».

[1721] *Ibidem*, §50: « *En conséquence, et en dépit de la marge d'appréciation dont dispose l'État en la matière, la Cour considère que les autorités autrichiennes n'ont pas ménagé un juste équilibre entre les intérêts concurrents qui étaient en jeu* ». Aussi : *Hachette Filipacchi Associés c. France*, n

B. Les apports de l'évolution méthodologique

En essayant de trouver le juste équilibre entre deux droits ou intérêts antinomiques, ou bien d'élaborer un compromis en essayant de préserver « intacts » les deux droits, la Cour parvient à éviter les obstacles posés par la méthode de la nécessité. En effet, de cette façon, elle évite d'examiner la requête sous l'angle uniquement de l'un des deux droits (ce qui l'amènerait à donner plus d'attention au droit évoqué par le requérant)[1722]. En outre, elle évite de considérer que l'un des deux droits en cause est une restriction du second, ce qui l'amènerait dans un cas de conflit de droits à considérer un droit comme une restriction de l'autre[1723] (et qui l'amènerait à accorder une large *marge d'appréciation* aux États, là où des questions délicates sont précisément en cause). Toutefois, les évolutions méthodologiques ont eu des apports également sur le fond – ce que nous pourrions nommer la lecture « qualitative » de l'équilibre entre les droits et les intérêts en cause.

1. Une lecture qualitative de l'équilibre entre les droits

Sur le fond, la quête de l'équilibre au lieu de la lecture stricte des critères de nécessité (et de proportionnalité) a des effets d'autant plus marqués que la Cour se concentre sur la finalité de l'application de droits dans un contexte spécifique, et dans un esprit d'égalité sociale. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Young, James et Webster* (1981), elle avait considéré que « 'nécessaire' a pas dans ce contexte la souplesse de termes tels qu' 'utile' ou 'opportun' et que « *Bien qu'il faille parfois subordonner les intérêts d'individus à ceux d'un groupe, la démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante* »[1724].

12268/03, §55, 23 juillet 2009, concernant le confit entre la liberté de la presse et la vie privée d'une personne connu (en l'espèce, du chanteur Johnny Hallyday): « *La Cour n'estime pas indispensable, dans ces conditions, d'examiner la nature et le quantum de la condamnation infligée pour mesurer la proportionnalité de l'ingérence. Compte tenu de tous ces éléments, et en dépit de la marge d'appréciation élevée laissée à l'État en la matière, la Cour estime que le juste équilibre entre les intérêts concurrents en jeu n'a pas été ménagé en l'espèce* ».

[1722] BREMS Eva, « Conflicting Human Rights: An Exploration in the Context of the Right to a Fair Trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms», *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, 2005, p. 305.

[1723] Comme elle l'avait fait par exemple dans l'affaire *Otto Preminger*, voir *supra,* note 611.

[1724] Cour eur.dr.Homme: *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, 13 août 1981, série A no 44, §63.

Les effets de cette lecture dynamique des « conflits de droits », tenant compte de nombreux critères afin de parvenir à la constatation ou non d'une violation de la Convention, s'avère d'autant plus efficace que la Cour met de plus en plus en avant les obligations positives des États[1725]. Ainsi, la Cour s'avère favorable à la mise en œuvre véritable du principe de l'indivisibilité des droits de l'Homme, ce qui rend aujourd'hui tout à fait envisageable de parler des droits sociaux et des droits culturels au sein du système de protection de la Convention européenne (alors que celle-ci consacre, en principe, seuls les droits civils et politiques).

D'un côté, donc, la Cour a su révéler les dimensions sociales et économiques des droits de la Convention. Ainsi, depuis l'arrêt *Airey*, la Cour affirma que « *nulle cloison étanche ne sépare [la sphère des droits économiques et sociaux] du domaine de la Convention* »[1726]. Par exemple, la Cour aurait créé un « droit à la sécurité sociale » qui devrait être garanti à tous sans discrimination[1727], et elle a fondé une partie de la théorie sur la responsabilité des États pour l'instauration des obligations positives, sur le domaine des droits sociaux[1728]. D'autre côté elle a insisté sur la protection des droits culturels, arrivant petit à petit à cristalliser dans sa jurisprudence des principes tels que le principe de la diversité culturelle[1729]. Par ailleurs, la Cour est aujourd'hui d'autant plus favorable à la mise en place des *droits culturels* : non seulement pour les droits culturels des minorités *culturelles* et, jusqu'à un certain point, des minorités religieuses, mais aussi pour la liberté religieuse, les droits à l'expression et les droits à l'association. Sont à cet égard significatives les

[1725] Notamment quant aux articles 8 (Cour eur.dr.Homme: *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, série A no 160) ; article 10 (Cour eur.dr.Homme: *Fuentes Bobo c. Espagne*, no 39293/98, 29 février 2000) *;* article 11 (Cour eur.dr.Homme: *Plattform « Ärzte für das Leben » c. Autriche*, 21 juin 1988, série A no 139).

[1726] Cour eur.dr.Homme: *Airey, précité.* Voir MARZO Claire, « La protection des droits sociaux par la CEDH », *Cahiers du droit européen,* n°1-2, 2010, p.107.

[1727] Cour eur.dr.Homme: *Gaygusuz c. Autriche*, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV. Voir également *Ichtigiaroglou c. Grèce*, no 12045/06, 19 juin 2008.

[1728] Notamment depuis 1993, la Cour paraît être engagée dans la voie de la consolidation d'un droit syndical, en abandonnant sa jurisprudence plus rigide de l'affaire *Young, James et Webster.* Dans l'affaire *Sirgurjonsson*, par exemple, « *elle fait preuve de plus d'audace* », selon l'expression du professeur Sudre, se référant à une multitude de textes autres que la Convention, y compris l'article 5 de la Charte sociale, la Déclaration internationale du travail et la Charte communautaire des droits fondamentaux des travailleurs; voir Cour eur.dr.Homme: *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islande,* A. 264, 30 juin 1993, JCP, 1994, I, 3742, n°34, obs. SUDRE Frédéric*, RUDH,* 1993, p. 401 et SUDRE Frédéric, « Les droits sociaux et la CEDH », *RUDH,* 2000, p.28-32.

[1729] Voir *infra,* Chapitre 7, à propos de la promotion du pluralisme par la Cour européenne.

condamnations nombreuses de la Turquie (notamment pour répression du droit à la liberté d'expression des personnes kurdes ou pro-kurdes, et notamment des politiciens, des journalistes et des artistes), mais également de la Grèce, de la Bulgarie et de nombreux pays de l'Est.

Et dans le même esprit, elle insiste aujourd'hui de plus en plus sur la prise en compte des droits dits de la « troisième génération », tels que, par exemple, la prise en compte progressive de la protection de l'environnement[1730].

2. Une lecture qualitative de la liberté d'expression

Dans sa démarche de considérer que les deux droits concurrents véhiculent des valeurs *qualitativement* différentes, la Cour est donc amenée non seulement à prendre en compte de nombreux éléments de contexte – ce qui permet des solutions flexibles, par excellence vitales dans le cas des droits culturels. En ce qui concerne en particulier l'application de l'article 10, la Cour a donc pu développer des critères concrets, qui aboutissent finalement à un contrôle plus efficace de la qualité de l'expression, afin de ne pas restreindre le cœur de l'expression (d'ailleurs, la Cour fait souvent allusion à l'effet dissuasif des restrictions, ou *chilling effect,* y compris dans des cas sans sanctions particulièrement graves, dans des nombreuses affaires pour diffamation[1731]), mais évitant précisément les offenses gratuites aux personnes, à la liberté privée, etc. L'examen de ces critères, à savoir, la *bonne foi, l'exactitude des faits*, et l'obligation de fournir des informations *« fiables et précises* » dans le respect de l'éthique journalistique[1732], pourrait alors aboutir tantôt à l'incrimination de l'expression lorsque cette « prudence » n'est pas respectée, tantôt à la constatation de sa légitimité (dans ce cas-là, il s'agit d'une *défense*[1733]) lorsqu'elle est respectée.

[1730] Cour eur.dr.Homme: *López Ostra c. Espagne,* 9 décembre 1994, série A no 303-C; *Hatton c. Royaume Uni*, 2003, précité; Cour eur.dr.Homme: *Moreno Gómez c. Espagne*, no 4143/02, CEDH 2004-X.

[1731] Cour eur. dr. Homme: *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, requête n°13778/88 , 25 juin 1992, série A no 239, §68. Aussi, *Steur c. Pays-Bas*, n 39657/98, CEDH 2003-XI; *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n 68416/01, CEDH 2005-II; *Tønsbergs Blad A.S. et Haukom c. Norvège*, n 510/04, CEDH 2007-III.

[1732] Cour eur. dr. Homme: *Goodwin*, § 39 ; *Fressoz et Roire c. France* [GC], n 29183/95, 21 janvier 1999, CEDH 1999-I , §54 ; *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, 25 juin 1992, Série A, N° 239, p. 27 ; *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], n° 49017/99, § 78, CEDH 2004-XI ; *Dioundine c. Russie*, n 37406/03, 14 octobre 2008, §38.

[1733] Les défenses, (notion empruntée du droit anglosaxon), ont été développées afin de protéger les

Grâce à cette flexibilité dans la lecture qualitative de la liberté d'expression, qui aboutit à une sorte d'équilibre *ad hoc* des droits, de nouvelles défenses contre les restrictions de la liberté d'expression gagnent progressivement du terrain dans la jurisprudence de la Cour. Parmi ces nouvelles défenses, nous pouvons discerner plus spécifiquement *l'intérêt général*[1734] et plus récemment la *prudence* (*reasonable care*). Ces défenses ne sont certainement pas indépendantes l'une de l'autre ; dans l'affaire *Bladet Tromsøo et Stensaas* (1999) par exemple, la Cour a beaucoup insisté sur le fait que les déclarations faites dans cette affaire (à propos des pratique illégales de la chasse au phoque en Norvège) concernaient une question de grand intérêt public, que le journal demandeur avait traitée d'une manière équilibrée[1735]. Dix ans après, ces éléments sont pris en compte de façon plus autonome : dans l'affaire *Brunet-Lecomte et Tanant c. France* (2010) par exemple, à propos d'un article intitulé *Caisse d'épargne de Saint-Etienne, un député dans le collimateur de la justice* et publié par le magazine *Objectifs Rhône Alpes*, la Cour a estimé qu'en l'espèce*, « les requérants ont fait preuve d'une certaine prudence dans l'expression en publiant des extraits du rapport accompagnés de commentaires objectifs et en recueillant les observations de C. quant aux accusations dirigées contre lui* ».[1736]

Seul risque, la subjectivité : par exemple, dans l'affaire *Brunet Lecomte et Lyon Mag* (2010)[1737], à propos d'un article de ce magazine intitulé « *Les musulmans de l'agglomération face au terrorisme. Enquête : Faut-il avoir peur des réseaux*

---

auteurs de l'expression dans les procès de violation des droits d'auteur, pour diffamation etc. Elles sont traditionellement quatre : l'usage équitable de l'œuvre ou le commentaire légitime (*fair use/ fair comment*); la défense de la vérité (*truth)* ; de l'opinion/ d es jugements axiologiques *(opinion - value judgements)* et du privilège (*privilege)*.

[1734] Cour eur. dr. Homme: *De Haes et Gijsels c. Belgique,* 24 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I, pp. 233-234, § 37 ; *Von Hannover c. Allemagne*, no 59320/00, 24 juin 2004, CEDH 2004-VI; *Thorgeir Thorgeirson*, précité, §67; *Mamère c. France*, no 12697/03, CEDH 2006-XIII.

[1735] Cour eur. dr. Homme: *Bladet Tromsø and Stensaas c. Norvège*[GC], no 21980/93, 20 mai 1999, CEDH 1999-III, §65 ; voir toutefois l'opinion dissidente de opinion dissidente des trois juges, Mme Palm, M. Fuhrmann et M. Baka. Autres affaires plus récentes : *Brunet-Lecomte et Tanant c. France*, no 12662/06, 8 octobre 2009. Voir à propos, notamment les conclusions de la Conférence régionale sur la Diffamation et la Liberté d'Expression, Strasbourg (CoE), 17-18 October 2002, disponibles sur www. humanrights.coe.int/media/events/2002/Conclusions %20Defamation.htm, consultées le 10 novembre 2010, et aussi les observations (*amicus curiae*) de l'Organisation Article19 dans l'affaire *Katja Kassabova c. Bulgarie* auprès de la Cour régionale de Burgas, disponibles sur www.article19.org/pdfs/cases/bulgaria-kassabova-case.pdf , consulté le 10 octobre 2008 et également auprès de la Cour européenne.

[1736] *Id.,* §61.

[1737] Cour eur. dr. Homme: *Brunet Lecomte Et Lyon mag c. France*, requête No 17265/05, 6 mai 2010.

islamistes à Lyon ? », la Cour a examiné de façon très méticuleuse si les auteurs de l'article incriminé avaient pris le soin nécessaire de décrire les faits et de ne pas créer d'ambiguïtés en raison d'un « *amalgame qui est fait entre musulmans et terrorisme »,* pour finalement considérer qu'en l'espèce, les requérants avaient « *fait preuve d'une certaine prudence dans la forme et l'expression* »[1738]. Or, les deux juges de la minorité ont émis l'opinion que « *les allégations de participation à une activité terroriste portées, serait-ce par voie d'insinuations, à l'égard de T., étaient particulièrement graves* » et que « *les requérants n'ont pas rapporté la preuve des allégations litigieuses et le manque de précaution et de nuance des propos publiés ne permettaient pas de considérer qu'ils avaient agi de bonne foi* »[1739].

§2. Vers l'exclusion de l'« offense des sensibilités religieuses » de l'article 9 de la Convention

Nous avons vu que la Cour européenne, à des nombreuses reprises, a statué en faveur de l'inclusion de l'offense des sensibilités religieuses dans le droit à la liberté religieuse[1740]. Dans des affaires relatives à des œuvres d'art ou de littérature en particulier (*Otto Preminger, Wingrove, I.A.*), la Cour a spécifiquement noté que « *dans le contexte des croyances religieuses, peut légitimement figurer l'obligation d'éviter autant que faire se peut des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices* »[1741]. Toutefois, il existe également dans la jurisprudence de la Cour quelques indications favorables aux auteurs des « offenses aux croyances » , et notamment, la consolidation des critères de légitimité de l'offense à la religion, l'émergence d'une certaine démarche de l'appréhension qualitative de l'offense**,** ainsi que d'autres obstacles incontournables à sa légitimité.

A. La consolidation des critères de légitimité de l'offense à la religion

Afin de discerner si l'offense va jusqu'à inciter à la haine dans une société démocratique, ou perturber la tolérance, la Cour examine plusieurs critères, et

---

[1738] *Id. ,* §44.

[1739] *Idem,* Opinion dissidente des juges Lorenzen et Berro-Lefèvre.

[1740] Comm. eur. dr. Homme : *Église de Scientologie et 128 de ses fidèles* c. Suède, précitée ; *X. Ltd . et Y. c. Royaume-Uni,* précitée ; *Choudhury c. Royaume-Uni*, 1989, précitée ; Cour eur. dr. Homme: *Otto-Preminger-Institute* précité et *Wingrove*, précité. Voir *supra,* note 590 et s.

[1741] Cour eur. dr. Homme: *Otto-Preminger-Institut* §47 et 49 ; *Wingrove*, §42.

notamment le fait que l'offense ne soit pas gratuite ; que des précautions sont prises afin de protéger ceux qui ne veulent pas s'exposer au matériel ou à la manifestation « offensive », ou que cette « offense » s'inscrit dans le débat public.

1. La non-gratuité de l'offense

Il convient d'abord de remarquer que la Cour distingue entre la critique des religions (qui peut aller jusqu'à la « *propagation de doctrines hostiles à une foi* »[1742]) et les « *expressions gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices* »[1743]. Plusieurs éléments semblent constituer cette notion de « non-gratuité », à savoir notamment l'effort intellectuel, de la part de l'artiste ou de l'écrivain[1744], ainsi que son inscription dans un certain débat public.

Ainsi, dans l'affaire *Aydin Tatlav* (2006)[1745], un ouvrage de cinq tomes appelé « La réalité de l'Islam » était en cause. En l'espèce, la Cour a réitéré son usage du concept de « *large marge d'appréciation des États en matière de morale et de religion* »[1746], tout en reconnaissant d'un point de vue méthodologique la nécessité de mettre en balance les deux libertés fondamentales que sont la liberté d'expression et la liberté religieuse[1747]. Or, elle a affirmé que, même si les opinions de l'auteur en tant que « *commentaire quelque peu caustique de leur religion* » pouvaient éventuellement offusquer les musulmans, la critique ne saurait être considérée contraire à la légitimation de la religion dans une société démocratique pour la seule raison qu'il

---

[1742] *İ.A c.Turquie* précité, §28.

[1743] C'est dans l'arrêt *Preminger* d'ailleurs que la Cour affirme en premier que « *ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion […], ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de toute critique* » *Otto-Preminger-Institut,* précité §47 et 49 *; Wingrove,* précité §42 ; *Gündüz c. Turquie*, précité, § 37.

[1744] L'affaire *Giniewski* en effet (*voir infra)*, serait une bonne illustration du statut préférentiel dont jouissent les historiens selon la Cour, puisqu'eux, par définition, font preuve d'une réflexion, alors que pour les artistes et les écrivains, cela dépend, en principe, de la qualité de leur travail ; voir *infra,* note 1747 et texte accompagnant.

[1745] Cour eur. dr. Homme: *Aydın Tatlav c. Turquie*, no 50692/99, 2 mai 2006.

[1746] *Id.,* §24 : « *L'absence de conception uniforme, dans les pays européens, des exigences afférentes à la protection des droits d'autrui s'agissant des attaques contre des convictions religieuses élargit la marge d'appréciation des États contractants lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou de la religion ».*

[1747] *Id,* §26 : « *La question qui se pose à la Cour implique donc une mise en balance des intérêts contradictoires tenant à l'exercice des deux libertés fondamentales : d'une part, le droit, pour le requérant, de communiquer au public ses idées sur la doctrine religieuse, et, d'autre part, le droit d'autres personnes au respect de leur liberté de pensée, de conscience et de religion (Otto-Preminger-Institut, précité, § 55)* ».

s'agit de passages contenant « *une dose de vive critique* ». En outre, d'après la Cour, le requérant cherchait à démontrer que « *l'effet de la religion [était] de légitimer les injustices sociales en les faisant passer pour "la volonté de Dieu* », ce qui serait, donc, d'après la Cour, acceptable dans une société démocratique[1748].

Dans l'arrêt *Giniewski* (2006) également[1749], à propos de la condamnation de l'historien et journaliste M. Giniewski par les tribunaux français au chef d'accusation de « diffamation collective » de l'Église catholique, la Cour a cristallisé sa conception à propos des attaques à la religion « non gratuites »[1750]. Certes, dans cette affaire, la Cour ne reconnaît pas non plus un droit à la critique des religions *in abstracto* : en effet, elle répète la jurisprudence *Otto Preminger* et *Wingrove* sur ce point, réitérant la théorie de la marge d'appréciation des États[1751] et le fait que les « devoirs et obligations » de l'article 10 comprennent l'obligation « d'éviter des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à ses droits »[1752]. Elle met pourtant l'accent sur le fait que le requérant avait développé une thèse qui s'inscrivait dans un débat public vif, apportant ainsi « *une contribution, par définition discutable, à un très vaste débat d'idées déjà engagé, sans ouvrir une polémique gratuite ou éloignée de la réalité des réflexions contemporaines* » (§50), et tenant compte du fait qu'il n'y avait eu en l'espèce aucune attaque contre les convictions religieuses « *en tant que telles* » (§51)[1753]. Ceci permet donc de différencier les « *textes comportant des attaques contre des convictions religieuses en tant que telles* » des « *réflexions que le requérant a voulu exprimer en qualité de*

[1748] *Id,* §28. La Cour a aussi tenu en compte le fait qu'il s'agissait déjà de la cinquième édition de l'ouvrage.

[1749] Cour eur. dr. Homme: *Giniewski c. France*, no 64016/00, 31 janvier 2006, CEDH 2006-I.

[1750] En effet, le requérant, avait été poursuivi en France pour avoir publié dans le journal *Le quotidien de Paris* un article intitulé « L'obscurité de l'erreur » qui mettait en cause l'encyclique papale « Splendeur de la vérité » (« *Veritatis Splendor* »), reprochant à l'Église catholique une attitude méprisable à l'égard des juifs. La Cour considéra en l'espèce à l'unanimité qu'il y a eu violation de l'article 10.

[1751] « *…l'exercice de cette liberté comporte toutefois des devoirs et responsabilités. Parmi eux* – dans le *contexte des opinions et croyances religieuses – peut légitimement être comprise une obligation d'éviter des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et constituent donc une atteinte à ses droits et qui, dès lors, ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain* » ; *Otto-Preminger-Institut*, § 49, *Wingrove*, § 52, et *Gündüz c. Turquie*, précités, §37).

[1752] *Id.,* §43.

[1753] *Id.,* §51, voir aussi DOCQUIR Pierre-François, « La Cour européenne des Droits de l'Homme, sacrifie-t-elle la liberté d'expression… ?», *op.cit.,* p.848.

journaliste et d'historien »[1754]. Par ailleurs, la Cour a constaté que l'offense était dirigée contre le pape uniquement et pas contre « *l'ensemble de la chrétienté qui, comme le rappelle le requérant, comporte divers courants, dont plusieurs rejettent l'autorité papale* »[1755].

Un an après, dans l'affaire *Asan* (2007), à propos de la saisie du livre « Pontos Kültürü » en Turquie, la Cour a accepté que seule la *polémique* en soi était nuisible à la liberté d'expression « *L'ouvrage ne peut non plus passer pour polémique en soi […] même si, du fait d'avoir révélé l'existence de certains faits ignorés ou contestés, il a certes suscité un débat polémique, notamment dans les medias* »[1756].

2. La prise de mesures de « précaution »

La Cour, dans la plupart des décisions, a laissé sous-entendre qu'aucune offense aux croyances ne pouvait être constituée lorsqu'une personne se soumettait elle-même volontiers à la lecture ou à la vision d'une œuvre et lorsque les précautions étaient prises. Il s'agit donc d'« offenses » modérées, au sens où les individus, y compris les mineurs, sont ainsi protégés d'être exposées à ce qu'ils pourraient considérer comme offensif.

Ainsi, dans l'arrêt *Müller* par exemple, le fait que l'artiste et les organisateurs de l'exposition n'aient pas pris les précautions nécessaires (salle ouverte, ce qui a eu comme résultat qu'un père de famille et sa fille mineure ont eu des réactions très vives devant les toiles « immorales »[1757]) a joué sur l'appréciation de la Cour, comme d'ailleurs le voulait le droit suisse applicable en l'espèce[1758] . Ce même élément a également été noté dans les opinions dissidentes dans l'affaire Preminger. En l'espèce, la Cour avait condamné la requérante malgré le fait que les précautions aient

---

[1754] *Id.,* §51.

[1755] *Id.*, §49 : « *si l'article du requérant critiquait une encyclique papale et donc la position du pape, une telle analyse ne saurait être étendue à l'ensemble de la chrétienté qui, comme le rappelle le requérant, comporte divers courants différents, dont plusieurs rejettent l'autorité papale* ».

[1756] Cour eur. dr. Homme: *Asan c. Turquie*, n 28582/02, 27 novembre 2007.

[1757] À noter que, selon des études scientifiques, les enfants ne sauraient pas capables de reconnaître des formes « obscènes » dans leur vision des choses, en raison d'absence de stimulations relatives ; voir par exemple l'illusion des dauphins (1987) dans MARTINEZ-CONDE Susana and MACKNIK Stephen, « *Le cerveau » [Mind]*, numéro spécial, *Scientific American,* mai 2010, p.44.

[1758] Cour eur. dr. Homme: *Müller et autres*, précité, §21 et 43.

été prises : le film était projeté à une heure tardive : 22h, la salle était fermée, etc.[1759] Dans d'autres contextes, cet élément a également été mis en avant pour justifier la non-violation de l'article 10 dans la décision de la Commission à propos des « Boucles d'oreilles humaines », où elle note, entre autres, que l'exposition était « ouverte au public », sans prise de précautions particulières, comme cela aurait pu être le cas[1760]. La même idée ressort de la décision de non-recevabilité de la requête à propos du film *Baise-moi*, où la Cour avait insisté sur la « *confrontation avec des scènes et un univers violent aurait pu être préjudiciable à un jeune public* » dans les conditions de sa projection : en salles du cinéma, en libre accès pour les mineurs[1761].

B. L'appréhension qualitative de l'offense des religions

Il nous semble en outre que la consolidation de la prise en considération de plusieurs éléments dans la quête de l'équilibre entre des intérêts contradictoires[1762] entraîne également une appréhension qualitative de la notion même d'offense à la religion – une appréhension qui traduit d'ailleurs le souci de la Cour de ne pas établir des conceptions de l'offense aux religions divergentes au sein des États membres parties à la Convention.

1. Des standards communs de la notion de l'offense des religions

Le premier volet de l'appréhension qualitative de la notion d'offense aux religions dans la jurisprudence de la Cour, est la consolidation des standards communs de la notion d'offense**.** En effet, les juges dissidents (Costa, Barreto et Jungwiert) dans l'affaire *İ.A. c. Turquie*, tranchée par la Cour en 2005, vont initier un premier virage vers la direction de la non inclusion de l'offense aux religions dans l'article 9 de la Convention, s'alignant sur l'idéal de la *laïcité,* de plus en plus présent dans la jurisprudence de la Cour. Les trois juges ne se sont pas contentés de rappeler qu'il ne s'agissait en l'espèce que de « quelques phrases » du livre : ils ont aussi proposé l'abandon des procès pénaux pour offense des sensibilités. Ils ont remarqué en

[1759] Cour eur. dr. Homme: *Otto-Preminger-Institut*, précité, ; voir les commentaires de KTISTAKIS Yiannis, *Liberté religieuseet Convention européenne*…, op.cit., p.238-258.

[1760] Comm. eur. dr. Homme : *S & G. c. Royame Uni,* précité : "*The sculpture was displayed in an exhibition which was open to, and sought to attract the public*".

[1761] Cour eur. dr. Homme: *V.D. & C.G.c France*(2006), précitée.

[1762] Cour eur. dr. Homme: Chassagnou, Olsson, précités, *supra,* note 1702 et s.

l'espèce que « *[…]nul n'est jamais obligé d'acheter ou de lire un roman, et [que] si quelqu'un le fait, il lui est loisible de demander aux tribunaux réparation de ce qui lui semble blasphématoire et odieux à l'égard de sa foi […]. Autre chose est, pour le Ministère public, d'engager, de son propre chef, des poursuites pénales contre un éditeur au nom de Dieu, [de] la Religion, [du] Prophète et [du] Livre Sacré […]; une société démocratique n'est pas une société théocratique* »[1763]. Il aurait également été intéressant à cet égard de voir ce qu'auraient dit les juges de la Cour dans l'affaire *Özkan c. Turkey* à propos de la projection à la télé du film français « *Les jeux interdits* » (attaqué en Turquie pour propagande religieuse), si la décision en question était arrivé jusqu'à la Cour[1764].

L'appréhension qualitative de la notion d'offense à la religion devrait être lue également à la lumière d'une décision antérieure de la Commission, avant l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 le 1er novembre 1998 et juste avant la réapparition des « cultures et des religions » sur la scène internationale[1765]. En effet, en avril 1997, dans l'affaire *Dubowska et Skup*, la Commission avait donné pour la première fois une réponse négative à la question de la légitimité de l'offense aux religions. En l'espèce, la Commission, reprenant *mutatis mutandis* les propos de la Cour dans des affaires précédentes[1766], a rappelé que « *les membres d'une communauté religieuse doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi »* , tout en rappelant que « *le droit de ne subir aucune ingérence dans l'exercice des droits garantis par l'article* 9 »[1767].

Il est intéressant que la Commission ait voulu en l'espèce différencier sa position de celle adoptée dans l'affaire *Otto-Preminger*, en soulignant que « *la Convention n'implique pas nécessairement dans toutes circonstances le droit d'engager des poursuites, quelles qu'elles soient, contre ceux qui, par un ouvrage ou une*

[1763] Cour eur. dr. Homme: *İ.A.c. Turquie*, précité, voir l'opinion dissidente commune aux juges Costa, Barreto et Jungwiert, §5.

[1764] Cour eur. dr. Homme: *Özkan c. Turquie*, décision de recevabilité du 5 avril 1995.

[1765] Voir *supra,* note 1142ss, à propos notamment de l'introduction du langage de « diffamation des religions » au plan international.

[1766] Cour eur. dr. Homme: *X et Y c. Pas-Bas* du 26 mars 1983 et décision de la Commission *Choudhury c. Royaume-Uni*, du 5 mars 1991, précités.

[1767] Comm. eur. dr. Homme : *Dubowska et Skup c. Pologne*, n°s 94390/96 et 34055/96, décisions de la Commission du 18 avril 1997.

publication, blessent la sensibilité d'un individu ou d'un groupe d'individus », estimant qu'en l'espèce « *les requérants n'ont pas été dissuadés d'exercer leur liberté d'avoir des croyances religieuses et de les exprimer* ». Ainsi, la Commission a jugé que les obligations positives inhérentes à l'article 9 de la Convention ne pouvaient être légitimes que si elles constituaient un moyen de garantir qu'un individu pratique sa religion sans être gêné par autrui, avant de conclure à l'irrecevabilité de la requête sur le terrain de l'article 9[1768]. Toutefois, la Commission a laissé certains points d'interrogation quant aux critères de différenciation entre cette affaire et les affaires *Preminger* et *Wingrove,* permettant donc de penser que cela était peut-être lié à la nature de l'offense, puisqu'il s'agissait en l'espèce de la publication dans un journal d'une caricature de Jésus et Marie avec un masque à gaz sur le visage (selon la Cour, « *une représentation dénaturée de l'objet de culte de requérants* »).

2. L'offense lue dans son contexte

Le deuxième volet de l'appréhension qualitative de l'offense des religions correspond à la démarche de la Cour de lire les offenses des religions dans leur contexte. Cela veut donc dire que la Cour ne considère pas les croyances religieuses comme une notion « intouchable », mais plutôt comme une notion qui subit les transformations sociales et culturelles de son époque et qui se manifeste sous différentes formes dans des contextes différents.

Cette hypothèse est évidente en premier lieu dans l'affaire *Klein c. Slovaquie* (2006)[1769] . Cette affaire, en effet, ne met pas *directement* en cause une œuvre controversée, mais simplement un article intitulé « *Le faucon est assis dans l'érable ; Larry Flynt et les sept gifles à l'hypocrite* », écrit « sur un ton satirique et

[1768] Comm. eur. dr. Homme: *Dubowska et Skup c. Pologne*, précitée : « *Par conséquent, un État peut avoir certaines obligations positives inhérentes a un respect effectif des droits garantis par l'article 9 de la Convention, qui peuvent imphquer Tadoption de mesures visant au respect de la liberté de religion jusque dans les relations des individus entre eux* ». À cet égard M. Flauss remarque aussi qu' « *il est vrai que la jurisprudence préexistante, en particulier celle de la Commission, n'a jamais été favorable à la consécration d'obligations positives dans le cadre du champ d'application de l'article 9* » *in* FLAUSS Jean François, « Abattage rituel et liberté de religion : le défi de la protection des minorités au sein des communautés religieuses note à l'arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. la France* 27 juin 2000 », *RTDH*, 2001, p.197-207, note 26.

[1769] Cour eur. dr. Homme: *Klein c. Slovaquie*, no 72208/01, 31 octobre 2006 (non publié). Voir dans le même sens, TEMPERMAN Jeroen « Blasphemy, Defamation of religions… », *op.cit.,* p. 543 : « *le futur montrera si Klein c. Slovaquie est vraiment le premier pas vers une approche européenne qui aménage les prohibitions issues du blasphème et de la diffamation de manière convaincante* »

intellectuel »[1770]. Plus spécifiquement, la controverse a éclaté en Slovaquie à la suite de l'exposition de l'affiche publicitaire du film de Miloš Forman *The People vs. Larry Flynt*[1771]. Le requérant a été condamné sur la base de l'article 198 §1 du Code pénal slovaque concernant l'interdiction de la « diffamation de la race, de la nation et des croyances », alors que la controverse *in casu* avait été le résultat des déclarations de l'Archevêque Sokol à la télévision slovaque, qui proposait de bannir tant les affiches que le film en soi[1772].

Dans l'affaire *Klein*, la Cour a conclu à la violation de l'article 10 §2, en acceptant l'argument du requérant selon lequel l'article « *ne portait pas atteinte au droit des croyants de s'exprimer ni de pratiquer leur religion, ni ne dénigrait le contenu de leur foi religieuse* » et notant que, comme en l'affaire *Giniewski,* le requérant ne cherchait pas à offusquer les croyances religieuses dans leur ensemble, mais que la critique s'adressait spécifiquement à la personne de l'Archevêque[1773]. Or, il est important de noter aussi que la Cour a reconnu une sorte d'affaiblissement du droit à la protection des croyances, puisque la cible de l'offense était en l'espèce un Archevêque (donc une personnalité publique) qui, tout en gardant sa tenue religieuse, n'hésitait pas à apparaître à la télévision et à prendre position dans des débats civils et politiques[1774]. A cet égard, la critique de l'auteur de l'offense était plutôt assimilable à une critique à l'encontre d'un politicien ou d'un fonctionnaire public plutôt qu'à l'encontre de croyances religieuses en tant que telles. C'est d'ailleurs pour cela que la Cour se réfère à l'affaire *Da Silva*, afin de conclure que la condamnation pénale du requérant

---

[1770] Voir notamment le premier passage de l'article, inspiré d'une chanson slovaque: « *comme on le sait, la Terre est une planche plate ; mais même si elle n'est pas une planche plate, le soleil tourne autour d'elle ; et même s'il ne tourne pas autour d'elle, le dignitaire de l'église a fait l'amour avec sa mère* ».

[1771] En effet, l'article en question, contenait plusieurs passages qui ont été jugées diffamatoires par le Haut représentant de l'Église catholique roumaine, ainsi qu'une bonne dose de critiques à l'égard de la liberté d'expression en Slovaquie. L'auteur de l'article, journaliste et critique de film, a été poursuivi pénalement pour diffamation de l'Église catholique et l'Archevêque en personne a demandé compensation (il y a ensuite renoncé et a publiquement pardonné le requérant). Au cours des procédures internes, le requérant a maintenu que les propos litigieux devraient être regardés comme une « *plaisanterie littéraire [literary joke], d'idées et d'associations [avec le film controversé] qui ne devraient pas être appréciées que par quelques intellectuels* », mais il a finalement été condamné à une amende.

[1772] Cour eur.dr. Homme : *Klein c. Slovaquie,* précité.

[1773] *Id.*, §52 et 53.

[1774] *Id.,* §42. Dans le même sens, dans l'affaire *Mamère*, précité, la Cour considéra que le fait que les propos litigieux mettaient en cause la responsabilité de M. Pellerin, ancien directeur du SCPRI, pour une question d'importance publique « extrême » (contamination des eaux) ne pouvait légitimement justifier une sévérité particulière dans le jugement de la cause du requérant.

n'est pas appropriée à la lumière des circonstances particulières de l'affaire[1775].

C. Les obstacles incontournables issus de la légitimation de l'offense à la religion

A la différence des délits d'insulte ou de discrimination d'un tiers du fait de sa religion, de l'empêchement des rites ou de la profanation des objets de vénération, la pénalisation du « blasphème » ou de l'« outrage aux religions » sur le plan juridique pose des obstacles incontournables, à la fois formels et substantiels.

1. Les problèmes liés à la constitution de l'offense

Les problèmes formels traversent toutes les « phases » de la constitution du délit de l'offense aux religions. Il s'agit notamment des questions de définition, de légitimation ou de preuve, telles que :

- Des difficultés liées à l'étendu du droit à la liberté religieuse. Il nous semble en effet difficile de comprendre dans quelle mesure l'outrage des religions porte atteinte au droit des croyants d'exercer leur droit à la liberté religieuse, sachant que cette dernière, consiste à un droit qui est particulièrement « fort » dans son aspect positif, dans le sens de manifester de façon pacifique ces croyances, mais nettement plus « faible » dans son aspect « négatif », qui consiste, d'un part à ne pas être persécuté pour prosélytisme, d'autre part de permettre l'interdiction des « offenses »à la religion.

- Des difficultés liées à l'imprécision de l'offense[1776]. Nous rencontrons en effet une vaste terminologie relatives à l'offense à la religion (l'injure à la religion, le blasphème, l'offense aux sensibilités religieuses, la diffamation religieuse) qui posent,

[1775] *Id.,* §53 ; voir aussi, Cour eur. dr. Homme : *Lopes Gomes da Silva v. Portugal*, no. 37698/97, CEDH 2000-X, § 36.

[1776] Pour une approche analytique, voir : DIMOULIS Dimitris, *Arguments pour la suppression des offenses à l'encontre la paix religieuse* [article grec; « Επιχειρήματα για την κατάργηση των αδικημάτων κατά της θρησκευτικής ειρήνης » titre traduit par nous], paru sur le site de l'Union Hellénique pour les Droits de l'Homme, www.hlhr.gr/papers/dimoulis0.doc, consulté le 15 novembre 2010 et du même auteur « Blasphème, une survie féodale dans l'État religieux » *in* DARTEVELLE Patrice, *Le droit au blasphème, op.cit.,* note 511.

en droit international, des problèmes d'incertitude linguistique et, par conséquent, juridique. D'ailleurs, la Cour européenne avait reconnu dans l'arrêt *Wingrove* que le délit de blasphème « *ne saurait, de par sa nature même, se prêter à une définition juridique précise* » même si cela l'avait amenée en l'espèce à considérer que, par conséquent, « *les autorités nationales [devaient] [...] se voir accorder la flexibilité leur permettant d'apprécier si les faits en l'espèce [relevaient] de la définition admise pour cette infraction* »[1777]. En effet, l'idée de persistance d'une offense envers une conviction floue et vague devrait alors, en principe, être évitée et le crime du *blasphème*, en particulier, être rejeté, du fait de l'intrusion en droit d'une terminologie issue du champ religieux[1778]. Par ailleurs, il n'est pas rare que d'autres délits, comme par exemple celui de diffamation collective, servent d'« habillage juridique » à la protection des croyances[1779].

- Des difficultés liées à l'objet du délit. Le crime de blasphème, comme tout délit associé pouvant constituer une offense à la religion, est basé sur des lois religieuses qui varient en fonction des conceptions car elles sont formées à un certain moment et dans un endroit donné. Les interprétations du blasphème sont alors variables, sachant que « *ce qui est condamné comme blasphème est toujours regardé comme un abus de droit et révèle ce qu'une société peut tolérer ou ne tolérera pas […]. Partout où il existe une liberté, le blasphème est tabou* »[1780]. En outre, la définition du blasphème n'est pas donnée dans la loi, ce qui rend son interprétation ouverte aux envies politiques ou législatives. Or, ceci n'entraînerait pas l'interdiction des opinions et des idées minoritaires, suivant les intérêts, non seulement des États, mais également des individus offusqués. En suivant la théorie de l'« effet tiers », nous assisterions à une forte multiplication des procès qui, par nature, devraient être en premier lieu résolus dans la sphère extra-juridique.

- Des difficultés liées à la preuve de l'offense, c'est-à-dire au fait que le blasphème

[1777] Cour eur. dr. Homme : *Wingrove*, précité, §42 et *Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni* du 13 juillet 1995, série A n° 316-B, pp. 71-72, §44.

[1778] FLAUSS, Jean- François, « La diffamation… », *op.cit.*, p.273.

[1779] DOCQUIR Pierre-François, « La Cour Européenne des Droits de l'Homme, sacrifie-t-elle la liberté d'expression… », *op.cit.,* p.843.

[1780] M. ELIADE *in* The Encyclopedia of Religion, Macmillan Publishers, Oxford, 1987, cite par FLAUSS, Jean- François, « La diffamation… », *op.cit.*, p.273 et s.

implique des questions religieuses qui, à leur tour, soulèvent des questions métaphysiques. Cependant, les questions métaphysiques ne sont pas susceptibles d'être traitées, ni démontrées, de façon scientifique. Comment alors *démontrer spécifiquement l'offense* de la victime du blasphème ou de la diffamation religieuse ? De même, il est difficile de démontrer l'i*ntérêt légitime* de l'ayant-droit de l'offense[1781] , puisque la cible directe de l'offense est une entité métaphysique (ou un symbole religieux, etc.), alors que l'*ayant droit* à se plaindre en tant que victime est le croyant – ou une entité religieuse qui agit au nom d'un certain dogme religieux.

Il s'ensuit que *l'offense des croyances religieuses* semble *ipso facto* incompatible avec l'article 9[1782]. En revanche, il serait peut-être plus pertinent de prétendre que l'offense des religions entre en conflit avec le *principe de tolérance,* voire l'obligation de non-discrimination du fait des croyances religieuses. On pourrait certes rétorquer à cela que la fin des lois anti-blasphème n'est pas la punition du blasphémateur, mais *l'imposition de la tolérance* dans une société donnée. A cet égard, nous pourrions avancer que l'acte de blasphème ne peut être examiné en dehors de son contexte social et politique[1783]. En effet, il est démontré en pratique que les lois anti-blasphème apportent plus d'intolérance que de tolérance ; la punition de l'offense des religions, sur le plan politique, n'est en effet rien d'autre qu'une arme aux mains du pouvoir pour la répression des expressions politiques et religieuses minoritaires. L'exemple le plus flagrant en est l'utilisation de la législation anti-blasphème contre les minorités au Moyen-Orient pour combattre les phénomènes de discrimination[1784], alors que

---

[1781] Dans la même problématique, TSAKYRAKIS Stavros, *Religion c. Art, op.cit*.

[1782] De même, la CIADH, dans l'affaire de la *Dernière Tentation,* trouve une incompatibilité entre la liberté religieuse et l'offense des sensibilités, voir le paragraphe 79 de l'arrêt : «*In this case, however, there is no evidence to prove that any of the freedoms embodied in Article 12 of the* Convention have been violated. Indeed, the Court understands that the prohibition of the exhibition of the film "The *Last Temptation of Christ" did not impair or deprive anyone of their right to maintain, change, profess or disseminate their religion or beliefs with total freedom* ».

[1783] À cet égard, nous ne saurions partager l'avis que le blasphème fait apparaître « *la crainte xénophobique d'une société tribale à l'encontre des religions extérieures à elle* » ; FORTE Dave, « Apostasy and Blasphemy in Pakistan » dans Connecticut Journal of Int. Law, Vol 10, 1996, pp.27-68. Nous pensons en effet que le blasphème est lié moins aux *craintes xénophobiques* et plus aux *envies du pouvoir*, qui rendent facile l'instrumentalisation du politique sous prétexte de la religion.

[1784] Voir à titre indicatif, les travaux des Rapporteurs, par exemple NU-AG-DocA/54/386 §118 ; le document du travail du Comité des Droits de l'Homme /HRC/12/NGO/14 ; le document E/CN.4/1996/95 précité, ainsi que d'autres documents présentés à ECOSOC sur la prévention de la discrimination a l'égard des minorités par exemple E/CN.4/Sub.2/1998/NGO/3 du 14 juillet 1998. aussi, à titre indicatif, la thèse de M.Georges NAEL, *Le droit des minorités : le cas des chrétiens au Moyen-Orient*, sous la direction de Hugues PETIT, soutenue à l'Université de Grenoble en mai 2010. Voir aussi les études à Pakistan du Centre Européen pour la Justice et les droits de l'homme (ECLJ) disponibles sur http://www.eclj.org, consultées le 15 novembre 2010. Voir aussi, le rapport

plusieurs autres, y compris des États multiculturels, constituent des exemples de cette intolérance[1785].

2. L'incompatibilité de l'offense à la religion avec la démocratie, la modernité et le pluralisme religieux

Sur le plan juridique, l'offense à la religion est inacceptable, car elle est incompatible avec les dispositions des États démocratiques et modernes, qui sont censés assurer la protection des principes d'égalité et de pluralité des valeurs[1786]. Cela à trois raisons :

- La première est que l'offense contienne forcément un certain degré de critique à l'encontre de telle ou telle religion. Or, en interdisant la critique à l'encontre des religions, ou simplement en la rendant plus difficile par le biais de lois anti-blasphème, la « liberté » inhérente aux religions n'aurait plus lieu d'être et le pluralisme démocratique en serait nettement affaibli. Par ailleurs, l'existence dans un ordre juridique des lois pénalisant le blasphème et l'offense des religions plus généralement, indique le degré d'implication du religieux au politique–faisant preuve d'absence d'autonomie du pouvoir judiciaire et législatif vis à vis du pouvoir religieux.
- La deuxième raison réside dans le fait qu'il est en effet impossible de pénaliser le blasphème *in abstracto*, sans désigner la victime de l'offense ou sans désigner une religion cible de l'offense. Aussi, sa pénalisation *in concreto,* c'est-à-dire la pénalisation du blasphème envers telle ou telle religion, entraîne *de facto* une discrimination à l'égard des croyants et des non-croyants, aussi bien qu'à l'égard des croyants de certaines religions par rapport à ceux d'autres religions[1787].
- La troisième raison est que la pénalisation de l'offense aux religions met les

---

de la Délégation de l'Ordre des Prêcheurs auprès des Nations Unies(Dominican Network), « Blasphemy laws and human rights of religious minorities in Pakistan », mis en ligne 14 septembre 2009, disponible sur *un.op.org/fr/node/2814* consulté le 15 novembre 2010.

[1785] Des pays asiatiques peuvent constituer des exemples, par exemple la Malaisie ou le Singapour, voir ARTICLE19 (Rapport) : « Artist alert », octobre 2008, précité.

[1786] *Ibidem.* Ceci est le cas pourtant dans la loi pénale grecque qui ne nécessite pas de victime pour établir l'offense du blasphème.

[1787] Ceci était le cas de la pénalisation du blasphème au Royaume Uni, voir *supra, Choudhury c. Royaume Uni,* requête n° 17439/90, précitée, à propos de l'affaire des « Versets Sataniques ».Voir aussi le « Rapport du Comité pour la défense de Salman Rushdie et ses éditeurs », soumis au Parlement Britannique et autres documents pour la suppression du blasphème au Royaume Uni, élaboré par l'Organisatoin Article19, disponible sur www.article19.org/.../crime-of-blasphemy.pdf, consulté le 1 novembre 2010.

religions à l'abri des critiques, ce qui privilégie illégitimement les croyances religieuses vis-à-vis des autres « expressions » ou convictions.

Certes, il pourrait être rétorqué que la fin des lois anti-blasphème ne serait pas la punition du blasphémateur, mais l'imposition de la tolérance dans une société donnée. A cet égard, nous pourrions avancer que le blasphème ne peut pas être examiné en dehors de son contexte social et politique[1788]. En effet il est démontré en pratique que les lois anti-blasphème apportent plus d'intolérance que de tolérance ; la punition de l'offense des religions, sur le plan politique, n'est en effet rien d'autre qu'une arme aux mains du pouvoir pour la répression des expressions politiques et religieuses minoritaires. L'exemple le plus flagrant serait à cet égard l'utilisation de la législation anti-blasphème contre les minorités chrétiennes au Moyen Orient pour combattre les phénomènes de discrimination[1789]. Par ailleurs, un des effets de la multiplication des loi à l'encontre la diffamation religieuse, serait, précisément, la multiplication de procès juridiques ayant comme objet des œuvres de l'art et de la science « blasphématoires ».

§ 3. Vers une défense de l'art auprès de la Cour

La Cour ne s'empêche pas de caractériser les œuvres d'art plastique de « caricatures » ou de « satires »[1790] ; de considérer des dessins satiriques de « jugement de

[1788] À cet égard, nous ne saurions partager l'avis que le blasphème fait apparaître « *la crainte xénophobique d'une société tribale à l'encontre des religions extérieures à elle* » ; FORTE Dave, « Apostasy and Blasphemy in Pakistan » dans Connecticut Journal of Int. Law, Vol 10, 1996, p.27-68. Nous ne pensons pas en effet que le blasphème est lié aux craintes de la société pour l'Autre, mais plutôt aux envies du *pouvoir,* qui se rendent facile de l'instrumentalisation politique de la religion.

[1789] Voir à titre indicatif documentation des Nations Unies et notamment les travaux des Rapporteurs, par exemple NU-AG-DocA/54/386 §118 ; le document du travail du Comité des Droits de l'Homme /HRC/12/NGO/14, le document E/CN.4/1996/95 précité, ainsi que d'autres documents présentés à ECOSOC sur la prévention de la discrimination a l'égard des minorités par exemple E/CN.4/Sub.2/1998/NGO/3 du 14 juillet 1998. aussi, à titre indicatif, la thèse de M. Georges NAEL, *Le droit des minorités : le cas des chrétiens au Moyen-Orient*, sous la direction de Hugues PETIT, soutenue à l'Université de Grenoble en mai 2010. Voir aussi les études à Pakistan du Centre Européen pour la Justice et les droits de l'homme (ECLJ) ; http://www.eclj.org; Aussi, Délégation de l'Ordre des Prêcheurs auprès des Nations Unies « Blasphemy laws and human rights of religious minorities in Pakistan », 14 dseptembre 2009, un.op.org, consulté le 10 janvier 2011,

[1790] Cour eur. dr. Homme: *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, précité, §33 : « *La Cour considère qu'un tel mode de représentation s'analyse en une caricature des personnes concernées au moyen d'éléments satiriques. Elle rappelle que la satire est une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, de par l'exagération et la déformation de la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à agiter* ».

valeur »[1791] ou d'appeler les œuvres de fiction des « déclarations »[1792]. Cela n'est pas le résultat d'une méconnaissance du rôle important de l'art : il traduit plutôt le souci de ne pas définir l'art, afin de ne pas procéder *a priori* à des restriction. Toutefois, les germes d'une « défense de l'art » éventuelle, à savoir un traitement particulier de l'art[1793], du fait précisément de la différenciation de l'*art* des autres types d'expression[1794], existent déjà dans la jurisprudence de la Cour.

Nous verrons dans un premier temps les éléments qui pourraient éventuellement nous conduire à une appréciation de la spécificité de l'art d'après la jurisprudence de la Cour. Dans un second temps, nous verrons dans quelle mesure ces éléments sont réellement pris en considération dans un conflit entre la liberté artistique et un autre droit.

A. Les critères pouvant justifier un traitement préférentiel de l'art

Plusieurs éléments pourraient être pris en compte afin de justifier un traitement préférentiel de l'art, c'est-à-dire que ce dernier ne soit pas soumis aux restrictions traditionnellement admises pour la liberté d'expression. Il faudrait tout de même préciser que nous ne sommes pas évidemment intéressées ici à *tous* les éléments – ou critères- qui pourraient être pris en compte pour distinguer l'art du non-art[1795], mais uniquement à ceux éléments qui pourraient être avancé dans le cadre de la *défense de l'artiste*. Ces éléments peuvent se répartir en deux catégories : 1) ceux qui sont fondés

[1791] Cour eur. dr. Homme: *Kuliś et Różycki*, précité, §38.

[1792] Cour eur. dr. Homme: *Lindon c. France,* précité, §54.

[1793] La « défense de l'art » en effet, consiste précisément dans le fait de reconnaître ces particularités et de s'interroger sur le fait de savoir si elles ne pourraient pas justifier éventuellement une *exception artis* en droit, pour emprunter l'expression à Dirk Vanhoof ; voir (OEA&)VOORHOOF Dirk, « Liberté d'expression et article 10: Sommaires de 20 jugements récentes et décisions de la Cour Européenne», Strasbourg, 2008, comprenant les observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel (OEA) entre 2005-2008, disponible sur le site de l'l'Institut de Recherches Carré de Malberg de l'Université de Strasbourg(IRCM), w*ww-ircm.u-strasbg.fr/.../Summariesrecentcases.Voorhoof.pdf*, consulté le 10 novembre 2010.

[1794] Voir aussi, *infra,* Chapitre 7, à propos de la (non)définition philosophique de l'art.

[1795] Ces éléments, qui pourraient être précieux pour une démarche en la matière de la propriété intellectuelle, ne coincident pas forcement avec les critères que nous avons retenu pour établir une défense de l'art. Un exemple serait le critère de l'*originalité* de l'œuvre. En effet, dans les droits nationaux qui suivent le système des *droits de l'auteur* la question de savoir si un auteur se voit accorder ou non une protection juridique de son œuvre dépend de l'originalité (l'authenticité) de l'œuvre, ce qui désigne en quelques sorte: l'idée de la propriété intellectuelle est alors constituée non autour de l'objet, mais autour de la personne du créateur et de la protection de ses intérêts. En revanche, les droits anglosaxons fondés sur le *copyright* ne distinguent pas à raison de la nature des objets.

sur la subtilité du langage esthétique, y compris l'intention du symbolisme ou de l'allégorie ; 2) ceux qui sont fondés sur le rôle de l'œuvre, faisant preuve d'une certaine fonction politique 3) ceux qui sont fondés sur l'humour, y compris la satire et la parodie.

1. La subtilité du langage artistique : fiction, symbolisme et allégorie

Le langage esthétique, en particulier sous sa forme plastique, est plus un discours des sens qu'un discours de logique. A cet égard, il peut être rationnel, mais sans forcément destiner son expression à la logique, faisant preuve d'une certaine sensibilité[1796]. En effet, dans la modernité, la source principale de la création artistique devient l'imagination : l'idée que l'art est la « mimèsis » de la réalité est présente dans toute l'histoire de la philosophie[1797]. Or, comme nous l'avons déjà indiqué, l'art moderne abandonne progressivement le concept de représentation de la réalité au profit du critère d'imagination, l'art s'autonomisant ainsi, dans une certaine mesure, de ces sujets, créant un monde autoréférentiel. Lorsque Magritte peint une pipe par exemple et la sous-titre de la phrase « Ceci n'est pas une pipe », le propos est justement que le dessin ne saurait être qu'un dessin (« de l'art »), et non la réalité. C'est en ce sens que l'art s'autonomise de son créateur ; dans l'*Origine de l'œuvre d'art*, Heidegger écrit que « l'origine de l'art n'est pas l'artiste, mais l'art même »[1798].

Ceci dit, les œuvres d'art ou de littérature peuvent alternativement faire ou ne pas faire référence à la réalité, les deux choix pouvant être parfaitement cohérents avec la nature de l'œuvre artistique. Il s'ensuit que l'œuvre d'art ne peut jamais être prise « au pied de la lettre ». On trouve l'une des affirmations les plus claires de cette spécificité dans le célèbre arrêt *Méphisto* de la Cour constitutionnelle

---

[1796] Dans ce sens, READ Herbert, *Art and Society*, Londres, Heinemann Ltd, 1937; FRANCASTEL Pierre, *Peinture et société*, Lyon, 1951 ; FRANCASTEL Pierre, *Art et technique*, *Paris,* les Editions de Minuit, *1956*(réed.1988).

[1797] D'après Gombrich, depuis que les philosophes grecs ont défini l'art comme« *l'imitation de la nature* » leurs successeurs n'ont cessé de confirmer, de préciser ou de contredire cette définition ; GOMBRICH Ernst, *L'art et l'illusion*, *op.cit,* p.80 ; voir Platon, *République,* livre IV – V, voir *supra,* note 294 et s.

[1798] HEIDEGGER Martin, *L'origine de l'œuvre d'art.., op.cit.* En revanche, Ernst Gombrich commence son fameux Chronique de l'Art(précité) par affirmant qu' « en réalité, l'art n'existe pas ; seuls les artistes existent ».

allemande: « *l'essence de la démarche artistique réside dans le processus de création libre où l'artiste, par le support de communication choisi, donne de la forme perceptible à ce qu'il a ressenti, appris ou expérimenté* », « *l'activité artistique implique à la fois le conscient et l'inconscient, d'une manière qui n'est pas rationnellement séparable* », « *l'intuition, l'imagination, et la connaissance de l'art jouent toutes un rôle dans la création artistique* » et « *il ne s'agit pas tellement de la communication, mais plutôt de l'expression, en effet, l'expression la plus immédiate de l'individualité de l'artiste* »[1799].

C'est d'ailleurs pour cela qu'il est à nos yeux impertinent de décrire une œuvre d'art fondée sur le visuel (une peinture, une vidéo, une photographie, un dessin etc.) dans un raisonnement juridique. En effet, dès qu'une œuvre ou un texte littéraire est rendue perceptible au travers d'un autre médium que celui dans lequel elle a été créée, elle perd sa qualité d'œuvre d'art telle que l'artiste l'a voulue. Sa description aboutit donc à la création d'un autre type d'œuvre, une œuvre de littérature juridique[1800], parfois même « obscène », dont la qualité dépend en partie des habilités, des sensibilités, – ou des standards « moraux » – du juge auquel incombe la tâche relative. Un exemple de ces descriptions, parfois d'un impact bien plus fort que celui de l'œuvre en question[1801], est donné par les descriptions des peintures dans les affaires *Müller*[1802],

---

[1799] *Mephisto, BVerfGE 30, 173*(Klaus Mann), le 24 février 1971, précité. Dans cette affaire, il était question d'un livre de Klaus Mann considéré diffamatoire. Klauss Mann en effet avait publié dans les années 1930 un roman satirique où il dépeignant son beau-frère, Gustaf Grundgens, comme un « traitre » qui avait collaboré avec les dirigeants nazis. La Cour Constitutionnelle allemande en l'espèce, après avoir ménagé un équilibre entre la liberté d'expression et la dignité humaine, a conclu que l'honneur du défunt, M. Grundgens, était plus important que la liberté de l'écrivain. Traduction depuis la traduction officielle de l'arrêt en anglais : « *The essence of artistic endeavour lies in the free creative process whereby the artist, in his chosen communicative medium, gives immediate perceptible form to what he has felt, learnt, or experienced. Artistic activity involves both the conscious and the unconscious, in a manner not rationally separable. Intuition, imagination, and knowledge of the art all play a part in artistic creation; it is not so much communication as expression, indeed the most immediate expression of the artist's individuality* ».

[1800] Voir à propos de la relation profonde entre le droit et la littérature notamment POSNER Richard « Law and literature: a relation reargued » *in* LEDWON Lenora(éd.), *Law and literature: text and theory*, éd. Routledge, 1995, pp.261-290; PAPADOPOULOS Ioannis, « Philosophie politique de la narrativité juridique: lectures croisées » *in* OST François, VAN EYNDE Laurent, GERARD Philippe et KERCHOVE Michel van de(dir), *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, Publications de la faculté de St. Louis, 2002, pp.381-400.

[1801] Dans le même sens, Amy Stadler, suggère que les descriptions détaillées des photographies de pédophilie, auraient comme résultat précisément l'expansion du point de vue « pédophilique », puisqu'ils mettent le juge au place d'un observateur « pédophile » ; voir ADLER Amy « Child pornography law and the proliferation of the sexualised child » *in* ATKINS Robert et MINTCHEVA Svetlana, *Censoring Culture*.. op.cit, p. 228-247.

[1802] Cour eur. dr. Homme, *Müller et autres c. Suisse*, précité, la description, de l'œuvre par le juge national, §16: « .. *Si l'on veut entrer dans les détails, quelque repoussant que cela soit, on ne dénombre, dans une seule toile, pas moins de huit membres en érection, alors que l'un des personnages entièrement nu, comme les autres, a affaire simultanément, dans des spécialités*

celles de la vidéo litigieuse dans l'arrêt *Wingrove*[1803], celle, très détaillée, du tableau de Otto Muhl dans l'arrêt *Bildender Künstler* par le juge dissident M. Loucaïdes[1804], ou encore la perception de la caricature en question dans l'affaire *Leroy*[1805]. Par ailleurs, on peut discuter du fait que la transcription en « extraits » des œuvres qui ne sont pas fondées sur un support visuel (poèmes, romans, etc) puisse jouer la même fonction que celle que l'artiste a voulu leur assigner, à partir du moment où elles sont arrachées à leur environnement initial et retranscrites dans un texte juridique[1806].

2. La fonction politique de l'œuvre

---

diverses, à deux autres hommes et à un animal. En effet, ce personnage, agenouillé, non seulement sodomise un animal mais encore tient le sexe en érection de cet animal dans la gueule d'un autre animal. De plus, il se fait caresser le bas du dos, voire le postérieur, par les mains d'un homme dont le sexe en érection est dirigé par un autre homme vers la bouche du premier cité. Quant à l'animal sodomisé, il dirige sa langue vers le postérieur d'un homme dont le membre est aussi en érection. Même la langue des animaux (surtout sur la toile la moins grande) a une forme et une présentation telle qu'elle évoque plus une verge en érection qu'une langue. La sexualité, sous des traits grossiers et vulgaires, y est présentée pour elle-même de façon gratuite, sans être la conséquence d'une idée qui imprégnerait l'oeuvre. Il y a lieu enfin de relever que les toiles incriminées sont de grand format (...), de sorte que la vulgarité et la grossièreté décrites n'y sont que plus choquantes... ».

[1803] Cour eur. dr. Homme, *Müller et autres c. Suisse*, précité, « les circonstances de l'espèce », §13: « *Au* début du film, la religieuse, vêtue d'une robe noire qui laisse deviner son corps, s'enfonce un grand clou dans la main et étale son sang sur ses vêtements et ses seins nus. Prise de mouvements convulsifs, elle renverse le vin de messe contenu dans un calice, puis le lèche à même le sol[…] on voit sainte Thérèse debout, vêtue d'une robe blanche, les bras retenus au-dessus de la tête par une corde blanche qui lui lie les poignets. Non loin de là, la silhouette nue d'une autre femme, censée être sa psyché, rampe lentement dans sa direction. L'ayant atteinte, la psyché commence par lui caresser les pieds et les jambes, puis le ventre, les seins, et finit par l'embrasser avec passion. Tout au long de cette scène, sainte Thérèse semble frémir d'un plaisir érotique intense. La scène est entrecoupée à intervalles fréquents par une autre séquence, dans laquelle on peut voir le corps du Christ crucifié, la croix reposant sur le sol. Sainte Thérèse commence par embrasser les stigmates qu'il a sur les pieds, puis remonte le long de son corps et embrasse ou lèche la plaie béante en son flanc droit. Ensuite, elle s'assoit sur lui à califourchon, apparemment nue sous sa robe et, tout en faisant des mouvements qui suggèrent une excitation intense, embrasse ses lèvres. Pendant quelques instants, le Christ semble réagir à ses baisers. Cette scène est entrecoupée par les baisers passionnés de la psyché décrits plus haut. Enfin, sainte Thérèse fait glisser sa main jusqu'à la main clouée du Christ et mêle ses doigts aux siens. Les doigts du Christ semblent alors se refermer sur les siens, scène sur laquelle s'achève le film ».

[1804] *« Selon moi, le tableau en question ne saurait, quelque effort d'imagination que l'on déploie, être qualifié de satirique ou artistique. Il montre un certain nombre de personnalités sans lien les unes avec les autres (certaines appartenant au monde politique, d'autres au monde religieux) représentées de manière vulgaire et grotesque dans des images dépourvues de sens et dégoûtantes montrant des pénis en érection et en éjaculation et des corps nus adoptant des positions sexuelles répugnantes, certaines associant même la violence, avec des organes génitaux ou des seins en couleur et de taille disproportionnée. Parmi les personnages figurent des personnalités religieuses telles que le cardinal autrichien Hermann Groer et Mère Teresa, cette dernière représentée la poitrine nue en train de prier entre deux hommes – l'un d'eux étant le cardinal – qui éjaculent sur elle ! On voit M. Meischberger, touché par deux autres hommes politiques du FPÖ et éjaculant sur Mère Teresa, empoigner le pénis en éjaculation de M. Haider !* ».

[1805] Cour eur. dr. Homme, *Leroy,* précité: « *l'œuvre ne critique pas l'impérialisme américain, mais soutient et glorifie sa destruction par laviolence* ». Voir aussi *infra,* la section suivante.

[1806] Voir *infra,* notamment les opinions dissidentes des juges dans l'affaire *Lindon*(Rozakis, Bratza, Tulkens et Šikuta), ainsi que le jugement de la Cour dans l'affaire *Alinak.*

Une deuxième « défense » de l'art pourrait être son rôle politique, et son engagement en faveur de certaines idées : de la démocratie, de l'égalité, de la justice. En effet, il existe en effet deux concepts de l'art, complémentaires et interdépendants : il s'agit d'une part du concept de beauté et d'hédonisme et, de l'autre côté, du concept d'utilité, d'engagement en faveur d'une idée. Les deux peuvent coexister, ou bien primer l'un sur l'autre. Selon le concept de beauté, l'art devrait avoir un fonctionnement esthétique : être avant tout décoratif, un objet de jouissance esthétique. Comme le disait Schopenhauer, l'art sert dans cette perspective une certaine « *contemplation pure* » de l'œil, déjouant la quête de l'utilité, qui dépasse elle-même la nature. Lorsque l'on est dans la contemplation artistique, « *on ne considère plus ni le lieu, ni le temps, ni le pourquoi, ni l'à quoi-bon les choses* », écrit le philosophe[1807]. Selon le concept de l'art « utile » en revanche, les œuvres d'art devraient présenter une certaine efficacité et ne pourraient pas se délier de leur caractère politique et pourraient – ou devraient – avoir une dimension et une portée révolutionnaires. Le rôle de l'art serait alors lié au politique au sens primaire de participation à la cité (*polis*), en tant que *citoyen*.

Au XXe siècle apparaissent des conceptions de l'art selon lesquelles l'art devrait assumer une certaine fonction sociale et politique[1808]. Les théoriciens de l'École de Francfort en particulier, tels que Marcuse, Adorno et Horkheimer, en prolongeant la pensée marxiste, s'opposent à la « production massive » des œuvres d'art et à l'industrie culturelle ; ils soutiennent que la mission de l'art est liée à un effort révolutionnaire en termes économiques. Adorno conçoit l'art comme un « fait social » qui détient une « autonomie irrévocable », à l'antithèse de l'extrême rationalisation de la société occidentale fondée sur le modèle capitaliste et comme anticipation d'une vie libérée de la domination[1809]. Benjamin Walter pour sa part souligne le fonctionnement social de l'art : l'artiste aurait le devoir de travailler à la réforme du

[1807] SCHOPENHAUER Arthur, *Le monde comme volonté*, Paris, PUF, 1966, p.231.

[1808] M. Gleizal identifie cette « politisation » de l'art à travers l'art élargi des années 1960: « *l'art cède sa place à la création artistique dont la principale caractéristique est d'être le résultat d'un processus d'élargissement . Impact principal de cette 'libération' est que désormais de nombreux mouvements se légitiment historiquement afin d'être considérés de l'art* » *in* GLEIZAL Jean Jacques, *L'art et le politique : essai sur la médiation,* Paris, PUF, 1994, pp.39-40.

[1809] ADORNO Teodor, « Art, société, esthétique » *in Théorie esthétique*, 1970, Frankfurt, Kliencksieck, 1974, p.13 et s.

mécanisme de production capitaliste[1810]. C'est là une conception à laquelle adhèrent largement la plupart des membres des groupes d'art politique dans les années de l'Après Guerre[1811], ainsi que des artistes individuels tels que Tapies[1812] ou Duchamp[1813].

Dans les sociétés occidentaux post-modernes et commercialisées en revanche, où on aurait tendance de plus en plus d'admettre qu'une forme d'expression ou d'une autre consiste en l'art, cette « fonction politique » de l'art, est largement altérée. Soit elle est entièrement oubliée- en faveur d'un certain esthétisme, soit n'est plus éveillé, à ce qu'elle vise à certains idéaux. Certes, elle n'est pas un élément constitutif de *l'œuvre* en soi ; or, il est tout de même un élément constitutif de son *rôle* dans une société donnée. À ce titre uniquement, il pourrait être considéré un des éléments de défense de l'art, et c'est justement pour cela que certaines Cours reconnaissent une spécificité particulière à l'art engagé. La Cour constitutionnelle fédérale allemande en premier lieu, encore une fois, n'a pas hésité à affirmer que « *le rôle et but de l'article 5III*[1814] *est surtout d'assurer une protection contre l'infraction par le pouvoir public…* » et que « *[…] l'art engagé n'est pas exclu de la garantie constitutionnelle* »[1815]. D'autres Cours, comme la Cour interaméricaine, n'hésitent pas à reconnaître la relation inextricable entre l'art et la réalité politique et sociale ; par exemple, dans l'affaire *Miguel Castro Castro c. Pérou*, la Commission interaméricaine n'a pas hésité à ordonner la fabrication d'un monument artistique symbolisant la reconnaissance des victimes des violences au Pérou, suite à quoi le gouvernement a ordonné la construction de l'*Œil qui pleure*[1816].

[1810] BENJAMIN Walter, « Essaies sur l'Art » in *L'Œuvre d'art à l'époque de sa reproductibilité technique*(1936)*, [à partir de la trad. grecque : Δοκίμια για την τέχνη]*, Athènes, Papazisis, 1988; MARCUSE Herbert, *La fonction de l'art[à partir de la trad. grecque. Η λειτουργία της τέχνης]*, Athènes, Papazisis, 1988 ; TAPIES Antoni, *La pratique de l'art,* Gallimard, 1994. Aussi, des nombreux théoriciens ont soutenu la force de la fonction de l'art à plusieurs niveau, à titre nettement indicatif, le point de vue du sociologue Pierre Bourdieu sur la force des images dans BOURDIEU Pierre, *Réponses*, Paris, Seuil, 1992, p. 123.

[1811] Il pourrait être légitimement défendu que les artistes de Dada, ceux de la Situationniste Internationale, les membres du group Cobra, ceux du mouvement Fluxus ou ou bien les adhérants de l'Art Conceptuel, considèrent l'art comme une arme de révolte.

[1812] Tapies lui même qualifie de trahison l'art qui, en période d'effervescent révolutionnaire se contente à son rôle décoratif.

[1813] Duchamp notamment accuse l'œuvre d'art lorsque celle ci se revêt de son caractère idéologique, politique et religieux.

[1814] L'article 5III de la Constitution de Bonne dispose que « *l'art et les sciences sont libres* ».

[1815] *BVerfGE 30, 173(Mephisto)*, précité.

[1816] CIADH : *Affaire Pénitentier Miguel Castro Castro c. Pérou*; Fond, Réparations et Frais. Arrêt du

3. La valeur humoristique, élément constitutif de la défense de l'art ?

L'idée que la valeur d'une œuvre puisse être un élément constitutif de la *défense* de l'art semble à bien des égards très dangereuse : il est en effet extrêmement peu prudent de laisser le juge établir des jugements axiologiques, d'autant plus que ces jugements ne devraient pas en dernier ressort appartenir au juge, mais aux artistes eux-mêmes, au public, aux critiques d'art, et finalement à l'histoire[1817]. Par ailleurs, la valeur de l'art n'est non plus un élément constitutif de la *notion* d'art ; la fonction de l'esthétique consiste justement à apprécier l'art selon certains critères et non à priver les œuvres de leur qualifications ontologique[1818]. Définir une œuvre d'art à partir des jugements axiologiques sur sa valeur serait ainsi à bien des égards inacceptable : en droit, car, une telle marge d'appréciation au juge serait contraire à la Constitution de tout État qui proclame la liberté d'expression ou la liberté artistique dans sa constitution; en esthétique, car l'appréciation de la valeur est un jugement qui appartient aux critiques d'art, voire à l'histoire de l'art ; mais aussi en sociologie, puisque cette position fait appel à un « élitisme » de l'art, excluant l'art « moins bon » de la production de l'art contemporain[1819].

---

25 novembre 2006. Serie C No. 160, §§453 et 454, concernant les indemnisations des familles des morts et des prisonniers survivants du raid militaire qui a eu lieu dans les prisons de haute sécurité de Lima Miguel Castro Castro. Pour la controverse autour cette oeuvre, sachant que certains des prisonniers étaient des terroristes du mouvement des guerillas Senderistas, voir HITE Catherine, « The *Eye that Cries*: The Politics of Representing Victims in Contemporary Peru», *Revue d'Histoire Sociale et de Littérature en Amérique Latine,* Vol. 5, n°.1, 2007, p.108-134, disponible sur www.ncsu.edu/project/acontracorriente, consulté le 15 novembre 2010.

[1817] Toutefois, l'idée d'une sorte de « défense de valeur », à conditions, ne devrait pas peut être, exclue, en certaines occasions, comme par exemple dans le cas de conflit entre l'art et d'autres « droits d'autrui » (le cas du graffiti par exemple). Par ailleurs, l'idée d'une certaine « *défense de la valeur »* existe dans certains droits civils internes : le droit civil grec par exemple, comprend des dispositions sur la « fabrication d'une œuvre », favorables aux artisans et aux artistes: selon l'article 1061al.1 et 2 du Code Civil grec : « *celui qui produit une œuvre par l'élaboration ou la reformation d'un matériel qui appartient à autrui, devient propriétaire de l'objet, si la valeur du travail qu'il a consacré est apparemment supérieure à la valeur du matériel* ; *l'élaboration au sens de cette disposition comprendl'écriture, la peinture, l'ichnographie, la photographie, l'impression, la gravure et toute élaboration de surface similaire*». En revanche, le droit civil français, favorise le propriétaire, puisque selon l'article 570 du Code Civil français: *« si un artisan ou une personne quelconque a employé une matière qui ne lui appartenait pas à former une chose d'une nouvelle espèce, soit que la matière puisse ou non reprendre sa première forme, celui qui en était le propriétaire a le droit de réclamer la chose qui en a été formée en remboursant le prix de la main-d'oeuvre estimée à la date du remboursement ».*

[1818] Dans ce sens WITTGENSTEIN Ludviw, *A propos de l'art et de l'esthétique, op.cit.,* p….

[1819] Voir KHATCHADOURIAN Haig, « Artistic Freedom and Social Control», *Journal of Aesthetic Education*, Vol. 12, No. 1 (numéro spécial: Policy and Aesthetic Education), 1978, pp. 23-32. En effet, s'il est vrai que dans l'histoire il y a un Beethoven et un Picasso, il est impossible de parler de l'art comme s'il s'agissait *que* de Beethoven et de Picasso. Par ailleurs, les œuvres d'art, et *a fortiori* les œuvres d'art *controversées,* sont rarement des œuvres de *grand art*.

Une seule exception pourrait, et devrait à nos yeux, être pourtant accordée : celle de la protection juridique de la valeur *humoristique* d'une œuvre. En effet, l'humour constitue l'élément essentiel de certains genres artistiques autonomes, à savoir la satire, la parodie et la caricature[1820], qui s'avèrent d'ailleurs des moyens importants de participation au débat public. Nous avons déjà pu constaté d'ailleurs que l'humour constitue un élément fondamental dans l'histoire des civilisations, y compris donc à l'encontre des dieux et des religions[1821].

La prise en compte de *l'humour,* notamment lorsque des politiciens, des fonctionnaires publics ou des personnages historiques sont en cause (y compris des personnages religieux), nous semble d'ailleurs essentielle dans la redéfinition du *sens* de l'offense à la religion. En effet, l'humour dépend également de notre mode de vie, le bon humour étant forcement provocateur et quelque part offensant. Il n'est point un hasard d'ailleurs si le *blasphème satirique* en particulier provient souvent de l'inspiration des croyants même. Comme remarque avec assiduité M. Letsas, c'est aussi pourquoi « *si vous êtes croyants, il fait espérer que Dieu a de l'humour* » [1822].

Les droits nationaux sont certes divergents quant aux limites de cet humour. Par exemple, aux États-Unis, la publication satirique pour les personnages publics, y compris les personnages religieux, jouit d'un statut de protection préférentielle vis-à-vis de la protection de la vie privée[1823]. En 1988 par exemple, une satire de la publicité pour la liqueur *Campari* avait été diffusée par le magazine satirique *Hustler* (dirigée par Larry Flint). C'était une parodie du pasteur « télévangéliste » Jerry

---

[1820] Le dictionnaire Webster, défini la caricature comme: « la représentation ou imitation délibérément déformée d'une personne ou d'un style littéraire, etc. en accentuent certains traits ou manières avec l'intention de satire»*;* définition du *Dictionnaire Webster, New Unabridged Twentieth Century Dictionary of the English Language*, p. 275, 1979; citée dans 485 U.S. 46, 54, *Hustler Magazine*, voir note *infra*.

[1821] Voir *supra,* Chapitre 5.

[1822] LETSAS George, « Is there a right not to be offended in one's religious beliefs?» *in* ZUCCA Lorenzo(ed), *Law, State and Religion in the new Europe : Debates and Dilemmas,* Cambridge University Press, 2011 : « *Expressions we take to be offensive to our beliefs may well be part of a valuable way of life, like the pursuit of art or humor. In fact humor, like that found in the Danish cartoons, is -for those who are able to see it- precisely a function of them being provocative and insulting; they would not be humorous if they were not provocative. This is also why satirical blasphemy is often committed by people who believe in the very religion they satirize. Indeed, if you are a believer, you should hope that God has a sense of humor* ».

[1823] Nous pensons notamment à *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64, 1964.

Falwell (la publicité comprenait le prénom et l'image du pasteur, intitulée : « *Jerry Falwell talks about his first time* »). La Cour acquitta les accusés, reconnaissant qu'elle était « *particulièrement vigilante afin d'assurer que les expressions individuelles d'idées se maintiennent libre des sanctions gouvernementales* ». Par ailleurs, dans cette affaire, la Cour avait admis aussi que « *le fait que la société puisse trouver une expression offensante [n'était] pas une raison adéquate pour la supprimer [...] ; le gouvernement devrait rester neutre dans le "marché des idées"* »[1824]. En revanche, en Allemagne, la protection de la vie privée est beaucoup plus robuste, même pour les personnages publics. Ainsi, dans l'affaire *Strauß-Karikatur* (1987)[1825], la Cour fédérale constitutionnelle allemande a accordé un grand poids à la dignité du premier ministre allemand, qui était l'objet de la caricature.

Cependant, une certaine « défense de l'humour » est déjà mise en place au sein de la Cour européenne comme nous allons constater par la suite.

B. La valorisation de la spécificité de l'art par la Cour européenne ?

Il y a toujours eu des tendances, au sein de la jurisprudence, pour reconnaître une certaine « défense » de l'art. La Cour de Strasbourg en effet, tout comme la Cour des Communautés[1826], a toujours apprécié les discours en fonction de la nature du message considéré[1827], accordant une place prépondérante à la protection de l'expression *satirique.* De plus, au cours des dernières années, la Cour européenne soit de moins en moins hésitante à reconnaître que l'expression artistique présente des particularités qui peuvent justifier un traitement préférentiel de l'art.

[1824] *Hustler Magazine, Inc. c. Falwell,* 485 U.S. 46, 1988, 745-746.

[1825] *BVerfGE 75,* 369.

[1826] CJCE : arrêt du 23 octobre 2003, aff. C-245/01, *RTL Television GmbH*, point 38 : « *Selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 10, paragraphe 1, de la CEDH, ce droit comprendrait aussi la liberté de la radiodiffusion, de la télévision et du cinéma et ne serait pas différencié en fonction du contenu ou de la qualité des informations diffusées et viserait aussi les mentions publicitaires »* et2)et CJCE : arrêt du 5 octobre 2000, aff. C-376/98, *Allemagne/Parlement et Conseil* (publicité et de parrainage en faveur des produits du tabac) : « *L'expression commerciale ne contribue pas de la même manière que l'expression politique, journalistique, littéraire ou artistique, dans une société démocratique, à la réalisation d'objectifs d'intérêt social tels que, par exemple, le renforcement du débat démocratique et de la responsabilité ou la mise en cause des orthodoxies courantes dans le but d'accroître la tolérance ou le changement* ».

[1827] Par exemple, la Cour apprécie moins la « presse jaune » ou les attaques à la vie privée des célébrités; voir par exemple *Von Hannover c. Allemagne*, précité, §77.

1. Les indications d'une « défense de l'art » dans la jurisprudence de la Cour

Déjà dans l'affaire *Müller*, la Commission avait souligné l'importance de l'art, en donnant un petit « avantage » aux artistes qui, d'après elle, seraient les « miroirs » de la société : « *S'agissant de la liberté d'expression artistique, la Commission est d'avis que l'exercice de cette liberté est d'une importance fondamentale dans une société démocratique […] De par son activité créatrice, l'artiste exprime non seulement sa vision personnelle du monde, mais aussi l'idée qu'il se fait de la société dans laquelle il vit. C'est dans cette mesure que l'expression artistique contribue non seulement à la formation mais aussi à l'expression de l'opinion publique. Par ailleurs, l'expression artistique peut également amener le public à une confrontation avec les grandes questions de son époque* » . Par ailleurs, dans la même affaire, la Cour, même si elle est finalement parvenue à une conclusion contraire à celle de la Commission, avait aussi pu constater que l'art « *permet de participer à l'échange public des informations et idées culturelles, politiques et sociales de toute sorte* » .

Toutefois, généralement parlant, l'ancienne Cour était plutôt sévère pour les œuvres d'art ainsi que les livres lorsqu'il s'agissait de question de morale, et ce, tenant compte de la marge d'appréciation étendue des États (cf. tableau n°1).

Tableau n°1 : Les arrêts rendus par l'ancienne Cour au sujet de la liberté artistique[1828]

Nom de l'affaire	**Année**	**État défendeur**	**Nature de l'expression**	**Valeur en question**	**Art. 10**
1) Karataş	*1999*	*Turquie*	*Poème*	*Sécurité/haine*	*Violation*
2) Wingrove	*1996*	*Royaume-Uni*	*Vidéo*	*Religion*	*Non violation*
3) Otto Prem.	*1994*	*Autriche*	*Film (cinéma)*	*Religion*	*Non*

[1828] Pour le tableau récapitulant toutes les affaires impliquant la liberté artistique voir les annexes (33 affaires et une affaire pendante). Y sont exclus de ce tableau les décisions d'irrecevabilité, ou les affaires qui se réfèrent à la liberté artistique qu'à titre incident (entre autres), et notamment les affaires impliquant des caricatures accompagnatrices des textes de journaux, ou l'offense principale est comprise dans le texte de l'article, même si l'expression en question présente des aspects artistiques; y sont alors exclues les affaires *Aguilera Jiménez ; Féret ; Ponson ; Bacanu; Cumpănă and Mazăre, Erkanli ; Burgenland*. Y sont aussi exclues les requêtes qui n'ont pas abouti à des jugements de la Cour, y compris les requêtes fondées sur des articles autres que l'article 10 de la Convention.

					violation
4) Müller	*1981*	*Suisse*	*Arts plastiques*	*Morale*	*Non violation*

Il peut aussi être observé (cf. tableau n°3) que la Commission a facilement qualifié d'*irrecevables* des requêtes basées sur des plaintes concernant des œuvres d'art « extrêmes » (*S. & G. c. Royaume Uni*), le poème blasphématoire publié dans *Gay news* (*X Ltd c. Royaume Uni*) et le graffiti de M. Nageli qui avait en l'espèce offusqué la propriété d'autrui[1829].

Tableau n°2 : Les décisions d'irrecevabilité de la Commission au sujet de la liberté artistique

Nom de l'affaire	**Année**	**État défendeur**	**Nature de l'expression**	**Valeur en question**	**Décision**
1) S. & G.	*1991*	*Royaume-Uni*	*Sculpture*	*Morale*	*Irrecevable*
2) N (Naegeli)	*1983*	*Suisse*	*Graffiti*	*Propriété*	*Irrecevable*
3) X (Lemon& Gay News) Ltd	*1982*	*Royaume-Uni*	*Poème*	*Religion*	*Irrecevable*

En outre, les divergences d'opinion ont été flagrantes dans les quatre affaires déférées à l'ancienne Cour par la Commission (Cf. tableau n°3).

Tableau n°3 : Désaccord à 100% entre la Cour et la Commission dans les affaires tranchées par l'ancienne Cour

	Commission			**Cour**
	Amende aux artistes	**Saisie de l'œuvre**	**Confiscation de l'œuvre**	**Violation de l'article 10**
Karatas	NonV, 26 :6[1830]	-	-	V, 12:5 (Diss. : M. Wildhaber, M. Pastor Ridruejo, M. Costa

[1829] Voir aussi à propos de la position de l'ancienne Cour au sujet de la liberté artistique, GEUS Jean-Claude, « Quelle liberté d'expression pour l'artiste? », *in* GEUS Jean-Claude, « Quelle liberté d'expression pour l'artiste? », *op.cit.*, pp. 81-90.

[1830] Comm. eur. dr. Homme : *Karataş c. Turquie*, no 23168/94, rapport de la Commission du 11 décembre 1997 (non publié).

				et M. Baka / M. Gölcüklü).
Wingrove	-	V, 14 :2[1831]	-	Non V, 7 :2 (Diss. : M. De Meyer, M. Lohmus)
Otto Prem. Institut	-	V, 10 :9 [1832]	V, 13 :1	Non V, 6 :3 (Diss. M. Palm, M. Pekkanen et M. Makarczyk).
Müller	V, unanim.[1833]	NonV, 11 :3	-	Non V, 6 :1 (Diss. : M. Spiellman)

Généralement, dans des affaires litigieuses, l'ancienne Cour a toujours évité de qualifier spécifiquement les œuvres controversées comme étant « de l'art ». Dans les affaires *Wingrove* et *Otto Preminger*, le mot « artistique» n'est pas explicitement mentionné dans le syllogisme de la Cour, qui reconnaît implicitement que la qualification d'« artistique » appartient aux tribunaux nationaux[1834]. Dans la première, l'œuvre en question est qualifiée de « publication » et de « film vidéo »[1835] ; dans la seconde, de « film » et de « production cinématographique »[1836]. Ce n'est que dans l'affaire *Karataş c. Turquie* que la Cour reconnaîtra que la nature artistique de l'œuvre, qui « *ne s'adressait, de plus, qu'à une minorité de lecteurs qui y sont sensibles* »[1837], ait pu justifier une défense légitime à l'ingérence à la violation de la liberté d'expression du requérant[1838]. Ceci, en l'espèce, d'ailleurs, distingua l'affaire en question des autres affaires similaires jugées le même jour, concernant la liberté

[1831] Comm. eur. dr. Homme : *Wingrove,* précitée, p.26 ; décision annexée au texte de l'arrêt principal.

[1832] Comm. eur. dr. Homme : *Otto-Preminger c. Autriche*, décision de la Commission précitée.

[1833] CommDEH : *Müller et autres c. Suisse*, rapport de la Commission du 8 octobre 1986, D.R. 45, p. 166, §65

[1834] Cour eur. dr. Homme: *Otto-Preminger*, arrêt précité, §45 : « La *Cour rappelle qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne[…]. Les juridictions d'Innsbruck avaient à mettre en balance le droit à la liberté artistique et le droit au respect des convictions religieuses*, *consacré par l'article 14 de la Loi fondamentale.Avec la Commission, la Cour n'aperçoit aucun motif de considérer que le droit autrichien n'a pas été correctement appliqué* ».

[1835] Cour eur. dr. Homme: *Wingrove,* arrêt précité, §37 et §39.

[1836] Cour eur. dr. Homme: *Otto-Preminger,* arrêt précité, §51.

[1837] Cour eur. dr. Homme: *Karataş c. Turquie* [GC], du 8 juillet 1999, §48, n° 23168/94, CEDH 1999-IV.

[1838] *Id.*, §52. Toutefois, cette opinion n'est pas partagée par la minorité des juges dissidentes, qui expriment l'opinion que « *Le fait que les poèmes utilisent des métaphores et autres figures de style ne suffit pas en l'espèce à rendre cette suite d'expression moins susceptible d'inciter à la haine ou à la lutte armée. Loin d'être métaphoriques, les termes utilisés par l'auteur sont directs et leur sens est limpide. Leur compréhension n'est pas réservée à une élite cultivée. Au contraire, ils étaient accessibles au grand public, qui pouvait les prendre au pied de la lettre* ».

d'expression de la minorité kurde en Turquie et où la Cour a jugé qu'il y avait eu incitation à la haine[1839]. En l'espèce, la Cour a manifestement tenu compte plus de la nature politique de l'œuvre litigieuse, relative aux droits à la liberté d'expression de la minorité kurde en Turquie[1840], que de la subtilité du langage artistique du poème incriminé[1841].

Toutefois, il convient de remarquer que les prémisses d'une défense éventuelle de l'art sont déjà présents dans les décisions de la Commission et dans les opinions dissidentes : par exemple, M. Danelius et le juge Spielman se demandaient en 1988 « *s'il existe vraiment, dans une société moderne, une nécessité de sanctionner de telles expressions de la créativité artistique, même si pour certaines personnes elles peuvent paraître choquantes ou même répugnantes* »[1842], alors que dans son opinion dissidente dans l'arrêt *Otto Preminger*, en 1995, le juge Meyer remarquait qu'« *il arrive souvent que des impressions artistiques soient transmises par des images ou des situations susceptibles de choquer ou d'inquiéter un individu de sensibilité moyenne »,* tout en soulignant qu'« *il ne sert à rien de ne garantir cette liberté qu'autant qu'elle soit utilisée en conformité avec les opinions acceptés* »[1843].

Ainsi, à partir de 2005, la Cour tient généralement une attitude beaucoup plus favorable à l'expression artistique qu'auparavant (cf. tableau n°4)[1844]. Ce revirement est visible dans l'affaire *Alinak* (2005) tout d'abord, où les juges semblent reconnaître la fonction distincte du poème, par rapport à des formes d'expression « non artistiques » : « *Pris au pied de la lettre, certains d'entre eux pourraient être*

[1839] Cour eur. dr. Homme: *Arslan c. Turquie* (requête n° 23462/94), *Polat c. Turquie* (n° 23500/94), *Ceylan c. Turquie* (n° 23556/94), *Okçuoğlu c. Turquie* (n° 24246/94), *Gerger c. Turquie* (n° 24919/94), Erdoğdu et İnce c. Turquie (n°s 25067/94 et 25068/94), *Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie* (n°s 23536/94 et 24408/94), Sürek et Özdemir c. Turquie (n°s 23927/94 et 24277/94), Sürek c. Turquie (n° 1) (n° 26682/95), *Sürek c. Turquie (n° 2) (n° 24122/94), Sürek c. Turquie* (n° 3) (n° 24735/94) et *Sürek c. Turquie* (n° 4) (n° 24762/94).

[1840] Cour eur. dr. Homme: *Karataş,* précité, §50: « *en l'occurrence, les poèmes litigieux ont un contenu politique évident : dans un langage très imagé, ils expriment un profond mécontentement au sujet du sort de la population d'origine kurde en Turquie* ».

[1841] Cour eur. dr. Homme: *Karataş,* précitée, §52.

[1842] Cour eur. dr. Homme: *Müller,* Opinion dissidente de M. le Juge Spielman.

[1843] Opinion dissidente commune à Mme le Juge Palm et à MM. Les Juges Pekkannen et Macarczyk.

[1844] Voir aussi la même sens les constatations de Article19 (sous dir. de Sejal PARMAR) dans les *Commentaires écrites* pour l'affaire pendante *Yuriy Samodurov* et *Lyudmila Vasilovskaya c Russie* (3007/06) auprès de la Cour Européenne, 15 mai 2010; aussi, LATIL Arnaud « La Cour européenne des droits de l'homme renforce la liberté de création artistique face à la protection de la morale », *RTDH,* n°83, 2010, p.863 et s.

interprétés comme incitant les lecteurs à la haine, à la révolte et au recours à la violence. Pour décider s'ils sont effectivement de nature à produire cet effet, il convient néanmoins de garder présent à l'esprit que le média utilisé par le requérant est le roman, forme d'expression artistique qui s'adresse à un public relativement étroit comparé, par exemple, aux mass médias »[1845].Elle ajoute ensuite explicitement que « *Si certains passages du livre sont en effet très hostiles dans le ton, la Cour considère que la nature artistique de l »ouvrage et son impact limité le réduisent davantage à une expression de profond désarroi face à des événements tragiques plutôt qu »à un appel à la violence* » (§45). Cette attitude favorable est également évident dans l'affaire *Bildender Kunstler* (2007) où, malgré les hésitations (la décision a été arrachée à un vote près)[1846], la Cour a néanmoins réussi à établir sa défense sur le fait qu'on avait affaire à une *satire* et une parodie, rappelant que « *la satire est une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, de par l'exagération et la déformation de la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à agiter* »[1847].

Tableau n°4 : Les arrêts rendus par la nouvelle Cour au sujet de la liberté artistique

Nom de l'affaire	**Année**	**État défendeur**	**Nature d'expression**	**Valeur en question**	**Art. 10**	**Votes**
(Da Silva)	2010	Portugal	Guignol	Personnalité (fonct.publ.)	V	Unan.
Akdaş	2009	Turquie	Roman	Morale	V	Unan.
Kuliś et Rósinsky	2009	Pologne	Illustration/ Caricature	Propriété/ Personnalité	V	Unan.

[1845] Cour eur. dr. Homme, *Alınak,* précité, §41.

[1846] L'opinion dissidente la plus intéressante est celle de M. Loucaïdes: alors que dans l'affaire *Wingrove*, il avait remarqué qu'il lui paraîssait que la censure en l'espèce n'était pas nécessaire, sachant que la thématique du film, *« fait référence à la véritable histoire de sainte Thérèse, qui avait des visions d'expériences érotiques avec le Christ* », dans cette affaire il s'est aventuré à une critique de l'art, avant de remarquer que « *le 'tableau' en question porte atteinte à la réputation et à la dignité de M. Meischberger d'une manière qui ne saurait bénéficier d'aucune justification légitime*» .

[1847] Cour eur. dr. Homme: *Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche*, précité, §33. En l'espèce la Cour qualifie le tableau en question de « *caricature des personnes concernées au moyen d'éléments satiriques* ». Voir aussi, *Leroy c. France*, précité, même si en l'espèce, la balance des intérêts pèse pour la protection de la sécurité nationale.

Bildender Kunstler	2007	Autriche	Arts plastiques	Personnalité / Religion/Morale	V	4 :3
Leroy	2008	France	Illustration/ Caricature	Sécurité nationale/Haine (religion)	Non V	Unan.
Ulusoy	2007	Turquie	Illustration/ Caricature	Intérêt national	V	Unan.
Kar	2007	Turquie	Théâtre	Religion	V	Unan.
Lindon	2007	Turquie	Roman	Personnalité (fonct.publ.)	Non violation	13 :4
İ.A.	2005	Turquie	Roman	Religion	non violation	4 :3
Dağtekin	2005	Turquie	Roman	Sécurité nationale/Haine (religion)	V	Unan.
Alınak	2005	Turquie	Roman	Intérêt national	V	Unan.
Feldek	2001	Slovaquie	Poème	Personnalité (fonct.publ.)	V	5 :2

Une certaine « défense de l'art » peut d'ailleurs ressortir de l'opinion des juges dissidents Rozakis, Bratza, Tulkens et Šikuta, dans l'affaire *Lindon c. France*(2007). En effet, dans cette affaire, la liberté d'expression d'un écrivain avait été restreinte en raison de la diffamation de Jean-Marie Le Pen[1848]. En l'espèce, le directeur du journal *Libération* avait été condamné pour diffamation à la suite de la publication d'une pétition reprenant les passages litigieux du roman. Les juges dissidents ont alors émis l'opinion suivante : « *le fait qu'il s'agit d'un roman, c'est-à-dire d'une œuvre artistique, est susceptible de justifier un niveau plus élevé de protection* »[1849]. Ils

[1848] WASCHMANN Patrick, « Vers un affaiblissement de la protection de la liberté d'expression par la Cour européenne des droits de l'Homme ? », *RTDH,* n°78, 2009, pp.982-511, concernant la publication du roman « Le procès de Jean-Marie Le Pen » censé être diffamatoire contre le parti de l'extrême droite française et son président ; condamnation du directeur d'un journal pour diffamation à la suite de la publication d'une pétition reprenant les passages litigieux et protestant contre les condamnation.

[1849] Il serait intéressant d'ailleurs de noter les similarités entre cette opinion dissidente, et les arguments pour la « défense de l'art » par la Cour constitutionnelle allemande dans un moment simultané au procès *Lindon* les juges de la Cour de Karlshrue en l'espèce, tout comme les juges dissidents dans l'affaire *Lindon,* ont élaboré des critères « *scrupuleux* » (en se basant *sur les arrêts Esra, Mephisto ;* « *Strauß-Karikatur*» précités), en se prononçant pour une « *présomption de fictionnalité* » pour les romans : voir HOCHMANN Thomas, « Fiction et liberté d'expression » paru sur *vox-poetica.org*, septembre 2006, consulté le 10 octobre 2010.

rejetaient ainsi la recherche de justification de la conformité des autorités nationales aux principes consacrés à l'article 10 dans des affaires concernant la liberté d'expression vis-à-vis des investigations policières[1850], des dangers de l'usage du four à micro-ondes[1851] et des publicités[1852]. Un autre point important de l'opinion dissidente dans l'affaire *Lindon* a d'ailleurs été l'association entre la forme et la *fonction politique* de l'art, à savoir, en l'espèce, la fonction de l'expression politique de l'écrivain, et plus généralement la place de la création artistique dans le débat politique. Ainsi, les juges dissidents, en faisant référence aux arrêts *Alinak* et *Klein*, ont tenu compte du fait que la cible du livre était un politicien d'extrême-droite : « *en ce qui concerne M. Jean-Marie Le Pen, on peut raisonnablement soutenir qu'il doit accepter un degré de tolérance encore plus élevé, dans la mesure précisément où il s'agit d'un homme politique connu pour la virulence de son discours et ses prises de position extrêmes* »[1853].

Par ailleurs, l'opinion de la minorité dans cette affaire a tenu compte du fait que la *forme* jouait un rôle important dans l'expression, s'alignant ainsi sur l'arrêt *Alınak,* 'après lequel « *il y a lieu de prendre en compte le fait que le roman est une forme d'expression artistique qui, bien que susceptible d'atteindre un lectorat sur une période plus longue, s'adresse généralement à un public plus restreint que la presse écrite »* (§41), en soulignaient leur désaccord avec les juridictions françaises sur ce point.

Nous pouvons noter que cet élément de la « défense de l'art » est d'ailleurs en cohérence avec la jurisprudence antérieure de la Cour, qui a toujours reconnu la différence de l'impact des expressions diverses[1854] : par exemple, dans l'arrêt *Jersild*

[1850] Cour eur. dr. Homme: *Pedersen et Baadsgaard c. Danemark* [GC], précité, §§ 68-71.

[1851] Cour eur. dr. Homme: *Hertel c. Suisse* du 25 août 1998, Recueil 1998-VI, pp. 2329-2330, § 46.

[1852] Cour eur. dr. Homme: *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005, n° 68416/01, CEDH 2005-II, § 87.

[1853] Cour eur. dr. Homme: Opinion dissidente de MM. les Juges Rozakis, Bratza, Tulkens et Šikuta, §3.

[1854] À la différence du Comité des droits de l'Homme, voir par exemple *John Ballantyne et autres c. Canada,* précitée, à propos de la liberté publicitaire: « *Le Comité rejette aussi l'idée que l'une quelconque des formes d'expression […] puisse faire l'objet de restrictions à des degrés divers, de sorte que certaines formes d'expression pourraient être plus limitées que d'autres ».* Toutefois, le critère du médium utilisé n'est pas toujours utilisé en faveur des auteurs de l'expression. Dans l'affaire *Wingrove* par exemple, la Commission avait noté d'emblée que le fait qu'il s'agisse d'un court-métrage vidéo était une raison supplémentaire de ne pas restreindre la liberté artistique (puisqu'à ses yeux, la diffusion de la vidéo aurait été forcément plus limitée, alors que la Cour, en

(1994), elle avait déjà mis en avant que « *par les images, les médias audiovisuels peuvent transmettre des messages que l'écrit n'est pas apte à faire passe*r »[1855], alors que, plus récemment, dans l'affaire *Ponson c. France* (2009), elle a estimé que « *les médias audiovisuels et les médias de presse écrite ne sont pas placés dans des situations analogues ou comparables* »[1856]. Par ailleurs, à une autre occasion, elle a considéré que le langage oral, et notamment celui émis dans le cadre d'une émission diffusée en direct, n'avait pas le même « poids » que le langage écrit, puisque l'oral ôte précisément aux individus « *la possibilité de les reformuler, de les parfaire ou de les retirer avant qu'elles ne soient rendues publiques* »[1857].

2. Quelques perspectives futures

Les évolutions positives pour la liberté de l'art dans la jurisprudence de la Cour sont importantes, les arrêts de la Cour rendus entre 2005 et 2010 étant manifestement plus positifs pour les artistes-requérants que les arrêts antérieurs pour leurs prédécesseurs. Toutefois, il ne faut déduire aucune lecture absolutiste de cette liberté puisque, comme le remarquent les juges de l'opinion dissidente dans l'affaire *Lindon,* le but n'est pas de mettre les artistes « *à l'abri de tout reproche* », notamment vis-à-vis de leurs « devoirs et responsabilités », qu'ils doivent respecter tout comme les scientifiques, historiens ou journalistes sont tenus de respecter les leurs.

Il ne s'agit pas non plus ici de déclarer la « victoire » de la liberté de l'art dans le cas des conflits de droits *in abstracto.* On en prendra pour illustration l'arrêt récent *Akdaş c. Turquie* (2010)[1858]. En effet, nous ne pouvons que nous réjouir de la constatation, en l'espèce, d'une violation de l'article 10. Or, l'écrivain en question dont le livre a été censuré, à savoir Guillaume Apollinaire, n'est certes pas un artiste « marginal » (ce qui n'était pas le cas dans l'affaire *Wingrove* par exemple), ou « réactionnaire » (comme dans l'affaire *Bildender-Kunstler*). Tout au contraire, il s'agit d'un auteur

---

revanche, notait que cette diffusion était une raison supplémentaire pour les États de s'autoriser des contrôles plus restrictifs.

[1855] Cour eur. dr. Homme: *Jersild c. Danemark*, précité.

[1856] Cour eur. dr. Homme: *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France*, no 26935/05, 5 mars 2009, §80.

[1857] *Fuentes Bobo c. Espagne*, n° 39293/98, § 46, 29 février 2000; *Gündüz c. Turquie*, précité.

[1858] Cour eur. dr. Homme: *Akdaş c. Turquie,* précité, §29-30.

classique dont l'œuvre fait partie du patrimoine littéraire européen auquel le Conseil de l'Europe accorde depuis très longtemps une importance majeure[1859], ce qui a beaucoup facilité le jugement final positif pout la liberté de l'art[1860]. Il est plus ou moins évident alors que la Cour ne saurait « *aller jusqu'à empêcher l'accès du public d'une langue donnée, en l'occurrence le turc, à une œuvre figurant dans le patrimoine littéraire européen* »[1861], alors qu'il convient de remarquer aussi que cette œuvre fut censurée uniquement en Turquie, un État dont, comme nous avons déjà pu le constater, les standards de respect et de protection de la liberté d'expression sont particulièrement bas[1862].

Il semble bien en effet que dans le monde post-moderne européen, les enjeux liés à la liberté de l'art ne pivotent plus autour de la protection de la morale, ni même de la religion en tant que telle, comme cela était le cas dans les années 1990. Ces enjeux majeurs sont plutôt la crainte du terrorisme et le maintien de la tolérance (telle que la Cour l'a définie dans son arrêt *Gündüz*), d'un part, et la protection de la vie privée vis-à-vis des attaques « illégitimes » de la liberté de l'expression, d'autre part.

On peut voir se déployer ces deux enjeux dans d'autres arrêts de la Cour. Ainsi, dans la récente affaire *Aguiléra Jiménez c. Espagne* (2010)[1863], c'est précisément la protection de la vie privée qui est mise en avant. De même, dans l'affaire *Kuliś et Różycki* (2010), le dessin incriminé échappe à la punition, non pas parce qu'il s'agit

---

[1859] Voir *supra,* notes 183-189, 191 et s. et généralement à propos RUET Céline, « La liberté d'expression artistique au regard de l'article 10 », *RTDH,* n°84, 2010.

[1860] C'est pour cela qu'il ne nous semble pas en effet que cet arrêt marque un tournant dans la jurisprudence de la Cour. *Contra,* Dauchez et Marguénaud : « *Akdas du 16 février 2010 apparaîtra comme un véritable retournement de tendance en faveur de la liberté d'expression artistique, même si la liberté littéraire et la liberté cinématographique en sont deux formes distinctes »,* en considérant qu'il signalerait le début d'une nouvelle ère pour la liberté artistique, qui « *avait perdu la plupart de ses combats européens lorsque les États lui avaient opposé la morale* », voir DAUCHEZ Jean-Pierre et MARGUÉNAUD Benjamin, « Les onze milles vierges fondatrices du patrimoine littéraire européen », commentaire de l'arrêt *Akdas c. Turquie*, 16 février 2010, req. n° 41056/04, *Le Dalloz*, n° 17, 29 avril 2010, p. 1051.

[1861] Cour eur. dr. Homme: *Akdaş c. Turquie*, précité, §30. Il en va de même pour l' arrêts *Kar*(2007), à propos de la condamnations de deux acteurs pour leur participation à une pièce pro-kurde de leur municipalité ; Cour eur. dr. Homme: *Kar et autres c. Turquie*, requête no 58756/00, 3 mai 2007(non publié) : les événements de la pièce en question, située dans la cité imaginaire « Zargonya », faisaient allusion à un droit « sacré » de se battre contre tout gouvernement qui méconnaitrait la loi islamique[violation de l'article 10, unanimité].

[1862] Statistiques de la Cour : *Tableau de violations*, 1959-2010, précité (par pays).

[1863] Cour eur. dr. Homme: *Aguiléra Jiménez,* où seule une juge dissidente, la juge Power, stipula, malgré l'intensité de l'attaque, que « *la satire est une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, de par l'exagération et la déformation de la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à agiter* ».

d'une satire, ni parce que la protection de la morale est affaiblie[1864], mais plutôt parce que le langage en question est une « réaction » à la politique publicitaire de la compagnie à qui le dessin s'adresse[1865], prenant part au discours d'intérêt général[1866]. De même, dans l'affaire *Lindon,* les juges de la majorité ont hésité à reconnaître la défense de l'art « engagé », malgré la constatation que « *les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme – ou d'un parti – politique – tels que M. Le Pen et le Front national –, visé en cette qualité, que d'un simple particulier* » ; que « *M. Le Pen, homme politique de premier plan, est connu pour la virulence de son discours et ses prises de positions extrêmes, lesquelles lui ont valu des condamnations pénales pour provocation à la haine raciale, banalisation de crimes contre l'humanité et consentement à l'horrible, apologie de crime de guerre, injures contre des personnes publiques et insultes* » et que « *de ce fait, il s'expose lui-même à une critique sévère, et doit donc faire preuve d'une tolérance particulière à cet égard* »[1867]. Ce n'est alors qu'avec beaucoup de prudence que l'on saurait affirmer que « *la réputation est une valeur sacrée pour tous »*[1868], car il semble justement que, dans un cas de conflit de valeurs, il se peut qu'une valeur ait un poids plus important qu'une autre. En l'espèce alors, seule la minorité a reconnu la *fonction politique* du livre incriminé, et ce, à travers la défense de la *satire*, qui « *est une forme d'expression artistique et de commentaire social et que, par ses caractéristiques intrinsèques d'exagération et de distorsion de la réalité, elle vise naturellement à provoquer et à susciter l'agitation* »[1869].

Enfin, les enjeux liés au maintien de la tolérance et à la crainte du terrorisme sont particulièrement visibles dans un autre arrêt rendu contre la France, l'arrêt *Leroy.* Le

---

[1864] Tout au contraire, d'après la Cour, la satire, en l'espèce, n'était pas légitimé, puisque le cible des dessins, étaient, selon la Cour, les enfants. Ainsi, le « but légitime » était d'après la Cour, non seulement les droits de personnalité de la compagnie mais aussi, les » droits d'autrui » ; en l'espèce, selon la Cour, les slogans utilisés dans cette campagne évoquaient non seulement le chien *Reksio*, mais aussi certains comportements sexuels ou culturels, et ce d'une manière qui n'était pas adaptée à la cible visée (voir les dessins de Reksio dans les Annexes).

[1865] La Cour reconnaît par ailleurs, que les allégation en l'espèce étaient beaucoup moins sévères que celles à l'encontre les MacDonalds en l'affaire *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, n° 68416/01, CEDH 2005-II (non violation de l'article 10, à l'unanimité).

[1866] Cour eur. dr. Homme: *Kuliś et Różycki,* précité, §39 :« *lestyle d'expression des requérants était motivé par le type de slogans auquel ils réagissaient et, que, compte tenu du contexte, il n'a pas dépassé les limites de la liberté de la presse » ; Leroy,* précité, §60.

[1867] Cour eur. dr. Homme: *Lindon,* précité, §56.

[1868] *Idem,* opinion concordante de M. Loucaïdes.

[1869] *Idem,* Opinion dissidente de MM. les Juges Rozakis, Bratza, Tulkens et Šikuta.

cas d'un petit dessin publié dans un journal hebdomadaire basque amène a une restriction de la liberté d'expression par peur d'incitation à la haine et au terrorisme, sur la base de la loi française qui interdit l'apologie du terrorisme (l'article 24 alinéa 6 de la loi du 29 juillet 1881. En effet, afin d'aboutir à son jugement, la Cour a recherché si un juste équilibre avait été respecté « *entre le droit fondamental d'un individu à la liberté d'expression et le droit légitime d'une société démocratique de se protéger contre les agissements d'organisations terroristes »*[1870]. Or, la Cour, faisant tout pour ne pas se contredire lorsqu'elle a affirmé parallèlement que la satire était « *par définition provocatrice* » et que la caricature faisait l'« *apologie du terrorisme* »[1871], a particulièrement tenu compte de la dimension temporelle de l'affaire, à savoir, les deux jours seulement passés entre les attentats concernés et le dépôt pour publication du dessin. Plus spécifiquement, la Cour a remarqué que sa démarche de trouver cet équilibre devait être faite à la lumière de l'impératif de la liberté de l'art (le fait que le langage inhérent à la caricature puisse être une forme d'expression artistique, par définition provocatrice) [1872], ainsi que de la liberté de la presse (le fait que la liberté journalistique implique aussi le recours possible à une certaine dose d'exagération, voire de provocation [1873]), tout en observant que, du fait de son ton humoristique, le message visé par le requérant (à savoir la destruction de l'impérialisme américain) ne visait pas la négation des droits fondamentaux et n'était pas équivalent aux propos dirigés contre les valeurs qui sous-tendent la Convention, tels que le racisme ou l'antisémitisme[1874].

Malgré ces considérations, la Cour a finalement pris la légende du dessin « à la lettre », considérant que le requérant exprimait son appui et sa solidarité morale avec les auteurs présumés de l'attentat du 11 septembre 2001 et que, de par les termes qu'il avait employés, le requérant avait jugé favorablement la violence perpétrée à l'encontre de milliers de civils, portant ainsi atteinte à la dignité des victimes[1875]. Elle

[1870] Cour eur. dr. Homme: *Leroy,* précité, §36. Citant les arrêts relatifs à l'incitation de haine et l'abus du droit, tels que *Garaudy*, *Ivanov, Norwood*, *Zana,* précités, voir *supra*, note 621 et s.

[1871] Voir à propos de cette affaire, VOORHOOF Dirk, « European Court of Human Rights: where is the 'chilling effect'? » *in Colloque*, « La protection européenne de la liberté d'expression », Strasbourg, 2008.

[1872] *Id.*§39.

[1873] *Id.*§40.

[1874] *Id.*§27.

[1875] *Id.*§43.

a alors conclu que le requérant avait une sorte de responsabilité *ad hoc,* justifiée par les circonstances exceptionnelles, et notamment la dimension temporelle, afin de constater à l'unanimité qu'il n'y a avait eu *in casu* aucune violation de l'article 10.

Conclusions du chapitre

Nous avons choisi dans ce chapitre d'examiner la jurisprudence de la Cour européenne à propos de la liberté de l'art, vis-à-vis de la liberté religieuse. Notre choix de cette Cour en particulier a été fondé sur plusieurs observations, à savoir la reconnaissance du rôle prédominent de la Cour sur le plan mondial, le grand nombre de requêtes relatives à l'expression artistique, ainsi que la méthodologie spécifique de la Cour propre à la résolution des conflits de droits. Dans le première section du chapitre, nous avons donné un aperçu global de la liberté de l'art telle qu'elle est envisagée par la Cour ; dans la seconde section, nous avons examiné de façon détaillée la jurisprudence et la méthodologie de la Cour, quant au conflit étudié.

Nous avons présenté tout d'abord les affaires relatives à ces questions : jusqu'en décembre 2010, nous avons pu répertorier dans la jurisprudence de la Cour un total de trente-trois (33) affaires, y compris une affaire pendante. La plupart des affaires concernent la caricature et la satire ; ensuite viennent la littérature, la poésie et les arts plastiques, la musique, la bande dessinée, la danse et d'autres arts entièrement absentes de la jurisprudence de la Cour. Nous avons également repéré huit (8) affaires de plus, qui ne concernent pas la *liberté artistique* directement, mais plus généralement les arts (droit de citation, etc.).

A la première lecture, nous avons pu constater que la Cour avait une conception « large » de l'art, n'hésitant pas à se référer à la notion de « liberté artistique » dès que la moindre parcelle d' « art » pouvait être discernée dans les cas considérés. Ainsi, la Cour accepte sans hésitation que la liberté artistique englobe la caricature et la satire (*Kuliś et Różycki, Dubowska et Skup etc*) mais aussi le photomontage (*Ponson c. France*) ou même la création satirique inspirée (*Da Silva*). Par ailleurs, la qualification d'« artiste » professionnel ne constitue pas une condition en soi

d'évocation de l'article 10, même si les requérants sont la plupart du temps des professionnels.

Pour ce qui est des États défenseurs, nous avons constaté que la Turquie était le principal d'entre eux, puisque quasiment un tiers des requêtes sont faites à l'encontre de ce pays. Ce « score » important est le même pour la Turquie en ce qui concerne les violations de l'article 10 commises entre 1959 et 2010. La Turquie est cependant suivie par une série d'autres États, parmi lesquels on retrouve notamment la Suisse, l'Autriche et le Royaume-Uni.

Nous avons également constaté que le nombre d'arrêts relatifs à la liberté d'expression était minime par rapport à la production jurisprudentielle énorme de la Cour. Cela vaut également pour les 33 affaires concernant l'article 10, puisque, pour elles, seuls 16 arrêts ont été rendus par la Cour, dont seulement 10 constatations de violations. Nous en avons donc conclu que les arts dans les États membres de la Convention constituaient apparemment une zone subissant moins d'ingérences étatiques que la presse ou d'autres formes d'expression, et que d'une façon générale, les hautes juridictions internes parvenaient à maintenir les équilibres. En outre, nous avons pu remarquer que dans certains cas (celui du Royaume-Uni par exemple, ou de la Suisse, qui ne sont que rarement représentés dans les statistiques de la Cour à propos des violations de l'article 10), les ingérences sont dues précisément aux fait que les expressions artistiques dépassent largement les « standards communs » de la moralité. Dans le cas de la Turquie en particulier, d'après la nature des arrêts respectifs, les ingérences semblent être dues notamment à la répression de la minorité kurde et au débat à propos de la religion islamique.

Nous nous sommes par la suite interrogée sur le rôle controversé de la morale et de la religion dans les États parties à la Convention européenne[1876]. En effet, nous avons pu constater que, parmi les affaires qui parviennent au seuil de la Cour du Strasbourg concernaient la liberté de l'art, 40,7% impliquaient la question de la religion (la liberté religieuse ou l'intolérance religieuse), et 18,5% la morale, alors que seules

[1876] Malgré les calculs précis, une généralisation est inévitable, puisqu'il n'est pas toujours facile de discerner l'intérêt ou la valeur qui est en cause, alors que la Cour même considère parfois qu'un droit heurte soit un intérêt de la communauté, soit un « *droit d'autrui* ».

14,8 % des affaires impliquaient des conflits entre l'art et la sécurité étatique. En outre, la plupart de ces affaires provoquent beaucoup de discussions et de dissidences au sein de la Cour. Par ailleurs, nous avons pu observer que toutes les revendications en la matière étaient fondées sur l'article 10, et trois requêtes ont été fondées sur l'article 9 (il s'agit des affaires *Ben El Mahi*, *Dubowska et Skup* et *Choudhury*). Enfin nous avons constaté que seules les religions chrétiennes et musulmanes étaient concernées par ces controverses.

Nous avons procédé, dans la seconde section du chapitre, à une analyse encore plus détaillée de la jurisprudence et de la méthodologie de la Cour et nous avons remarqué des évolutions importantes à tous les niveaux, tant sur le plan méthodologique que sur le fond. En effet, au cours des dernières années, la Cour applique des critères de plus en plus « qualitatifs » et de plus en plus « flexibles » qui permettent une lecture plus pertinente des droits et des intérêts en cause dans le cadre des conflits. En outre, nous avons suggéré que, par ses innovations méthodologiques, la Cour réussit à intégrer de façon efficace les concepts de démocratie et d'égalité dans sa jurisprudence, y compris la consolidation des droits sociaux et culturels. Nous avons plus particulièrement évoqué ses méthodes de résolution des conflits et nous avons vu que la Cour, sans pour autant abandonner totalement la méthode de la « nécessité » (le fameux « test tripartite »), a progressivement mis en place d'autres méthodes de résolution des conflits visant à établir des équilibres entre les deux droits concernés (notamment depuis l'affaire *Chassagnou c. France* en 1999) voire une « *concordance pratique* » (notamment depuis *Öllinger c. Autriche* en 2006*)*.

Sur le fond, ces méthodes sont particulièrement positives, puisque la démarche de la Cour consiste à considérer que les deux droits concurrents véhiculent des valeurs *qualitativement* différentes. Ceci permet des solutions flexibles, vitales dans le cas des droits culturels. En ce qui concerne le droit à la liberté d'expression en particulier, nous avons également pu constater que la Cour accordait désormais une grande importance à une la lecture soi-disant « qualitative » de la liberté d'expression, avec notamment une prise en compte du *chilling effect* pour la liberté d'expression dans des nombreux cas et l'avènement de nouvelles « défenses » pour la liberté d'expression telles que, par exemple, l'*intérêt général (Thorgeir Thorgeirson*, *Mamère,* etc.) ou la *prudence* (*Tromsøo et Stensaas, Brunet-Lecomte et Tanant*).

Avec à l'esprit ces considérations générales, nous nous sommes intéressée à l'approche évolutive de la Cour dans le cas de notre objet d'étude. Nous avons pu constater que là encore, il existait une évolution bipolaire manifeste : d'une part, on constate l'exclusion de « *l'offense des sensibilités religieuses* » de l'article 9 de la Convention, même si cela ne signifie pas qu'il y ait mise en cause de l'idée de marge d'appréciation des États en la matière ; d'autre part, on reconnaît la spécificité de l'art en tant que facteur qui pourrait, éventuellement, légitimer un traitement spécifique.

Quant à l'offense des croyances, nous avons vu que la Cour examinait plusieurs critères afin de conclure à la violation ou non de la Convention, à savoir : que les offenses ne soient pas gratuites, que l'« offense », s'inscrive dans le débat public et/ou que des précautions soient prises afin de protéger ceux qui ne veulent pas s'exposer au matériel ou à la manifestation « offensive ». Nous avons évoqué à l'appui de notre démonstration la décision de la Commission dans l'affaire *Dubowska et Skup* (1998) et l'arrêt issu de l'affaire *Klein c. Slovaquie* (2006) mais également les arrêts *Tatlav* (2006), *Giniewski* (2006) et *Asan* (2007) ainsi que les opinions dissidentes dans l'affaire *İ.A. c. Turquie* (2005). Nous avons par ailleurs voulu approfondir nos arguments concernant l'exclusion de l'offense des « sensibilités religieuses » de la jurisprudence de la Cour, en suggérant plus spécifiquement l'incompatibilité de l'offense à la religion avec les principes de la *tolérance,* de la *démocratie,* de la *modernité* et du *pluralisme religieux.* Nous avons d'ailleurs insisté sur le fait que la pénalisation du « blasphème » ou de l'« outrage aux religions » sur un plan juridique posait des obstacles incontournables, à la fois formels et substantiels. Quant à l'utilité de ces délits en vue de *l'imposition de la tolérance* dans une société donnée, nous avons suggeré qu'une lecture sociale et politique serait nécessaire afin d'établir l'efficacité de ces lois, qui semblent être utilisées largement à l'encontre des minorités religieuses, y compris dans les États multiculturels.

Les faits rassemblés ici semblent plaider pour l'avènement d'une certaine « défense » éventuelle de l'art. En effet, nous avons suggéré que certains éléments constitutifs des arts pourraient éventuellement être pris en compte afin de justifier leur traitement préférentiel dans le cas d'un conflit juridique (par rapport à d'autres formes d'expression et aux autres droits en cause). En particulier, nous avons proposé que ces éléments pourrait être répartis en deux catégories : 1) ceux qui font preuve d'une

certaine « subtilité » du langage, y compris la fiction, et l'intention du symbolisme ou de l'allégorie ; 2) ceux qui sont fondés sur l'humour, y compris la satire et la parodie. A l'appui de notre suggestion, nous avons évoqué l'importance accordée à l'art par la Cour constitutionnelle allemande (*Esra, Mephisto)*, et aussi par la Commission interaméricaine des Droits de l'Homme (*Olmedo Bustos*, *Miguel Castro Castro*).

En ce qui concerne la position de la Cour à propos de cette hypothèse, nous avons pu constater que cette dernière semblait de moins en moins hésitante à reconnaître que l'expression artistique présentait des particularités pouvant éventuellement justifier son traitement préférentiel. Nous avons tout d'abord constaté que les « germes » de cette approche étaient visibles depuis les premières affaires : nous avons évoqué en particulier la décision de l'ancienne Commission dans l'affaire *Müller*, et de la Cour dans l'affaire *Karataş c. Turquie* (1999)*,* ainsi que les opinions dissidentes dans les affaires *Müller* et *Otto Preminger*. Nous avons pu observer par la suite que ce revirement était d'autant plus marqué depuis 2005, la Cour tenant généralement une attitude beaucoup plus favorable à l'expression artistique qu'auparavant. Nous avons donc évoqué les affaires *Alinak* (2005), l'opinion de la majorité dans l'affaire *Bildender Kunstler*(2007) et l'opinion des juges dissidents dans l'affaire *Lindon c. France* (2007). Nous avons également tenu compte de l'importance des arrêts récents dans *Kuliś et Różycki* (2010), *Da Silva* (2010) et *Akdaş c. Turquie* (2010) pour la consolidation de la protection de la liberté d'expression artistique.

Cependant, nous avons tenu une position un quelque peu nuancée. En effet, nous avons noté que les enjeux contemporains liés à la liberté de l'art dans le monde post-moderne n'étaient plus liés à la protection de la morale (comme c'était le cas dans les années 1990), ni même à la religion en tant que telle. Ils sont plutôt liés à la crainte du terrorisme, à la tolérance et à l'élimination de l'appel à la violence et de la haine religieuse, ainsi qu'à la protection de la vie privée vis-à-vis des attaques « illégitimes » de l'expression, notamment de la part des médias (ceci concerne donc aussi les caricatures). Nous avons donc évoqué à cet égard les arrêts *Lindon* (2007) et *Leroy* (2008) *c. France* et plus récemment *Aguilera c. Espagne* (2010) et nous avons avancé que ces affaires, y compris l'affaire pendante qui témoigne de l'intolérance religieuse en Russie (*Samodurov et Vasilovskaya c. Russie*), illustrent les enjeux futurs pour la liberté artistique.

Titre II. La résolution réelle du conflit

Nous avons examiné dans le titre précédent la « résolution formelle » du conflit, à savoir, comment les différentes instances nationales traitent le « conflit » entre l'art et la religion. Nous avons pu remarquer que les approches nationales étaient extrêmement contrastées[1877]. Cependant, en tenant compte notamment de la tendance, au cours des dernières années, de la Cour européenne à exclure la protection des « sensibilités » du droit à la liberté religieuse, et à considérer que l'art mérite une certaine défense vis-à-vis de ces restrictions[1878], nous avons été amenée à considérer qu'un conflit « formel » entre la liberté de l'art et la liberté religieuse devrait se résoudre, *en principe,* en faveur de la liberté de l'art.

Toutefois, la résolution formelle du conflit en faveur de la liberté de l'art n'est peut-être pas suffisante. En effet, la reproduction de stéréotypes, la montée d'intolérance et des affrontements – non plus de groupements sociaux, mais de groupements culturels – qui sont associés à ce type de conflit sont de plus en plus évidents, notamment en Europe et aux États-Unis. Dès lors, d'aucuns pourraient suggérer que les « conflits » entre l'art et la religion ne sont pas des conflits entre les valeurs de l'art et de la religion *en soi* (qui, comme nous avons pu le constater, ne sont pas contradictoires) mais plutôt des « conflits culturels », à savoir, des conflits entre des visions différentes, notamment entre valeurs occidentales et non-occidentales. Dans ce sens, ces derniers ne devraient donc plus être considéré uniquement comme le produit d'interactions entre des cultures, mais plutôt comme le produit du processus de *mondialisation*, qui apparaissent comme des déclencheurs de tensions sur le plan mondial. Ces tensions démontrent précisément l'augmentation d'un nouveau type d'intolérance religieuse dans les sociétés plurielles, ce qui devrait donc nous amener à

[1877] Chapitre 5, Section 2.

[1878] Chapitre 6, Section 2.

réfléchir sur leur *prévention*, plutôt qu'à leur *résolution.*

Sans considérer que les théories de résolution de conflit de droits ne sont pas pertinentes[1879], nous pouvions donc légitimement suggérer que ces conflits devraient être abordés sous une autre perspective. Cette perspective impliquerait donc, d'un part une réflexion sur les *valeurs,* non plus les valeurs de *l'art* et de la *religion,* mais les *valeurs culturels* dans leur totalité. Les théories de résolution de conflits de donc, devraient à cet égard être complétées par ce type de réflexion qui abordaient de façon plus globale les conflits culturels, et notamment les raisons de leur émergence et leurs effets sur les questions de pluralisme des valeurs.

Nous traiterons dans un premier temps des raisons des faiblesses des théories des droits vis-à-vis de la résolution du type de « conflits culturels » qui nous occupent (Chapitre 1), afin de nous interroger dans un second temps sur la manière d'éviter de façon efficace ces conflits (Chapitre 2).

[1879] Pour ces théories, voir l'Introduction, notamment notes 46, 54 et s.

Chapitre I. « Conflits de droits » et « conflits culturels »

Les résultats obtenus dans un cas de conflit de droits ne sont jamais entièrement satisfaisants. Il nous semble en effet qu'il existe plusieurs raisons pour les quelles les « conflits de valeurs » (culturelles) ne sauraient être résolus *uniquement* au plan judiciaire.

Sur la forme, le problème réside précisément en ce que les deux droits ne sont jamais intégralement préservés. Cela est sans doute dû à des questions de méthode : M. Van Drooghenbroeck, à cet égard, affirme par exemple que le principe de proportionnalité, en tant que méthode de résolution de conflits de droits, a des bienfaits certains dans la promotion de l'effectivité des droits fondamentaux, mais qu'« *il n'y a pas de remède miracle dont la mise en œuvre puisse de manière définitives satisfaire à l'ensemble des requêtes de ses deux valeurs opposées* »[1880].

Sur le fond, les questions méthodologiques se traduisent par la persistance de la source même du conflit de droits : dans notre cas d'étude, même si l'on accepte que le conflit entre les deux droits doive être résolu en faveur d'un droit ou de l'autre, la question de l'intolérance religieuse semble persister. Le problème réside précisément dans le fait que, dans le cadre d'ordres juridiques différents, les valeurs ont des significations différentes. Et dans ces ordres juridiques où ces valeurs ont plus ou moins la même signification, les valeurs ne sont pas forcement transcriptibles en droits[1881].

[1880] Voir VAN DROOGHENBROECK Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne..*, *op.cit.,* p.728.

[1881] Comme le remarque Zucca, celle-ci est précisément une des raisons pour la quelle les droits sont susceptibles à s'impliquer dans des conflits entre eux ; « *Another reason for rights to conflict is their indeterminacy. Rights are cast in very broad and imprecise language that yields very little guidance as to the right way of articulating their claim under specific circomstances* » *in* ZUCCA

Une difficulté supplémentaire survient du fait que le discours sur les conflits culturels est loin de se rapporter uniquement à l'objet des litiges en question. En effet, ces conflits, lus au prisme de la mondialisation, donnent lieu à des controverses généralisées, posant des questions de nature plus politique que juridique : des questions principalement axées sur la question de la compatibilité entre les cultures, les religions et les droits de l'Homme.

Dans ce climat de « méfiance » envers les religions, il semble par ailleurs que la religion islamique en particulier soit interprétée sous l'angle, choisi par la presse et de nombreux auteurs, d'un Islam « menaçant » la paix mondiale, notamment depuis les attentats du 11 septembre et l'avènement de la « guerre contre le terrorisme » qui les a suivi. Comme le remarque M. Zorbas, « *la religion est de nouveau inscrite au vocabulaire de plusieurs États occidentaux (et surtout des États-Unis), où l'idée selon laquelle la religion peut être une raison principale d'un conflit armé trouve de plus en plus fondement* »[1882].

Nous allons donc envisager dans un premier temps les implications des ordres juridiques et des concepts culturels différents dans les conflits de droits, afin de nous concentrer ensuite sur le « flou » qui entoure les valeurs culturelles en jeu dans notre cas d'étude.

Section 1. « *Conflits de droits* » ou « *conflits culturels* » ?

Nous allons étudier l'expansion des « conflits culturels » sur le plan mondial, et ensuite sur le plan européen. Dans les deux cas, le *consensus* à propos du contenu des valeurs est difficile à trouver. Toutefois, les enjeux sont différents. Dans le premier cas, les questions qui se posent dépassent largement le cadre du droit, se rapportant aux choix politiques des États. Dans le second, l'impératif de cohérence et d'harmonisation des solutions semble prévaloir.

Lorenzo, « Law vs religion » *in* ZUCCA Lorenzo(ed), *Law, State and Religion in the new Europe : Debates and Dilemmas,* Cambridge University Press, 2011.

[1882] ZORBAS Constantin (dir.), *Politique et religions [Πολιτική και Θρησκείες],* Athènes, Papazisis, 2007, p.11.

§1. Les « conflits culturels » sur le plan mondial

Nous allons examiner la validité de l'hypothèse des conflits culturels, pour nous interroger par la suite sur l'universalité des droits de l'Homme – en particulier comme l'une des causes principales de l'émergence des conflits en question.

A. L'hypothèse des « conflits culturels »

Il nous faut définir, dans un premier temps, les « conflits culturels », afin de savoir si les controverses produites par les œuvres d'art qui outragent les religions peuvent être abordées sous cet angle.

1. Définition des conflits culturels

La juxtaposition des intérêts antinomiques des groupements sociaux a toujours été le produit de tensions inter-sociétales. Cependant, dans le contexte de la mondialisation, il arrive souvent que de tels types de conflits acquièrent désormais des dimensions intra-sociétales, au point qu'ils deviennent de véritables « conflits culturels »[1883]. Ces conflits donc, ne seraient plus le résultat d'une antinomie de droits, mais plutôt celui d'une antinomie de *valeurs.*

Le phénomène des « conflits culturels » peut être considéré par d'aucuns comme une conséquence de l'acculturation. En effet, ce phénomène, selon une définition anthropologique, survient « *lorsque des groupes d'individus de cultures différentes entrent en contact direct et continu, et que se produisent des changements à l'intérieur des modèles culturels de l'un ou de l'autre des deux groupes ou chez les deux* »[1884]. Il s'ensuit que les conflits culturels sont considérés non seulement comme des conflits ethniques, mais également comme des conflits produits plus généralement par les interactions culturelles[1885].

[1883] Certes, au sein même d'un groupe social, peuvent exister des cultures différentes (appelés en sociologie les « sous-cultures»); toutefois, selon des études récentes des conflits culturels dans ces cas sont relativement rares; voir CHARRON Nicholas, « Déjà vu all over again: a post-cold war empirical analysis of Samuel Huntington's 'Clash of Civilizations' theory », *Cooperation and Conflict,* n°45, mars 2010, p.107-127.

[1884] BASTIDE Roger, « Acculturation », *Encyclopedia Universalis*, 1-114. Cette définition, qui date de 1936, est donnée par trois anthropologues américains, pourrait peut être formulée plus simplement « la production de changements sociétales du fait des interactions culturelles ».

[1885] BLANCHY Aline, « Pour aller au-delà du syncrétisme dans l'échange interculturel : une approche ethno-méthodologique », *Pensée plurielle*, Vol.2, n°21, 2009, pp. 81-95.

D'un point de vue social et historique, ces conflits peuvent également être considérés comme un résultat de la colonisation ou de la domination sociale d'un groupe sur un autre[1886]. Le conflit alors, dans ce cas, pourrait être le résultat d'un affrontement qui impliquerait un ou plusieurs groupes sociaux. Il pourrait donc s'agir par exemple des cultures américaines, prises dans des conflits avec les communautés arabes ou africaines ; ou des disparités entre l'élite et le peuple indien (qui, appartient au même groupe culturel mais présente des différences sociales)[1887] ; ou encore du passage de la même société de l'« archaïsme » à la modernité[1888].

L'hypothèse des conflits culturels a occupé une grande place dans les écrits des politistes américains des années 1990[1889], le corollaire de cette hypothèse étant la thèse *des* « *différences civilisationelles* » de Samuel Huntington. Ce dernier a suggéré que les conflits sur le plan international n'étaient désormais plus d'ordre idéologique (comme dans le cas de la Guerre froide) mais bien plutôt d'ordre culturel et religieux[1890]. Le monde serait en effet divisé en différents groupes culturels qui collaboreraient entre eux et dont l'ennemi commun serait l'Occident. D'après cette théorie, la menace de déségrégation qui pèserait sur les États-Unis, État « phare » de la civilisation occidentale, serait due au multiculturalisme, qui détruirait les bases de l'État américain[1891]. La diversité culturelle des métropoles occidentales et la création

---

[1886] *Ou, en tous les cas, comme résultat d'une espèce de domination sociale* ; voir PEYRONEL Valérie et al.(dir.), *Culture(s) et conflit(s): cultures en conflit,* Paris, éd. Houdiard, 2009

[1887] JAGTIANI NAUMANN Lalita, « The conflict of cultures between social classes in the *Hungry Tide* by Amid Ghosh ; a reflexion on social issues in India» *in* PEYRONEL Valérie et al.(dir.), *Culture(s) et conflit(s), op.cit.,* p.177 et s. Selon cet auteur, le discours colonial aux Indes se perpétue à travers les habitudes de la classe élite indienne.

[1888] Dans le cas de la transition d'une culture religieuse à une culture laïque dans l'Espagne après Franco par exemple, voir MOREAU Marie-Christine, « Les conflits culturels en Espagne » *in* PEYRONEL Valérie et al.(dir.) *ibidem,* pp.115-128.

[1889] Des auteurs comme Bernard Lewis, par exemple, d'après qui, il faudrait considérer le désordre actuel du Moyen-Orient non pas comme un conflit entre États ou nations, mais comme un clash de civilisations. SALT Jeremy, « Global Disorder and the Limits of Dialogue», *Third World Quarterly*, Vol. 29, No. 4, 2008, pp.691 – 710.

[1890] Cette thèse, initialement soutenue par Huntington dans un article publié en 1993 (HUNTINGTON Samuel, « The Clash of Civilizations? », *Foreign Affairs*, 1993) et développé dans son livre homonyme qui l'a suivi, aurait un intérêt évident sur le plan de la philosophie politique qui justifie la controverse qui l'a éclata depuis ; nous devrions toutefois de notre part clarifier que nous serions point d'accord avec la thèse défendue, qui suggère de façon extrêmement grossière que le monde puisse être divisé en quelques sept blocs de civilisations, non seulement car Huntington identifie civilisation et religion, mais notamment car d'après lui, le clash des civilisations occidentale et islamique est inévitable.

[1891] JOUVENEL Hugues et DELCROIX Geoffrey, *Le choc des identités?: cultures, civilisations et conflits de demain,* Paris, Futuribles, 2008.

par l'immigration de nouvelles minorités *de facto* constitueraient des facteurs fatalement aggravants des « conflits culturels ». Plusieurs éléments, au premier rang desquels les attentats du 11 septembre, ont semblé confirmer cette théorie[1892], qui, acquit dès lors des dimensions gigantesques.

2. L'art comme terrain propice d'expansion des conflits culturels ?

L'art est un terrain propice d'expansion des « conflits culturels », au sens d'une exacerbation des tensions manifestées au nom des différences culturelles. Cela est dû à deux raisons principales : d'une part, la liaison ambiguë entre l'art et la morale ; d'autre part, la nature « collective » de l'art, y compris ses fonctions fortement symboliques.

a. La liaison ambiguë entre l'art et la morale

Si la pensée philosophique européenne a beaucoup été influencée par la conception idéaliste de Platon, l'histoire de l'art est également imprégnée des idées aristotéliciennes sur l'éthique naturelle des choses. L'idée que la bonté est la fin ultime de toutes les activités[1893], et notamment de l'activité artistique, a imprégné toute *l'Éthique à Nicomaque*[1894] et a ensuite continué à marquer l'histoire des arts. La thèse de Hegel à propos de la « mort de l'art » semble à cet égard significative : s'identifiant à l'« inconditionnel » et à l'absolu, l'art en effet pour Hegel doit avoir pour vocation la révélation de la vérité, chose devenue impossible dans le monde moderne[1895]. Or, pour faire la transition cruciale de la phénoménologie à l'ontologie, il est évident que les thèmes et les motivations de l'art sont, dans la grande majorité des cas, entièrement dissociés de la morale (y compris parfois, donc, la morale de leur auteur).

[1892] Même si Huntington lui même, peu après les attentas, aurait clarifié dans un entretien que ces derniers ne consistaient pas à un «choc des civilisations», mais plutôt à la « perversion » de Islam : entretien de Samuel Huntington rapporté par CHRISTOGIANNIS George, *Diplomatie culturelle grecque [Ελληνική Πολιτιστική Διπλωματία],* éd. Hellène, Athènes, 2007, p.68.

[1893] Aristote, *Éthique à Nicomache*, I-5, 1097, 21-22 : « *Dans toute action (praxis) la bonté est la fin* ».

[1894] Aristote se sert premièrement de l'art pour montrer par analogie le point de vue proprement éthique.

[1895] Soutenue dans HEGEL Georg, *Lecture on Esthetics*(1818)*[à partir de la trad. grecque : Αισθητική],* Athènes, Nomiki Vivliothiqui, 2010, p.80

Il est alors vain de chercher la moralité ou la « bonté » dans l'art. Rousseau le premier n'a-t-il pas écrit que « *les arts, comme les sciences, doivent leur naissance à nos vices* »[1896] ? En effet, ni les artistes, ni – a plus forte raison- les personnages crées par les artistes, ne sont des exemples de moralité. Comme le remarque à juste titre Madame Buissière, les nazis eux mêmes, « *n'étaient pas des brutes épaisses et sans culture* », le Führer lui même étant peintre frustré. Ainsi, l'on constate parfois, avec Georges Steiner, que « *des qualités évidentes de finesse littéraire et de sens esthétique peuvent voisiner chez le même individu, avec des attitudes barbares, délibérément sadiques. Des hommes comme Hans Frank, qui avait la haute main sur la solution finale en Europe de l'Est, étaient de connaisseurs exigeants, et parfois même de bons interprètes de Bach et de Mozart. On compte parmi les ronds-de-cuir de la torture ou de la chambre à gaz, des admirateurs de Goethe ou des amoureux de Rilke […]* »[1897].

Souvenons-nous que l'un des thèmes les plus traités dans l'histoire de l'art européen est la crucifixion[1898] ; que l'une des toiles de peinture les plus connues, *Guernica* de Picasso, représente un bombardement ; qu'Antigone est peut-être le personnage le plus « sage » des œuvres des trois Tragiques dans leur ensemble ; que des nombreux artistes, poètes et écrivains ont été aussi connus que Le Caravage pour leur vies notoires ; que les histoires de Shakespeare et Dostoïevski sont truffées de complots et d'assassinats ; que des nombreux genres de musique populaires du XXe siècle – au premier rang desquels le *rébétiko* grec – ont été crées dans les comptoirs, les prisons et les « fumeries d'opium » ; que le succès de Kubrick, de Tarantino et de Polanski est du à toute autre chose qu'à la bonté de leurs héros. Dès lors, il nous semble évident que le problème de l'« incitation à la haine » dans l'art ne réside pas dans le contenu des œuvres lui-même, mais dans la lecture de ces œuvres dans la contemporanéité de leur création. En effet, rares sont les personnages imaginaires intéressants à être des exemples de moralité : en art, entre docteur Jekyll et M. Hyde, c'est le second qui gagne.

[1896] Rousseau Jean-Jacques(1750), *Discours sur les sciences et les arts,* Paris, Flammarion, 1994. Voir aussi, LORVELLEC Yves, *Culture et éducation*, Paris, L'Harmattan, 2002, p.106 et s.

[1897] BUISSIERE Evelyne, « L'Art, objet de pensée philosophique; de la nature à la liberté avec l'art », extraits de notes de cours sur l'Art en philosophie au lycée Champollion de Grenoble, disponibles sur http://www.lettres-et-arts.net, site consulté le 10 mars 2010. Sa réflexion découle de la pensée de Georges Steiner, qui se demande dans *Dans le Château de Barbe-Bleue*, comment a été possible qu'éclate une barbarie politique telle que le nazisme dans le peuple de Kant et de Goethe.

[1898] Qui, par définition même, est un symbole de « haine religieuse».

b. La fonction symbolique de l'art comme cause d'aggravation de « conflits culturels »

La deuxième raison pour laquelle l'art est un terrain propice à l'expansion des « conflits culturels » est précisément le fait que l'art fasse appel à un ensemble impersonnel et symbolique qui dépasse de loin l'individualité de son créateur. En effet, les sociologues de l'art, au premier rang desquels le sociologue américain Howard Becker, ont mis l'accent sur le fait que l'œuvre d'art ne puisse être conçue séparément de son entourage social. L'œuvre, d'après Becker, serait en effet un tissu d'interactions. L'interprétation de l'œuvre – ou bien sa « lisibilité » – constitue dès lors le « *fruit du travail collectif du tous ceux qui coopèrent à travers les conventions caractéristiques d'un monde de l'art qui permet à ses œuvres d'exister* »[1899].

Cette perception collective de l'œuvre est d'autant plus évidente dans le cas des œuvres qui, par leur force même et par l'interprétation qui en est donnée par un ensemble social, deviennent des *symboles d'une collectivité* : un groupe, une tribu, une société [1900]. Les objets religieux, les tenues religieuses, l'art public et l'architecture publique se prêtent par excellence à la construction de tels symboles – pour preuve, la grande médiatisation (et de globalisation) de ce type de controverses, du fait précisément de la force des symboles et des images[1901]. Pour l'hollandais Bekemans par exemple, les conflits culturels sont directement liés à la globalisation, du fait du manque de compréhension pour les autres cultures : « *alors que la globalisation a renforcé chez certains la participation et l'attention en faveur d'une culture globale, le manque de compréhension et de respect pour les différentes cultures et a entraîné une augmentation en faveur du danger du conflit entres cultures et civilisations* »[1902].

[1899] GAUQUELIN Elodie, « La construction sociale de la lisibilité » *in 20 ans de Sociologie de l'art ; bilan et perspectives,* Tome 1, Paris, L'Harmattan, 2007, pp.59-68.

[1900] Généralement voir PANOFSKY Erwin, *Essais d'iconologie ...,op.cit. ;* aussi, voir CARANI Maria (dir.), *De l'histoire de l'art à la sémiotique visuelle, op.cit., supra,* note 1177.

[1901] Le facteur « mondialisation » agit également comme un « multiplicateur » des crises ; Selon un auteur par exemple, « la *mondialisation maintient l'ordre juridique sous une pression constante, en accroissant la complexité et en multipliant les éventrements entre les problèmes* » ; GARAPON DUBOIS Jean Pierre, « Mondialisation, universalisme et diversité culturelle » *in Diversité et droits culturels*, Paris, Agence inter gouvernementale de la francophonie et Institut arabe des droits de l'Homme, 2003.

[1902] BEKEMANS Léonce, « Le dialogue interculturel en Europe ; une réalité régionale et un devoir mondial» *in* DUBRUELLE Mark et FRAGNIERE Gabriel, *Identités culturelles et citoyenneté en Europe,* Forum européen des cultures, Bruxelles-Oxford etc, Peter Lang, 2009, p.103.

Nous pouvons donc remarquer que les controverses récentes – qui ont abouti à des controverses au niveau du système de la Convention européenne – se déclinent toutes selon la même logique, qu'il s'agisse de la présence de crucifix chrétiens dans les espaces publics et notamment les écoles publiques (nous pouvons songer à l'affaire *Lautsi* auprès de la Cour[1903]) ; de l'interdiction de construction de minarets islamiques en Suisse[1904] ; de la controverse autour des tenues religieuses et en particulier les tenues islamiques (vis-à vis par exemple de l'interdiction du port du voile dans les écoles publiques françaises[1905] et du *jilbab* dans les écoles anglaises[1906] ; de la loi française du 11 octobre 2010 qui l'interdit le *voile intégral* dans les espaces publics français[1907] ; les propositions similaires des parlementaires en Espagne, en Belgique, en Suisse) ; du dénigrement des symboles religieux et des Livres saints (la condamnation par un tribunal allemand à un an d'emprisonnement d'un ancien détenu pour avoir fait imprimer les mots *Koran, der Heilige Qur'än* sur du papier toilette[1908] ; de la controverse à propos de la déchirure du Coran, tenu dans les mains d'un immigrant musulman par un policier grec[1909]), etc.

A la première lecture, on peut certes penser qu'il s'agit là d'« expressions artistiques » (arts plastiques, architecture, artisanat, musique, littérature, etc.). Or, la « liberté de l'art » n'est plus en cause ici. En effet, la vocation symbolique de ces « œuvres

[1903] Cour eur.dr. Homme : *Lautsi c. Italie*, no 30814/06, 3 novembre 2009, et *Lautsi c. Italie*[GC], 18 mars 2011.

[1904] Voir les deux requêtes pendantes des associations islamiques contre la Suisse contestant l'interdiction de la construction des minarets : *Ligue des Musulmans de Suisse* » et autres, n°66274/09, et *HafidOuardiri contre la Suisse*, no 65840/09, requête introduite le 16 décembre 2009. En effet, en juillet 2008, une initiative populaire « Contre la construction des minarets », ayant pour objet une révision partielle de la constitution suisse et ressemblant 113.540 signatures, fut déposée auprès de la Chancellerie fédérale de la Suisse.

[1905] DE GALEMBERT Claire « Le voile en procès », *Droit et société*, n° 68, Τόμος 1, 2008, pp. 11-31 ; KALOGIROU Spyridoula, « L'utilisation des symboles religieux dans le écoles française », [« Η υπόθεση της ισλαμικής μαντίλας στη Γαλλία»], *DtA*, n°29, 2006, pp.77-157; KARAVOKYRIS Giorgos « La laicité en crise : l'affaire du *Foulard Islamique* » [« Η Laicité σε κρίση. Υπόθεση *Foulard Islamique* »], *ibidem,* pp.159-202.

[1906] Le *House of Lords* en effet a jugé dans l'affaire *R (Shabina Begum) c. Denbigh High School* [2006] UKHL 15, HL, 22 mars 2006, que l'interdiction de la tenue religieuse ne porte pas offense à la liberté religieuse. De même, *Belfast City Council v. Miss Behavin' Ltd.* [2007] UKHL 19 ; aussi STATHAM Paul et KOOPMANS Ruud, « Multiculturalisme, citoyenneté et conflits culturels : le défi posé par les revendications des groupes musulmans en Grande-Bretagne et aux Pays-Bas » *in* ARNAUD Lionel, *Les minorités ethniques dans l'Union européenne,* Paris, La Découverte, 2005, p.140.

[1907] Loi française n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

[1908] Voir *supra*, note 1499ss et aussi le rapport de l'APCE, « Blasphème, insultes… », *op.cit.*, p.8.

[1909] VRADELIS Stelios, « Qu'ils nous demandent pardon pour ne pas faire le *Jihad »* [«Να ζητήσουν συγγνώμη για να μη γίνει ιερός πόλεμος»], *Ta Nea,* 25 mai 2009.

artistiques » dépasse largement leur caractère esthétique : elle acquiert dès lors un caractère religieux, social et politique. Il s'ensuit que le *voile*, le *Coran,* le *minaret* ne sont plus vus comme des expressions esthétiques, culturelles et traditionnelles, mais comme des *symboles*, dont la signification précise dépend des interprétations.

Pour donner une illustration de ce nouveau débat, nous pouvons suggérer que le port du *voile* islamique(*hijab)*, par exemple, dans les espaces publics français n'est pas interdit pour restreindre la liberté religieuse, mais plutôt pour préserver l'ordre public. D'après Tzitzis : *le port du foulard islamique à l'école, en France, est interdit pour sauvegarder les principes de la république qui séparent la vie privée de la vie publique. Dans un ordre socio-politique pétri du multiculturalisme, tous les citoyens doivent se manifester librement au nom des valeurs démocratiques, sans faire prévaloir des spécificités raciales, ethniques, ou culturelles enclines à troubler l'ordre public »*[1910]. Or, selon un point de vue, le *voile* pourrait symboliser la domination de la femme dans l'Islam[1911] ou bien, selon un autre - quelque peu xénophobe- il pourrait faire appel à l'envahissement de l'Europe par les « étrangers » : immigrants, sans-papiers, réfugiés, personnes « issues de l'immigration » et requérants d'asile. Le même voile, pourrait d'ailleurs symboliser la non-soumission à un Occident « uniformisant » ou la préservation de la culture et des traditions à un degré plus fort que dans leur État d'origine.

A l'inverse, les *caricatures,* aux yeux de ces « étrangers », y compris des « fanatiques politiques », ne sont plus vues comme de simples dessins , mais comme l'expression de la xénophobie et du racisme et de l'exclusion subie par les immigrants. Et en effet la xénophobie, voire, l'islamophobie et les politiques discriminatoires envers ces nouvelles minorités deviennent des symptômes de plus en plus fréquents dans les sociétés modernes pluriculturelles. Ce n'est point fortuit alors que, dans sa dernière résolution à propos de la « lutte sur la diffamation des religions », le Conseil des Droits de l'Homme a encore une fois « *condamné énergiquement […] l'interdiction*

[1910] Voir TZITZIS Stamatios, *Le Citoyen, l'Éthique, la Sanction*: *de l'évolutionnisme social à l'humanisme pénal,* Paris, Buenos Books International, 2008, p.92 et s.

[1911] *A fortiori,* la *burqua* (à savoir l'habit qui couvre le corps entier, y compris les yeux, pourrait paraître comme un symbole anti-libéral ou anti-démocratique ; voir par exemple, LETAILLEUR Fabrice, « Interdire la burqua, symbole d'oppression des femmes », disponible sur http://ripostelaique.com/Interdire-la-burqa-symbole-d.html, publié le 29 juin 2009, consulté le 15 mars 2011.

de construire des minarets et d'autres mesures discriminatoires récemment prises, qui sont des manifestations d'islamophobie tout-à-fait contraires aux obligations internationales liées aux droits de l'Homme concernant les libertés de religion, de conviction, de conscience et d'expression, et souligne que des mesures discriminatoires de ce type sont susceptibles d'entretenir à la fois la discrimination, l'extrémisme et les idées fausses conduisant à une polarisation et à un cloisonnement lourds de conséquences indésirables et imprévisibles »[1912]. De même, dans son rapport de 2008 concernant la diffamation des religions et les incidences de l'islamophobie, le Rapporteur spécial Doudou Diène se réfère à titre indicatif à la démolition d'une mosquée de la ville de Vérone en Italie, ainsi qu'au projet de référendum sur l'interdiction des minarets en Suisse. Selon le Rapporteur spécial, cette opposition systématique à la construction de mosquées et de minarets (voire le « harcèlement judiciaire », notamment de la part des partis nationalistes ou d'extrême-droite) constitue l'expression la plus emblématique de l'islamophobie comme remise en question de la liberté religieuse. L'islamophobie est d'ailleurs régulièrement mise en exergue dans les rapports de la Commission européenne contre le Racisme (ECRI) et de l'Observatoire européen des Phénomènes racistes et xénophobes (l'EUMC)[1913] et également dans un nombre important de rapports des Rapporteurs spéciaux des Nations Unies[1914]. Dans le même esprit de stéréotypage, l'appellation *burqua* (qui désigne la dissimulation totale du corps) est largement utilisée par les médias pour décrire tous types de voiles, y compris le *hijab* et le *niquab* (qui laissent le visage – ou, le deuxième, les yeux- apparents)[1915].

[1912] A/HRC/RES/13/16, du 15 avril 2010, §8.

[1913] (EUMC)CHOUDHURY Tufyal et al., « Perceptions de la discrimination et de l'islamophobie ; Points de vue de membres des communautés musulmanes dans l'Union européenne », rapport, Vienne, 2006, disponible sur le site de l'Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne *www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Perceptions_FR.pdf* et EUMC, « Les musulmans au sein de l'Union européenne; discrimination et islamophobie », rapport de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes(EUMC), Vienne, 2006, disponible sur *www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Manifestations_FR.pdf*, consulté le 1 novembre 2010.

[1914] Voir les rapports du Rapporteur spécial sur les formes contemporaines de racisme, l'intolérance et la xénophobie, M. Muigai, « *sur les manifestations de la diffamation des religions et en particulier sur les incidences graves de l'islamophobie sur la jouissance de tous les droits* », A/HRC/15/45 du 15 juillet 2010 et A/HRC/12/38 du 1 juillet 2009. Voir aussi les rapports antérieurs de M. Diène, A/62/306, 24 août 2007et A/HRC/9/12, 2 septembre 2008.

[1915] Le APCE également, fait la distinction ambiguë entre les cas où le port du voile est le résultat d'une soumission de la femme à des obligations qui lui sont posées par la communauté ou la famille et les cas où le port du voile revient à la liberté personnelle de la femme, et plus spécifiquement à sa liberté religieuse. APCE, Résolution 1743 intitulée « Islam, islamisme et islamophobie en Europe », adopté à l'unanimité par l'Assemblée le 23 juin 2010 lors de sa 23e séance.

Ce type d'indices nous amène donc clairement à autre type de réflexion, qui dépasse largement le débat sur les limites de la « liberté de l'art », pour aller vers des questions liées d'un part aux concepts de « laïcité» et de « multiculturalisme » dans les sociétés européennes et, d'autre part, à la politisation des religions.

Sur ce dernier point d'ailleurs, force est de constater qu'en effet, un grand nombre de controverses relatives aux conflits culturels mettent en cause la religion islamique. En effet, depuis l'affaire des *Versets sataniques* en 1988, les incidents et controverses mettant en scène l'outrage à la religion islamique sont de plus en plus fréquents dans les sociétés plurielles des États occidentaux. Ces controverses, qui acquièrent rapidement un statut de « crises mondiales » en raison de leur médiatisation extrême, démontrent que le problème persiste et se répète, atteignant des sommets paroxystiques : les incidents d'outrage aux religions sont dès lors accompagnées par des manifestations du fanatisme, liées à la montée d'une certaine hostilité dans les attitudes des occidentaux envers les musulmans, et à l'inverse, des attitudes provocatrices des islamistes fanatiques contre les « occidentaux ». Comment, alors, devons-nous interpréter ces controverses, sinon sous l'angle de leur impact politique ?

En effet, nous assistons depuis les années 1980 à une « résurrection globale » des religions, qui semblent acquérir de plus en plus de force au plan international. D'après Anderson « *la présomption de Nietzsche que Dieu était mort est devrait être de plus en plus mise en question, sachant que dans des nombreuses parties du monde les idéaux religieux ont été revigorés* »[1916]. Outre les enjeux au niveau onusien auxquels nous nous sommes référée[1917], nous pourrions repérer d'autres raisons de cette résurrection, voir l'*instrumentalisation* politique des religions. Il pourrait donc s'agir de l'échec des régimes post- coloniaux d'assurer la justice et la prospérité ; des réactions contre la dislocation sociale et psychologique entraînée par la modernisation ; des réactions à la carence économique et aux désavantages sociaux ; d'une réponse morale à la brutalité des régimes autoritaires ; de l'effort de revivre les valeurs traditionnelles dans un monde globalisé ; ou bien, d'une conséquence de la

[1916] ANDERSON John, « Religion and International relations » *in* TREVOR Salmon et IMBER Mark(éd), *Issues of International Law, op.cit.*,p.209.

[1917] Voir *supra,* Chapitres 2 et 4, *in fine*.

communication moderne qui permet des plus grandes échanges entre les croyances diverses[1918].

En ce qui concerne la religion islamique en particulier, les enjeux sont encore plus importants. Comme le remarque M. Reisman, « *The islamic religion, does not encourage or create and nourish fundamentalism. It is the economic, social and political environment that encourages the formation of forces for change, sometimes minor and other times radical. Islamic fundamentalism is one of such resultant forces, as are capitalism, communism, socialism and various other political doctrines…*», avant de conclure : « *as a political ideology, Islamic fundamentalism suffers from the same fatal problems as communism and other authoritarian groups* »[1919].

En ce qui concerne la liberté artistique en particulier, nous pouvons citer un nombre d'incidents impliquant donc du fanatisme islamique. Outre les caricatures danoises, il s'agit également de l'accusation de blasphème et de la *fatwa* édictée à l'encontre de l'écrivaine bangladeshie Taslima Nasreen ; de l'attentat à l'encontre de l'écrivain égyptien nobélisé Naguib Mahfoud ; de l'interdiction d'une pièce de théâtre à Birminghan au Royaume Uni par peur des émeutes Sich en 2004[1920] ; de l'assassinat du réalisateur controversé Theo Van Gogh et des menaces de mort à l'encontre d'Ayaan Hirsin Ali en 2004 (quelques mois avant la publication des caricatures du Prophète dans le journal *Jyllands Posten*)[1921] ; de l'annulation de l'opéra *Idoménée* au Deutsche Opera de Berlin en 2006[1922] ; des menaces de mort contre le parlementaire

---

[1918] ANDERSON John, « Religion.. », *op.cit.,* p.210 et s.

[1919] REISMAN M.H.A., « Islamic fundementalism » *in* JANIS Mark, *The influence of religion on the development of international law*, Boston – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp.107-132.

[1920] Voir *supra,* note 1532.

[1921] En effet, Theo Van Gogh quelques mois avant son assassinat par le réseau activiste « Hofstad », avait réalisé un film intitulé «Soumission », évoquant la soumission des femmes dans l'Islam. Dans le film avait aussi participé la néerlandaise Ayaan Hirsin Ali, d'origine somalienne, qui a été aussi menacée par le même réseau et vivait jusqu'en mars 2008 sous protection policière. En janvier 2008, la Cour d'appel de La Haye a refusé de qualifier le réseau Hofstad de « groupe terroriste », disculpant sept hommes, dont Mohammed Bouyeri, l'assassin du réalisateur néerlandais Theo Van Gogh, du chef d'appartenance à un groupe terroriste. En octobre, la Cour d'appel d'Amsterdam a confirmé la condamnation de Samir Azzouz et de quatre autres personnes pour des chefs d'accusation liés au terrorisme (Voir le rapport du HRW de 2009).

[1922] Voir p.ex. RICHE Pascal, « Deutsche Opera a décidé cette semaine de son propre chef de censurer une production, *Idoménée* de Mozart, jugeant qu'une scène pourrait lui attirer des ennuis », *Libération*, le 30 septembre 2006.

néerlandais d'extrême droite Geert Wilders en 2008 pour le film (raciste) *Fitna*[1923] ; d'autres menaces à l'encontre d'un éditeur anglais qui a publié le livre *The Jewel of Medina*, livre de fiction qui se réfère aux épouses de Mahomet[1924]; des controverses sur la série de dessins animés *Southpark* aux États-Unis en 2009[1925] ; de la publication de nouveaux dessins du prophète de la part de nombreux dessinateurs sur le réseau social Facebook en 2010 [1926] et d'autres rebondissements de l'affaire des caricatures[1927]. La controverse à propos de la construction d'une mosquée sur le « Ground Zero » à New York[1928], illustre également bien cette logique du cercle vicieux des relations entre le monde islamique et le monde occidental.

B. Les « conflits culturels» dissimulant la contestation de l'universalité des Droits de l'Homme ?

Notre but ici n'est pas de fournir une nouvelle théorie du fondement des conflits culturels, mais plutôt d'examiner dans quelle mesure ces conflits en dissimulent d'autres : des conflits *entre des ordres juridiques différents*, et en particulier, entre *des conceptions différentes des droits de l'Homme*. Tant que ces interprétations régionales ne vont pas à l'encontre de l'esprit universel qui est au fondement des droits de l'Homme, les approches fondées sur les différences culturelles ne sont qu'enrichissantes pour le droit international[1929]. En revanche, une

---

[1923] A/HRC/9/12, rapport du Rapporteur M. Doudou Diène (qui a pourtant mis l'accent sur la nature « nature fallacieuse et provocatrice » du film, p.11.

[1924] ARMENGAUD Jean-Hébert, « Menace islamiste sur un éditeur », *Le Monde,* 30 septembre 2008.

[1925] « South Park creators warned over Muhammad depiction », *BBC news*, bbc.uk, 22 avril 2010.

[1926] MAQBOOL Aleem, « Pakistani court orders Facebook blocked in prophet row », *BBC news*, bbc.uk, 19 mai 2010, disponible sur http://news.bbc.co.uk/2/hi/8691406.stm; SHOAIB HASAN Syed, « Media freedom fears after Pakistan Facebook ban, *BBC news*, bbc.uk, 26 mai 2010, disponible sur *www.bbc.co.uk/news/10157612,* consulté le 26 mai 2010.En effet, le site Facebook avait publié une page de jour « Tout le monde dessine Mahomet », déclenchant une *blacklash* majeur dans le pays musulman conservateur.

[1927] STEWARD Scott, « The Mohammed cartoon dust has not settled», *Security weekly,* 6 janvier 2011, disponible sur http://www.stratfor.com/weekly/, consulté le 6 janvier 2011.

[1928] Le projet de la construction de la mosquée à quelques mètres du *GroundZero*, à New York, a été finalement approuvé par le conseil communautaire du sud de Manhattan ; CYPEL Sylvain, « Le projet de mosquée près de *Ground Zero* à New York obtient une victoire politique importante », *Le Monde*, 4 août 2010.

[1929] Nous pouvons penser également aux concepts qui cherchent à fonder les droits de l'Homme dans les religions ou les philosophies éthiques ; voir, par exemple, à propos des concepts bouddhiques dans les droits de l'Homme, JAYATILLEKE Kulatissa-Nanda, « The Principles of International Law in Buddhist Doctrine » in *Recueil des Cours de l'Académie du droit international de la Haye*, Vol. 120, éd. A.W. Sijthoff, Leyden, 1968, pp. 441- 568 ; et également, pour IRIYE Keishiro, « The Principles of International Law in the light of confucianism », in *Recueil des Cours* , op.cit., p. 1-60 ; WEIL Prosper, « Le *judaïsme* et le développement du droit international », *Recueil des*

question cruciale se pose du fait que certaines « différences culturelles », telles qu'elles se manifestent par exemple dans les interprétations régionales des droits de l'Homme ou dans les nombreuses réserves posées aux instruments internationaux par les États, semblent servir plutôt de prétexte, politique ou autre, à une limitation des responsabilités des États en cause vis-à-vis du respect des droits de l'Homme.

1. Régionalismes et réserves « culturelles »

Nous assistons au cours des dernières années à un certain « rayonnement » des droits de l'Homme, à une « internationalisation » pour le dire comme le Doyen Jonathan-Cohen[1930]. En effet, la cristallisation des droits de l'Homme en une *coutume internationale*, d'un part, et leur évocation progressive à tous les niveaux (individus, organisations, groupes sociaux, minorités, ONG, société civile), d'autre part, à quoi il faut ajouter le renforcement du rôle des mécanismes judiciaires ou quasi-judiciaires compétents pour leur protection – tout cela a sans doute renforcé la vigueur et l'ampleur du champ d'application des droits de l'Homme. Mais ce « rayonnement » bute parfois sur le plan politique et/ou économique au niveau des États, et parfois aussi sur les réalités culturelles des populations.

Certes, dans une certaine mesure, tous les instruments *régionaux* liés aux droits de l'Homme traduisent des différences culturelles. C'est là justement la richesse du droit international : comme cela a été dit au cours de la Conférence de Vienne, les « *aménagement régionaux jouent un rôle fondamental dans la promotion et la protection des droits de l'Homme* »[1931]. Cependant, il existe aussi une situation qui pourrait être qualifiée de « relativisme culturel ». Cette position donc pourrait varier[1932]: elle consiste le plus souvent à céder une place plus importante à la culture

---

cours…, Vol.151 (1976-III) , pp. 253-335. Aussi, plus généralement, YASUAKI Onuma, « A transcivilisational perspective on International Law », *op.cit.,* p.354 et s.

[1930] Le Doyen JONATHAN- COHEN démontre que l'internationalisation des droits de l'Homme aujourd'hui ainsi que la reconnaissance de certains entre eux comme des obligations *erga omnes* par la Cour Internationale de Justice nous amène à affirmer leur caractère contraignant sur le plan mondial voir COHEN-JONATHAN Gérard, « Universalité et singularité…», *op.cit.*, p.3-13.

[1931] A/CONF.157/24, voir *supra,* note 1806.

[1932] Voir HOFFMANN Florian et RINGELHEIM Julie, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : La Cour européenne et les dilemmes de la diversité culturelle », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* 2004, n°52, pp. 109-142.

qu'au respect des droits de l'Homme, et peut aller jusqu'à suggérer que la culture est le fondement unique de validité des règles (relativisme culturel radical)[1933].

Ainsi, il arrive qu'une convention régionale prévoie la restriction d'un droit fondamental qui n'est pas compris dans les standards du droit international, ou que les instruments régionaux comportent des caractéristiques propres à la région concernée, du fait des particularismes culturels ou des valeurs propres à certains peuples plus que d'autres. De même, le régionalisme peut être extrêmement constructif : un exemple peut en être la jurisprudence de la Cour interaméricaine qui, comme la plupart des Constitutions des États d'Amérique latine, est très sensible aux droits sociaux et culturels du fait de la présence des peuples indigènes en Amérique latine[1934].

Nous pouvons également remarquer, à titre d'exemple, que la Convention européenne ou que la Charte de l'Union européenne sont marquées par un certain libéralisme mais aussi un individualisme proprement « européen ». Ces textes restent donc particulièrement attachés aux valeurs individuelles telles que la propriété et, à l'exception de la liberté d'expression, ils ne prévoient que des droits et non des responsabilités[1935]. En revanche, la Charte africaine, issue d'une terre dont l'histoire reste marquée par la colonisation, est fortement empreinte d'un sentiment de solidarité et de collectivité ; on y parle donc des « droits des peuples » aussi bien que

---

[1933] Voir sur les conceptions diverses, DONNELLY Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice, op.cit.,* p.90.

[1934] Voir par exemple l'affaire CIADH : *Sawhoyamaxa Indigenous Community c. Paraguay,* 29 mars 2006, série C, n° 146, §178 relative aux droits sociaux (droit à l'eau, droit au logement, droit aux services médicaux, droit à la nourriture) et à propos KEENER Steven et VASQUEZ Javier « A life worth living: enforcement of the right to health through the right to life in the Inter-American Court of Human Rights », *Columbia Human Rights Law Review*, n°40, 2009, p. 595 – 624.Voir aussi les affaires CIADH : *Masacre del Plana de Sanchez c. Guatemala*, 29 avril 2004; *Comunidad Moiwana vs Suriname*, 15 juin 2005; *Comunidad Mayagna Awas Tigni c. Nicaragua*, 31 août 2001 concernant la prise en compte des particularismes des cultures autochtones et à propos WECKEL Philippe et RINARDI Catherine, « Relativisme culturel ou universalité des droits de l'Homme? La réponse donnée par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme» in *International law and diversity of légal cultures, Journée franco- allemande de la Société Française pour le Droit International,* Paris, Pedone, 2008, p. 421-431. A l'inverse, comme le rapporte Kymlicka, certains chefs des tribus des peuples indigènes au Canada, se voient préoccupées pour la non prise en compte de leur spécificités par la Cour Suprême canadienne ; voir SLOANE Robert, « Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights », *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol.34, 2001, p.540, note 31.

[1935] Il est caractéristique que la Convention Européenne, initialement, ne protégeait pas les droits sociaux et les droits culturels et ce n'est que grâce à la lecture dynamique de la Convention par la Cour que nous arrivons à se référer à des droits sociaux et culturels au sein de la Convention. Effectivement, la Charte sociale européenne(1961 et la Charte révisée de 1996) et la Convention-cadre pour la protection des minorités (1995) se sont ajouté à l'arsenal du CoE, mais, ils ne sont toujours pas, à ce jour, comparables à la protection offerte aux droits garantis par la Convention.

des « devoirs de l'Homme »[1936]. D'autres exemples : la Convention américaine des droits de l'Homme, qui semble marquer une préférence particulière envers la protection de la morale[1937]. C'est le cas également pour les réserves des instruments internationaux. Nous songeons ici par exemple à la Suède, qui a formulé une réserve à l'article 20 §1 du PIDCP qui prohibe la propagande de guerre[1938]. Un autre exemple est la réserve du Danemark à l'article 14 §1 du PIDCP concernant la publicité des procédures judiciaires (le huis clos), réserve basée sur l'enracinement profond de l'idéal de liberté d'expression observable dans les États nordiques[1939].

Il existe pourtant des exemples où les instruments régionaux des droits de l'Homme vont dans le sens inverse : celui de la *limitation* des droits de l'Homme. L'exemple le plus marquant d'une telle interprétation est sans doute celui des déclarations islamiques des droits de l'Homme, avec également, à certains égards, le cas de la nouvelle Charte arabe des droits de l'Homme de 2008 : on pense ici aux dispositions concernant les droits de la femme, la peine de mort pour les enfants et l'association du racisme et du sionisme[1940].

Les réserves systématiques aux Conventions Internationales de la part des États islamiques et des autres États à majorité musulmane, sont également significatives. Dans ces États en effet, des problèmes particuliers émergent à propos des questions d'égalité entre les sexes, de droit de la famille et de liberté religieuse. Outre quelques cas de réserves « extrêmes », telles que celles du Pakistan ou de l'Égypte au PIDCP

[1936] Comme par exemple dans les articles 27-29 de la Charte Africaine (1981).

[1937] La morale des enfants et des adolescents par exemple est une raison valable de censure des « divertissements publics », d'après l'article 13§4 de la CIADH.

[1938] MELANDER Göran, « Reservations to Human Rights Treaties» *in* ZIEMELE Ineta(éd.), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony or Reconciliation,* Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp.xxiv, notant qu'il existe tout de même l'opinion que la Convention de Vienne qui permet les reserves ne devrait pas être applicable aux traités des droits de l'Homme et que ces Convention devrait faire l'objet d'un régime particulier.

[1939] Les réserves des États au Pacte sont disponibles sur le site de la collection des Traités des Nations Unies http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=fr&clang=_fr#EndDec, consulté le

[1940] Charte arabe des droits de l'Homme, adoptée en 1994 et amendée à Tunis en 2008 ; à titre indicatif, VITKAUSKAITE-MEURICE Dalia, « The Arab Charter on Human rights: the Naissance of New Regional Human Rights System or a Challenge to the Universality of Human Rights? », *Jurisprudence,* Vol.1, n°119, 2010, pp.165–180, qui caractérise la Charte une « *opposition ouverte aux droits de l'Homme* » ; voir le discours du Haut Commissaire des Nations Unies, Louise Arbour, à propos de la mise en vigueur de la Charte arabe, Communiqué de Presse disponible sur http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/0/6C211162E43235FAC12573E00056E19D?opendocument, consulté le 11 mars 2011.

(qui prévoient expressément l'assujettissent du Pacte entier à la *Charia*), nous pouvons citer comme exemples l'Irak, qui a présenté ses réserves à la ratification de l'article 16 de la CEDAW comme une conséquence de la loi islamique[1941], ou le Maroc qui, dans son rapport initial lors de la ratification de la CEDAW, a donné une interprétation du statut de la femme référée à l'Islam qui « fait une distinction entre hommes et femmes uniquement quand cela est dicté par la nature de deux sexes »[1942]. D'autres États plus « modérés » de l'Afrique du Nord (l'Algérie, la Tunisie, l'Égypte) ont eux aussi formulé des réserves à la CEDAW en se référant à la distinction de statut entre hommes et femmes inscrite dans leurs lois nationales respectives[1943].

Nous pouvons également songer aux réserves formulées par ces États concernant les autres Conventions, comme la CEDAW[1944], à CERD ou la Convention des droits de l'Enfant[1945]. En effet, quelques États se sont référés explicitement dans ces réserves à « l'Islam » ou à la *Charia* (Arabie Saoudite, Qatar, Iran, Koweït), ou ont simplement évoqué la religion et les valeurs traditionnelles (Djibouti). D'autres États ont formulé des réserves uniquement pour l'articles 14 ou/et 21 de la CRC qui portent sur la liberté religieuse de l'enfant et la liberté d'adoption d'une religion en particulier, se référant explicitement à la religion musulmane (Bangladesh, Brunei, Émirats Arabes Unis, Jordanie, Koweït, Oman, Syrie) ou simplement à la Constitution et à la loi nationale (Botswana, Indonésie, Malaisie, Kiribati, Singapour)[1946].

[1941] SHÖPP-SCHILLING Hanna Beate, « Reservations to the CEDAW » *in* ZIEMELE Ineta(éd.), *Reservations…, op.cit.,* pp.33.

[1942] *Ibidem,* p.33, citant CEDAW/C/MOR/1, 3 novembre 1994.

[1943] *Ibidem,* p.32 -33.

[1944] D'après la plupart des auteurs occidentaux, ces réserves sont incompatibles avec les droits de l'Homme, voir notamment MAYER Ann Elizabeth, « Religious reservations to the CEDAW : what do they really mean ? » *in* HOWLAND Courtney, *Religious fundamentalisms and the human rights of women* (1999), New York, Palgrave, 2001, pp.105-116.

[1945] En effet, tout comme le Comité DH, d'autres Comités de suivi des Pactes, et notamment le CERD, ont exprimé la même idée que les réserves sont incompatibles avec les Pactes même : par exemple le CERD, dans ses observations finales pour le Japon; le Comité (même si la compétence des Comités de se prononcer sur en la matière des réserves au Traité en question n'est pas encore clairement définie) nota à cet égard un « conflit » entre les obligations du Japon vis-à-vis de l'article 4 de la CERD et ses réserves, voir CERD/C/304/Add.114.

[1946] D'autres États se sont référé à d'autres aspects de leur souveraineté nationale, à savoir par exemple l'acquisition et la perte de la nationalité(Singapore, Tunis, Thaïlande), ou bien, les droits des minorités nationales (Turquie), voir HERRERA Roger, « L'application de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant (CRC) et l'incidence de la Cour Européenne des droits de l'Homme sur les droits de l'enfant dans la jurisprudence du Conseil d'États », *RUDH,* Vol.17, n°7-12, p.332.

2. Des réserves d'ordre « culturel »... ou d'un autre ?

Malgré ces constatations, nous observons que dans le contexte actuel, les spécificités culturelles ont un poids minime par rapport aux enjeux politiques et économiques qui les accompagnent[1947]. En effet, les droits de l'Homme sont souvent invoqués dans le cadre de contextes aux enjeux soi-disant culturels, mais qui en réalité dissimulent des enjeux économiques ou politiques.

Certes, comme l'ont maintes fois suggéré les anthropologues[1948], les droits de l'Homme sont un produit *d'inspiration* occidental. Même la DUDH, quoique censée « *exprimer des valeurs inhérentes aux principaux systèmes juridiques du monde et des valeurs des croyances religieuses, y compris les traditions bouddhiste, chrétienne, hindoue, islamique et juive* »[1949] est elle aussi à bien des égards le fruit de la pensée humaniste européenne. Pour de nombreux auteurs, d'ailleurs, la diversité des nationalités des rédacteurs de la DUDH[1950] n'aurait pas été suffisante pour établir une véritable prise en compte des spécificités culturelles internationales : d'après eux, le système universel ne tient toujours pas suffisamment compte des « *systèmes civilisationnels de valeurs axiologiques différentes* »[1951]. Cette dialectique ambiguë entre l'universalité des droits de l'Homme et les cultures a bien été mise en exergue lors de la Conférence mondiale sur les droits de l'Homme qui a eu lieu à Vienne en

---

[1947] Dans ce sens : SALT Jeremy, « Global Disorder and the Limits of Dialogue», *Third World Quarterly*, Vol. 29, No. 4, 2008, pp.691 – 710 ; de meme, DONNELLY Jack, *Universal Human Rights, op.cit.*

[1948] Les anthropologues dans années 1950 en effet ont justement démontré que d'autres civilisations avaient des mécanismes qui n'était qu'un *équivalent existentiel* des droits de l'Homme ; HERRERA Roger, « L'application de la Convention de l'ONU, op.cit., p.351, citant PANNIKAR Raimundo, «Is the notion of Human rights a western concept ? », *Diogènes,* 1982, pp.77-78. Voir aussi, NAWAZ Mahomed « The concept of human rights in Islamic Law », *HLJ,* pp.325-332 et KHUSHALANI Yougindra « Human rights in Asia and Africa », *in* SNYDER Frederick et SATHIRATHAI Surakiart, *Third world attitude towards international law,* Dordrecht, Martinus Nijhoff-Brill, 1987.

[1949] NATIONS UNIES(Communiqué de Presse), discours du Haut Commissaire des Nations Unies, Mary Robinson à Bonne du 11 November 1999, intitulé « L'universalité des droits de l'Homme » à disponible sur http://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/view01/2370024D1ECEAC0B8025682A003DE864?opendocument, consulté le 11 mars 2011.

[1950] Madame Roosevelt et René Cassin ; le Libanais Charles Malik, le chinois Peng Chung Chang ; John Humphrey du Canada ; voir YACOUB Joseph, « Les droits de l'Homme, une œuvre collective de l'humanité », *op.cit,* p.395 et s.

[1951] PRAKASH SINA Suria, « The axiology of Human Rights »*, Pace Year Book of International Law*, n°1, pp.21-60. Pour une lecture sociologique des cultures et des valeurs, voir PETTERSON Thorleit et ESMER Yilmaz (éds.), *Changing values, persisting cultures ; case studies in value change,* Leiden –Boston, Brill, 2008. Toutefois, d'après d'autres, l'inspiration européenne de la DUDH n'empêche pas de fonder l'universalité des droits de l'Homme, voir CHABOT Jean-Luc, *Éléments pour une théorie des droits de l'Homme à l'échelle universelle,* Presses de l'UPMF, Grenoble, 2004 .

1993, à travers l'affirmation célèbre du Secrétaire général des Nations Unies Kofi Annan selon laquelle : « *Tous les droits de l'Homme sont universels, indissociables, interdépendants et intimement liés. La communauté internationale doit traiter des droits de l'Homme globalement, de manière équitable et équilibrée, sur un pied d'égalité et en leur accordant la même importance. S'il convient de ne pas perdre de vue l'importance des particularismes nationaux et régionaux et la diversité historique, culturelle et religieuse, il est du devoir des États, quel qu'en soit le système politique, économique et culturel, de promouvoir et de protéger tous les droits de l'Homme et toutes les libertés fondamentales* »[1952].

Or, il est difficile de ne pas remarquer que l'argument « culturel » est de loin le plus *anodin* pour justifier des dérogations aux obligations de respect des droits de l'Homme, en regard de tous les autres arguments existants, d'ordre politique ou économique. En effet, il n'est pas rare que des spécificités culturelles soient avancées afin de dissimuler des enjeux politiques. Pour illustrer cette observation, nous pouvons songer, à titre d'exemple, au cas d'une communication individuelle, examinée par le Comité des Droits de l'Homme en 1999. En l'espèce, à la suite de la décision d'une instance nationale de Trinité et Tobago selon laquelle la détention dans le « *couloir de mort* » d'un détenu pendant plus de cinq ans doit être considérée comme une peine « *inhumaine et dégradante* », l'État de Trinité et Tobago a renoncé au PIDCP et a immédiatement re-accédé, cette fois en formulant une réserve d'après laquelle le droit de l'individu aux communications individuelles n'était pas appliqué pour les détenus condamnés à la peine de mort[1953].

Nous pouvons songer également à l'état des ratifications du PIDCP qui, à la différence de la Déclaration universelle (qui, elle, fut acceptée avec quelques abstentions, mais sans aucune contestation) crée toujours des ambiguïtés. En effet, plus de 150 États sont parties au PIDCP (dont très peu sont parties aux deux Pactes facultatifs) mais il en existe beaucoup d'autres qui ne l'ont ni signé, ni ratifié (Arabie

[1952] *Déclaration et Programme d'action de Vienne*, adoptés par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, Vienne, 25 juin 1993, A/CONF.157/24.

[1953] Comité DH : *Rwale Kennedy c. Trinité et Tobago* (Communication n°845/1999, 2 avril 1982, CCPR/C/67/D/845/1998). Voir SCHEININ Martin, « Reservations under the ICCPR» in ZIEMELE Ineta(éd.), *Reservations…, op.cit.,* pp.48-49.

Saoudite, Oman, Qatar, Émirats, Bhutan, Myanmar, Singapour, Malaisie)[1954]. D'autres États l'ont signé sans le ratifier, en fonction de leurs intérêts politiques (Cuba, Chine, Pakistan) et la plupart des États parties ont déposé des réserves (comme l'Égypte par exemple, qui prévoit expressément l'assujettissent du Pacte à la *Charia*). En outre, dans les États où le droit international n'a pas d'effet direct, le Pacte n'a aucun effet normatif si des lois nationales relatives ne sont pas promulguées. Nous pouvons également songer aux réserves de l'État d'Israël qui, lors de la ratification du PIDCP, a formulé une réserve sur l'article 23, selon laquelle « *les questions relatives à l'état des personnes sont régies en Israël par les lois religieuses des parties en cause. Dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec ses obligations au titre du Pacte, Israël se réserve le droit d'appliquer lesdites lois* ». Par ailleurs, malgré les signatures et les ratifications, la situation des droits de l'Homme dans les États est loin d'être satisfaisante, comme le relèvent les nombreux rapports périodiques du CDH, les *Observations finales* sur les États réalisées par les Comités des Nations Unies, ou les rapports des Rapporteurs Spéciaux.

§2. Les « conflits de valeurs » sur le plan européen

Il semble qu'à l'échelle régionale les choses soient plus claires qu'à l'échelle internationale, les instances judiciaires parvenant à dégager certaines lignes directrices. Nous pouvons nous référer ici, encore une fois, à la Cour européenne, mais aussi à l'Union, au sein desquelles les débats sur les valeurs acquièrent des dimensions intéressantes.

A. La Cour européenne comme gardien des valeurs.. mais quelles valeurs ?

Dès les premières années de son fonctionnement, la Cour européenne a toujours été soucieuse de protéger des droits « *non pas théoriques et illusoires mais concrets et effectifs* »[1955]. Ainsi, dans son travail inestimable d'interprétation des questions multiples et diverses liées aux droits de l'Homme, posées par des cas spécifiques, elle a toujours été attentive à ne pas s'éloigner du texte de la Convention, qu'elle

[1954] Le PIDCP ne contient pas de normes spécifiques qui régleraient la question de la légitimité de telles réserves ; cependant, le Comité des droits de l'Homme, dans l'Observation Générale n°24 (peu après la formulation des réserves « excessives » de la part des États Unis au PIDCP), a exprimé son inquiétude à propos de leur légitimité.

[1955] Cour eur. dr. Homme : *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, série A no 32.

considère comme un instrument visant « *à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles* »[1956] . Toutefois, certains axes principaux, y compris celui de la promotion des *valeurs*, peuvent être identifiés tantôt dans le texte de la Convention, tantôt dans sa jurisprudence. Le premier axe est, en premier lieu et sans doute, la promotion de démocratie[1957]. D'autres axes sont par exemple, la non-violence, la non-discrimination, l'interdiction du révisionnisme, aussi bien que la promotion du pluralisme politique et religieux. Nous nous concentrerons ici uniquement sur ce dernier élément, le pluralisme, qui nous intéresse au plus haut point dans le cas de notre étude. Nous allons donc, dans un premier temps, explorer comment la Cour réussit à promouvoir la diversité culturelle et le pluralisme religieux, afin de nous pencher dans un second temps sur la nécessité de délimiter ces concepts.

1. La promotion du pluralisme et de la diversité culturelle

Dès les premières années de son fonctionnement dans les années 1950, une « ouverture » vers la reconnaissance des droits culturels existe au sein du Conseil de l'Europe. Nous pouvons songer en ce sens à la *Convention culturelle européenne* (1954) signée au sein des États du CoE, aux recommandations 567 (1969) et 649 (1971) de l'ACPE soulignant la nécessité d'une « *coopération culturelle européenne sur des bases plus cohérentes et plus dynamiques* », ainsi qu'aux nombreux rapports de la Commission de la Culture et de l'Éducation (p.ex. la mise en œuvre de l'Acte final de la Conférence sur la Sécurité et la Coopération en Europe, le Rapport sur la Coopération et les Échanges dans le domaine de la Culture et de l'Éducation du 28 mars 1977). De même, l'importance du pluralisme dans l'expression, dans l'éducation et dans la vie politique a été mise en exergue par la Cour européenne assez tôt : dès l'*Affaire linguistique belge* (1967) où la Cour avait remarqué, entre autres, qu'un régime linguistique particulier n'était pas forcement incompatible avec la Convention[1958]. Dans les années 1980, l'importance du pluralisme grandit encore en

---

[1956] Cour eur. dr. Homme : *Soering c. Royaume Uni*,arrêt du 7 juillet 1989, § 102, série A n° 161; *Vo c. France* [GC], n° 53924/00, CEDH 2004-VIII, § 82; *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], nos 46827/99 et 46951/99, CEDH 2005-I, § 121; *Demir et Baykara c. Turquie,* précité, §68.

[1957] Voir *supra,* chapitre 6, note 1939.

[1958] Dans *l'Affaire linguistique Belge*, requêtes 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/63 etc., CommEDH 24 juin 1965 et CEDH[GC] 23 juillet 1968 ; celle ci a été une des constatations de la Cour favorables pour les minorités, même si, en effet, cet arrêt confirma la politique d'assimilation culturelle des minorités en Belgique, d'après l'expression de M. Fenet, *in* FENET Alain, KOUBI Geneviève(et al) *Le droit des minorités, analyses et textes,* Bruxelles, Bruylant, 1995, p.97.

considération des impératifs démocratiques. Nous avons par exemple déjà mentionné l'affaire *Young, James et Webster* où la Cour avait remarqué que la démocratie ne se réduisait pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité[1959]. Autre exemple : depuis les arrêts *Handyside* (1976)[1960] et *Lingens* (1986)[1961], malgré le résultat *in casu* défavorable pour les requérants, la liberté d'expression est constamment pensée en fonction de l'impératif de démocratisation de l'État[1962]. L'État devient alors aux yeux de la Cour, le « *garant ultime du pluralisme* »[1963].

En outre, il semble que la Cour – de façon de plus en plus évidente à partir de la fin des années 1990 – ait dans une certaine mesure pu dégager des considérations positives pour les revendications minoritaires, malgré la « mise à l'écart » initiale du texte de la Convention[1964]. Nous pouvons ici faire allusion aux opinions des juges dissidents dans l'affaire *Buckley* (1996), ou à la série d'affaires traitées par la Cour à propos de l'expulsion des Roms de leurs habitations au Royaume-Uni dans les années 1990 (1999)[1965]. Dans ce dernier cas, la Cour arrive à constater l'émergence d'un *consensus* pour la protection des minorités, mais à l'époque elle ne considère pas cette notion dans une mesure suffisante pour donner droit aux requérants[1966]. Nous pouvons également observer que, même dans des affaires nettement antérieures, la Cour avait montré des sympathies pour les revendications minoritaires : par exemple, dans l'affaire *Gillow* (1986), elle avait considéré que le droit d'acquérir une habitation dans des conditions plus favorables pour les personnes indigènes n'était pas incompatible

---

[1959] Cour eur. dr. Homme : *Handyside*(1976) ; *Pedersen*(1976), précités.

[1960] Cour eur.dr.Homme: *Handyside,* précité.

[1961] Cour eur.dr.Homme: *Lingens,* précité.

[1962] Ce qui est également partagée par la position de la doctrine, qui voit là un droit indicateur du comportement démocratique des organes nationaux, voir SICILIANOS Alexandre-Linos, *L'ONU et la démocratisation de l'État*, Paris, Pedone, 2001, p.68.

[1963] Cour eur.dr.Homme: *Informationsverein Lentia et autres c. Autriche*, 24 novembre 1993, série A no 276, §36. Analytiquement, voir NIEUWENHUIS Aernout, « The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights », *European Constitutional Law Review*, Vol.3, 2007, pp. 367–384.

[1964] Voir *infra,* Chapitre 7, à propos de la promotion du pluralisme par la Cour européenne. A propos de l'échec de l'inclusion à la Convention d'un Protocol spécial pour les minorités : KLEBES Heinrich, « Projet du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme sur les droits des minorités», *RUDH*, Vol.5, n°5-6, 1993, p.184-192. Voir aussi, STAVROS Stéphane, « Cultural rights for national minorities », *IALS Bulletin*, Vol. 25, janvier 1997, pp.7-13.

[1965] Cour eur. dr. Homme: *Chapman (*n° 27238/95) et *également Coster* (n° 24876/94), *Beard* (n° 24882/94), *Jane Smith*(n° 25154/94), *Thomas Lee* (n° 25289/94) contre Royaume Uni[GC], du 18 janvier 2001 (les opinions dissidentes).

[1966] Cour eur. dr. Homme : *Buckley c.Royaume Uni*, n° 23/1995/529/615, §88, 26 septembre 1996(art. 14+8).

avec la Convention *per se*[1967]. Par ailleurs, dans l'arrêt *Sidiropoulos c. Grèce* (1998), la Cour observe que les États doivent tolérer l'existence des minorités[1968], et dans l'arrêt *Thlimmenos* (2000), elle se positionne spécifiquement en faveur d'une *exception* à l'application de la loi, afin de promouvoir la non-discrimination en faveur d'une personne appartenant à une minorité religieuse (témoin de Jéhovah)[1969]. Aujourd'hui, la Cour est d'autant plus favorable à la mise en place des *droits culturels* : non seulement pour les droits culturels des minorités *culturelles* et, jusqu'à un certain point, des minorités religieuses, mais aussi pour la liberté religieuse, les droits à l'expression, les droits à l'association. Sont à cet égard significatives les condamnations nombreuses de la Turquie (notamment pour répression du droit à la liberté d'expression des personnes kurdes ou pro-kurdes, et notamment des politiciens, des journalistes et des artistes), mais également de la Grèce, de la Bulgarie et de nombreux pays de l'Est.

En effet, la Cour, depuis 2000 notamment et jusqu'à présent, adopte une position particulièrement dynamique à l'égard des revendications culturelles à l'égard des minorités[1970]. Cette dynamique consiste plus particulièrement à cristalliser l'idée de la diversité culturelle comme *principe* et à donner de plus en plus de poids au principe de non-discrimination et à la prise en compte du « consensus émergent » en faveur de la promotion des minorités en Europe. Ainsi, sans forcément tenir à se prononcer sur la définition des minorités[1971], la Cour réussit non seulement à créer quasiment *ex nihilo* un droit de protection des minorités, mais donne également une base solide au *droit à la différence.*

[1967] Cour eur. dr. Homme : *Gillow c.Royaume Uni*, 9063/80, 24 novembre 1986, §§65-66.

[1968] Cour eur. dr. Homme : *Sidiropoulos et autres c. Grèce*, 10 juillet 1998, *Recueil des arrêts et décisions*, 1998-IV, §41: « *l'existence de minorités et de cultures différentes dans un pays constitue un fait historique qu'une société démocratique devrait tolérer, voire protéger et soutenir selon des principes du droit international* ».

[1969] Cour eur. dr. Homme : *Thlimmenos*, *supra,* Chapitres 2 et 4, à propos de la non-discrimination et les obligations positives.

[1970] Voir pour la protection des minorités par la Cour européenne, KOVACS Peter, *La protection internationale des minorités nationales aux alentours du millénaire*, Paris, Pedone, 2005 ; BENOÎT ROHMER Florence, « La Cour Européenne des Droits de l'Homme et la défense des droits des minorités nationales », *RTDH,* n°51, 2002, p.563-586 ; RAMU Sébastien « Le statut des minorités à l'égard du Pacte International relatif aux Droits civils et politiques », n°51, *RTDH,* 2002, pp.587-628 et notamment RINGELHEIM Julie, *Diversité culturelle et droits de l'homme : la protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

[1971] Par exemple, Cour eur.dr.Homme: *Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], n 44158/98, CEDH 2004-I, à propos d'une organisation minorité silésienne qui s'auto-définissait dans son statut comme «*minorité nationale*; *Özbek et autres c. Turquie*, n 35570/02, 6 octobre 2009.

Dans les arrêts rendus ces dernières années, la Cour va encore plus loin : ne se contentant pas de souligner la valeur du pluralisme *in abstracto* et de garantir le droit d'association servant des revendications minoritaires[1972], elle établit spécifiquement le droit à l'identité nationale ou à la conscience minoritaire comme une des caractéristiques du pluralisme. L'arrêt *Gorzelik c. Pologne* (2004), malgré le résultat *in casu* défavorable pour les requérants, a constitué une première étape dans cette direction, notamment parce qu'elle a déplacé l'axe de réflexion vers la mise en place d'*obligations positives*. La Cour a en effet suggéré que « *la conscience minoritaire est un élément important du bon fonctionnement de la démocratie et du pluralisme, qui est fondé sur la diversité et la variété des traditions culturelles* »[1973]. Dans le même sens, l'arrêt *Ouranio Toxo c. Grèce* (2006) a mis en avant que les autorités étatiques avaient l'obligation de prendre des mesures positives afin de promouvoir les attitudes de réconciliation entre la majorité et les minorités[1974]. Plus récemment encore, la Cour s'est positionnée explicitement en faveur d'un droit de protection de l'identité culturelle : non seulement pour la protection des associations culturelles minoritaires[1975], mais aussi pour le *droit à la différence (culturelle)* en tant que tel. Ainsi, dans l'affaire *Muños Diaz c. Espagne* (2009), la Cour avoue de ne plus pouvoir ignorer la longue tradition *des minorités culturelles telles que les Roms dans les États parties à la Convention et établit précisément que les États doivent tenir compte de ces traditions dans la mise en application de la loi*[1976]. De même, dans plusieurs affaires concernant l'éducation des minorités (*D.H. c. République Tchèque, Oršuš c. Croatie*), la Cour a « massivement » donné droit aux requérants (condamnant les États requérants qui prévoyaient des cours distincts pour les élèves Roms)[1977], alors que dans d'autres affaires, elle s'est montrée extrêmement sensible aux revendications de

[1972] Ouant au droit à la liberté de l'association en particulier, il semble que la seule limite posée serait celle de la réunion *pacifique :* ainsi, dans *Stankov et Ilinden c. Bulgarie* (2001) elle a tenu que les associations ont le droit à exprimer des opinions dissidentes (qui peuvent aller parfois même jusqu'à demander la sécession d'un territoire), si leurs rassemblement se font de manière pacifique; *Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie*, n 29221/95 et 29225/95, CEDH 2001-IX.

[1973] Cour eur. dr. Homme: *Gorzelik et autres c. Pologne* [GC], précité.

[1974] Cour eur. dr. Homme: *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*, no 74989/01, CEDH 2005-X (extraits).

[1975] Cour eur. dr. Homme*: Ouranio Toxo, précité ; Tunceli Kültür ve Dayan c. Turquie*, no 61353/00, 10 octobre 2006:*Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce*, no 26698/05, 27 mars 2008.

[1976] Cour eur. dr. Homme : *Muñoz Díaz c. Espagne*, no 49151/07, §60, 8 décembre 2009 (extraits).

[1977] Cour eur. dr. Homme : *D.H. et autres c. République Tchèque*[GC] n°57325/00, 13 novembre 2007 ; *Oršuš et autres c. Croatie*, no 15766/03, 17 juillet 2008.

liberté d'expression (question de la minorité kurde en particulier à l'égard la Turquie[1978]).

De même, dans d'autres cas concernant la participation des minorités aux affaires politiques, la Cour a souligné l'existence *d'obligations positives* pour les États en la matière. Pour cela, elle se fondait un ensemble de dispositions et de textes *soft*, y compris le tout nouveau principe de la *diversité culturelle* et le consensus émergeant en faveur de la protection des minorités en Europe. Les récents arrêts *Tănase c. Moldavie* (2010)[1979] et *Sejdić Fincic. Bosnie-Herzégovine* (2009) sont à cet égard importants[1980].

En outre, la Cour soutient la diversité et le pluralisme culturel dans les médias. Dans la récente décision *Manolo c. Moldavie* (2009)[1981], la Cour a jugé qu'il y avait censure évidente, entre autres, d'un canal de *diffusion en six langues différentes* qui reflétait la diversité politique du pays. Soulignant l'obligation positive des États, la Cour n'est pas toutefois allée jusqu'à établir une obligation positive en soi(par exemple, qu'un pourcentage donné des émissions soit enregistré dans les langues minoritaires), mais s'est simplement restreinte à noter le fait que la loi moldave sur l'audiovisuel prévoyait déjà une telle obligation positive.

En ce qui concerne le pluralisme religieux en particulier, la Cour estime également que ce pluralisme constitue la condition *sine qua non* de l'organisation des

---

[1978] A titre purement indicatif, voir les affaires *Incal* (1998) ; *Tekin*(1998); *Karatas*(1999); *Özgür Gündem (*2000); *Ibrahim Aksoy (*2000) ; *Sadak (*2001) ; *Kizilyaprak* ; *Zarakolu (*2003). Aussi, *Ulusoy c. Turquie ; Kar et autres c. Turquie*, *précités.* Plus généralement voir KURBAN Dilek « Protecting marginalised individuals and minorities in the ECtHR : litigation and jurisprudence in Turkey » *in* ANAGNOSTOU Dia et PSYCHOGIOPOULOU Evangelia(éd), *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalised Individuals and Minorities in National Context*, Martinus Nijhoff- Brill, 2010, pp.159-182.

[1979] Cour eur. dr. Homme : *Tănase c. Moldavie* [GC], no 7/08, CEDH 2010-…, En l'espèce, la Grande Chambre de la Cour condamna à l'unanimité la Moldavie, considérant que l'interdiction pour des personnes ayant une double nationalité (dont une minoritaire)de se présenter comme députées à des élections violait le droit à des élections libres tels qu'il est consacré dans l'article 3 du Protocole additionnel de la Convention. Il est d'ailleurs significatif qu'ici encore une fois prend en compte non seulement la Convention-cadre pour la protection des minorités(1995), mais également un nombre de textes du *soft law,* y compris des rapports du ECRI et des recommendations de l'APCE. Voir aussi dans ce sens *Podkolzina c. Lettonie*, no 46726/99, CEDH 2002-II.

[1980] Cour eur. dr. Homme : *Sejdic et Finci c. Bosnia et Herzegovina*[GC], précité.Il s'agissait en l'espèce de la discriminations à l'égard d'une personne Rom et une autre personne juive, quant à la possibilité de leur participation aux élections nationales de la Bosnie ; en l'espèce, la Cour a non seulement constaté la violation de ce même droit, en combinaison avec l'article 14 de la Convention, mais également la violation de l'article 1 du Protocole n ° 12.

[1981] Cour eur. dr. Homme : *Manole et autres c. Moldavie*, no 13936/02, CEDH 2009-…

communautés religieuses. Tant dans la décision *Serif c. Grèce* (2000)[1982], que dans la décision *Hassan Tchaouch c. Bulgarie* (2000)[1983], elle a souligné que le rôle des autorités étatiques était de veiller à ce que les groupes adversaires se tolèrent les uns les autres. De même, dans l'affaire de *l'Église métropolitaine de Bessarabie* (2001)[1984], la Cour a jugé que la séparation de l'Église de Bessarabie par le Patriarcat de Moldova avait joué un rôle important dans la sauvegarde des droits des croyants. Toutefois, en ce qui concerne la pratique des religions, et notamment les désaccords intra-religieux, la Cour s'est montrée beaucoup plus restrictive : par exemple, dans l'affaire *Cha'are Shalom Ve Tsedek* à propos du désaccord de deux communautés juives sur le contrôle de la viande fournie aux croyants (en l'espèce, le désaccord portait sur le contrôle *post mortem* des poumons des animaux abattus), elle n'a pas constaté de violation de l'article 9 de la Convention[1985]. Or, c'est dans cette affaire précisément que les juges dissidents ont observé, en faisant allusion à l'arrêt *Serif,* que « *le rôle des autorités publiques ne consist[ait] pas à supprimer tout motif de tension en éliminant le pluralisme mais à prendre toutes les mesures nécessaires pour s'assurer que les groupes qui s'affrontent font preuve de tolérance* »[1986].

2. La laïcité comme limite à la diversité et au pluralisme religieux ?

La vraie question revient alors à savoir quelles sont les limites posées par la Cour aux revendications culturelles et religieuses. Il s'agit tout d'abord de l'interdiction de la haine, conformément aux standards du droit international (PIDCP, CERD), ainsi que d'autres limites posées par le *texte* de la Convention, et notamment l'article 17 à propos de l'interdiction de l'abus de droit, y compris donc à l'appel à l'incitation à la haine (entre autres, religieuse) ou la violence[1987]. En outre, l'application de plus en

[1982] Cour eur. dr. Homme : *Serif c. Grèce*, n° 38178/97, le 14 décembre 1999.

[1983] Cour eur. dr. Homme : *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* [GC], n 30985/96, CEDH 2000-XI.

[1984] Cour eur. dr. Homme : *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova*, no 45701/99, CEDH 2001-XII.

[1985] Cour eur. dr. Homme : *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* [GC], no 27417/95, CEDH 2000-VII; d'après M. Flauss, celle ci était une interprétation *de minimis* de la Convention, qui préserve le rôle du contrôle de la Cour, *in* FLAUSS Jean François « Abattage rituel et liberté de religion : le défi de la protection des minorités au sein des communautés religieuses », *RTDH*, p.200 et s.

[1986] *Idem,* Opinion dissidente commune , à Sir Nicolas Bratza, M. Fischbach, Mme Thomassen, mme Tsatsa-Nikolovska, M. Panţîru, M. Levits et M. Traja.

[1987] Voir *supra* Chapitre 2, à propos de l'interdiction à la haine. En effet la Cour interprète l'article 17 de façon à interdire aussi les discours de haine, y compris la haine religieuse et le discours négationniste, aurait à plusieurs reprises rappelé que les manifestations d'opinion qui visent à la négation ou la révision des faits historiques clairement établis, tel l'Holocauste par exemple, se

plus consistante de l'article 14 et la mise en application du *Protocole n°12* sont des pas importants en direction de mesures positives promouvant l'égalité pleine et effective et la non-discrimination[1988]. Nous nous demanderons pourtant ici si d'autres *valeurs,* qui ne sont pas forcément inscrites dans le texte de la Convention, ne pourraient pas éventuellement être aussi considérées comme des limitations aux droits de la Convention.

Nous pouvons donc remarquer tout d'abord que le pluralisme, aux yeux de la Cour, doit toujours être accompagné d'une certaine obligation de *tolérance* : en effet, dans de nombreux arrêts, la Cour a mis en avant l'importance de la tolérance pour une société démocratique et pluraliste. Dans l'arrêt *Gündüz* (2003) notamment, elle a précisément accepté que cette tolérance justifie la restriction du discours de haine religieuse, c'est-à-dire le fait de « *sanctionner, voire de prévenir, toutes les formes d'expression qui propagent, encouragent, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance (y compris l'intolérance religieuse)* »[1989]. De même, dans l'affaire *Ouranio Toxo c. Grèce* (2006)*,* la Cour a constaté qu'il existait des « *valeurs intrinsèques* » à un système démocratique, à savoir « *le pluralisme, la tolérance et la cohésion sociale »*[1990].

Or, si l'obligation de la tolérance ressort, dans une certaine mesure, aux standards du droit international[1991], cela n'est pas le cas pour l'idéal de *laïcité* en tant que stricte neutralité dans les espaces publics. Le cœur du sujet est ici que la religion, dans certaines traditions culturelles, n'est pas forcément liée à l'espace public et que dès lors, sous certaines conditions, l'évocation du droit à l'*identité religieuse* peut éventuellement donner lieu à un traitement particulier, même dans un espace neutre.

---

verraient exclues de la protection de l'article 10 de la Convention en vertu de l'article 17. Voir les affaires: *Garaudy, n°*65831/01, CEDH 2003-IX ; mais aussi Cour eur.dr.Homme: *Erdogdu et Ince c. Turquie ; Zana c. Turquie ; Norwood c. Royaume-Uni précités, supra,* Chapitre 2*; Lehideux et Isorni c. France*, arrêt du 23 septembre 1998, *Recueil* 1998-VII; *Seurat c France*, requête n° 57383/00, 3 janvier 2000.

[1988] Celle-ci est la réflexion du juge turc M. GÖLCÜKLÜ Feyyaz, « La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », RUDH, 1990, p.295.

[1989] Cour eur. dr. Homme: *Gündüz c. Turquie*, § 37, précité, note 589; de même, *Sürek c. Turquie(n° 1)* [GC], précité, 1999; *Féret,* précité, §64.

[1990] Cour eur. dr. Homme: *Ouranio Toxo et autres c. Grèce*, §42, précité.

[1991] Voir par exemple, l'article 26 §2 de la DUDH qui prévoit que l'éducation devrait favoriser la tolérance religieuse ; la *Déclaration de principes sur la tolérance* de 1995 de l'UNESCO ; la Recommandation N° R (97) 20 sur le «discours de haine», adoptée par le Comité des Ministres le 30 octobre 1997, précités ; *supra,* Chapitres 1, 4.

Quand on tient compte de la transformation rapide des sociétés contemporaines en sociétés *plurielles,* on se rend compte que ceci peut déboucher d'un côté sur la revendication de mesures positives ou « *accommodements raisonnables* », dans un esprit « multiculturel », et de l'autre, sur l'acceptation d'« exceptions religieuses » aux règles de droit[1992].

La Cour européenne a développé une jurisprudence plutôt casuistique sur le sujet de la possibilité de soulever l'argument de la religion aux conditions susmentionnées[1993]. Nous pourrions observer que la tendance est double : d'une part on admet qu'il appartient aux États de décider dans quelle mesure il est possible d'évoquer ses croyances pour revendiquer un traitement particulier et d'autre part, à imposer des « limites » seulement là où les obligations de paix, de tolérance et de non-incitation à la haine sont enfreintes[1994]. Ainsi, d'après la Cour, les revendications religieuses ne peuvent pas justifier un blanc-seing à tous les accommodements et exceptions. Ce n'est qu'exceptionnellement que la Cour admet que quelqu'un invoque ses convictions religieuses pour être exempté d'une règle (comme l'obligation militaire par exemple, comme nous l'avons vu à propos de l'affaire *Thlimmenos c. Grèce*)[1995]. En revanche, il n'est – en principe – pas possible de demander un « traitement particulier » dans les matières fiscales[1996], pour la participation aux parades

[1992] Voir KYMLICKA Will, *Multicultural Citizenship*, *op.cit.*.

[1993] Remarquons que dans des affaires similaires, la Cour suprême américaine suit généralement une logique entièrement différente : dans l'affaire Barnette, portée devant elle au cours de l'Après-Guerre (en 1943), elle a donné raison aux élèves d'une école, qui, témoins de Jéhovah, avaient été punis après avoir refusé de saluer le drapeau américain . Beaucoup plus tard (1988), elle est revenue aux principes de neutralité et de laïcité : dans des affaires concernant l'interdiction, dans l'Oregon, de l'utilisation de l'hallucinogène *peyote* à des fins religieuses, la Cour américaine a considéré l'interdiction légale, en précisant que le droit de la foi religieuse « n'exonérait pas les croyants de l'obligation de suivre les lois neutres d'État » . Cependant, en 2006, la Cour suprême a encore une fois renversé cette jurisprudence, considérant légale l'utilisation de l'hallucinogène (encore plus puissant) ayahuaska par des populations autochtones spécifiques et à des fins religieuses – ce qui naturellement a créé un débat énorme autour des droits qui découlent de la foi religieuse . Cour Supr. États-Unis :*West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624(1943) ; Cour Supr. États Unis : *US v. Laurence Boyll*, 494 U.S. 872, 110 S. Ct. 1595, 108 L.Ed. 2d 876 (1990), 774 F.Supp. 133, concernant l'importation, vente et utilisation de drogue hallucinatoire (plante *peyote*) par les adeptes d'une secte religieux. « *The right of free exercise does not relieve an individual of the obligation to comply with a valid and neutral law of general applicability on the ground that the law proscribes (or prescribes) conduct that his religion prescribes (or proscribes)*» ; Cour Supr. États Unis : *Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal* 546 US 418 (2006).

[1994] La raison mise en avant dans ces cas est principalement le fait qu'il est « *impossible de discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société* » (arrêt *Otto-Preminger –Institut,* précité, §50) et notamment le fait que « *le sens ou l'impact des actes correspondant à l'expression publique d'une conviction religieuse ne sont pas les mêmes suivant les époques et les contextes* ».

[1995] Cour eur. dr. Homme : *Thlimmenos contre Grèce,* précité, voir *supra*, Chapitre 2.

[1996] Comm. eur. dr. Homme : *C. contre Royaume-Uni*, n° de Requête 10358/83.

scolaires[1997], en matière du droit familial[1998], dans d'autres matières liées à l'ordre public (ex. l'obligation de porter une casque de motocyclette[1999]) ou dans des cas qui mettraient en cause les « droits d'autrui » (ex. les droits de l'employeur, comme dans l'affaire *Romelfanger*[2000] ou la récente affaire *Siebenhaar c. Allemagne*[2001] – quoique la Cour ait adopté une position nuancée dans d'autres affaires impliquant la liberté d'expression et les droits de l'employeur[2002]).

Au cours des dernières années, la Cour n'a cassé d'élaborer sa jurisprudence concernant les griefs d'exception et les accommodements fondés sur la *religion*. Ainsi, dans l'affaire *Ahmet Arslan* (2010), la Cour a précisé que les États devaient disposer d'une marge d'appréciation pour décider du port d'une tenue religieuse, mais uniquement *dans les bâtiments publics*, et non pas dans tous les lieux publics (comme par exemple les rues)[2003]. Dans d'autres affaires où les requêtes étaient fondées (comme deux affaires de 2011, l'affaire du *Mouvement Raëlien Suisse c Suisse* et

---

[1997] Cour eur. dr. Homme : *Valsamis contre Grèce,* précité, où la Cour n'a pas été constaté de violation de l'article 9 (par 7 votes contre 2, même s'il y a eu violation de l'article 13. Voir sur ce sujet KTISTAKIS Ioannis, *La liberté religieuse et la Convention Européenne, op.cit.*, p.173 et s.

[1998] Comm. eur. dr. Homme : *Khan contre Royaume-Uni, n° de Requête 35394/97, 31 mai 2005,* concernant l'exception d'un musulman en matières de droit familial. Aussi, Comm. eur. dr. Homme : *X. contre Royaume-Uni,* n° de Requête 8160/78, 1981, D.R.22, p. 27, pour l'obligation du musulman qu'aille à son travail le vendredi. Voir, entre autres, KTISTAKIS Yannis « La liberté religieuse… », *op. cit,* p.173 et s. ; STEPHANOU Stavros, « La liberté religieuse et la liberté de l'expression » *To Syntagma,* n° 6, 2002.

[1999] Comm. eur. dr. Homme : *X. c. Royaume Uni*, n°7992/77, décision du 12 juillet. 1978, D.R. 14, p. 234, concernant l'obligation d'un motocycliste que porte casque, bien que sa foi (*sikh*) ne lui permette pas d'être séparé son turban.

[2000] Comm. eur. Dr. Homme: *Rommelfanger c. Allemagne,* n° 12242/86, 6 septembre 1989,D.R., n° 62, p. 151, concernant le licenciement d'un médecin travaillant pour une fondation catholique, pour avoir tenu publiquement des propos en faveur de l'avortement; dans cette affaire la Commission a considéré que « dans les affaires comme celle-ci, il n'y aurait aucune obligation positive d'offrir une protection supplémentaire [à la liberté d'expression] ».

[2001] Cour eur. dr. Homme : *Siebenhaar c. Allemagne,* n°18136/02, 13 février 2011, à propos de la compatibilité avec l'article 9 de la Convention du licenciement d'une éducatrice d'enfant (employée par l'Église protestante d'Allemagne) du fait de sa conversion et participation active à un autre mouvement religieux. La Cour en l'espèce a jugé que ce qui était en cause était la crédibilité de l'Église protestante en tant qu'employeur, plus que communauté religieuse.

[2002] *Bernhard Josef Schüth c. l'Allemagne*, n°1620/03, 23 septembre 2010, à propos du licenciement d'un organiste et chef de chœur d'une Église catholique pour avoir eu des relations extraconjugales. D'autres affaires similaires sont pendantes à la Cour, également contre l'Allemagne, notamment *Michael Heinz Obst c. l'Allemagne,* requête 425/03, concernant le licenciement du directeur européen des relations publiques de l'Église mormone pour avoir commis de l'adultère et *Andreas Baudler c. Allemagne,* 38254/04, concernant la « mise en disponibilité » d'un pasteur protestant.

[2003] Cour eur. dr. Homme : *Ahmet Arslanc. Turquie*, n°41135/98, 23 février 2010, CEDH 2010-…A savoir que le droit à l'apparence ou à la tenue selon les convictions religieuses est généralement couvert par l'article 18§1 du PIDCP selon le Comité des droits de l'Homme ; voir *Hudoyerbekanova c. Uzbekistan, précité,* pour le *hidjab ; Karnel Singh Binder* et *Kenneth Riley c. Canada* pour le turban *Sikh; Boodoo c. Trinité et Tobago (barbe musulmane) ; Coeriel et Auric, précité, pour le changement de noms selon la religion hindouiste.*

l'affaire *Herrmann c. Allemagne*), la Cour a implicitement fait valoir que la religion ne saurait légitimer d'office n'importe quelle revendication en examinant les griefs au prisme des articles autres que l'article 9, (alors que ce dernier était également invoqué)[2004].

Pour des raisons peut-être liées aux mutations rapide de l'ordre international depuis les attentats du 11 septembre 2001, mais aussi pour des raisons liées à la grande politisation du droit à laquelle nous assistons ces dernières années, la question la plus controversée en la matière est sans doute celle de l'immixtion de la religions *islamique* dans la sphère publique. Ainsi la Cour, dans son célèbre arrêt dans l'affaire du *Parti de la prospérité* de Turquie, a été du même avis que la Cour constitutionnelle de l'État partie, reprenant sa décision de dissoudre le plus grand parti politique islamique du pays, dont l'action visait à l'instauration d'un système multi-juridique et l'établissement de la *Charia*[2005]. En l'espèce, la Cour a constaté qu'il était incompatible avec la Convention de revendiquer la constitution d'un parti politique qui aurait pour but l'instauration d'un *Islam politique.*

La Cour a adopté la même position dans l'affaire (largement controversée) *Leyla Sahin* (2005), à propos du foulard (*hijab)* musulman[2006]. Selon la Cour, c'est légitimement que la Turquie avait refusé l'inscription à l'université d'une étudiante portant le *hijab,* puisque « *L'article 9 ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction […]. Dans une société démocratique, où plusieurs religions coexistent au sein d'une même population, il peut se révéler nécessaire d'assortir la liberté de manifester sa religion ou ses convictions de limitations propres à concilier les intérêts des divers groupes et à assurer le respect des convictions de chacun […] le devoir de neutralité et d'impartialité de l'État est incompatible avec un quelconque pouvoir d'appréciation*

[2004] Par exemple, Cour eur. dr. Homme : *Mouvement Raëlien Suissec. Suisse,* no 16354/06, 13 janvier 2011, CEDH 2011-… , à propos de l'autorisation de mener une campagne d'affichage à une association religieuse qui soutenait le clonage humain et se livrait à des actes « contraires aux mœurs publics » (requête examinée sous l'angle de l'article 10).; *Herrmann c. Allemagne*, n° 9300/07, 20 Janvier 2011, CEDH 2011-…, concernant une objection de conscience à la chasse (requête examinée sous l'angle de l'article 1 du Protocole 1).

[2005] *Idem,* §§126-128. Ce parti disposait, en effet, à la date de sa dissolution, d'un potentiel réel de s'emparer du pouvoir politique

[2006] Cour eur. dr. Homme : *Leyla Sahin c. Turquie*, requête n°44774/98 du 10 novembre 2005, §107 , où on n'a pas constaté violation de l'article 9, avec 16 vote contre 1 (notons cependant l'opinion dissidente de Madame Tulkens).

de la part de celui-ci quant à la légitimité des croyances religieuses ou des modalités d'expression de celles-ci.»[2007]. En l'espèce, la Cour avait appliqué le principe de laïcité tel qu'interprété par la Cour constitutionnelle : c'est ce principe qui constituait la considération primordiale ayant motivé l'interdiction du port de symboles religieux dans les universités[2008]. De même, dans les jugements similaires récents, *Dogru c. France*(2008)[2009] et *Jasvir Singh c. France* (2009)[2010], elle considéra à l'unanimité qu'il n'y a pas eu violation de l'article 9 de la Convention, car à ses yeux l'article 9 « *ne protège toutefois pas n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction et ne garantit pas toujours le droit de se comporter d'une manière dictée par une conviction religieuse* »[2011]. Par ailleurs, déjà dans l'arrêt *Dahlab c. Suisse*(2001), elle avait considéré irrecevable la requête d'une institutrice qui voulait porter le foulard islamique pendant les enseignements[2012].

Toutefois, nous pouvons dès lors constater que la Cour essaie de maintenir un certain idéal de *laïcité,* dans le sens de division de la sphère publique et de la sphère privée[2013]. Cela a semblé d'ailleurs s'être confirmé dans l'arrêt de la Chambre dans l'affaire célèbre *Lautsi*. Dans cette affaire, en effet, la requérante se plaignait pour « *une violation du principe de la laïcité* » du fait de la présence de symboles religieux dans les établissements scolaires italiens[2014]. La Chambre de la Cour a proclamé alors que « *l'État [était] tenu à la neutralité confessionnelle dans le cadre de l'éducation publique où la présence aux cours est requise sans considération de religion et qui doit chercher à inculquer aux élèves une pensée critique »* et constata à l'unanimité

[2007] *Idem,* §105-107.

[2008] *Idem,* §§39 et 116.

[2009] *Dogru c. France*, no 27058/05, 4 décembre 2008, concernant une élève française qui portait le foulard à l'école (publique) et notamment pendant les cours d'activité physique.

[2010] *Jasvir Singh c. France,* n° 25463/08, 30 juin 2009 (irrecevable).

[2011] Dogru, §61 ; *Leyla Sahin*, précité, §§ 105 et 212 ; Jasvir Singh, §2, décision d'irrecevabilité précitée.

[2012] Dahlab c. Suisse (déc.)no 42393/98, 15 février 2001, CEDH 2001-V, à propos d'une institutrice qui portait le foulard pendant ses enseignements.

[2013] Analytiquement, LEVINET Michel, « Société démocratique et laïcité, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » *in* GONZALES (dir.), *Laïcité, liberté de religion et CEDH*, Bruylant, 2006, pp. 81-114.

[2014] La requérante se fondait donc sur les articles 3 (principe d'égalité), 19 (liberté religieuse) et 97 (principe d'impartialité de l'administration publique) de la Constitution italienne, sur l'article 9 de la Convention européenne, ainsi que sur l'arrêt no 4273 du 1er mars 2000 de la Cour de cassation italienne qui avait jugé la présence d'un crucifix dans les salles de vote préparées pour les élections politiques contraire au principe de laïcité de l'État. Cour eur.dr. Homme : *Lautsi c. Italie*, 3 novembre 2009, précité, §7-9, et *Lautsi c. Italie*, 17 mars 2011, précité, §12-17.

une violation de l'article 2 du Protocole no 1 examiné conjointement avec l'article 9 de la Convention[2015].

L'arrêt de la Chambre dans l'affaire *Lautsi,* ainsi que l'arrêt *Leyla Sahin* nous semblent à ces égards problématiques, et substantiellement différents de l'arrêt *Refah Partisi.* Nous pouvons en effet remarquer que dans l'affaire *Refah Partisi,* la décision de la Cour est justifiée, puisque le parti en question fait preuve d'une certaine violence dans son programme d'action et accepte entre autres la possibilité de recourir à la force (un de ses députés par exemple, a déclaré publiquement que « *le sang allait couler si on tentait de fermer les écoles religieuses* »)[2016]. En revanche, dans l'affaire *Leyla Sahin,* la Cour s'est montrée très restrictive dans l'association du port du foulard et du principe de la laïcité, en dépit non seulement du droit à l'« identité culturelle » – qu'elle semblait promouvoir dans d'autres affaires n'impliquant pas de minorités religieuses mais bien des minorités *ethniques*, comme les Roms[2017] ou les Kurdes[2018] – mais aussi du droit à la liberté religieuse. Par ailleurs, nous ne demandons si, dans une certaine mesure, d'autres paramètres ne devraient pas être pris en compte, et notamment l'impératif de la protection de la *liberté culturelle* vis-à-vis d'un certain *modus vivendi* dans les sociétés plurielles[2019].

Ces préoccupations d'ailleurs ont été particulièrement mises en exergue à la suite de l'affaire *Lautsi,* un an après la décision de la Chambre. Dans l'arrêt qui a suivi en effet, la Grande Chambre, dans un arrêt de 56 pages, constata la non-violation de la Convention par quinze voix contre deux[2020]. La Grande Chambre en l'espèce,

---

[2015] Cour eur.dr. Homme : *Lautsi c. Italie*, 3 novembre 2009, précité, §56.

[2016] *Idem,* §§33-37 et 129-130. Cour eur.dr.Homme: *Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie,* nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 31 juillet 2001, §45. Ce parti en effet disposait, à la date de sa dissolution, d'un potentiel réel de s'emparer du pouvoir politique

[2017] Voir *supra, Muñoz Díaz c. Espagne* ; *D.H. et autres c. République Tchèque*[GC] ; *Oršuš et autres c. Croatie*, précités.

[2018] Cour eur. dr. Homme: *Tekin*, *Gündem, Incal, Karatas, Ulusoy, Kar etc.*, *précités.*

[2019] *Infra,* Chapitre 8.

[2020] Seul le Juge suisse M. Maliverni a eu une opinion dissidente, à laquelle s'est ralliée la Juge bulgare Kalaydjieva. En effet, M. le Juge Maliverni et Madame la Juge Kalaydjieva ont appellé pour la plus « la plus stricte neutralité confessionnelle », en considérant la neutralité de l'État en fonction de la nécessité du respect de la pluralité des valeurs et des croyances, et notamment les obligations positives qui devraient être pris par les États en vertu, entre autres, de l'article 2§1 du PIDESC. Ils se sont donc fondés non seulement sur la jurisprudence antérieure de la Cour (notamment *Folgerø c. Finlande,* comme par ailleurs l'a fait aussi la majorité*),* mais également à celle de la Cour Suprême canadienne (Ross v. New Brunswick School District n° 15) et la Cour Constitutionnelle allemande (BVerfGE 93, I I BvR 1097/91, arrêt du 16 mai 1995, § C), constatant finalement

considéra donc, tout comme la Chambre, qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour que les parents ont le droit d'assurer à leurs enfants une éducation conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques[2021]. Également elle a admis que les États contractants ont un « *devoir de neutralité et d'impartialité* »[2022], et aussi que le respect de la liberté religieuse implique certaines obligations positives[2023]. Elle a déduit pourtant en l'espèce que le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques relève en principe de la marge d'appréciation de l'État défendeur.

Certes, dans une certaine mesure, ce revirement unique dans l'histoire de la Cour s'explique par les réactions des États partis à la Convention (dont un grand nombre d'entre eux ont été tiers-intervenants auprès de la Grande Chambre)[2024], et le grand nombre de critiques que le premier arrêt avait subies[2025]. Toutefois, il est indicatif des implications de l'identité culturelle des États avec la liberté religieuse des individus au plan juridique et le sens controversé de la notion de la *laïcité*, de la *neutralité de l'État,* et, finalement, de la *liberté religieuse.* Les juges concordants notamment ont souligné certains aspects difficiles du sujet : le juge Bonello, par exemple, a mis

---

qu' « il n'est pas exclu que certaines personnes se sentent lésées dans leurs convictions religieuses par la présence constante dans l'école d'un symbole d'une religion à laquelle elles n'appartiennent pas ».

[2021] Cour eur.dr. Homme : *Folgerø et autres c. Norvège* [GC], 29 juin 2007, précitée, § 84)

[2022] Cour eur.dr. Homme : *Leyla Şahin c. Turquie*[GC], 10 novembre 2005, précitée, §107.

[2023] Cour eur.dr. Homme : *Campbell et Cosans c. Royaume-Uni*, du 25 février 1982, série A no 48, § 36- 37, à propos des châtiments corporelles aux enfants d'une école catholique; la Cour avait en espèce considéra que l'article 2 du Protocole 1 couvrait la conviction des parents à considérer illégitimes les punitions corporelles de leurs enfants et que l'État devrait prendre certaines mesures positives afin de leur garantir le droit au respect de leurs convictions.

[2024] L'Arménie, de la Bulgarie, de Chypre, de la Fédération de Russie, de la Grèce, de la Lituanie, de Malte, la République de Saint-Marin, d'après lesquels il ne faudrait pas que des États aient à renoncer à un élément de leur identité culturelle simplement parce qu'il a une origine religieuse. Ces États là ont donc suggéré que le raisonnement de la chambre repose sur une compréhension erronée du concept de « neutralité », qu'elle aurait confondu avec celui de « laïcité ». En outre, la Principauté de Monaco, d'après lequel le crucifix est un « symbole passif », qui en l'espèce témoigne d'une identité nationale enracinée dans l'histoire, et la Roumanie, d'après qui la présence de crucifix dans les salles de classe ne toucherait pas suffisamment les sentiments religieux des uns ou des autres dès lors qu'elle n'est pas associée à des obligations particulières relatives à la religion.

[2025] Y compris celles émanant des nombreuses Organisations qui se sont accordées la permission d'intervenir dans l'affaire de la Grande Chambre (*Greek Helsinki Monitor, Associazione nazionale del libero Pensiero, European Centre for Law and Justice, Eurojuris, Commission internationale de juristes, Interights et Human Rights Watch*). D'autres Organisations tiers-intervenants tout de même (*Zentralkomitee der deutschen Katholiken, Semaines sociales de France et Associazioni cristiane Lavoratori italiani*), ont été en désaccord avec la conclusion de la décision de la Chambre, niant que la présence de crucifix dans les salles de classe pourrait être « perturbant émotionnellement» Certains parlementaires de l'UE également (trente-trois), ont mis l'accent sur le fait que la Cour n'est pas une Cour constitutionnelle et qu'elle doit respecter la marge d'appréciation des États à ce sujet.

l'accent sur l'existence historique de la culture des États[2026], et M. Rozakis, également, de façon beaucoup plus hésitante, considéra que la principale question à résoudre en l'espèce était l'effet de l'application du critère de proportionnalité. D'après le juge grec pourtant la question réelle est plutôt celle de la tolérance religieuse qui garantie à toutes les confessions de manifester librement leurs convictions religieuses, et moins la présence ou non des crucifix dans les espaces publics, dont le rôle est essentiellement symbolique.

B. L'Union européenne comme gardienne des valeurs... mais quelles valeurs ?

La question des valeurs pourrait également être abordées au prisme de l'Union européenne et de l'identité culturelle des États de l'Union.

1. La question de l'identité culturelle des États de l'Union

Si, au sein du Conseil de l'Europe, une « ouverture » vers la reconnaissance des droits culturels est déjà instaurée, ceci n'est guère évident pour les États appartenant à l'Union européenne, ni pour l'Union elle-même. La question est très délicate et porte sur la définition même de la culture et de l'identité culturelle des États parties à la Convention européenne et des États membres de l'Union, dans la mesure où cette dernière se perçoit non seulement comme un marché commun, mais aussi comme *une communauté de principes et de valeurs*[2027].

En effet, la question aurait plus le sens de permettre aux États de préserver l'identité culturelle nationale, plutôt que de construire une «union sans cesse plus étroite ». Malgré les efforts importantes et concrètes sur le plan extra-juridique de construire une certaine culture européenne, basée sur le rapprochement des cultures de l'Europe[2028], la réponse n'est point facile. En effet, lors de la Conférence de

---

[2026] Le Juge maltais a fait également remarqué dans son opinion concordante de façon très claire que « *liberté de religion ne veut pas dire laïcité* », que, « *en Europe, la laïcité est facultative* » et que « *au fil des siècles, des millions d'enfants Italiens ont été exposés au crucifix dans les écoles. Cela n'a pas fait de l'Italie un État confessionnel, ni des Italiens les citoyens d'une théocratie* ».

[2027] MORANO-FOADI Sonia, « EU Citizenship and Religious Liberty », *European Law Journal,* Vol.16, juillet 2010, p.419.

[2028] Des efforts qui comprennent, par exemple, la résolution adoptée par la Commission Culturelle du Congrès de l'Europe à La Haye en mai 1948, dans laquelle était soulignée l'importance de la culture en Europe comme un « ferment de son unité » (présidée par l'écrivain et ancien diplomate

Copenhague de 1973[2029], les (neuf, à l'époque) États membres de l'Union ont légitimée pour la première fois l'idée de l'« *identité culturelle européenne*». La Déclaration de Copenhague proclamait en effet que « *cette variété des cultures dans le cadre d'une même civilisation européenne, cet attachement à des valeurs et des principes communs, ce rapprochement des conceptions de la vie, cette conscience de posséder en commun des intérêts spécifiques et cette détermination de participer à la construction européenne donnent à l'identité européenne son caractère original et son dynamisme propre* »[2030]. Toutefois, étant donné les efforts des États membres de se concentrer sur la création d'un marché économique unique, cette « *identité culturelle européenne* » resta pendant des années – d'autant plus aujourd'hui- sans précision supplémentaire[2031].

Ainsi, la culture reste totalement absent de *l'Acte unique européen* de 1985 et ce n'est qu'en 1992, que paraît la première référence explicite: l'article 151§2 (actuellement article 167 du Traité instituant la Communauté Européenne), intitulé « Culture » (ex article 128 TCE)[2032], confère officiellement et pour la première fois des compétences culturelles à l'Union européenne[2033]. Ces références justement, de pair avec l'apparition de l'idée de la « *citoyenneté européenne* » ouvriraient la voir pour l'adhésion à un modèle « culturel » européen. Or, cela n'est toujours pas le cas aujourd'hui, même après le Traité modificatif.

---

espagnol Salvador de Madariaga, assistée par des nombreux intellectuels et dont le rapporteur était l'écrivain fédéraliste suisse Denis de Rougemont). Toutes les personnes assemblées à cette occasion auraient en effet estimé, avec Jean Monnet, que « l'intégration économique et politique de l'Europe, toute nécessaire qu'elle soit, ne peut s'opérer sans ce supplément d'âme qu'offre […] l'héritage culturel du Vieux Continent ». Selon Raymond Silva, un autre européaniste favorable à l'idée de l'Europe Culturelle aurait proclamé que : « Quel que soit le parti dont nous sommes membres et quelle que soit notre patrie, nous sentons que la crise présente de l'Europe met en cause quelque chose de plus profond que nos systèmes économiques et politiques : une notion de l'homme et de la liberté qui est, en définitive, notre vrai bien commun. C'est sur elle seule que nous pourrons fonder solidement l'union nécessaire» Quelques années plus tard, à l'initiative de Denis de Rougemont justement, va se concrétiser le projet de Centre européen de la culture (1950). DE CALAME Cristophe (éd), *Denis Rougemont, Écrits sur l'Europe: 1948-1961*, Paris, La Différence, 1994.

[2029] Sommet de Copenhague, qui a lieu à de 13 et 14 décembre 1973.

[2030] « Déclaration sur l'identité européenne », dans Bulletin des Communautés européennes. Décembre 1973, n° 12, p. 127-130, disponible sur www.ena.lu, consulté le 10 décembre 2010.

[2031] Voir par exemple le mémoire JEHAN Aude (sous la co-direction du Professeur Yves Hersant et de M. Silvio Guindani) La culture au sein de l'Union européenne : objet politique non identifié, Genève, Institut Européen de L'universite De Genève, Coll. Europa, Vol. 54, 2008. Voir aussi, BARBATO Jean-Christophe, *La diversité culturelle en droit communautaire ; contribution à l'analyse de la spécificité de la construction européenne,* thèse en droit public, soutenue à l'Université de Nancy2, Presses Universitaires de Aix- Marseille, 2008.

[2032] Article 151§2 et 3 du Traité instituant la Communauté Européenne (TCE), signée à Maastricht le 7 février 1992.

[2033] Voir aussi *supra*, Chapitre 1.

En effet, les références aux « valeurs communes » dans la Charte des droits fondamentaux[2034], ainsi que le projet de Traité constitutionnel de l'Union qui se référait dans son Préambule aux « *héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe »* ont donné une nouvelle ampleur au débat[2035]. Cette référence aux « valeurs » et « héritages » a en effet mis bien en exergue que, pour l'Union, les arts, les lettres et l'audiovisuel sont une chose (et sont sont sans doute promus par l'Union de façon de plus en plus étroite, comme nous avons pu l'observer[2036]) et que les *identités culturelles* des États, y compris la place de la religion dans leur sphère publique respective, en est une autre.

Il semble alors que les mots de Jean Monnet lorsqu'il disait, que « s*i c'était à refaire, [il] recommencerait] par la culture* », acquièrent aujourd'hui tout leur sens. En effet, toutes les dispositions relatives à la culture postérieures à la signature de la Charte de Nice démontrent précisément l'absence de la culture de la construction européenne-plus précisément ce compromis entre les « valeurs communes » (dont par exemple l'héritage chrétien), sur les quels l'Union se bâtit, et la préservation de la « souveraineté culturelle » de chacun des États membres. Il est alors plus facile d'établir une politique culturelle commune de l'Union sur le plan du cinéma, que sur les questions culturelles sensibles telles que l'avortement ou la place des religions dans les sociétés européennes – *a fortiori* lorsqu'il s'agit de religions « nouvelles » pour l'Europe, comme l'Islam.

En ce sens, ce n'est donc pas un hasard que la promotion de la « diversité culturelle » apparaisse aujourd'hui de plus en plus comme le nouveau concept à mettre en œuvre. En effet, les articles 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE) et 13 du TFUE vont instituer pour la première fois une obligation précise pour l'Union de respecter la diversité culturelle et religieuse de ses États membres, puisque le premier, inspiré

[2034] Article I-3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 18 décembre 2000, C 364/13 (2000/C 364/01), desormais contraignant selon l'article 6§1 du Traité sur l'Union européenne (TUE). Le préambule de la Charte en effet stipule que «*l'Union contribue à la préservation et le développement de ces valeurs communes* dans le respect de *la diversité des cultures et des traditions des peuples de l'Europe*membres », alors que l'article 22 que « l'*Union respecte la diversité culturelle, religieuse et linguistique de ses membres »*.

[2035] Préambule du traite etablissant une constitution pour l'europe, Rome, le 18 juillet 2003 : «… *à partir desquels se sont développées les valeurs universelles que constituent les droits inviolables et inaliénables de la personne humaine* ».

[2036] Voir *supra*, à propos de la liberté de l'art et de la culture du point de vue de l'Union, notes 215-239.

« *des héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe* »[2037], proclame que l'Union respecte « *la richesse de sa diversité culturelle* »[2038], tandis que le second prescrit que la mise en œuvre des politiques l'Union doit tenir compte de la diversité culturelle, « *en matière notamment de rites religieux, de traditions culturelles et de patrimoines régionaux* »[2039].

2. La question de la laïcité au sein de l'Union européenne

A l'instar de ces observations, il en va de soi alors également que le 'mariage' entre laïcité et multiculturalisme, aurait plus de réussite sur le plan du Conseil de l'Europe que sur celui de l'Union européenne.

Un indice de cette problématique, est la réponse de l'UE dans l'arrêt *Lautsi* de la Chambre. En effet, dans une proposition de résolution de nombreux députés du Parlement européen[2040], ont considéré que cet arrêt portait atteinte au principe de subsidiarité des États membres, et plus particulièrement au « *plein respect des identités nationales des États membres et des régions qui les composent, conformément à l'article 4, paragraphe 2, du Traité sur l'Union européenne* », tour en soulignant que *« la Cour européenne des droits de l'homme ne fait pas partie de la structure juridique de l'Union européenne* ». Lorsque l'affaire a été transférée à la Grande Chambre, la Cour a maintenu sa position, en rejetant les affirmations du gouvernement : « *il n'y a pas de consensus européen sur la manière d'interpréter concrètement la notion de laïcité, si bien que les États auraient une plus ample marge d'appréciation en la matière [...]* »[2041]. Il est également intéressante de noter, encore

---

[2037] Préambule du TUE.

[2038] Article 3§3 du TUE, ex-article 2§3 : «*[L'Union] respecte la richesse de sa diversité culturelle et linguistique, et veille à la sauvegarde et au développement du patrimoine culturel européen ».*

[2039] Le (nouveau) article 13 du TFUE : « *lorsqu'ils formulent et mettent en œuvre la politique de l'Union dans les domaines de l'agriculture, de la pêche, des transports, du marché intérieur, de la recherche et développement technologique et de l'espace, l'Union et les États membres tiennent pleinement compte des exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles, tout en respectant les dispositions législatives ou administratives et les usages des États membres en matière notamment de rites religieux, de traditions culturelles et de patrimoines régionaux* ».

[2040] Proposition de résolution de 15 décembre 2009, B7-0274/2009, dont le vote est jusqu'aujourd'hui suspendu.

[2041] *Id.*, §41-42. Voir aussi les tiers-interventions des parlementaires, *Lautsi c .Italie*[GC], 17 mars 2011, précité, §56.

une fois, les différences de l'approche de la Cour avec celle de Cour Suprême américaine – dans l'affaire *Sunrise rock* par exemple[2042].

Section 2. Le « *flou* » des valeurs

Une autre faiblesse des théories de la résolution des conflits de droits est sans doute le fait que les valeurs culturelles sous-jacentes aux droits culturels sont particulièrement *floues*. Ceci amène en effet un double problème. D'une part, il y a difficulté de transcription des valeurs culturelles dans des *droits* de façon claire et précise, ce qui entraîne une difficulté à résoudre les conflits de droits dans lesquels ces droits sont impliqués. D'autre part, on constate une facilité d'association des *droits culturels*, ou bien des *valeurs culturelles,* à un certain relativisme culturel – et religieux – qu'on peut qualifier de dangereux eu égard à l'architecture juridique globale. La question touche en effet à la discipline même du droit qui, par définition, est une discipline fondée sur des règles et des définitions précises dans le but d'atteindre un certain degré de prévisibilité des résultats ainsi qu'une relative « sécurité juridique »[2043].

§1. La difficulté de transcription des valeurs culturelles en *droits*

Dans le cas des valeurs culturelles dont nous traitons dans cette thèse, le *flou* des valeurs pose un problème particulièrement marquant. En effet, si la difficulté de définition des notions peut s'avérer un vrai plaisir pour le philosophe, celle-ci devient un obstacle majeur pour le juriste puisque les droits dont les contours ne sont pas

---

[2042] *Salazar v. Buono* 559 US (2010), Pet. App. 54a, 117a. 2. En l'espèce, la Cour Suprême a dû statué sur la constitutionnalité de la présence d'une « croix de Mojave » (symbole donc catholique) qui était placée sur un rocher -la dite *« Sunrise rock* », à Californie - depuis 1934 par les Vétérans des Guerres à l'Etranger pour honorer les morts de la Première Guerre mondiale. Le rocher était situé *initialement* dans un parc, et donc sur « terre fédérale » (espace public). Or, un employé du parc, M. Buono, en 2002, a contesté sa présence et initia un procès à l'encontre du Ministère des affaires intérieures, en se fondant sur le Premier Établissement du Premier Amendement qui interdit au Gouvernement d'établir une religion officielle. Par la suite le Congrès, en 2004, afin de donner une solution au problème, a vendu la terre en question aux VFW, et donc à une personne privée. Buono alors, interpella le jugement, essayant de démontrer que le transfert de la terre lui causerait une nuisance à ses intérêts. La décision de la Cour Suprême, délivrée par le juge Kennedy le 24 avril 2010 a affirmé que la neutralité de l'État permet pour autant l'existence des symboles religieux en l'espace public. Ainsi la Cour Suprême a jugé que « *le but d'éviter le soutien [de la religion] officielle n'entraîne pas l'éradication de toutes les symboles religieux en l'espace public* », en précisant que celle ci se différencie de la hostilité de l'État envers les religions.

[2043] Dans le même sens, MOUSTAIRA Elina, *L'art et le droit [Τέχνη και δίκαιο],* Athènes-Komotiní, Sakkoulas, 2004, p.17, à propos des affinités entre l'art et le droit : « *Le droit est voué à la stabilité et la prévisibilité, alors que l'art est tenu de changer et de toute compatibilité* ».

précisément esquissés ne peuvent être *revendiqués*[2044], ce qui rend la démarche de recherche d'équilibre entre deux droits conflictuels particulièrement problématique.

A. L'impossibilité d'une définition de l'art

« *La poésie est indispensable ; si seulement je savais en quoi !* » s'exclamait autrefois Jean Cocteau. L'art en effet fait partie du vaste ensemble d'éléments qui caractérisent une époque et une société (les mœurs, les traditions, les lettres, la presse, la recherche, les inventions, la philosophie, le droit, les religions) et dont l'expérience semble prouver qu'elles sont nécessaires à l'épanouissement de l'être humain. On peut même théoriquement imaginer qu'il existe une théorie anthropologique de l'art à même de légitimer la nécessité de l'existence de l'art[2045]. Selon certains auteurs, il existerait ainsi des « *conditions biologiques relativement constantes qui constituent des éléments d'une grande partie de l'activité culturelle humaine* »[2046], alors que selon d'autres, l'art serait justement un symbole d'« hominisation » : du passage de l'animal à l'homme[2047]. Aristote d'ailleurs, dans le *Politique,* consacre plusieurs passages sur l'utilité de l'art et de la *musique* en particulier, en tant que composante de l'éducation, mais aussi, en tant que quelque chose d'*agréable* pour l'âme[2048]. Indépendamment de la position que nous adoptons, l'imprécision de la notion d'art, qui traverse son histoire depuis ses origines sur les parois des grottes de Lascaux jusqu'à aujourd'hui, la suit de façon si fidèle, qu'elle pourrait être légitimement considérée comme l'un des éléments essentiels de sa définition.

[2044] DWORKIN Ronald, « Rights as Trumps » *in* WALDRON Jeremy (éd), *Theories of Rights*, *op.cit.*, note 68.

[2045] Certains auteurs par exemple reconnaissent que l'art est inextricablement lie, voir nécessaire, à l'être biologique. Le concept de la nécessité biologique de l'art a été soutenu par l'anthropologue et philosophe allemand Arnold GEHLEN (1904-1976) : en s'apercevant l'expression plastique comme activité qui a lieu dans l'espace intermittent entre la conscience de ego et de la conscience du monde, il considère l'art indispensable pour la santé psychique. Voir notamment FULLER Peter, *Art et psychanalyse*, *op.cit.*, p.20-22.

[2046] Commentaire à la pensée marxiste de WILLIAMS Raymond, « Problems of Materialism » *New Left Review,* no 109, p. 10, cité par FULLER Peter, *Art et psychanalyse, op.cit.,* p.13.

[2047] Celui-ci est le point de vue de Jean BATAILLE par exemple à propos de la discussion au sujet des grottes du Lascaux; LORBLANCHET Michèle, « L'origine de l'art », *Diogène,* n° 214, avril-juin 2006.

[2048] Aristote*, Politique, 1337a33–1340b19.*

1. L'impossibilité d'une définition philosophique de l'art

L'art est traditionnellement associé à un ensemble de règles (qui forment donc l'*esthétique*), mais aussi au talent et la créativité. Selon une définition encyclopédique, il s'agit de « *l'ensemble des procédés, des connaissances et des règles intéressant l'exercice d'une activité ou d'une action quelconque » ; toute activité, toute conduite considérée comme un ensemble de règles, de méthodes à observer ; l'habileté, talent, don pour faire quelque chose ; la manière de faire qui manifeste du goût, un sens esthétique poussé ; la création d'objets ou de mises en scène spécifiques destinées à produire chez l'homme un état particulier de sensibilité, plus ou moins lié au plaisir esthétique* »[2049]. Or, en réalité, cette définition – dont la généralité est remarquable – ne fournit que des indices. Les auteurs, philosophes et artistes de toutes les époques se sont en revanches montrés beaucoup plus prudents quant au fait de prétendre pouvoir donner une définition quelconque de l'art. La raison en serait précisément, comme le remarque Gombrich, que, depuis que les philosophes grecs ont défini l'art comme une « *imitation de la nature* »[2050], leurs successeurs n'ont eu de cesse de confirmer, de préciser ou de contredire cette définition[2051]. Lorsque l'on a demandé à Picasso ce que c'était que l'art, il a répondu qu'il ne le savait pas et que, même s'il le savait, il aurait tenu ce savoir secret[2052]. Freud, dans ses études du phénomène artistique, a affirmé que « *l'essence de la réalisation artistique nous est psychanalytiquement inaccessible* »[2053], alors que pour Sartre, l'art est le « *centre réel et permanent d'irréalisation* »[2054].

[2049] *Dictionnaire Larousse,* version numérique, disponible sur *http://www.larousse.com/en/dictionaries/french/art,* consulté le 10 novembre 2010.

[2050] PLATON, *République,* livre IV et Aristote, *Poétique,* Chapitre IV; voir aussi la définition de la tragédie par Aristote, chapitre VI, [25]: « *La tragédie est alors l'imitation d'un acte important et parfait, ayant un certain étendu, présenté par le biais d'un langage agréable …* ».

[2051] GOMBRICH Ernst, *L'art et l'illusion,* op.cit, p.80.Ainsi par exemple, un auteur, M. Mickler a pu dégagé pas moins de 1080 définitions de l'art *in* VLACHOPOULOS Spyros, « La liberté de l'art… », op.cit. p.77. Toutefois, nous devrions préciser ici que les philosophes auquel se réfère Gombrich se sont penchés non pas à la question de l' « expression artistique » comme un droit de tous les Homme, mais plutôt sur la question du « Grand art », tels que ce dernier est perçu dans la civilisation occidentale.

[2052] VLACHOPOULOS Spyros, « La liberté de l'art… », *op.cit*, p.78, citant ERBEL, *Inhalt, Inhalt une Auswirkungen der verfassungrechtlichen Kunstfreheitsgarantie,* 1966,p.1.

[2053] FREUD Sigmund, S*ouvenir* d'*enfance* de *Leonardo da Vinci*(1910), cité par FULLER Peter, *L'art et la psychanalyse[à partir de la trad. grecque]*, Athènes, Nepheli, 1988.

[2054] SARTRE Jean Paul et GENET Jean, *Saint Genet, comédien et martyr,* Paris, Gallimard, 1988.

En effet, et dans le monde occidental en particulier, il ne semble pas exagéré de dire que l'art, depuis la modernité[2055], réside précisément dans le fait qu'il avance par auto- suppression de ses définitions précédentes, c'est-à-dire par la transgression des règles qui le définissent à un moment et une époque donnés. Sur ce point, les travaux du courant sceptique des années 1950 et notamment ceux de Ludwig Wittgenstein sont importants : ils ont largement influencé la conception artistique contemporaine. Wittgenstein en effet proposa d'abandonner la pratique de définitions des notions basée sur la recherche d'éléments communs (ce qu'il décrit comme la « *maladie philosophique du désir de généralisation* ») pour se contenter d'avancer, concernant les notions à définir, des éléments relatifs (les « similarités de famille »)[2056]. D'après Wittgenstein, le phénomène de l'art est par nature trop divers pour admettre une unification dans une définition rigide, et même si une telle définition existait, elle aurait une influence oppressante sur la créativité artistique.

Weitz pousse encore plus loin la logique de Wittgenstein en formulant le fameux « argument du concept ouvert » : à partir du postulat selon lequel l'art est expansif, il conclut que ce dernier ne peut être défini – et que l'art n'est donc pas de l'art[2057]. Dans la même optique, il écrit que « *le but essentiel de l'esthétique n'est point la recherche d'une théorie mais l'éclaircissement de la notion d'art, la description des conditions sous lesquelles on l'utilise* » [2058]. En contrepoids, les travaux philosophiques de Danto et de Dickie ont élaboré une « théorie institutionnelle » : « *regarder quelque chose comme une œuvre d'art présuppose de voir quelque chose que l'œil ne peut pas discerner – une atmosphère de théorie d'art, une connaissance d'histoire de l'art : le monde de l'art* », écrit Danto en 1964[2059].

[2055] Ce phénomène selon une autre conception, serait seulement accéléré depuis la modernité – voir aussi *supra,* Chapitre 5. Il nous semble d'ailleurs intéressant de voir à cet égard les similarités de l'*art* et de la *mode*.

[2056] WITTGENSTEIN Ludwich, *Études Philosophiques*(1953)*[à partir de la trad. grecque]*, Athènes, Papazisis, 1988. En effet, dans cette étude Wittgenstein analyse l'utilisation de la langue comme une combinaison des jeux de langage à travers lesquels les mots acquièrent du sens.

[2057] WEITZ Morris, « The Role of Theory in Aesthetics », *Journal of Aesthetics and Art Criticism"*, n°. 15, 1956, pp.27-35; d'après Weitz, tout concept est ouvert si on peut imaginer un cas qui demanderait une sorte de décision de notre part afin d'étendre l'utilisation du concept pour qu'on puisse inclure ce cas particulier. Tous les arguments ouverts ne sont pas définis. Il y a des cas qui demandent soit d'élargir soit de rétrécir le concept de l'art. L'art alors ne peut pas être défini.

[2058] *Ibidem*.

[2059] DANTO Arthur, « Is it art ?», *Journal of Philosophy*, n° 61, 1964. Cette conception serait d'ailleurs en accord avec en les travaux sociologiques de Howard Becker qui insista sur l'idée des « mondes de l'art ».

Pour sa part, Dickie voulait systématiser les conditions d'existence de l'art, dont deux sont particulièrement nécessaires selon lui : premièrement qu'il s'agisse d'une production, même si l'artefact ne consiste qu'une intervention simple telle que le déplacement d'un objet (*artifact*), deuxièmement que ledit artefact soit reçu par un cercle de savants (*art circle*) comme une œuvre d'art[2060]. Il est évident que la question n'est alors plus l'essence de l'œuvre, mais bien « les conditions de son existence ». De son côté, Wolheim contestait que la distinction entre « bon » et « mauvais » art puisse être abandonnée et considérait que l'approche de Dickie n'était qu'une ruse déplaçant simplement le problème du côté des savants[2061]. « *On voit mal comment des raisons censées donner à un artefact le statut d'œuvre d'art sont considérées comme des raisons qui font de l'artefact une œuvre d'art* », aurait-il dit[2062].

Une certaine imprécision est alors inévitable puisque, pour utiliser la formule de Heidegger, la « distinctivité » de l'art dans les temps modernes reste une « question ouverte (*frage-würtig*) »[2063]. D'ailleurs, dans le monde postmoderne, l'art ne se définit pas par un seul et unique trait distinctif. A ce titre, seule des définitions synthétiques de l'art peuvent s'avérer pertinentes, comme celle de Fay Zika, qui prend en compte plusieurs éléments : la production du beau, la mimèsis, la représentation du réel, la création de formes, l'expression de l'artiste, la production de l'expérience esthétique, la production de la surprise ou d'un choc[2064].

2. L'impossibilité d'une définition juridique de l'art

A la suite de ces remarques, nous sommes amenée à considérer que les définitions de l'art en droit doivent être *a priori* évitées ou, pour le moins, exprimées uniquement dans des termes généraux[2065]. C'est d'ailleurs la ligne adoptée par les instruments et

---

[2060] DICKIE George, *Art and the Aesthetic : an institutional analysis,* Cornell University Press, 1974.

[2061] WOLHEIM Richard, *L'art et ses objets, Essaies additionnels*, éd. Aubier, Paris, 1994, p.148

[2062] LENOIR Béatrice(éd), *L'œuvre d'art,* éd. Flamarrion, Paris, 1999, p.16.

[2063] YOUNG Julian, *Heidegger's philosophy of Art,* Cambridge University Press, Cambridge – New York, 2001. Rappelons que celle a été également l'opinion de la Commission dans sa décision en l'affaire *N. c. Suisse, précitée, supra,* note 195.

[2064] Ceci propose aussi la Professeur de philosophie de l'art Madame Zika, d'arpès qui *une définition* synthétique complexe semblerait peut être nécessaire *afin d'éviter l'embarras».* ZIKA Fei, « Esthétique ou Philosophie de l'art », *Deukalion* Vol.1, n°25, 2007, pp.117 – 133.

[2065] Ainsi par exemple, nous pourrions éventuellement être d'accord à admettre que l'art, pour le droit, est « *toute expression créative de l'imagination humaine* » ; voir DAGTOGLOU Prodromos, « La liberté de l'art » *in Libertés Individuelles*, *op.cit.*, p.656 et s.

les organes internationaux, notamment les Conventions relatives à la protection de la propriété intellectuelle[2066], mais aussi l'UNESCO, qui adopte lors de la Conférence générale de 1980 la définition d'après laquelle « *on entend par "artiste" toute personne qui crée […] qui considère sa création artistique comme un élément essentiel de sa vie…* »[2067].

Il convient cependant de remarquer ici qu'une chose est de définir *en amont* l'art, et une autre, de discerner *en aval* l'« art » du « non-art » dans le cadre d'un litige spécifique où cette qualification « artistique » de la création détermine l'issue d'un procès juridique. En ce sens, la Cour fédérale allemande a remarqué dans sa décision *Strauß-Karicatur* (1987) : « *Ce qui est permis et nécessaire, toutefois, est la distinction entre l'art et non-art ; car, tout contrôle sur les normes, qui consiste en une différenciation entre « élevé » ou « faible », « bon » ou « mauvais » (et pour ce motif ne mérite pas de protection, ou moins) l'art reviendrait contraste par la Constitution à un contrôle du contenu irrecevable*»[2068]. Il convient également de remarquer que ce devrait arriver plus fréquemment dans le cas d'un conflit impliquant des questions de propriété intellectuelle (afin de décider si une œuvre doit bénéficier ou non d'une protection juridique)[2069] ou de questions de fiscalité[2070] mais moins pour

---

[2066] Voir *supra,* Chapitre 1 (*in fine*) et 3.

[2067] UNESCO *Recommandation relative à la condition de l'Artiste*, précitée.

[2068] Cour Constitutionnelle Fédérale Allemande BVerfGE 75, 369 (*Strauß-Karicatur*).

[2069] Voir la problématique autour les œuvres de l'art conceptuel ; par exemple l'arrêt français *Paradis,* à propos d'une œuvre consistant à l'inscription du mot « paradis » en lettres dorées sur une porte de toilette d'un hôpital psychiatrique, où la Cour de Cassation française releva en l'espèce que l'approche conceptuelle de l'auteur était « *formellement exprimée dans une réalisation matérielle originale* » voir *Cass. 1re civ., 13 nov. 2008,* n° 06-19.021, 2008, p. 2933, obs. DALEAU J., « La consécration de l'art conceptuel », *Recueil Dalloz,* n°42, 4 décembre 2008, p.293 ; note LOISEAU Grégoire, « Protection par le droit d'auteur d'une œuvre conceptuelle »,*La semaine juridique(JCP)*, n° 50, 10 décembre 2008, Jurisprudence, n°10204, p. 35 à 37 ; note EDELMAN Bernard « Un arrêt énigmatique » et TREPPOZ Edouard « La nouvelle Eve au "paradis" du droit d'auteur, suite et fin ! »*, Recueil Dalloz,* n°4, 29 janvier 2009, p.263 à 268 ; obs. BRUGUIERE Jean-Michel, *RIDA,* 2009, n° 219, p. 194 ; GAUDRAT Philippe, « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur.... », *RIDA,* 2009, n°220. Autre exemple, la question de l'appartenance des arômes aux œuvres d'art est controversée: voir notamment la Cour d'appel de Paris(4ème ch.), 14 février 2007, confirmant une décision antérieur (TPI Bobigny, 28 novembre 2006), qui avait admis que le parfum était protégeable au titre du droit d'auteur, et ce, en contradiction avec la Cour de Cassation qui, dans une décision de 2006(Cass. Civ. 1ère, 13 juin 2006, n°02-44.718), avait refusé la protection d'une fragrance de parfum par le droit d'auteur, indiquant à cet égard que « la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres ». La Cour. Cass. a jugé en l'espèce que « *la fragrance d'un parfum, qui procède de la simple mise en œuvre d'un savoir-faire, ne constitue pas la création d'une forme d'expression pouvant bénéficier de la protection des œuvres de l'esprit par le droit d'auteur* ».

[2070] Mentionnons à cet égard le fameux arrêt *Brancusi,* qui concernait la classification de deux statues de bronze, nommées *Oiseau dans l'Espace* (« Birds in Space»), créées par Constantin Brancusi en 1923 : *Brancusi* v. United States, *T.D. 43063*, *54 Treas. Dec. 428* (Cust. Ct. 1928). En l'espèce, il

des questions de « liberté d'expression », où la qualification d'une création comme « de l'art » n'est en effet que rarement contestée[2071].

B. L'impossibilité d'une définition de la religion

« *La religion propose les réponses les plus fortes, les plus anciennes et les plus crues à la question du sens de la vie* », écrit Jean Grondin[2072]. En effet, la religion est l'un des phénomènes sociétaux les plus anciens : elle n'est pas fondée sur les règles de la physique mais sur le postulat de l'existence d'une transcendance métaphysique, ce qui ne le prive pas, cependant, de son aspect collectif. Or, tout comme l'art, elle n'est pas sujette non plus à une définition précise[2073], ni unique[2074]. Les discussions à propos de la nature et du rôle de la religion comme phénomène dans une société, tout comme les efforts déployés par les organes internationaux pour sa protection, sont un bon indice des difficultés rencontrées pour préciser le champ d'application des droits qui impliquent le paramètre « religion ».

---

s'agissait de deux sculptures de marbre alors conservées à la Galerie Nationale d'Australie, dans une boite indiquant leur histoire et leur état de conservation. Les deux objets, ont été placés sur un système stabilisateur en berceau, afin de voyager pour des fins d'exposition en Europe. Si l'on accepte qu'il s'agit d'œuvres d'art, elles auraient pues être qualifiées des objets « hors taxes ». Dans le cas contraire, si on l'on considère qu'il s'agit de « manufactures de métal », les pièces auraient du être taxées à 40% de leur valeur selon la déclaration de son importateur, qui, lui, les aurait classifiées comme œuvres d'art d'une valeur de six cent milles dollars – une somme énorme pour l'époque. La Cour américaine de taxes décida finalement qu'il s'agissait bien d'œuvres d'art et reconnut que le test de la « représentation », jusqu'à ce jour traditionnel, était inapproprié. Elle aurait reconnu à cet égard un déficit juridique: «… *Entre temps, une nouvelle « école » d'art se développe, dont les enthousiastes essaient de représenter des idées abstraites plus que d'imiter des idées naturelles. Indifféremment de si on s'attache ou non à ses idées, le fait de leur existence et leur influence sur le monde de l'art tel qu'il est reconnu par la Cour, devrait être pris en* considération. Comme l'a dit le Juge Holmes *« il serait dangereux pour des personnes éduqués seulement en droit de se constituer des juges finals de la valeur des illustrations picturales […] Il est plus que douteux par exemple que les œuvres de Goya et de Monet lorsqu'elles se sont vues pour la première fois seraient assurées de protection»* (Cour Supr. des États Unis, *Bleistein v. Donaldson Lothographing Co*, 1888, 239, 251 (1903).

[2071] Nous pouvons remarquer par exemple, que, dans le cas des affaires auprès la Cour européenne, d'art, le caractère de l'expression comme « artistique » n'a jamais été contestée: même dans les affaires défavorables pour la liberté de l'art (par exemple, les affaires *Muller*, *Wingrove,* et *Otto-Preminger*)la question était en effet les *limites de l'expression,* et non pas la question de savoir si de telles œuvres pourraient être qualifiées de l'art ou non.

[2072] GRONDIN Jean, *La philosophie de la religion,* PUF, Paris, 2009.

[2073] DEWITTE Jean, « Croire ce que l'on croit; Réflexions sur la religion et les sciences sociales », *Revue du MAUSS,* n° 22, Vol.2, 2003, p. 248-269.

[2074] LAMBERT Yves, « La tour de Babel des définitions de la religion », *Social Compass*, Vol.1, n°38.

1. L'impossibilité d'une définition philosophique de la religion

Du fait de sa nature métaphysique, le phénomène religieux n'est pas apte à être vu ni mesuré. Il semble tout de même que le débat autour de la définition de la religion s'articule autour de deux champs.

- D'un côté, se situent ceux qui considèrent que la religion est une nécessité profonde de l'Homme, mettant l'accent sur la nature transcendante de la religion : Hegel en premier lieu, dans la *Phénoménologie de l'Esprit*, élève la conscience au rang de savoir absolu, en accordant une place importante à la foi et, en particulier, à la foi pratiquée dans la communauté chrétienne[2075].

En prolongement de cette conception, on pourrait même suggérer qu'un certain sens de la « bonté » est inhérent aux religions. Cette idée est d'ailleurs largement avancée par les Nations Unies[2076] et l'UNESCO[2077]. Ainsi, lors de la réunion d'experts de l'UNESCO à propos de la place des droits de l'Homme dans les traditions culturelles et religieuses qui a eu lieu à Thaïlande en 1979, de nombreux auteurs ont souligné que nous pouvons repérer la règle de morale la plus classique (dite « règle d'or » ou « règle éthique de la réciprocité ») [2078] dans les enseignements éthiques, philosophiques et religieux les plus connus[2079]. Il s'agit notamment de la pensée hindouiste brahmanique[2080], de la philosophie confucéenne[2081], de l'enseignement de

---

[2075] BOURGEOIS Bernard, « Statut et destin de la religion dans la Phénoménologie de l'esprit », *Revue de métaphysique et de morale* n°55, Vol.3, 2007, p. 313-336.

[2076] Voir dans le même sens le rapport de KRISHNASWAMI, E/CN.4/Sub.2/200/Rev.*:* ce rapport en effet commence en énonçant que : « *Les grandes religions et croyances véritables sont basées sur des principes éthiques tels que l'obligation d'élargir les limites de bon voisinage et l'obligation de répondre aux besoins de l'homme au sens le plus large. Le précepte que l'on doit aimer son prochain comme soi-même faisait partie de la foi du christianisme avant même qu'il ait été organisé comme une Église. La même idée traverse le judaïsme et l'Islam, ainsi que les différentes branches du bouddhisme, le confucianisme et l'hindouisme, et il peut aussi être trouvé dans les enseignements de nombreuses croyances non-religieuses* », *supra,* note 1043 et *infra,* note 2101.

[2077] A titre indicative, voir : AGBOKA Japhet, « Advocacy of religious tolerance: solution of ethnic, cultural and religious conflicts » *in* IKEOGU Oke&UNESCO (éd), *Dialogue des civilisations, des religions et des cultures,* Rapport du Congrès International qui a eu lieu à Abuja (Nigéria) du 15 au 17 décembre 2003, Paris, UNESCO, 2005, pp.166-168.

[2078] Formulée soit de façon positive (« aimer l'autre comme soi »), soit de façon négative (« n*e fais pas à autrui ce que tu n'aimerais pas que l'on te fasse* »).

[2079] Rapport final de la Réunion d'experts de l'UNESCO sur la place des droits de l'Homme dans les traditions culturelles et religieuses qui a eu lieu à Bangkok (Thaïlande), entre les 3-7 décembre 1979, Paris, UNESCO, 1980, SS.79/CONF.607/10; SS.79/CONF.607/COL.4.

[2080] « *Telle est la somme du devoir : ne fais pas aux autres ce qui, à toi, te causerait de la peine* » ; *Mahabarata*, 5; 15,17.

[2081] « *N'est-ce pas le précepte d'aimer tous les hommes comme soi-même ? Ne faites pas à autrui ce que vous ne voulez pas qu'on vous fasse à vous-même* » ; en effet, d'après un parabole confucéen,

Bouddha[2082] et de Mahâvîra [2083], du taoïsme [2084] , du zoroastrisme [2085], des religions de la Bible, du judaïsme[2086] et du christianisme[2087], de l'Islam[2088] et du bahaïsme [2089]. Certains auteurs, d'ailleurs, se fondent sur cette constatation pour avancer l'idée d'un dialogue interculturel : d'après l'Allemand Höffe par exemple, l'idée de bonté dans les religions serait en effet une « *règle, un principe fondamental de la réciprocité, [qui] est valide inter-culturellement, aussi bien empiriquement que du point de vue philosophique* »[2090].

- De l'autre côté, on trouve ceux qui considèrent la religion comme un fait social créant un lien dans le temps et dans l'espace[2091]. Pour ces derniers, l'aspect collectif, social et culturel est celui qui prévaut. Plus spécifiquement, les anthropologues et sociologues structuralistes français (Durkheim, Lévi-Strauss) et allemands (Weber) ont mis l'accent sur l'aspect communautaire de la religion en tant que phénomène de représentation collective[2092], rompant avec la morale religieuse « *pour lui substituer*

---

celle ci était la réponse de Confucius, lorsque le disciple Tzeu Koung le demanda s'il existait un précepte qui renfermait tous les autres, et qu'on dût observer toute la vie; *Confucius, Analectes,* 15; 23,

[2082] « *Ne blesse pas les autres avec ce qui te fait souffrir toi-même* » ; *Bouddha, Sutta Pikata, Udanavagga* 5,18.

[2083] « *Dans le bonheur et la souffrance, nous devons nous abstenir d'infliger aux autres ce que nous n'aimerions pas de nous voir infliger* » ; *Mahavira, Yogashatra* 2,20.

[2084] « *Considère que ton voisin gagne ton pain, et que ton voisin perd ce que tu perds* »T'ai shang Kan Ying Pien.

[2085] « *La nature seule est bonne qui se réprime pour ne point faire à autrui ce qui ne serait pas bon pour elle* » ; *Dadistan-i-dinik*, 94.

[2086] « *Ce que tu tiens pour haïssable, ne le fais pas à ton prochain. C'est là toute la Loi, le reste n'est que commentaire* » (Hillel, Talmud, Sabbat, 31-A); « *Tu ne te vengeras pas et tu ne garderas pas de rancune envers les enfants de ton peuple. Tu aimeras ton prochain comme toi-même* » dans le Lévitique 19; 18 (Bible, Ancien Testament) ; « *Ne fais à personne ce que tu n'aimerais pas subir* » d'après Tobie 4, 15 (Bible, Ancien Testament).

[2087] « *Ainsi, tout ce que vous désirez que les autres fassent pour vous, faites-le de même pour eux : voilà la Loi et les Prophètes* » d'après *Matthieu, 7;* 12 (*Bible,* Nouveau Testament) ; « *Comme vous voulez que les gens agissent envers vous, agissez de même envers eux* » d'après *Luc 6;* 31-42(*Bible,* Nouveau Testament).

[2088] « *Nul de vous n'est un croyant s'il ne désire pour son frère ce qu'il désire pour lui-même* » ; 13e des 40 *Hadiths de Nawawi.*

[2089] « *Ne souhaitez pas aux autres ce que vous ne souhaitez pas à vous-mêmes* » ; *Baha'u'llah, Kitab-i-Aqdas* 148.

[2090] Voir HÖFFE Otfried, « Existe il un droit pénal interculturel ? Essai philosophique» *in* SOSOE Lukas et al. (dir), *Diversité humaine, démocratie, multiculturalisme et citoyenneté »,* L'Harmattan, Paris, 2002.

[2091] *Ibidem,* p.267.

[2092] Pour Weber par exemple, la religion est *« une façon particulière d'agir en communauté* » ; tout en particulier les religions « puritaines » (les religions chrétiennes, juives et protestantes selon Weber) aient eu une portée considérable sur le développement du système économique en Europe et aux États- Unis ; WEBER Max, *Sociologie des religions*(œuvres écrit en 1906), Paris, Gallimard, 2006

ce qu'il [Weber] appelait une morale laïque qu'il pensait pouvoir développer comme une science sociologique, libérée de toute croyance religieuse »[2093]. Durkheim par exemple, en étudiant les manifestations principales des religions, va mettre en avant que la religion n'est pas toujours liée à l'aspect divin, mystique et surnaturel qui est fréquemment attribué aux religions, puisqu'il existe de grandes religions (comme le bouddhisme par exemple) d'où la notion de dieux créateurs ou d'esprits est extrêmement réduite, voir absente[2094]. Par d'autres sociologues, nous apprenons également qu'il existe certaines religions qui désignent des « petits » dieux proches de l'être suprême, et d'autres, des dieux proches des hommes, au point que ces derniers apparaissent comme leurs ancêtres « divinisés »[2095].

Toutefois, la démarche structuraliste a été critiquée par des sociologues contemporains comme Tarot, qui avance que la religion consiste essentiellement en l'articulation de la perception du symbolique et du sacré chez l'individu[2096] et que « *l'entreprise structuraliste réifie la structure en occultant la singularité, l'effervescence, la subjectivité et l'histoire* »[2097]. En outre, d'autres sociologues mettent en avant que l'éthique et la religion ne sont pas forcément liées, ni n'ont forcément besoin l'une de l'autre : Ricœur par exemple, qui réclame le droit à une raison pratique qui se distingue radicalement de toute science, affirme que *« la morale de la communauté peut trouver un autre fondement que celui de l'esprit de discipline dont parlait Durkheim* »[2098].

Quel que soit l'option que nous privilégions entre les deux que nous venons de rappeler, il n'y a aucun doute sur le « rôle décisif de la religion » comme fait social[2099] ou simplement comme interrogation philosophique. Les aspects individuels

---

(2è éd).

[2093] KAMP Peter, « Le fondement de l'éthique vu à travers l'éthique du siècle de Ricœur », *Revue de métaphysique et de morale*, n° 50, Vol.2, 2006, p. 173-184

[2094] DURKHEIM Emile, *Les formes élémentaires de la vie religieuses,* Paris, PUF, 1968, pp.40-41.

[2095] DELUMEAU Jean, *Le fait religieux,* Paris, Fayard, 1993, p.651.

[2096] *Ibidem,* p.268.

[2097] GAUTIER François, « Enjeux d'une théorie de la religion au-delà du mirage girardien ; réflexion critique sur *Le Symbolique et le sacré* de Camille Tarot », *Revue du MAUSS,* n° 22, Vol.2, 2003, p. 248-269.

[2098] KAMP Peter, « Le fondement de l'éthique… », op.cit, p.174.

[2099] CAILLE Alain « Présentation », *Revue du MAUSS*, n°22, Vol.2, 2003, p. 5-30.

et collectifs de la religion sont complémentaires. Selon certains auteurs, « *une sociologie des religions qui se limiterait à une sociologie de la participation religieuse, c'est-à-dire qui ne prêterait attention qu'à l'évolution actuelle des pratiques et des opinions religieuses individuelles, serait bien pauvre. De même que serait fortement réductrice de son objet une sociologie des religions qui se limiterait à l'analyse des fonctions sociales remplies par une religion donnée* »[2100].

2. L'impossibilité d'une définition juridique de la religion

La communauté internationale, et en particulier les Nations Unies, ont déployé de grands efforts pour préciser le contenu de la notion de religion. En 1956, la *Sous-commission de lutte contre les mesures discriminatoires et de protection des minorités,* organe subsidiaire de la Commission des Droits de l'Homme, a nommé l'Indien Arcot Krishnaswami en tant qu'expert indépendant et l'a chargé d'une étude sur la liberté religieuse[2101]. Comme le fait remarquer M. Kiss, l'expert déploie dans son rapport une prudence particulière lorsqu'il utilise les termes de « religion » et de « croyance » et essaie d'élargir « *le concept traditionnel limité aux différentes formes de la foi en un dieu* »[2102]. Depuis, les rapporteurs successifs de la Sous-commission ont recueilli les dispositions constitutionnelles des différents pays afin de dégager une définition commune[2103], alors que la question a été débattue à plusieurs reprises à l'Assemblée générale[2104] et à la Commission des Droits de l'Homme[2105].

Vingt ans plus tard, lors d'une conférence universitaire dans la ville de Santa Clara aux États-Unis, des efforts supplémentaires ont été déployés afin de dégager des critères adéquats pour cerner le champ de la religion et constituer un « modèle » de

---

[2100] DEWITTE Jean, « Croire ce que l'on croit… », op.cit, p.265.

[2101] Voir *supra,* p., KRISHNASWAMI Arcot « S*tudy of discrimination in the matter of religious rights and practices »*, E/CN.4/Sub.2/200/Rev. 1. En effet, l'expert a mis trois ans pour rendre son rapport, qui a été finalement rendu à la Commission en 1959.

[2102] KISS Alexandre « Les garanties internationales de la liberté des religions, mais de quelles religions ? » *in* Raymond GOY (mélanges) *Du droit interne au droit international, Le facteur religieux et l'exigence des Droits de l'Homme*, éd. Publications de l'Université de Rouen, 1998, p.201.

[2103] *Ibidem ;* voir à ce titre le rapport de AMOR Abdelfattah : E/CN.4/1998/6, cité par M.Kiss.

[2104] *Ibidem* ; voir Résolution 52/122 de l'Assemblée Générale.

[2105] *Ibidem* ; voir Résolution 1997/18 du 11 avril 1997.

définition[2106]. Cette idée a été répétée lors des débats au sein des Nations Unies pour l'adoption de la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction* où, de surcroît, s'est posé la question de savoir si le terme de « conviction » devait inclure également les « *croyances athées* », comme le souhaitaient les représentants des pays communistes[2107].

Par ailleurs, tant la Commission que la Cour européenne, au moins jusqu'en 2000, ont toujours évité de définir ce qu'est une religion[2108]. Dans l'affaire de *l'Église de Scientologie*, la Cour a défini *de minimis* la religion, décidant que la publicité incriminée dans cette affaire n'était pas réalisée à des fins religieuses mais bien publicitaires[2109]. De même, dans les affaires *Chappell c. Royaume-Uni* et *Omkarananda c. Suisse*, la Commission n'a pas jugé nécessaire de procéder à une définition de la religion[2110].

§2. La difficulté de trouver un accord sur le contenu des valeurs

La diversité culturelle est *a priori* un fait indiscutable, les règles morales et les institutions sociales faisant preuve d'une variété extraordinaire[2111]. Le cœur du problème réside précisément dans la *notion* même de « valeur », notion abstraite dont l'affirmation implique forcément une certaine dose de subjectivité[2112]. De ce point de vue, sur le plan concret, certaines « pratiques culturelles » posent davantage de problèmes : celles qui peuvent heurter le « noyau dur » des droits de l'Homme. Nous voulons montrer dans cette section comment le relativisme culturel et religieux « radical », c'est-à-dire le relativisme qui va à l'encontre des droits de l'Homme, est illégitime et inacceptable ; nous proposerons à l'appui l'idée que ces

---

[2106] *Ibidem.*

[2107] *Ibidem ;* voir aussi *supra* Chapitre 2, note 466 notamment.

[2108] ROZAKIS Christos, *«* The case law of the Commission as regards freedom of thought… », *op.cit.*

[2109] *X. et Église de Scientologie c. Suéde,* 1979, précité ; voir *supra*, le Chapitre précédent, à propos de la méthode de la Cour Européenne.

[2110] ROZAKIS Christos,« The case law of the Commission … »,op.cit, p.203; requêtes n° 12587/86 et 8118/77.

[2111] *Ibidem,* p.91ss ; voir aussi *supra,* chapitre 3.

[2112] Voir *supra,* note 679 et s.

derniers constituent, en dernier ressort, un consensus universel sur *le sens des valeurs culturelles*.

A. De la culture au relativisme culturel et religieux

L'affirmation de l'universalité des droits de l'Homme s'oppose fermement à ce qu'on appelle « relativisme culturel », qui identifie la culture à des traditions, des rites et des pratiques religieuses contraires aux droits fondamentaux, et la religion, à des dogmes et fanatismes religieux.

1. Des traditions, des rites et des pratiques religieuses contraires aux droits fondamentaux

Il existe sans doute encore aujourd'hui des pratiques, traditions et rites pratiqués au nom de telle ou telle religion, de telle ou telle culture, et qui heurtent le droit à la vie, à la dignité humaine, à l'égalité[2113]. Dans ces cas, de telles pratiques pourraient être considérées comme licites au regard de la culture d'un ordre juridique donné, auquel consent souvent le pouvoir politique. La mutilation génitale (excision) des jeunes filles en est peut-être le cas le plus exemplaire[2114], mais il y en a d'autres, comme la punition de l'adultère ou de l'homosexualité par la mort[2115], la lapidation ou l'amputation. Autant de coutumes que prescrivent certaines interprétations du droit religieux, même à l'égard des enfants[2116]. On peut encore penser à des pratiques religieuses comme l'*apostasie*[2117] ou le *trokosi*[2118], ou à des pratiques largement acceptés par des populations entières, comme l'interdiction du divorce, l'interruption

---

[2113] Voir par exemple, « Conflicting traditions and rights : illustrations » *in* STEINER Henry et ALSTON Philip, *International Human rights in context, op.cit.*, pp.403-553.

[2114] Pour un aperçu général voir la présentation préparée par M. Thornberry au conseil Economique et social ; « Cultural rights and universality of human rights », 9 mai 2008, E/C.12/40/15.

[2115] A/HRC/WG.6/4/CMR/2 du 9 décembre 2008 ; en effet l'homosexualité reste une infraction dans 77 pays dans le monde et elle est châtiée par la peine de mort dans sept pays musulmans (Arabie saoudite, Émirats Arabes Unis, Iran, Mauritanie, Soudan, Yémen) ou à forte majorité musulmane (Nigéria) alors que le Vatican, est aussi défavorable à la dépénalisation.

[2116] Comité CRC: CRC/C/GC/8 , 2 mars 2007.

[2117] Voir *supra,* Chapitre 2, note 545 et texte accompagnant.

[2118] Voir les formes de violence à l'égard des femmes du fait dans la religion et des « pratiques traditionnelles » des états dans les rapports de la rapporteuse spéciale dans : A/HRC/11/6/Add.5 , 27 mai 2009.

volontaire de grossesse, ou l'inégalité entre hommes et femmes dans les matières familiales.

Dans son ouvrage *Le sanglot de l'Homme blanc*, Pascal Bruckner met en relief les avatars de l'application aveugle du principe de la diversité culturelle et religieuse. Selon l'auteur, au nom de la diversité, « *on trouve les arguments les plus persuasifs pour expliquer le cannibalisme de telle tribu, la lapidation de la femme adultère ou la section des mains des voleurs dans certains pays islamiques, la mutilation sexuelle des fillettes en Afrique et au Moyen-Orient, la ségrégation et le massacre des intouchables en Inde. Et l'argument est alors celui-ci : à chacun sa vérité.* »[2119]. L'enjeu du multiculturalisme est d'ailleurs mis en exergue par la *Déclaration* et le *Plan d'action de Stockholm sur les droits culturels* : « *Les revendications collectives en faveur des droits culturels ont souvent été faites aux dépens des droits individuels, ceux des femmes en particulier. Dans la mesure où l'émancipation des femmes a progressé principalement par l'acceptation universelle des droits individuels, il est fondamental d'inclure dans la pratique du pluralisme le principe correctif d'égalité. Car les droits culturels sont à l'égal des autres droits de l'Homme une expression et une exigence de la dignité humaine et leur reconnaissance et leur exercice sont indispensables pour "protéger et promouvoir les identités culturelles, et favoriser l'expression des différentes cultures, ainsi que le dialogue interculturel au sein des sociétés démocratiques"* »[2120].

2. Des dogmes et du fanatisme religieux contraires aux droits de l'Homme

La promotion de « dogmes » et, *a fortiori,* le fanatisme religieux, sont présents dans toutes les religions – notamment les trois grandes monothéismes[2121]. En effet, si les religions, en tant que philosophies éthiques, sont inextricablement liées à l'amour

[2119] BRUCKNER, Pascal, *Le sanglot de l'Homme blanc*, Paris, Seuil, 1983, p.194 cité par ABOU Selim, *Cultures et droits de l'Homme*, Pluriel, Paris, 1990, p.34.

[2120] Plan d'action de la Conférence intergouvernementale de l'Unesco sur les politiques culturelles pour le développement (Conférence de Stockholm), adopté le 2 avril 1998.

[2121] A titre purement indicatif, voir *supra,* notes 565-567 ; voir aussi BERDING Helmut, *Histoire de l'antisémitisme en Allemagne*, éd. de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 1991, p.8 et s. ; CUYPERS Michel et GOBILLOT Geneviève, *Le Coran,* éd. Le Cavalier bleu, Paris, 2007, p.105 et s. Toutefois, certains auteurs rapportent également d'autres cas de fanatisme dans d'autres religions ; M. Delumeau par exemple rapporte que le 6 décembre 1992 des fanatiques hindous ont rasée une mosquée du XVIè, sous le prétexte qu'elle aurait été bâtie sur un temple consacrée au Dieu Rama; DELUMEAU Jean, *Le phénomène religieux*, Paris, Fayard, 1993, p.735.

pour autrui, la religion en tant que manifestation de pouvoir reste toujours « l'opium du peuple »[2122]. Les conflits interreligieux sont la preuve la plus évidente de l'instrumentalisation extrêmement facile de l'idéologie des religions à des fins politiques, économiques ou géostratégiques[2123]. Tenons-nous en à des exemples récents : au mois de mars 2010, dans la région de Jos, au Niger[2124], des centaines de personnes ont été poursuivies et assassinées au cours d'un affrontement violent entre chrétiens et musulmans[2125] ; les habitants ont alors mis l'accent sur le côté identitaire et religieux du problème : « *Au départ c'était un combat politique, mais au fil du temps, ça s'est mué en crise religieuse »*, explique Shedrack Best, enseignant à l'université de Jos. *« Malheureusement, les gens sont suffisamment crédules pour croire que l'enjeu est une question de religion, tant et si bien que les communautés sont montées l'une contre l'autre »*[2126].

Il semble d'ailleurs que les idées mêmes sur lesquelles sont construites certaines religions soient parfois en contradiction avec les droits de l'Homme. La raison en est précisément le fait que les *dogmes* sont pénétrés de certitudes vis-à-vis d'un monde pourtant en mutation constante. Ainsi, outre les allégations de crimes sévères à l'encontre des Églises orthodoxe et catholique au cours des dernières années, outre les scandales d'ordre économique et moral[2127], nous pouvons remarquer qu'au niveau des structures, les institutions et la doctrine de ces religions posent de multiples problèmes

---

[2122] Le sujet se prête à une discussion qui dépasse le cadre de cette étude, voir HOUZIAUX Alain(dir.), et GAUCHET Alain, ROY Olivier, THIBAULT Paul, *La religion est elle encore l'opium du peuple ?,* Paris, éditions de l'Atelier, 2008.

[2123] Ceci est aussi mis en exergue par la Rapporteuse spécial sur la liberté religieuse Mme Asma Jahangir dans le cadre de son mandat, qui souligne effectivement « *la pléthore d'exemples dediscrimination et de violences interreligieuses, ce qui ne doit pas faire oublier les cas d'intolèrance intraconfessionnelle et d'attitudes discriminatoires à l'ègard de non-croyants ou de dissidents »,* A/HRC/6/5, p.13.

[2124] En effet, l'État du Plateau est une zone tampon entre le Nord majoritairement musulman et le Sud traditionnellement chrétien. S*elon* Maud Gauquelin, anthropologue, les seize États du nord de la fédération nigériane appliquent tous la *Charia,* sauf l'État du Plateau, où se trouve Jos, habitée par des chrétiens; voir CESSOU Sabine, «La dernière frontière avant la *Charia* », entretien avec Maud Gauquelin, anthropologue, *Libération*, 10 avril 2010.

[2125] VANDAL Julie, « Au Nigéria, massacrés de sang froid », *Le Monde*, 10 avril 2010 et « Nigéria : 162 personnes poursuivies après les violences inter-religieuses » *Le Monde*, 22 mars 2010. En effet, selon la Croix Rouge, 8 000 personnes ont été contraintes de quitter leur foyer dans la région de Jos, au centre du Nigéria, après les tueries.

[2126] *Ibidem*.

[2127] A titre indicatif, voir les scandales et les accusations envers les membres de l'Église catholique pour pédophilie: «Vatican la crise s'aggrave », Courrier International, avril 2010, ou bien, ceux de l'Église orthodoxe, BIKATZIK Christostomos, « Grèce : Les bonnes affaires des moines du mont Athos », *Courrier International,* 18 septembre 2008.

de compatibilité avec les droits de l'Homme[2128], notamment sur le plan de l'égalité des sexes[2129]. Sur le plan financier, la fortune et notamment les terres que se sont appropriées les institutions religieuses semblent totalement incompatibles avec le fait que l'un des *Millenium Goals* soit la lutte contre l'extrême pauvreté mondiale[2130]. Sur le plan de perceptions, la position de l'Église catholique sur un certain nombre de question est problématique et, à bien des égards, incompatible avec la jurisprudence de la Cour européenne – notamment à propos des questions de tolérance à l'égard des autres religions[2131] et des minorités religieuses[2132], à l'égard de la santé de la femmes[2133] et du droit à la santé reproductive plus généralement[2134], ou à l'égard du principe de non-discrimination à l'égard des homosexuels[2135]. Or, les « vices » religieux, c'est-à-dire les pratiques religieuses controversées et l'existence du terrorisme et du fanatisme religieux[2136], doivent forcément être mises en lien avec les discours de légitimation de l'offense envers les religions. La question posée

---

[2128] Dans le même esprit, voir les Commentaires écrites de Greek Helsinki Monitor dans l'affaire *Lautsi c.Italie,* précitée, disponibles sur cm.greekhelsinki.gr/uploads/.../ghm1301_lautsi_third_party_english.doc, consultés le 10 mars 2011.

[2129] En effet, les institutions chrétiennes ressemblent à des monarchies patriarcales plus qu'à des démocraties égalitaires, alors que la moitié des populations (les femmes) est toujours exclue d'une grande partie de la hiérarchie ecclésiastique et de certaines lieux spirituels ; par exemple les femmes sont exclues d'une péninsule entière dans le nord de la Grèce, y compris une montagne de 2033mètres (la montagne « sainte » de Athos en vigueur de l'article 146 du 10/16 septembre 1926 de la Charte Constitutive du Monastère ; voir aussi à propos les rapports du Rapporteur spécial en matière de discrimination M. Abdelfattah Amor : E/CN.4/1995/91/Add.1, 23 décembre 1994.

[2130] Voir les Millenium goals sur http://www.un.org/millenniumgoals/, consulté le 16 novembre 2010.

[2131] Il semble, par exemple, que les églises chrétiennes, ont eu un rôle à jouer dans la tragédie de la Shoah « *non seulement par leur silence devant la persécution des juifs, et autres groupes par des nazis, mais également à cause d'un antisémitisme chrétien, qui , mois, visible peut être au cours des dernières siècles, n'en avait pas moins contribué à créer un climat favorable à l'explosion du monstre nazi* » *in* CARON Gérald, *L'antisémitisme chrétien,* Quebec, Médiaspaul, 2002, p.51.

[2132] Voir le décret *Orientalium ecclesiarum,* issue en novembre 1964, sur les églises des rituelles orientales.

[2133] L'Église en effet considère encore l'avortement tout comme le divorce comme des *péchés :* voir le discours du Pape Benoît XVI lors d'une réunion en avril 2008. En revanche, la jurisprudence de la Cour européenne, affirme le droit de la femme à avorter lorsque sa santé est en jeu, voir *Tysiąc c. Pologne*(2008)*, précité.*

[2134] Voir par exemple les positions de l'Église à propos du SIDA : « Préservatif: ce que le pape a vraiment dit», *Libération,* 23 mars 2009.

[2135] Voir notamment l'affaire *Karner c. Autriche*,no 40016/98, CEDH 2003-IX, où la Cour a ouvert la voie, au mots de M.Frumer, pour un « véritable droit au respect de la vie familiale » *in* FRUMER, Philippe, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation, une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n°59, 2004, p.673. En outre, dans l'affaire *E.B.*, la Cour a jugé par dix voix contre sept, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention à propos de la demande d'adoption de la part d'une homosexuelle ; voir *E.B. c. France*, Requête no 43546/02, Arrêt du 22 janvier 2008. Voir aussi, les observations du Comité DH: *Toonen c. Australia,* Communication n°488/1992, 1994, CCPR/C/50/D/488/1992.

[2136] Voir *supra*, note 2113 et texte accompagnant, à propos « des traditions, des rites et des pratiques religieuses contraires aux droits fondamentaux ».

naïvement pourrait donc être la suivante : « *Pourquoi respecter les standards posés par une quelconque religion, si celle-ci n'est pas elle-même en conformité avec les standards des droits de l'Homme ?* ». La même idée est sous-jacente dans tous les discours qui amènent à s'interroger sur l'égalité des religions dans un système politique, vis-à-vis des demandes pour l'aménagement des différences en faveur d'une religion ou d'une autre[2137]. Elle est aussi particulièrement visible lorsqu'une religion acquiert des dimensions importantes dans la sphère publique[2138].

Il convient aussi de remarquer, à propos de l'égalité des religions, que le fanatisme islamique est le seul à avoir acquis une importance cruciale dans le contexte actuel, et que l'Islam même est généralement traité comme un « bloc » de conceptions uniformes. En effet, avec les nombreuses inégalités qui persistent de façon très marquée dans le monde musulman et les questions stratégico-politiques et financières qui caractérisent le Moyen-Orient, l'Islam est une cible plus facile que d'autres religions. Cependant, au sein même de la philosophie islamique, les conceptions sont extrêmement diversifiées et, en réalité, peu d'auteurs se positionnent en faveur de ce qui pourrait être perçu par les occidentaux comme un « *fanatisme radical* »[2139]. Se demander, donc, tout-à-fait abstraitement, si l'Islam est ou non compatible avec l'art, est une question qui réduit l'Islam et plus généralement la problématique de l'identité culturelle à une perception simpliste[2140].

B. L'existence d'un *consensus* à propos des valeurs culturelles

Il nous semble pourtant qu'il existe aujourd'hui un *consensus* sur la délimitation de ces pratiques extrêmes, ainsi que sur une définition des « valeurs culturelles » qui sont au fondement des religions. Ce consensus exclut les pratiques et idéologies extrêmes

---

[2137] VAN BIJSTERVELD Sophia, « Equal Treatment of religions » *in* LOENEN Titia et GOLDSCHMIDT Jenny(éds), *Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?*, Antwerpen- Oxford, Intersentia, 2007,*op.cit.,*p.48; CUMPER Peter « The accommodation of uncontroversial religious practices », *ibidem,* pp.195-209.

[2138] Voir par exemple, BEYER Peter « The modern emergence of religions and a global social system for religion », n°13, *International Sociology*, pp.151-172.

[2139] Un aperçu de cette diversité est donné par MOUSSALI Ahmed, « Islamic fundementalist perceptions of other monotheistic religions » *in* WAARDENBURG Jacques, *Islam and Christianity sicce the mid-20th century,* Peeters, pp.121-157.

[2140] Ainsi le considère aussi le professeur An-Na'im à propos de la compatibilité entre l'Islam et les droits de l'Homme, voir AN-NA'IM Abdulahhi Ahmed, « Global citizenship and human rights : from Muslims in Europe to European Muslims » *in* LOENEN Titia et GOLDSCHMIDT Jenny, *Religious Pluralis…, op.cit.,* p.52.

dont on a parlé et consiste à reconnaître que le *minimum* des valeurs communes aujourd'hui consiste en le respect des droits de l'Homme.

1. Les droits de l'Homme comme *valeurs*

Il nous semble qu'aujourd'hui, vingt ans après la Conférence de Vienne, la justification des droits de l'Homme ne ressorte qu'à la rhétorique[2141]. En effet, il semble qu'en excluant les « relativismes culturels », les droits de l'Homme et les cultures soient parfaitement conciliables : ainsi l'ont suggéré des nombreux auteurs non-occidentaux, comme par exemple le professeur An-Naim, d'après qui « *les violations des droits de l'Homme reflètent les lacunes ou faiblesses de la légitimité culturelle des standards internationaux au sein d'une société* »[2142]. Mais d'autres auteurs considèrent que les droits de l'Homme peuvent être fondés *a posteriori* sur des concepts non-occidentaux préexistants[2143]. De même, le professeur japonais Yasuaki, dans sa vision « *transcivilisationelle* » du droit international, suggère qu'une meilleure appréhension du droit coutumier des États pourrait fonder une éventuelle valeur universelle de certaines règles du droit international[2144]. Dans cette vision, des perspectives culturelles pourraient coexister, malgré les problèmes dus au caractère politico-religieux propres aux « *unités régionales* » – y compris celles basés sur des systèmes religieux communs[2145]. D'autres également, considèrent qu'il n'y a pas d'ambigüité à propos de la compatibilité entre la culture et les droits de l'Homme[2146],

---

[2141] « *The justification of human rights is rhetorical, not philosophical. Human rights are self evident, implied in other ideas that are commonly intuited and widely accepted* » ; *in* HENKIN Louis, *The age of rights*, Columbia University Press, 1990 (introduction).

[2142] AN-NA'IM Abdulahhi Ahmed, « Human rights in the Muslim world», *HHRLJ,* n°13, 1990, p.3. Aussi, « Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights » *in* AN-NA'IM Abdulahhi Ahmed, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, pp.19-43;

[2143] Par exemple dans ce sens, DE VARENNES Fernand, « The fallacies in the "universalism versus cultural relativism" debate in human rights law », *APJHRL,* n°1, 2006, pp.67-84.

[2144] *Ibidem,* p.186.

[2145] *Ibidem,* pp.274-276.

[2146] Voir pour cette approche notamment, STAMATOPOULOU Elsa, *Cultural rights in international law ..., op.cit.* , p.18 et s. et plus récemment, BIDAULT Mylène, *La protection internationale, op.cit.,* p.519 et s; ADDO Michael, « Practice of United Nations Human Rights Treaty Bodies in the Reconciliation of Cultural Diversity with Universal Respect for Human Rights *», HRQ,* Vol.32, n° 3, 2010 ; XANTHAKI Alexandra « Multiculturalism and International Law: Discussing Universal Standards », *HRQ,* Vol.32, n°1, 2010, pp. 21-48.

considérant par exemple, les réservations culturelles des États islamiques contraires aux droits fondamentaux[2147].

Ainsi, la « *légitimation universelle* » des droits de l'Homme s'avère un outil extrêmement important vis-à-vis de la protection des individus à l'encontre des violations étatiques du droit international. Il nous semble dès lors plus pertinent que la normativité des droits de l'Homme ne soit plus fondée sur l'anthropologie et la philosophie des cultures et des religions, mais bien sur les standards des droits de l'Homme, ce qui est le cas aujourd'hui. Cela veut dire précisément que le système de protection des droits de l'Homme s'est désormais « émancipé » de ses créateurs initiaux, à savoir les États, et qu'il est dès lors en position d'imposer ses propres standards. Ces standards à leur tour, pourraient être définis, non plus sur la base des pratiques des organes politiques des droits de l'Homme, mais sur celle des organes *judiciaires* ou *quasi-judiciaires*, et notamment les instances internationales et régionales telles que la Cour européenne, la CIADH ou les Comités de suivi des Pactes des Nations Unies. Ceci n'est pas plus paradoxal que le fait de reconnaître que le droit international est obligatoire pour les États – ces derniers étant ses créateurs : comme le remarque le Doyen Cohen, « *Après tout, on se rappelle que c'est au nom des droits de l'Homme que s'est faite toute la décolonisation, la suppression de l'apartheid et du régime raciste en Afrique du Sud (et en Namibie) comme en Rhodésie* »[2148].

Cela veut dire, que le respect des droits de l'Homme possède une *de facto* universalité, sans la nécessité de se référer à l'une ou l'autre « doctrine » de l'universalité des droits de l'Homme. Cela aurait trait peut être à ce que Frédéric Sudre appelle le « caractère objectif » des Droits de l'Homme ; le fait « *qu'ils ne sont pas attribués aux individus par le biais d'un statut juridique particulier révocable mais qu'ils sont attaches par principe à la seule qualité de personne humaine (ou, dans certains cas, de l'appartenance à un groupe défini)* »[2149]. Songeons par

[2147] MAYER Ann Elizabeth, « Universal Versus Islamic Human Rights: A Clash of Cultures or a Clash With a Construct? », *Michigan Journal of International Law,* n°15, 1994, pp. 327–351.

[2148] JONATHAN Gérard, « Universalité et singularité…», *op.cit.*, p.4.

[2149] SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1989(7è éd), p.57.

exemple, à l'avis de la CIJ à l'affaire de l'occupation illégale de *Namibie* par l'Afrique du Sud, lorsque plusieurs juges ont mis l'accent sur les principes universels de l'égalité, de la liberté et de la dignité des peuples, sans autre référence à l'*universalité*. Le vice-président de la CIJ de l'époque par exemple, le juge libanais M. Ammoun, avait formulé de la façon suivante la prépondérance de certains principes universels: « *Les textes, que ce soient les lois, les constitutions, les déclarations, les pactes ou les chartes ne font que la définir et en marquer les étapes successives. Ils en sont la simple constatation. C'est dire que les droits dont jouissent progressivement les hommes et les peuples sont bien moins le résultat de ces textes que du progrès humain qu'ils attestent »*[2150].

2. Le *noyau dur*, les *droits absolus* et l'*État de droit* comme *valeurs minimum*

Il nous semble également qu'un *consensus universel* sur les valeurs soit acquis, malgré les pratiques nationales parfois décevantes. Au plan anthropologique et sociologique, ce *consensus* est basé sur la constatation de l'universalité des valeurs partagées par les diverses cultures[2151], ainsi que par les religions[2152]. Au plan juridique, ce consensus est basé sur les valeurs auxquelles font référence les droits *absolus* de l'Homme – notamment en ce qui concerne le droit à la vie, l'interdiction de la torture et la primauté de la dignité humaine – mais aussi, les *valeurs* qui se trouvent sous-jacentes dans le *noyau dur* de tous les droits de l'Homme, indépendamment de leur qualification comme absolus ou non[2153]. Ainsi, d'après M. Morand, « *La défense d'un noyau intangible des droits conserverait une double fonction. Tout d'abord une fonction symbolique une prise de conscience par une collectivité de l'obligation de ne pas toucher l'irréductibilité. […] La deuxième*

[2150] CIJ : *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité*, avis consultatif du 21 juin 1971, *CIJ, Rec. 1971,* p. 23, par. 29.

[2151] LE ROY Étienne, « L'accès à l'universalisme par le dialogue interculturel », *RGD,* Vol. 26, n°1, 1996.

[2152] UELMEN Amelia, « Reconciling Evangelization and Dialogue through Love of Neighbor », *Vil. Law Review*, n°52, 303, 2007 ; Represent, Panel Discussion « Can We Find Common Ground as Religiously Committed Lawyers », 26 Fordham Urb. L.J. 961 (1999). Voir aussi, les diverses conférences de l'UNESCO, notamment la Conférence de Bankong en 1973, SS.79/CONF.607/10, précité.

[2153] Voir en général au sujet de la distinction entre droits relatifs et absolus, SEIDERMAN Ian, *Hierarchy in International Law ; the human rights dimension,* Antwerpen - Oxford, Intersentia, 2001, p.66 et s.

fonction est de simplification. Certaines formes de mesures étatiques comme la torture, l'emprisonnement dans les camps pour champs de dissidence ou en raison de sa race sont d'emblée constitutionnels sans qu'on ait même à s'interroger sur les buts poursuivis »[2154]. En ce qui concerne les droits culturels en particulier, il peut être noté, que la reconnaissance d'un noyau irréductible pour ces droits là, pourrait précisément surmonter les obstacles liés à leur caractère individuel et collectif à la fois[2155]. Un troisième *consensus* pourrait d'ailleurs être fondé sur l'existence de l'État de droit, sans que cela va à l'encontre des idées du pluralisme culturel et religieux[2156].

Il convient ici de remarquer que nous restons sur des constatations juridiques, sans aller jusqu'à demander un rôle *politique* pour les droits de l'Homme[2157]. L'on se souviendra donc ici, par exemple, de la *Déclaration de Dakar* de 1967 (à la suite du congrès tenu à Dakar qui rassemblait des juristes africains francophones) affirmant que les exigences fondamentales de la dignité humaine et de la primauté du droit n'étaient pas différentes en Afrique ou ailleurs[2158], et que seule la pratique des États et notamment des pouvoirs publics ne se conformerait pas à la règle de l'État de droit[2159]. Lors du même congrès, les juristes asiatiques se sont mis d'accord pour qu'il n'y ait pas de véritable contestation de l'universalité des droits de l'Homme malgré les diverses approches en Asie et l'absence, à l'époque, d'un instrument de protection des droits de l'Homme en Asie. En effet, ces divergences, d'après les juristes asiatiques, se concentraient notamment sur l'affirmation de la nécessité du

---

[2154] MORAND Charles –Albert « Le noyau intangible des droits constitutionnels » *in* MEYER-BISCH Patrice(éd), *Le noyau intangible des droits de l'Homme*, Éditions Universitaires du Fribourg, Fribourg, 1991, p.56.

[2155] BORGHI Marco et MEYER BISCH Patrice(éd), *Société civile et indivisibilité des droits de l'Homme; Actes du XIième Colloque interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'Homme,* Fribourg, 2000.

[2156] KTISTAKIS Ioannis, « Religious pluralism and tolerance in a (european) democratic society », *AIDH,* vol. II, 2007, pp. 253-271; TZITZIS Stamatios, « La mondialisation, l'universalité des droits de l'Homme et l'identité culturelle du citoyen », *AIDH,* vol. II, 2007, pp. 443-460.

[2157] Un rôle *politique* pour les droits de l'Homme aurait les mêmes résultats désastreux que le rôle politique pour les religions, à savoir, leur instrumentalisation, voir à cet égard, la réflexion de Marcel Gauchet qui dénonce « *l'érection des droits de l'homme comme principe fondateur d'une nouvelle philosophie politique* ». Voir généralement GAUCHET Alain, *La démocratie contre elle-même*, Paris, Gallimard, 2002 ; aussi, BOBINEAU Olivier, *Le religieux et le politique*, suivi de douze réponses de Marcel Gauche, Paris, Desclée de Brouwer, 2010.

[2158] M'BAYE Keba, « Droits de l'Homme et développement… », in *Mélanges René-Jean DUPUY, op.cit.,* pp.216-217, qui note également que des nombreuses dispositions des Constitutions des États africains étant d'ailleurs inspirées de la Déclaration des droits de l'Homme.

[2159] *Ibidem,* p.217.

développement économique ou l'importance des droits des peuples comme concept mobilisateur, et non pas sur une contestation de l'essence des droits de l'Homme[2160].

Cette essence d'ailleurs, pourrait être identifiée avec la *dignité humaine*: il n'est point fortuit que, lors de sa session de Saint-Jacques de Compostelle en septembre 1989, l'Institut du droit international a reconnu que « *les droits de l'Homme sont l'expression directe de la dignité humaine* » et que l'obligation pour les États d'assurer le respect découle de la reconnaissance même de cette dignité dans la Charte des Nations Unies et la DUDH[2161].

En ce qui concerne les approches juridictionnelles et quasi-juridictionnelles, nous pouvons remarquer que, généralement, la jurisprudence internationale, ainsi que le Comité DH reconnaissent explicitement que tous les droits fondamentaux donnent lieu à des obligations *erga omnes*[2162]. Toutefois, la Cour internationale, fait généralement une distinction entre les droits fondamentaux qui appartiendraient au *noyau irréductible* de l'Homme et ne permettent alors aucune dérogation (ceux dont des dérogations ne sont pas permises, en vertu de l'article 4 du PIDCP)[2163]. La Cour européenne de son côté, reconnaît explicitement la suprématie des droits absolus par le biais du *ius cogens*[2164]. La Cour en effet a jugé à plusieurs reprises que les droits absolus « *ne peuvent être restreints* », même en présence d'un besoin social impérieux ou d'intérêts étatiques très importants[2165], ce qui l'amène à admettre qu'il

---

[2160] YAMANE Hiroko, « Bilan des approches en Asie » in FENET Alain, Droits de l'Homme…, op. cit., pp.165-178.

[2161] Article 1, Résolution de l'IDI « La protection des droits de l'Homme et le principe du non intervention », *AIDI,* vol.63-II, 1990, p.286, citée par GIL Amparo Sanjosé, « La responsabilité internationale pour les violations des droits de l'Homme », in *Les droits de l' Homme à l' aube de XXIe siècle*, *Karel Vasak Amicorum Liber,* Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 783-817.

[2162] *Idem,* point 2 : '*rules concerning the basic rights of the human person' are erga omnes obligations and that, as indicated in the fourth preambular paragraph of the Covenant, there is a United Nations Charter obligation to promote universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms ».*

[2163] Comme le remarque M. Goy, les juges de la Haye semblent en effet condamner d'abord les limitations aux droits de l'Homme justifiés par certains exigences (sans même se référer aux limitations « autorisées » en vigueur de l'article 29 de la DUDH ou de l'article 4 des deux Pactes de 1966 in GOY Raymond, *La Cour Internationale de Justice,* Bruxelles, Bruylant, 2002, p.59 et COHEN-JONATHAN Gérard, « Universalité…», *op.cit.,* p.7.

[2164] Voir *supra,* Chapitre 4, note 978 et s.

[2165] DE SCHUTTER Olivier et TULKENS Françoise « Rights in conflict…, *op.cit.*, p. 179. Voir Cour eur. dr. Homme : *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 64, § 159. Voir aussi sur l'interdiction de la torture l'affaire de la Cour européenne *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], précité, *supra,* notes 999, 1002.

existe des droits « *constituant le noyau dur [des droits] protégés par la Convention*»[2166]. D'ailleurs, elle semble reconnaître l'existence d'un *noyau dur* des droits, absolus et non-absolus : ainsi, dans l'arrêt *Odièvre*(2003) par exemple, à propos de l'interprétation de l'article 8, les juges dissidents ont souligné que « *certains aspects du droit à la vie privée se rattachent à la périphérie de ce droit tandis que d'autres font partie du noyau dur de celui-ci* »[2167].

Sous un autre angle, les droits de l'Homme pourraient être fondés aussi sur la prépondérance de *l'État de droit.* En effet, le pluralisme culturel et l'État de droit ne sont pas des notions incompatibles : le premier vise à garantir la liberté culturelle et l'égalité des individus au prisme d'une certaine justice social, alors que le deuxième, vise à garantir le respect des lois et de la démocratie. Sur ce point, même les partisans de la primauté des spécificités culturelles semblent s'accorder. Henri Pallard, par exemple, conçoit la primauté des cultures seulement à partir du moment où celles-ci sont en cohérence avec les principes de la légalité et de l'État de droit : selon lui, « *il est impossible que les spécificités culturelles se mettent à l'abri des demandes de l'État de Droit* »[2168].

Il convient en outre de noter que la religion est absente comme fondement des *droits de l'Homme :* non pas parce que son importance est méconnue (en revanche, nous avons pu constater précisément le contraire dans nos chapitres précédents) mais précisément parce que « *lorsque les traités internationaux et déclarations parlent de "religion et de conviction", la phrase peut avoir des significations différentes pour des gens différents* »[2169]. Ainsi, il n'est point incongru que « *les droits de l'Homme universels modernes se veulent délibérément laïcs, c'est-à-dire étrangers au divin et à*

[2166] Cour eur.dr.Homme : *Ilaşcu et al. c. Moldova et Russie* [GC], précité; *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie* [GC], précité, §108 ; *Jalloh c. Allemagne* [GC], no 54810/00, §104, CEDH 2006-IX.

[2167] Cour eur.dr.Homme : *Odièvre c. France [GC],* no 42326/98, CEDH 2003-III, § 11 de l'opinion dissidente des juges Wildhaber, Sir Nicolas Bratza, M. Bonello, M. Loucaides, M. Cabral Barreto, Mme Tulkens Et M. Pellonpää. Cette constatation, les amena en l'espèce de considerer que « *le droit à l'identité, comme condition essentielle du droit à l'autonomie (Pretty c. Royaume-Uni, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III) et à l'épanouissement (Bensaid c. Royaume-Uni, n° 44599/98, § 47, CEDH 2001-I), fait partie du noyau dur du droit au respect de la vie privée »* et que « *Dès lors, un examen d'autant plus soutenu s'impose pour peser les intérêts en présence* ».

[2168] PALLARD Henri, « L'État de droit face à la diversité culturelle » *in* CHABOT Jean-Luc (dir.) *État de droit, droits fondamentaux et diversité culturelle,* L'Harmattan, Paris, 1999.

[2169] EVANS Carolyne, « Religious freedom…», *in* Mark et EVANS Carolyne(dir), *Religion and international law, op.cit.*, p.385 : « *When international treaties and declarations speak of religion and belief, the phrase may mean a variety of things to different readers people* ».

la transcendance »[2170]. La raison de cette « absence » serait en effet l'idée que seule la *neutralité* du droit international peut garantir le respect égal des religions et des cultures. C'est le cas en particulier parce qu'il existe une ambiguïté majeure quant à l'idée que les religions sont idéologiquement « bonnes »[2171].

C'est d'ailleurs le souci de fournir une certaine *harmonie* quant au contenu de l'universalité des droits de l'Homme qui justifie précisément la nécessité pour les instances internationales de se référer à une sorte de *consensus* des États sur l'affirmation de l'universalité des droits de l'Homme.

En ce qui concerne la Cour européenne en particulier[2172], nous pouvons remarquer que cette dernière prend de plus en plus en compte une multitude de textes qui forment l'ensemble de la protection internationale des droits de l'Homme. En effet, depuis l'arrêt *Golder* (1975), la Cour a clarifié que, si le caractère « sélectif » de la Convention ne saurait prêter à contestation, la Cour tient compte du principe de l'éminence de l'État de droit, qu'elle « *désigne comme l'un des éléments du patrimoine spirituel commun aux États membres du Conseil de l'Europe* ». De même, elle tient compte de la Convention de Vienne sur les Traités (en particulier l'article 31 §3(c) qui invite à tenir compte, en même temps que du contexte, « d*e toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties* »[2173]),

---

[2170] FELLOUS Gérard, *Les droits de l'Homme, une universalité menacée,* La documentation française, Paris, 2010, p.51

[2171] Selon certains auteurs en effet, pour la plupart hostiles au multiculturalisme libéral, il serait utopique de penser aux religions sans considérer leurs effets désastreux. Slavoj Žižek par exemple à la suite de ses réflexions sur l'auteur notoire Oriana Falacci dénonce les « *asymétries du raisonnement tolérant* » que les religions font ressortir: « *What lurks at the horizon […] is the nightmarish prospect of a society regulated by a perverse pact between religious fundamentalists and the Politically Correct preachers of tolerance and respect for the other's beliefs: a society immobilized by the concern for not hurting the other, no matter how cruel and superstitious this other is, and in which individuals are engaged in regular rituals of "witnessing" their victimization[…] What is wrong in the politically correct multiculturalism struggle against racism is not it excessive anti-racism but its covert racism[…]Alongside this we need to put Bush's repeated claims that Islam is a great religion of peace and that it is only misused by fundamentalists[…]What is problematic about Bush's respect for Islam' claims is not their hypocricy, the fact that they cover up an underlying racism and Eurocentric cultural imperialism. What is wrong is the very content of his claims? The game of redeeming the inner truth of a religion or ideology and separating it fril its later or secondary political exploitation is simply false. It is non-philosophical. One needs to be ruthless hère, with regard to Islam, Christianity or indeed.. Marxism* » *in* ŽIŽEK Slavoj, *Violence ; six sideways réflexions,* Londres, Profile Books, 2009(2ème éd.), pp.96-98.

[2172] La nécessité du renvoi est explorée par M.la Juge ZIEMELE Ineta, « Case law of the European Court of Human Rights and Integrity of International Law » *in* HUESA VINAIXA Rosario et WELLENS Karel(éd), *L'influence des sources…, op.cit,* pp.187-210.

[2173] *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, § 29, série A n° 18, §§33-35; *Hatton c. Royaume-Uni,* précité.

ainsi que les « *principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées* » qui sont énoncés aussi dans l'article 38 par. 1 (c) du Statut de la Cour internationale de Justice[2174]. En outre, elle tient compte les droits de l'Homme tels qu'ils ont été cristallisés dans la DUDH[2175], et les nombreux instruments des droits de l'Homme, tels que le PIDESC[2176], la CERD[2177], la CRC[2178], la CAT[2179] ou bien la Charte des Droits fondamentaux de l'Union[2180]. Elle tient compte d'ailleurs également du droit *soft*[2181], notamment les rapports et des déclarations des Nations Unies[2182] du Conseil de l'Europe[2183] et des ONG[2184]. Dans sa démarche, elle arrive parfois à être plus que dynamique : par exemple, dans l'affaire *Hatton*(2003), les cinq juges dissidents, afin de fonder l'existence d'un droit à un environnement sain, font référence non seulement au Protocole de Kyoto et la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain, qui proclame le droit fondamental de l'homme « *des conditions de vie satisfaisantes, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien être* », mais aussi à l'article 37 de la

---

[2174] *Johnston et autres c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 51 ; *Golder c. Royaume-Uni*, précité, § 29.

[2175] Voir par exemple, la requête interétatique de *l'Irlande contre le Royaume-Uni* (1978) ; aussi, *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], précité; *Demir et Baykara c. Turquie,* précité, §73.

[2176] Dans le cas par exemple où un droit est garanti par le PIDESC mais non pas la Convention: par exemple, dans l'affaire *Bladet Tromsø et Stensaas*, la Cour a renvoyé à l'article 17 du PIDCP relatif à la protection de la réputation, puisque la Convention ne dispose pas de prévisions similaires : *Bladet Tromsø*,§ 65, précité.

[2177] De même, dans l'affaire *Jersild*, la Cour s'est reportée à l'article 4 de la CERD afin de justifier sa position selon laquelle les journalistes n'ont pas le droit de diffuser des propos racistes formulés par d'autres : *Jersild c. Danemark*, §40, précité.

[2178] Par exemple, dans *Neulinger et Shuruk c. Suisse,* requête n° 41615/07, 6 juillet 2010, voir à propos aussi *infra,* note 2185.

[2179] *Al-Adsani c. Royaume-Uni* [GC], précité; *Demir et Baykara c. Turquie*, et plus récemment *Rantsev c. Chypre et Russie*, no. 25965/04, 7 janvier 2010, à propos du *trafficking* des femmes en Chypre ; Ismoïlov et autres c. Russie, Requête no 2947/06, 24 avril 2008 ; *Neulinger et Shuruk c. Suisse,* précité.

[2180] Par exemple, dans l'affaire *Goodwin,* pour justifier le droit au mariage des transsexuels (article 8): *Christine Goodwin c. Royaume-Uni [GC],* n 28957/95, CEDH 2002-VI.

[2181] Un bon exemple serait peut être la consécration par ce biais du principe de la *diversité culturelle* par la Cour, et l'avènement des droits sociaux et culturels au sein de la Convention, voir *supra,* Chapitre 6.

[2182] Des déclarations *autres* que celles qui ont acquit une force contraignante en tant que droit coutumier (comme la DUDH), par exemple, la *Déclaration sur la race et les préjugés raciaux* de l'UNESCO dans *D.H. et autres c. République Tchèque*, précité.

[2183] Voir par exemple dans l'arrêt *Rantsev c. Chypre et Russie,* précité, la Cour met en avance les recommandations du Haut Commissaire du CoE des droits de l'Homme (CommDH(2006)12)

[2184] Par exemple, dans *S.D. c. Grèce,* Requête no 53541/07, 11 juin 2009, elle considère aussi ceux du Comité du CoE pour la prévention de la torture (CPT) ; dans *Ismoïlov et autres c. Russie,* Requête no 2947/06, 24 avril 2008 elle tient compte des Rapports du Rapporteur spécial des Nations Unies contre la Torture ; dans *Salah Sheekh c. Pays Bas*, Requête no 1948/04, 11 janvier 2007, elle tient compte des Rapports du Haut Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (UNHCR) ; et dans *Saadi c. Italie*[GC], n_ ° 37201/06, 28 février 2008, CEDH 2008, elle considère aussi les rapports de *Amnestie International,* de *Human Righst Watch,* et de la *Croix - Rouge*.

Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne à propos du développement durable.

La technique du *renvoi* est aussi particulièrement évidente lorsqu'il s'agit précisément de droits absolus, où la Cour met en avant « *toute règle pertinente du droit international applicable dans les relations entre les parties* » pour démontrer l'existence d'un consensus international quant à l'obligation de ne pas dévier du *ius cogens*[2185]. Ainsi, la Cour fait allusion à la jurisprudence d'autres instances internationales, notamment la Cour internationale de Justice (par ailleurs, la Cour, tout comme la Cour internationale de Justice, affirme en toute occasion qu'elle s'« inspire » également des « *principes généraux de droit*»)[2186], la CIADH[2187] et les Comités de suivi des organes internationaux[2188]. Elle se réfère également de plus en

[2185] *Al-Adsani,* précité, §55, voir notes 999, 1002 et s. De même, dans l'affaire *Saadi c. Royaume Uni, [GC*], no 13229/03, CEDH 2008-VII la Cour met en avance la CCT et les Conventions de Genève. De même, dans *Neulinger et Shuruk*, précité, elle met en avance, outre la CRC, les observations du Comité DH, du Comité CRC, de UNHCR et les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à propos des droits de l'enfant. Autre exemple, dans l'affaire *Ilaşcu,* la Cour s'est référée aux travaux de la CDI à propos de la responsabilité d'un État du fait de la violation d'une obligation internationale *; voir Ilaşcu et autres contre Russie et Moldova,* n° 48787/99, 8 juillet 2004, à propos de la violation de la Convention de la part de la Russie et de la Moldavie pour torture. Aussi, dans l'affaire récente *Gäfgen c. Allemagne,* la Cour, afin d'établir l'argument de l' « absoluité » de la vie humaine et de l'interdiction des tortures, les juges se réfèrent largement à tous les aspects les instruments et instances de droits de l'Homme relatifs possibles, du « droit interne, international public et comparé pertinent et la pratique » c'est à dire non seulement la CCT et le PIDCP, ou bien sa propre jurisprudence et la jurisprudence de la CIADH dans des affaires similaires, mais aussi les Observations Générales et la jurisprudence du ComitéDH, le résolutions de l'Assemblée Générale des Nations Unies, l'avis relatif du Rapporteur Spécial des Nations Unies et les droits nationaux, comme la jurisprudence de la Cour Suprême américaine et sud-africaines (dans l'affaire *Mthembu*)de 2008. Voir, Cour eur.dr.Homme: *Gäfgen c. Allemagne*, précité, violation de l'article 3, 11 votes pour, 6 contre : op.dissidente commune aux Juges Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku et Power, qui ont pu constaté que *« c'est précisément en temps de crise que les valeurs absolues doivent demeurer sans concession »*. L'historique de cette affaire en effet est le suivant : un étudiant en droit à Francfort aurait tué le jeune frère d'une relation à lui pour amener à croire qu'il s'agissait d'un enlèvement, afin d'obtenir de la rançon. Pendant son arrestation par la police, son interrogation et sa détention le requérant a allégué avoir subi de plusieurs genres de traitement douloureux et humiliants, alors que la police de son côté, affirma les avoir infligé afin d'amener le requérant à révéler où se trouvait l'enfant qui était cru vivant.

[2186] *Golder c. Royaume-Uni*, précité, §35.

[2187] Par exemple, dans l'affaire *Al- Adsani,* précité, la Cour a expressément fait référence à la jurisprudence des instances nationales dans l'affaire *Pinochet* ainsi qu'à la jurisprudence de la CIADH. De même, dans l'affaire *Soering* (précité, *supra,* Chapitre4); *Soering,* précité. Un autre bon exemple serait l'opinion dissidente dans l'affaire *Fretté*: en l'espèce, les juges dissidents, afin de fonder leur argument sur le champ d'application de l'article 14 (en l'espèce, dans le sens de couvrir l'interdiction de la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle) se réfèrent aux dispositions concernant l'égalité de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (article 21) ; *Fretté c. France,* no 36515/97, opinion dissidente commune aux Juges Sir Nicolas Bratza, M. Fuhrmann et Mme Tulkens , CEDH 2002-I.

[2188] Par exemple, dans l'affaire *Fretté* la Cour se réfère également à la jurisprudence du Comité des Droits de l'Homme (*Toonen c. Australie,* Communication, No 488/1992, 31 mars 1994, CCPR/C/50/D/488/1992)*;* ou bien, dans l'affaire *Gäfgen*, la Cour fait allusion au Comité des droits de l'Homme pour dépister ce qui est la notion de la « torture », en particulier aux constatations adoptées le 29 mars 1983 dans l'affaire *Estrella c. Uruguay* (Communication n° 74/1980) ; également au Comité de la CAT :*N.S. c. Suisse*, Communication no 356/2008, 5 juillet 2010,

plus au *droit comparé*, dans sa démarche pour rechercher l'émergence des « tendances » et des pratiques des États membres de la Convention, mais aussi d'autres États[2189].

CAT/C/44/D/356/2008, à propos du risque de torture contre le requérant dans le cas de son expulsion vers la Turquie.

[2189] Ceci est le cas notamment par le biais des *tiers intervenants(amici curiae)* à la Cour, à savoir des ONG compétentes en la matière qui élaborent des interventions particulièrement détaillées sur les pratiques des États membres, mais aussi parfois sur les pratiques de la Cour Suprême des États Unis, du Canada, de l'Australie etc. Voir par exemple à cet égard, *Gäfgen c. Allemagne,* précité, où la Cour tient compte de la jurisprudence de la Cour Suprême des États Unies, mais aussi de la Cour Suprême de l'Afrique du Sud.

Conclusions du chapitre

Nous avons voulu démontrer dans ce chapitre que la résolution formelle du conflit entre deux droits n'était pas suffisante dans le cas des conflits de droits culturels tels que celui étudié ici. Nous avons identifié plus spécifiquement deux raisons principales à cette insuffisance ; la première est le fait que les « conflits de droits » ont tendance à se transformer rapidement en des « conflits culturels » et la seconde, le fait que les valeurs culturelles qui sont sous-jacentes aux droits culturels sont particulièrement *floues*.

Pour la première question, nous nous sommes penchée analytiquement sur le phénomène des « conflits culturels ». Nous avons constaté qu'il s'agit d'une sorte d' « effet pervers » des interactions culturelles. Nous avons montré plus particulièrement que ces conflits, d'un point de vue social et historique, sont considérés comme le résultat d'un type de domination sociale d'un groupe sur un autre et que, d'un point de vue politique (suivant les idées des politologues comme Huntington et Lewis), ils pourraient être vus comme un affrontement violent des ordres culturels et religieux, notamment entre l'Occident et l'Orient.

Or, nous avons voulu contester l'idée que les interactions culturelles aboutissent *nécessairement* à des conflits culturels. Nous avons montré que les différences civilisationelles n'étaient liées qu'à titre secondaire à l'apparition de ce type de conflits. Nous avons donc constaté que l'hypothèse de l'expansion des « conflits culturels » manifestés *au nom des conflits entre l'art et la religion* découle de différents motifs :

1) Le fait que l'art soit un terrain propice d'exacerbation des tensions culturelles. Cela est dû, d'une part, à la liaison « ambiguë » entre l'art et la morale (l'art, dans sa dimension ontologique, n'est pas forcément lié à la morale, comme l'avait suggéré Platon, mais tout au contraire, est souvent dissocié d'elle) ; d'autre part, aux fonctions fortement symboliques – et collectives – qui rendent possible le fait qu'un image, une sculpture, une chanson ou un monument architectural se prêtent à des interprétations

symboliques issues d'une collectivité. Sans nier qu'il s'agit, certes, d'une première lecture des « expressions artistiques » qui sont en cause (arts plastiques, architecture, artisanat, musique, littérature, etc.), nous avons tout de même constaté que la « liberté de l'art » n'était plus concernée, puisque la vocation symbolique des « œuvres artistiques » telles que des croix, des minarets, des livres saints ou des vêtements, dépassait largement leur caractère esthétique.

2) Le fait que les tensions concernent pour la plupart les relations entre l'Orient et l'Occident, y compris les questions de fanatisme religieux et d'hostilité à l'égard des musulmans, notamment en Europe et aux États-Unis. Nous avons d'ailleurs tenu compte du fait qu'un grand nombre de controverses actuelles impliquant les arts et la religion concernent la religion islamique en particulier, et que ces controverses sont accompagnées d'incidents caractéristiques du fanatisme religieux[2190].

Par la suite, nous avons examiné dans quelle mesure ces « conflits culturels » dissimulent des conflits *entre ordres juridiques différents* et, en particulier, des conceptions *des droits de l'Homme* différentes. Nous nous sommes concentrée plus particulièrement sur les « interprétations régionales » des droits de l'Homme, ainsi que sur les réserves multiples des États aux Conventions internationales.

Tout d'abord, nous avons observé que le discours à propos de l'universalité des droits de l'Homme était un discours extrêmement « sophistiqué », les deux côtés tenant à des arguments forts. Nous avons évoqué à ce titre les difficultés mémorables du célèbre discours officiel du Secrétaire général des Nations Unies lors de la Conférence mondiale de Vienne en 1993. Il semble qu'à l'échelle régionale les choses soient plus claires qu'à l'échelle internationale, les instances judiciaires parvenant à dégager certaines lignes directrices.

En rejetant les positions absolutistes, nous avons observé en premier lieu que les instruments régionaux des droits de l'Homme, ainsi que les réserves des États aux conventions internationales, pouvaient être considérés dans une certaine mesure

[2190] Nous avons songé à cet égard à des nombreux *fatwas* à l'encontre des écrivains blasphématoires occidentaux et non-occidentaux, à des menaces à l'encontre des écrivains et des éditeurs, ou bien à certains rebondissements de l'affaire des caricatures, tout en notant le caractère raciste de certaines de ces expressions

comme l'expression des différences culturelles. En outre, nous avons observé que le régionalisme, dans certains cas, pouvait être extrêmement constructif. Nous en avons donné pour exemple la jurisprudence de la Cour interaméricaine, qui à certaines occasions, prend en compte de façon exemplaire les droits des peuples indigènes. A l'inverse, nous avons considéré comme particulièrement problématiques les réserves systématiques des États islamiques, des autres États à majorité musulmane, ainsi que d'autres États, tels qu'Israël, au PIDCP, à la CEDAW, à la CERD ou à la Convention des Droits de l'Enfant. Toutefois, nous avons opté pour une appréhension des enjeux économiques et politiques qui se trouvent *en amont* du débat sur la culture, car ces enjeux précèdent à nos yeux la mise en cause des spécificités culturelles. Nous avons à ce titre observé que les « différences culturelles » servaient souvent de prétexte, politique ou autre, à limiter les responsabilités des États en cause vis-à-vis du respect des droits de l'Homme, sans que cela soit forcément lié à l'argument des « spécificités culturelles ». Nous avons fondé cette approche sur les observations suivantes :

- Le fait que l'argument « culturel » soit de loin le plus anodin de tous les autres arguments d'ordre politique et économique pour justifier la dérogation aux obligations internationales du respect des droits de l'Homme.
- Le fait que les réserves aux instruments tels que le PIDCP soient déposés par un certain nombre d'États suivant leurs intérêts et sans évocation des spécificités culturelles.
- Le fait que, malgré des déclarations et des ratifications solennelles, la situation des droits de l'Homme soit toujours loin d'être satisfaisante dans des nombreux États, tantôt de l'Ouest tantôt de l'Est, comme le relèvent les nombreux rapports des Nations Unies.

Au niveau européen, nous pouvons nous référer ici, encore une fois, à la Cour européenne et à l'Union. Nous pouvons tout d'abord dire que, tant le débat au sein de l'Union sur la place des « valeurs » et des « traditions » en Europe, que la jurisprudence de la Cour, illustrent toutes les controverses actuelles à propos de la place de la religion dans l'espace et les lieux publics. Quant à la Cour, nous pouvons observer que jusqu'ici elle a fait preuve d'une grande prudence de ne pas inclure à l'article 10 les expressions incitant au racisme ou à la haine ; elle s'est d'ailleurs explicitement opposée à l'instauration d'un Islam politique (*Refah Partisi)*. Il faut dire aussi, qu'outre ces standards, la Cour promeut la *laïcité,* s'inclinant vers un impératif

de neutralité dans les espaces publics et le respect de l'ordre public vis-à-vis des revendications religieuses. Ainsi, tout en cédant une place importante au respect de l'identité religieuse des individus, à leur droit à la non-discrimination (*Thlimmenos c. Grèce*) et à l'autonomie des communautés religieuses (*Église de Bessarabie c. Moldova*), la Cour ne va pas jusqu'à admettre en toutes circonstances des « accommodements raisonnables » fondés sur les croyances des individus ni jusqu'à protéger n'importe quel acte motivé ou inspiré par une religion ou conviction (*Dahlab c. Suisse ; Leyla Sahin c. Turquie* ; *Dogru c. France ; Jasvir Singh c. France*). Elle ne considère pas non plus que toutes les revendications présentées sous l'angle de la liberté religieuse doivent être abordées comme telles (*Ahmet Arslan c. Turquie ; Mouvement raëlien suisse* [2191] . De même, malgré une jurisprudence extraordinairement dynamique vis-à-vis des droits culturels des minorités ethniques (notamment des minorités rom et kurde), la Cour ne semble pas aller dans la même direction pour les minorités religieuses, puisqu'elle associe, peut-être dangereusement, le droit à l'identité culturelle et religieuse des *individus* à l'idée de la laïcité (*Leyla Sahin*).

Pour ce qui est de l'Union, nous pouvons dire que ses « compétences culturelles » se sont étendues depuis Maastricht. Mais si ces compétences couvrent certainement la culture en tant qu'« Arts et Lettres »[2192], il n'en va guère de même pour les *identités culturelles* des États et donc pour la place de la religion dans leur sphère publique. Nous pouvons donc constater que toutes les références à la *diversité culturelle,* même dans le Traité modificatif, sont ambiguës, puisque la promotion désormais très marquée de la diversité des *traditions culturelles* des États membres, démontre justement la difficulté d'établir une certaine harmonie culturelle au sein des États. En ce sens, le Parlement européen s'est opposé à l'arrêt de la Chambre de la Cour européenne l'affaire *Lautsi,* ce qui prépare le terrain pour encore plus d'ambiguïtés à venir (on pense ici notamment à l'adhésion de l'Union à la Convention européenne depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne).

[2191] Ce que ferait par contre la Cour Suprême américaine, voir *Gonzales v. O Centro Espirita,* précité.

[2192] Voir sur cette distinction aussi *supra,* Chapitre 3, note 821 et s.

Quant à la seconde question du chapitre, à savoir l'imprécision inhérente aux valeurs culturelles, nous avons pu constater que celle-ci renfermait deux écueils :

1) Le premier est la difficulté de traduction en *droits* de valeurs culturelles telles que, en l'espèce, l'art et la religion. En effet, chaque valeur signifie des choses différentes pour des individus différents ; cette difficulté est caractéristique de la discipline même du droit qui, par définition, est une discipline fondée sur des règles et des définitions précises dans le but d'atteindre un certain degré de prévisibilité des résultats ainsi qu'une relative « sécurité juridique ». Nous avons observé plus spécifiquement qu'il était impossible de dégager un *consensus* à propos de la définition des phénomènes de l'art et de la religion.

- Quant à l'art, l'impossibilité réside dans le fait que, depuis la modernité, l'art est une notion qui avance par *auto-suppression* de ses définitions précédentes, puisque, comme le remarqua Olivier Revault d'Allonnes, « *un grand mobile de la création en art est la volonté presque délibérée de transgresser les règles et les instruments de la création* »[2193]. Sur le plan juridique, nous avons constaté qu'il était dangereux de définir l'art *a priori* car cela pouvait aboutir à un genre de censure préalable ; seule une distinction *a posteriori* de l'art et du *non-art* est possible (nous nous sommes référée à cet égard à la position de la Cour allemande dans l'affaire *Strauß-Karicatur*).

- Quant à la religion, l'impossibilité de définition est due à l'absence de dénominateurs philosophiques communs, même si de nombreux auteurs, y compris des experts de l'UNESCO, mettent en exergue l'existence de la constante d'une certaine « bonté » dans les religions, la prépondérance de la dignité humaine, ainsi que de la « règle d'or » dans tous les courants spirituels. En effet, d'après une approche sociologique – structuraliste, la religion ne peut être considérée que comme un phénomène social et culturel. Par ailleurs, l'UNESCO elle-même, d'autres organes onusiens, mais aussi la Cour européenne, évitent de donner une définition de la religion, précisément parce qu'il n'existe pas une telle définition universellement acceptable (nous nous sommes référée à titre indicatif au rapport de l'Indien Arcot Krishnaswami, membre de la *Sous-commission de lutte contre les mesures*

[2193] REVAULT D'ALLONNES Olivier, *La création artistique ..*, *supra,* note 316, p. 317.

discriminatoires et de protection des minorités, aux difficultés rencontrées lors de l'adoption de la *Déclaration sur l'élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction,* mais aussi à l'approche *de minimis* de la Cour européenne).

2) Le second écueil est la distorsion du sens même des droits culturels et plus généralement de la *culture*, et leur association au relativisme culturel. Nous avons en effet observé que l'appel de la « culture » et de la « religion » parviennent parfois à couvrir des *dogmes* et des fanatismes religieux. Nous avons noté que les cultures et les religions sont parfois construites sur des idées qui sont en pleine contradiction avec les droits de l'Homme. Nous en avons donné comme exemples de nombreuses pratiques culturelles et religieuses illégitimes (lapidation, *trokosi*, etc.) mais aussi certaines idées de l'Église catholique, par exemple (comme l'interdiction de l'avortement même lorsque la santé de la mère est en cause), et qui semblent être en contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne. Nous avons pu conclure que les droits de l'Homme devraient prévaloir sur ce type de « relativismes culturels », en avançant trois arguments :

1) Le fait que de nombreux auteurs, notamment non-occidentaux, parviennent à démontrer désormais que les droits de l'Homme et les cultures sont conciliables. Nous nous sommes référée en particulier aux travaux du Professeur An'Naim et du Professeur Yasuaki, mais aussi à la Réunion d'experts de l'UNESCO à propos de la place des droits de l'Homme dans les traditions culturelles et religieuses qui a eu lieu à Bangkok (Thaïlande) en 1979, sur le sujet de la compatibilité des cultures, des religions et des droits de l'Homme.

2) Le fait qu'il existe une certaine « légitimation universelle » *de facto* des droits de l'Homme aujourd'hui, ces derniers étant un outil extrêmement important vis-à-vis de la protection des individus à l'encontre des violations étatiques du droit international.

3) Le fait qu'il existe déjà un *consensus universel* sur le contenu des valeurs, malgré les pratiques nationales parfois décevantes. Ce contenu, pourrait être à nos yeux, fondé sur 1) le *noyau dur* des droits de l'Homme 2) l'existence des droits absolus 3) la prééminence de l'État de droit, sur laquelle se mettent d'accord les juristes occidentaux et non-occidentaux. Nous avons remarqué finalement, que la

jurisprudence de la Cour européenne, tout comme à celle de la Cour internationale, reconnaissent toutes trois, explicitement la suprématie des droits absolus par le biais du *ius cogens,* mais également les principes généraux du droit international. Plus récemment, la Cour reconnaît d'ailleurs explicitement plusieurs principes du droit *soft,* notamment à l'égard du principe de la diversité culturelle, du droit à l'environnement etc.

Dès lors, nous avons considéré que l'universalité des droits de l'Homme est fortement affirmée et que le débat du « relativisme culturel », à propos de la légitimité des pratiques qui mettent en cause des *droits absolus*, ressort uniquement à la rhétorique, et ne peut peser d'aucune force pratique.

Chapitre II. La mise en œuvre du pluralisme des valeurs

Nous avons montré dans le chapitre précédent que le prisme des théories du conflit de droits n'était pas adapté pour traiter les conflits culturels qui nous occupent, justement parce que ce type de théories cible une résolution des conflits *in concreto,* alors que nous avons affaire à des controverses généralisées dont les sources devraient être lues *in abstracto*. Nous suggérons donc ici d'adopter une approche minimaliste envers la constatation des conflits de droits au plan juridique et méthodologique et de nous concentrer sur leurs sources : économiques, politiques et sociales à la fois, et parfois, à certains égards, culturelles. Comme le remarque le Rapport du PNUD pour le développement humain, « *en ces temps où l'idée d'un 'choc des cultures' mondial suscite un écho si puissant – et de manière inquiétante – sur toute la planète, il est à nouveau important de trouver des réponses aux vieilles interrogations sur la manière digérer et apaiser au mieux les conflits de langue, de religion, de culture et d'ethnicité »*[2194].

Nous sommes donc amenée à réfléchir ici sur la *prévention* des conflits, plutôt que sur leur *résolution.* En effet, la réflexion que nous allons entamer dans ce chapitre est liée au renforcement de l'idée de *pluralisme des valeurs*. Nous allons cibler à cet égard la normativité des droits économiques, sociaux et culturels des groupes vulnérables, notre conviction étant nourrie de l'idée que les valeurs constituent à de nombreux égards la richesse de la communauté internationale, et qu'il est possible de trouver un *consensus* quant à leur contenu.

Nous allons plus précisément examiner si et comment il est possible d'assurer la diversité culturelle de façon fertile afin de se diriger vers un *modus vivendi* commun dans les sociétés plurielles. A cet égard, nous allons nous concentrer sur l'idée du *dialogue interculturel* et examiner dans quelle mesure celui-ci peut être considéré,

[2194] (PNUD)FUKUDA-PARR Sakiko (dir.), *Rapport sur le développement humain,* « *La liberté culturelle dans un monde diversifié»,* Paris, Economica, 2004, p.1, disponible sur le site de PNUD, http://hdr.undp.org/fr/rapports/mondial/rdh2003/, consulté le 3 mars 2011.

non pas comme un simple vœu, mais comme une obligation pour les États, dont le non-respect entraînerait leur responsabilité internationale.

En outre, nous examinerons quelles sont les conditions du respect véritable de la dignité égale des cultures et des individus, sans aucune discrimination liée à la race, au sexe, à la religion ou à la culture. Nous traiterons pour ce faire de la normativité des droits économiques, sociaux et culturels des groupes vulnérables, en considérant que les droits de l'Homme devraient être impérativement traités comme un ensemble indivisible de droits. Nous suggérerons, en outre, de mettre l'accent sur les devoirs et les responsabilités inhérentes aux droits de l'Homme, dans le sens d'une autolimitation de leur exercice par les individus[2195].

Nous procéderons donc à une réflexion en deux temps : dans un premier temps, nous songerons à la mise en œuvre véritable de l'égalité des cultures ; dans un deuxième temps, à la mise en œuvre véritable du respect égal des individus.

Section 1. Mettre en œuvre le respect égal des cultures

L'idée du respect égal des cultures n'est pas nouvelle pour la communauté internationale. Le premier article de la Déclaration de 1966 sur la Coopération culturelle spécifie que « *Toute culture a une dignité et une valeur qui doivent être respectées et sauvegardées* ». Nous proposons donc à ce point que la promotion diversité culturelle est certainement une idée qui amélioré la compréhension des cultures, et à ce titre, elle peut être véritablement utile pour la mise en œuvre du respect égal des cultures. Or, nous pensons également que la diversité culturelle ne sert à rien sans un renforcement parallèle des droits de l'Homme, notamment des droits économiques et sociaux.

A ce titre, nous allons d'abord étudier le concept de dialogue interculturel, en tant que l'une des méthodes permettant d'assurer la diversité culturelle, et notamment le respect égal des cultures. Nous allons ensuite réfléchir sur le multiculturalisme, et faire l'hypothèse que celui-ci est le seulet unique façon juridique et politique

[2195] En ce sens, les *Principes de Camden pour la liberté d'expression*, adoptés à Londres en 2009, *supra,* note 643.

permettant de prendre en compte des revendications culturelles – sachant cette prise en compte devrait se faire dans certains limites raisonnables –sans oublier les droits économiques, sociaux et culturels.

§1. Assurer la diversité culturelle

Nous avons déjà pu observer que la diversité culturelle est considérée de plus en plus comme une « *source de dynamisme social et économique, capable d'enrichir la vie humaine*»[2196]. Il convient donc ici de s'attacher à la question de savoir *comment* promouvoir cette diversité. Le dialogue interculturel et interreligieux tient ici une place prépondérante, puisqu'il ne peut y avoir de compréhension véritable d'autrui, sans reconnaissance de son droit à l'identité culturelle.

A. La mise en œuvre du dialogue interculturel

Nous allons d'abord étudier le concept de dialogue, afin de nous concentrer ensuite sur la possibilité que celui-ci soit considéré comme un principe normatif.

1. La philosophie du dialogue interculturel

Le concept de dialogue, largement utilisé par les institutions et les organisations internationales (notamment l'UNESCO), est basé sur le respect mutuel et égal des cultures[2197]. Nous pouvons envisager deux types de dialogue potentiellement utiles pour l'optimisation des échanges critiques : le dialogue interculturel et le dialogue interreligieux.

Le premier est selon les anthropologues fondé sur la compréhension de la relation des diverses civilisations avec le droit. Le dialogue à cet égard doit constituer un outil de médiation visant au « *dévoilement des différentes humanités* »[2198]. Quant aux modalités du dialogue, elles doivent être basées sur la logique « inter- » qui, à la

[2196] Communiqué de Presse du Sommet G8 de 2000, précité, *supra,* note 904.

[2197] La philosophie du dialogue en effet a été développé par Ferdinand Ebner et rendue populaire à travers les œuvres de Martin Buber ; voir FRIZZELL Lawrence, « Interreligious Dialogue in Global Perspective », *Seton Hall Journal of Diplomacy& International Law Review,* Vol.3, 2002, p.26.

[2198] PANIKKAR Raimon, *Intrareligious Dialogue,* New Jersey, Paulist Press, 1999 ; Également EBERHARD Christoph, *Droits de l'homme et dialogue interculturel : vers un désarmement culturel pour un droit de paix,* Paris, Editions des écrivains, 2002.

différence de la logique « *pluri-* », opère une fusion et non une simple juxtaposition d'idées [2199]. Certains auteurs font la distinction entre plusieurs modèles de dialogue interculturel, qui contiennent de nombreux point de vues : culturels, politiques, sociaux[2200]. Toutefois, il faudrait tenir compte du fait que ce dialogue est en partie également *symbolique*, puisque seuls les individus peuvent dialoguer, et non les cultures.

Quant au dialogue interreligieux, il s'agit d'un concept social -et choix politique à la fois- important pour la meilleure compréhension du fait religieux dans le monde. Son apport principal est le respect et la coopération entre les différents groupes religieux, qui pourraient à leur tour amener les individus à une meilleure compréhension des questions liées à la laïcité et à la mise en place de la tolérance. Pour reprendre les mots du directeur général de l'UNESCO, M. Koïchiro Matsuura, lors de la session du Conseil exécutif de l'UNESCO en avril 2007, «*une telle incompréhension peut également conduire à l'insensibilité envers des expressions ou des manifestations du fait religieux, ainsi qu'à des signes et symboles de caractère religieux, lesquels peuvent alors être dévoyés le dialogue sur le fait religieux est indissociable d'une réflexion critique relative aux droits de conviction et de conscience de toutes les parties prenantes* »[2201].

Il existe également de nombreux réseaux d'institutions religieuses non-gouvernementales qui mettent en place diverses initiatives pour l'établissement du dialogue interreligieux[2202]. L'une des plus anciennes parmi elles est sans doute le

---

[2199] EBERHARD Christoph, « Rediscovering Education Through Intercultural Dialogue », Contribution à la rencontre internationale d'experts de l'UNESCO, *Diversité Culturelle et Education*, UNESCO, Barcelone 14-16 janvier 2008, p.15.

[2200] HRUBEC Marek « The global struggle for Human rights : a dialogue among cultures », *Perspectives of global development and technology,* Vol.9, 2010, pp.51-52.

[2201] UNESCO, Rapport du directeur général sur la place du fait religieux au sein du programme relatif au dialogue interconfessionnel et interreligieux et « actions visant à la promotion du respect et du dialogue de toutes les cultures », adopté par le Conseil Exécutif de l'UNESCO lors de sa cent soixante-seizième session, Paris, le 5 avril 2007, 176 EX/19.

[2202] Par exemple, il existe le *Great Lakes Inter Religious Network Dialogue Forum*(GL-IRN), sous les auspices du Conseil Africains des Chefs Religieux, l'organisation « Religions de la paix »(ACRL-RfP) etc. Nous pourrions se référer aussi à l'édition de la Revue *Current Dialogue,* éditée par le Conseil oecuménique des Églises ou bien à des nombreuses rencontres, parrainées par le Conseil : par exemple la rencontre des « *Initiatives Internationales et Globales Inter-religieuses* », qui a eu lieu en Chine, en 2002, avec la participation des bouddhistes, chrétiens, hindous, juifs, musulmans et sikh ; Actes du Colloque « International and Global Inter-religious Initiatives : Reflections from a World Council of Churches' Consultation », à l'occasion de laquelle des réflexions importantes sur le rôle des églises et des autres communautés de foi ont été dégagées, en mettant l'accent sur la distinction entre la foi et le fanatisme.

Parlement des religions du monde (Parliament of the Worlds Religions)[2203], qui aboutit à un document connu sous le nom de *Déclaration pour une éthique planétaire.* La même initiative a été prise en 1993 par le théologien suisse Hans Küng : un nouveau Parlement des religions a alors été alors organisé, qui a cette fois mis l'accent, non pas sur une éthique planétaire abstraite, mais sur l'importance de l'universalité des droits de l'Homme et la mise en place du dialogue entre les individus de croyances différentes[2204].

Le rôle des entités religieuses et des chefs spirituels en matière de dialogue interreligieux, quoique contesté dans des contextes laïques[2205], est également important et a un impact profond sur la réalité politique et sociale. Le Concile du Vatican, par exemple (qui a sa propre « *Déclaration civile et politique en matières religieuses* »*,* intitulée « *Dignité humaine »* et proclamée à Rome par le Pape Paul et les Pères du Saint Concile en 1965)[2206], est également actif en matière de promotion du dialogue interreligieux. Ainsi, dans la déclaration issue de la rencontre annuelle du Concile à propos du dialogue entre les religions monothéistes, tant des chefs religieux musulmans que des chefs catholiques ont mis l'accent sur le rôle des chefs spirituels à sur la promotion du dialogue et la nécessité de la construction d'une culture de

---

[2203] Ce dernier en effet, a eu lieu à l'occasion de l'exposition universelle de Chicago en 1893, afin de déterminer si un consensus sur base des enseignements moraux pourrait être trouvée parmi les religions du monde. La réunion a été suivie notamment par des représentants des grandes religions du monde ainsi que les groupes de minorités ethniques et autres.

[2204] ANTES Peter, « Nouvelle politique, histoire et histoire des religions », *Diogène,* Vol.3, n°199, 2002, pp. 26-33.

[2205] Par exemple, au nombre des décisions relatives à la liberté religieuse des témoins de Jéhovah, la Cour européenne a condamné la Grèce précisément parce qu'elle permettait, par le biais de certaines dispositions nationales visant les églises et maisons de prière ne relevant pas de l'Église orthodoxe grecque, « *une ingérence profonde des autorités politiques, administratives et ecclésiastiques dans l'exercice de la liberté religieuse* » ; in *Manoussakis et autres c. Grèce*, n° 18748/91 du 23 mai, 29 août et 26 septembre 1996, §41.Voir aussi, EVANS D. R. & KELLEY Jonathan, *Australian Economy and Society : Religion, morality and public policy in international perspective,* The Fédération Press, 2004 (d'après des enquêtes qui ont lieu en Australie en 1999-2000) et aussi ZORBAS Konstantinos(dir.), *Le Politique et les Religions [Πολιτική και Θρησκείες],* Athènes, Papazisi, 2007, l'étude de la relation entre le religieux et le politique en Grèce, avec des résultats de recherche très intéressants .

[2206] Déclaration du Saint-Siège sur la liberté religieuse « *Dignitatis Humanae de jure personae et communitatum ad libertatem socialem et civilem in re religiosa »,* disponible sur le site du Vatican, http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_decl_19651207_dignitatis-humanae_fr.html, consulté le 10 mars 2011. Hormis son impact au sein de l'Église catholique, cette déclaration donne une définition intéressante de la liberté religieuse. D'après le texte, la liberté religieuse puise ses fondements dans la nature humaine (« *parce qu'ils sont des personnes, c'est-à-dire doués de raison et de volonté libre* »), mais aussi la dignité « *telle que l'a fait connaître la Parole de Dieu et la raison elle-même ».* Son exercice peut être limitée, selon le Vatican, à condition qu'existe un « ordre public juste » (« *son exercice ne peut être entravé dès lors que demeure sauf un ordre public juste* »)

paix[2207]. En outre, il existe des juges qui affirment leur foi en la coopération entre droit et religion : ainsi, M. Christopher Weeramantry, ancien juge à la Cour pénale internationale, a pu souligner qu'« *étant donnée la force des traditions comme le bouddhisme, le christianisme, l'hindouisme et l'islam… il ne saurait y avoir de doute sur le fait que la réflexion future en droit international peut bénéficier profondément des enseignements contenus dans ces traditions* »[2208].

2. L'apport du dialogue interculturel

Le dialogue est un outil de sensibilisation, d'atténuation les tensions et de mise en place des politiques publiques pour la diversité culturelle. Il s'agit plus généralement d'une condition indispensable à la paix entre les Nations Unies plusieurs auteurs le considérant de plus un outil de démocratisation des États ou de développement[2209]. Par ailleurs, pour certains auteurs, comme l'américain Kevin Boyle, il pourrait être également un outil de lutte contre le racisme[2210], alors que pour d'autres, comme le français René Girard, il pourrait avoir un rôle régulateur à l'égard la violence incontrôlée[2211].

Les conflits culturels tels que ceux traités dans cette thèse pourraient alors être en partie prévenus par la mise en place du dialogue interculturel et interreligieux – au moins en raison du fait qu'ils sont dus à l'intolérance culturelle et religieuse. La liaison entre la compréhension des cultures et l'élimination des conflits est en effet significative, puisqu'elle résulte en principe de l'intolérance. La nécessité de l'implémentation d'un dialogue vis-à-vis de l'offense des religions a d'ailleurs été elle

---

[2207] Déclaration finale de la rencontre annuelle du Comité pour le dialogue interreligieux (Vatican) et le Comité permanent Al-Azhar pour le dialogue entre les religions monothéistes (Cairo, Egypt) - Rome, 24-25 février 2009, disponible sur le même site, voir note *supra,* signée par le Cheikh Ali Abd al-BaqiShahataet le Cardinal Jean-Louis Tauran.

[2208] WEERAMANTRY Christopher, ancien juge à la CPI, cité par BADERIN Mashwood, *op.cit.*, p.171.

[2209] KARASINKA FENDLER Maria, « How Intercultural Dialogue Can Improve European Democracy - Deliberative Democracy Approach, *in* BEKEMANS Léonce, PAPISCA Antonio, STEPHANOU Constantin et al.(éds), *Intercultural Dialogue and Citizenship: Translating Values into Actions,* Venice, Marsilio, 2007, pp.85-100.

[2210] BOYLE Kevin et BALDACINNI Andrea, «A Critical Evaluation of International Human Rights Approaches to Racism», *in* Fredman Sandra (dir), *Discrimination and Human Rights – The Case of Racism*, Oxford University Press, 2001.

[2211] GIRARD René, *La violence et le sacré,* cité par ANTES Peter, « Nouvelle politique, histoire et histoire des religions », *op.cit.,*p.31.

aussi l'une des conclusions du rapport de la Commission de Venise à propos de l'étude des lois sur le blasphème dans les États du Conseil de l'Europe : « *Ce n'est pas exclusivement ou même principalement aux tribunaux de trouver le juste équilibre entre la liberté de religion et la liberté d'expression, mais plutôt à la société dans son ensemble, à travers des discussions rationnelles entre toutes les parties de la société, y compris les croyants et les non-croyants […]. C'est par des discussions ouvertes que l'on pourra combattre ces idées et démontrer la supériorité des valeurs démocratiques. Sans débat ouvert, pas de compréhension ni de respect mutuel […] C'est pourquoi la Commission est d'avis qu'il convient de prendre en compte de toute urgence […] la nécessité de promouvoir le dialogue et d'encourager une éthique de la communication pour les médias et pour les groupes religieux* »[2212].

Les apports du dialogue interculturel ne sont pas méconnus non plus au niveau onusien : par exemple, les deux conférences mondiales des Nations Unies contre le racisme (Durban 1 et Durban 2) ont eu pour objet, outre la lutte contre le racisme, également le renforcement de la diversité culturelle et la coopération des États en matière culturelle et religieuse. Ces conférences, d'ailleurs, malgré les critiques dont elles ont fait l'objet[2213], ont sans doute eu un certain impact sur le plan onusien : le Comité de la CERD, par exemple, s'est engagé à s'inspirer des conclusions des Conférences de Durban et à mettre en œuvre des politiques de lutte contre l'intolérance et le racisme[2214].

B. La normativité du concept de dialogue interculturel ?

Si le *développement culturel* des peuples est, dans une certaine mesure, lié à la souveraineté des États, cela n'est pas le cas pour le dialogue interculturel, qui constitue, lui, l'un des aspects de la collaboration internationale. A cet égard, il est

---

[2212] Rapport de la Commission de Venise, CDL-AD(2008), précité, §§97 et 98.

[2213] Voir à titre indicatif BUHRER Jean-Claude et LEVENSON Claude, *L'ONU contre les droits de l'Homme*, *op.cit.* et FAVRET –SAADA Jeanne, *Jeux d'ombres sur la scène de l'ONU : Droits humains et laïcité, op.cit.*. En effet, ces conférences ont été assistées principalement par des représentants des pays non-occidentaux et visiblement moins par des représentants des pays occidentaux.

[2214] UNESCO, « Les dimensions du racisme; travaux de l'atelier commémorant la fin de la ième Décennie des Nations Unies de la luttecontre le racisme et la discrimination raciale », organisé par le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme et l'UNESCO Paris, 19-20 février 2003, New York-Genève, 2006, p.213, HR/PUB/05/4.

difficile de traduire le principe du dialogue interculturel en des *devoirs* des États, ou *a fortiori* en des *obligations* dont le non-respect entraînerait la responsabilité étatique. Toutefois, nous pourrions songer à la mise en œuvre du dialogue comme à un devoir des États, à mettre en œuvre pas à pas : la première étape serait l'affirmation de la normativité du concept de dialogue – et donc de coopération[2215] – interculturel ; la deuxième, la mise en œuvre réelle de l'indivisibilité des droits de l'Homme.

1. Le dialogue interculturel comme un devoir des États ?

Le principe du dialogue *en soi* ne relève pas d'un cadre d'obligations internationales stricte. Il s'agit plutôt d'un principe *soft,* qui est bien un *devoir* pour les États, mais qui n'est pas *a priori* accompagné d'une force normative.

Le *dialogue interculturel* est devenu un point central du discours sur la coopération en matière culturelles et des politiques publiques des États. En effet, sur le plan institutionnel, de nombreux efforts sont régulièrement réalisés en faveur de la promotion du dialogue interculturel et interreligieux aux niveaux européen et international – ces initiatives étant plus ou moins associées à la promotion de la diversité culturelle[2216].

De même, nous pouvons considérer que les mécanismes de médiation de l'ONU jouent parfois un rôle à la promotion du dialogue interculturel. Les Rapporteurs spéciaux de l'ONU notamment, appellent régulièrement à « *l'instauration d'une harmonie plus grande entre les communautés religieuses pour leur permettre de cohabiter dans le respect mutuel* », soulignant que les efforts visant à promouvoir le dialogue entre « *les cultures et les religions* » doivent être salués, encouragés et soutenus activement par les gouvernements. De même, les procédures de l'UNESCO notamment en matière de protection du patrimoine culturel[2217] sont aussi, dans une certaine mesure, des modèles de mise en place du dialogue interculturel. Le Comité intergouvernemental de l'UNESCO par exemple (qui a été créé en 1978 afin de

[2215] BEKEMANS Léonce, « Le dialogue interculturel en Europe », *op.cit.*, p.103.

[2216] Voir notamment BEKEMANS Léonce, PAPISCA Antonio, STEPHANOU Constantin et al.(éds), *Intercultural Dialogue and Citizenship: Translating Values into Actions,* Venice, Marsilio, 2007.

[2217] Voir *supra,* sur la promotion de la diversité culturelle, Chapitre 3.

faciliter les négociations pour la restitution des biens culturels)[2218], pourrait être considéré comme un « modèle » d'un tel mécanisme de dialogue entre les cultures – à condition qu'il soit constitué d'agents culturels, non pas forcément gouvernementaux. Les institutions européennes ont également un rôle important en la matière. Ainsi, d'un part, l'Union européenne a consacré l'année 2008 au dialogue interculturel[2219]. D'autre part, le Conseil de l'Europe, depuis le lancement du Livre blanc en 2008[2220], organise des rencontres annuelles sur la coopération culturelle et le dialogue interculturel[2221]. De ces initiatives, il convient de retenir principalement la Conférence ministérielle du Conseil de l'Europe intitulée *Dialogue interculturel: Aller de l'Avant,* adopté le 21 octobre 2005, et la *Déclaration de Faro sur la stratégie du Conseil de l'Europe pour le développement du Dialogue interculturel* lors de la Célébration du 50e anniversaire de la Convention culturelle européenne.

Seulement que, pour *certains* États, le dialogue interculturel n'est pas uniquement un *devoir* : il est une *obligation*. Il convient tout d'abord de dire ici que le respect égal des cultures n'est pas un principe abstrait : il existe déjà depuis longtemps en droit international, puisqu'il découle du principe de l'égalité souveraine des États, qui découle lui-même du droit à l'identité culturelle des peuples. Le droit à *l'identité culturelle* d'un peuple est reconnu comme une norme fondamentale en droit international et il découle du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes[2222]. D'un point de vue historique, ce droit est lié à l'autonomie des peuples et au contexte de la décolonisation. D'un point de vue normatif, il puise ses sources dans l'article commun au PIDCP et au PIDESC selon lequel « *tous les peuples ont le droit de disposer d'eux-mêmes ».* Il est également prévu par la résolution 2625/1970 de l'Assemblée générale des Nations Unies portant sur les principes du droit international relatifs aux relations amicales et à la coopération entre les États. D'après

[2218] Voir à propos, CORNU Marie et RENOLD Marc-André, « Le renouveau des restitutions de biens culturels : les modes alternatifs de règlement des litiges », *Journal du droit international,* n°2, 2009, pp.493-534.

[2219] Décision n° 1983/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 relative à l'Année européenne du dialogue interculturel (2008), *JOCE,* L 412, 49è année, 30 décembre 2006.

[2220] En effet, la « Déclaration de Faro », adoptée par la conférence des ministres européens de la culture le 21 octobre 2005, lors de la Célébration de la 50ème anniversaire de la Convention culturelle européenne, a proposé la préparation d'un « Livre blanc » sur le dialogue interculturel.

[2221] « Rencontre sur la dimension religieuse du dialogue interculturel » ; Orhid, 13-14 septembre 2010, et Strasbourg, 29 et 30 juin 2009.

[2222] Ainsi le souligne aussi M. LAGHMANI Slim, « Droit international et diversité culturelle », *op.cit*., *supra,* note 1049.

cette résolution, en effet, « *tous les peuples ont le droit de déterminer leur statut politique et assurent librement leur développement économique, social et culturel* »[2223].

Par ailleurs, nous avons pu constater que depuis 2005, grâce à l'UNESCO, la communauté internationale s'était dotée non seulement d'une *Déclaration pour la promotion de la diversité culturelle* (2001)[2224], mais également d'une *Convention pour la promotion de la diversité* (2005)[2225]. Cette Convention (CDC) est aujourd'hui signée par plus de cent États membres de l'UNESCO et elle a une force équivalent à une Convention de l'OMC. Il ne serait donc pas exagéré de dire que le dialogue interculturel est désormais un concept doté de force normative, pour les États qui ont adhérée à la CDC. Plus spécifiquement, la Convention prévoit comme un de ses objectifs « *d'encourager le dialogue entre les cultures afin d'assurer des échanges culturels plus intenses et équilibrés dans le monde en faveur du respect interculturel et d'une culture de la paix* »[2226]. Par la suite, dans le cadre de la promotion de la coopération internationale, elle prévoit comme obligation des États-parties de faciliter le dialogue entre elles sur *la politique culturelle*[2227].

En outre, un autre objectif de la Convention est d'encourager le dialogue entre les cultures afin d'assurer des échanges culturels plus intenses et équilibrés dans le monde, en faveur du respect interculturel, d'une culture de la paix, et afin de stimuler l'*interculturalité.* La notion de l'*interculturalité* elle-même, d'après la CDC, « *renvoie à l'existence et à l'interaction équitable de diverses cultures ainsi qu'à la possibilité de générer des expressions culturelles partagées par le dialogue et le respect mutuel*»[2228]. Ceci est justement le sens de la Déclaration de 1981 sur l'Élimination de toutes les formes d'intolérance et de discrimination fondées sur la religion ou la conviction : « *La tolérance est le respect, l'acceptation et l'appréciation de la richesse et de la diversité des cultures de notre monde, de nos*

[2223] Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale des Nations Unies adoptée le 24 octobre 1970.

[2224] Voir *supra,* note 905.

[2225] Voir *supra,* note 907.

[2226] Article 1 de la CDC.

[2227] Article 12 de la CDD.

[2228] Article 4 §8 de la CDD.

modes d'expression et de nos manières d'exprimer notre qualité d'êtres humains[…]. Elle n'est pas seulement une obligation d'ordre éthique ; elle est également une nécessité politique et juridique. La tolérance est une vertu qui rend la paix possible et contribue à substituer une culture de la paix à la culture de la guerre »[2229] .

Ainsi, la mise en place du dialogue pourrait être considérée comme un devoir triple pour les États, et une *obligation,* pour les États qui ont signé la CDC : 1) devoir(et obligation) de promouvoir la diversité culturelle dans leurs relations internationales ; 2) devoir (et obligation)de promouvoir la coopération culturelle entre les États, par le biais de la création des mécanismes de médiation justement; et 3) devoir (et obligation) de promouvoir la tolérance, comme une vertu politique. Sur ce troisième point notamment, nous pouvons noter que la tolérance, comme « vertu », est promue non seulement au plan juridique – par la Cour européenne par exemple[2230] – mais également par de nombreux auteurs, y compris des libéraux comme John Rawls[2231]. Comme le souligne d'ailleurs M. Decaux, la tolérance devrait « *incarner l'harmonie dans la différence et non le choc des cultures ou la guerre des civilisations qu'il est de mode de proclamer aujourd'hui* »[2232].

En outre, il n'est pas si évident que les *devoirs* des États ne peuvent pas également donner lieu à des *obligations étatiques.* En effet, l'idée *des devoirs et des responsabilités* des États à l'égard des droits de l'Homme a été initialement introduite par Henry Shue aux Nations Unies. D'après elle, nous pouvons distinguer trois types de devoirs accompagnant les droits de l'Homme : le devoir « de ne pas priver » de ses droits, le devoir de « protection à l'encontre la dépossession » et enfin le devoir d'« aide aux plus démunis »[2233].

Cette idée s'est cristallisée depuis la mission de Asbjørn Eide comme Rapporteur de la Sous-commission des Nations Unies pour le droit à la nourriture[2234]. Ce dernier, en

---

[2229] DECAUX Emmanuel, « De la tolérance en droit international » *in* Mélanges en l'honneur de COHEN Gérard Cohen, Liberté, justice, tolérance, Vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.623 et s.

[2230] Cour eur.dr. Homme : *Gündüz c. Turquie* ; *Sürek c. Turquie(n° 1)* [GC] ; *Féret,* précités.

[2231] HRUBEC Marek « The global struggle for Human rights… », *op.cit.*, p.51.

[2232] *Ibidem,* p.626.

[2233] SHUE Henry, « Rights in the lights of duties », in BROWN Peter et McLEAN Daglas, *Human Rights and US Foreign Policy,* Lexington, 1979, cité par DONNELLY Jack, *International Human Rights,* Cambridge, Westview-Perseus, Coll. Dilemmas in World Politics, 2007, p.27.

[2234] UN DOC.: E/CN.4/SUB.2/1987/23. Aussi, EIDE Asbjørn, « Realization of Social and Economic

effet, souhaitant s'éloigner de la conception dichotomique des droits fondamentaux comme des droits à « double face » (défensifs/protecteurs, positifs/négatifs, etc.), a alors proposé de considérer la responsabilité étatique selon trois niveaux :

1) La responsabilité de respecter (*respect*), et de garantir, qui impliquerait que la jouissance du droit fondamental soit possible[2235]. L'État par conséquent a l'obligation de s'abstenir d'interférer directement ou indirectement si cela pouvait être nuisible à un droit fondamental (obligations négatives).

2) La responsabilité de protéger (*protect*) : elle implique que la jouissance du droit fondamental soit accessible. L'État par conséquent a l'obligation de faciliter l'exercice de ce droit ou d'éliminer les entraves pour son exercice (obligations positives).

3) La responsabilité de mettre en œuvre (*fulfill*), qui clôt cette nouvelle vision tripartite de la responsabilité des États : la jouissance du droit fondamental doit être effective, l'État étant tenu d'adopter toute mesure législative, administrative, budgétaire, judiciaire ou autre permettant d'assurer l'épanouissement du droit, dans le sens d'un cadre législatif et d'une politique favorable à sa jouissance maximale[2236].

2. L'indivisibilité des droits de l'Homme comme obligation étatique?

L'indivisibilité des droits de l'Homme apparaît de ce point comme la condition nécessaire et suffisante pouvant entraîner la « compréhension » d'Autrui (de l'Autre culture, de l'Autre religion) condition *sine qua non* de la mise en œuvre du dialogue interculturel. En outre, elle apparaît comme le seul principe pouvant garantir un pluralisme de valeurs *réel* et *effectif* puisque, comme nous avons déjà pu le constater, toute question liée à la diversité, et *a fortiori,* aux conflits culturels, implique

---

Rights and the Minimum Threshold Approach», *HRLJ,* Vol. 10, No. 1–2, 1989, pp.36-51. Voir également, KOCH Elisabeth, *Human rights as indivisible rights: the protection of socio-economic demands*, Leiden - Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p.19 et s.

[2235] L'article 2 paragraphe 1 du Pacte relatif aux droits civils et politiques énonce (PIDCP)*: « Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnu dans le présent Pacte, sans distinction aucune, notamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation ».*

[2236] D'après d'autres,la théorie de responsabilité tripartite n'impose toutefois aucune distinction rigide : d'après Madame Sepuldeva par exemple, expert indépendant des Nations unies sur la question des droits de l'Homme et l'extrême pauvreté, le respect des droits fondamentaux, indépendamment de leur nature crée un continuum ou *spectrum* d'obligations d'état, ce qui signifie que les obligations négatives et positives peuvent interférer ou se superposer l'une à l'autre; voir SEPULDEVA Maria-Magdalena, *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Convenant,* Antwerp, Intersentia, 2003, p.171.

forcément des questions plus complexes qui sont loin de relever uniquement de l'ordre culturel. À nos yeux, seule la mise en œuvre des DESC peut aboutir à la promotion de la non-discrimination à l'égard des individus appartenant à des cultures minoritaires, et donc à la mise en œuvre effective de la diversité culturelle. À l'inverse, seule la mise en avant du principe d'indivisibilité aurait pour résultat l'optimisation du dialogue et de la coopération culturelle dans le cadre des relations internationales.

Certes, au plan international, la nature programmatique des DESC empêche leur *coercition* stricte, laissant leur application à la charge des autorités législatives. Comment exiger, vraiment, sinon par le truchement d'une législation nationale adéquate, des droits qui sont en principe des droits de nature programmatique et un peu « floue » ? La volonté politique est sans doute le premier pas à franchir, afin d'assurer un droit justiciable au logement[2237], à la nourriture et à la sécurité sociale des personnes défavorisées, des plus démunis, des minorités visibles et invisibles, des immigrants et des requérants d'asile en Europe[2238] . Elle est sans doute a fortiori indispensable afin d'assurer le droit de participation à la vie politique culturelle des groupes sociaux minoritaires à la vie politique, de débattre de la xénophobie, de l'intolérance, de la ségrégation et de l'exclusion, de renforcer la liberté d'expression et le droit à l'information des minorités et, plus généralement, de surmonter la peur envers la différence que véhicule chaque « Autre ».

Pourtant, ceci n'est pas tout à fait vrai ; tout d'abord car l'indivisibilité des droits fondamentaux est affirmée dans la doctrine. Aujourd'hui, en effet, il n'existe plus de dichotomie « formelle » entre des droits fondamentaux comme c'était le cas pendant la Guerre froide. Certes, la décision de l'Assemblée générale des Nations Unies (en 1951) de rédiger non pas un, mais deux instruments internationaux pour les droits fondamentaux, le contexte historique de la juxtaposition entre l'Ouest et l'Est, ainsi

[2237] Même si la Cour européenne, dont la jurisprudence à l'envers les DESC est remarquable au cours des dernières années, ne va pas jusqu'à consacrer à l'abstrait un « droit au logement ».

[2238] Voir à propos de al réflexion sur l'asile et l'immigration en Europe : KJAERUM Morten, « Refugee Protection between State Interests and Human Rights: Where Is Europe Heading ?» *HRQ,* 2002, n°24, p.513-536. Aussi, pour une approche critique des politiques de l'asile en Europe, JUSS Satvinder, « The Decline and Decay of European Refugee Policy », *OJLS*, Vol. 25, n°4, 2005, p. 749–792 ; KJAERUM Morten, « Refugee Protection between State Interests and Human Rights: Where Is Europe Heading ?» n°24, *HRQ,* 2002, p.513-536.

que la nature généralement programmatique des DESC, ont été les raisons principales de la séparation artificielle des droits de l'Homme en générations[2239]. Or, cette séparation n'a jamais été absolue[2240]. Déjà lors de la Conférence internationale pour les Droits de l'Homme de Téhéran, en 1968, l'indivisibilité était proclamée : il était affirmé que la pleine jouissance des droits civils et politiques n'était pas possible sans la jouissance des droits sociaux, économiques et culturels[2241]. Ensuite, la résolution 21/130, votée par l'Assemblée Générale en 1977, endossait le point de vue de la Proclamation de Téhéran[2242]. Et en en 1993, lors de la Conférence mondiale de Vienne, le principe de l'indivisibilité – et de l'interdépendance des droits – était solennellement proclamé, et donc, au moins théoriquement, entièrement restauré[2243].

En outre, le principe de l'indivisibilité des droits est renforcé par la théorie des obligations positives pour les États. En effet, la mise en œuvre des DESC ne constitue plus la fixation de simples « idéaux à atteindre » : les obligations positives sont expressément prévues à l'article 2 §1 du PIDESC[2244] et renforcées en théorie par le biais de la doctrine de l'*effet horizontal* des droits fondamentaux, d'après laquelle les droits de l'Homme sont opposables également aux particuliers[2245].

[2239] Comme le rappelle M. Philippe Texier, membre du Comité DESC, « *très curieusement, dès le départ, […] un grand débat s'est amorcé pour différencier [les DESC] […]Alors qu'il n'aurait dû y avoir qu'un seul Pacte, et malgré la volonté de certains des initiateurs de la DUDH, notamment René Cassin et Eleanor Roosevelt, ce sont deux Pactes qui ont finalement été adoptés*» ; *in* (CEDIDELP – IPAM&) RIOUFOL Véronique et ORIZ Horacio, « Les droits économiques, sociaux, culturels et environnementaux : Instruments de lutte pour la dignité humaine et la justice sociale », *document élaboré par deux groupes du travail sur les droits fondamentaux*, préface par Philippe Texier, Paris, mars 2005, disponible sur le site http://www.rinoceros.org/spip.php?article1097, consulté le 10 mars 2011. Voir aussi *supra,* note 824.

[2240] Le PIDCP par exemple, prévoit aussi la possibilité d'une « réalisation progressive » de certains droits ; *in* CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, « La protection des droits économiques, sociaux et culturels », *RIGDIP*, tome 94, Vol.4, 1994, p.915.

[2241] CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, « La protection des droits.. », *op.cit.* , p.916.

[2242] Résolution 32/130 de l'Assemblée Générale « moyens alternatifs dans le système des Nations Unies pour perfectionner la jouissance effective des droits de l'Homme », citée par M. Cançado-Trindade, *ibidem,* p.920.

[2243] Voir *supra,* Chapitre 7 notamment la Déclaration de Vienne, A/CONF.157/24 , précitée, *supra,* notes 991 et s, 1952 et s.

[2244] L'article 2§1 du PIDESCO prévoit en effet que « *Chacun des États parties au présent Pacte s'engage à agir, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, notamment sur les plans économique et technique, au maximum de ses ressources disponibles, en vue d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus dans le présent Pacte par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives* ».

[2245] A titre indicatif SASSOLI Marco « L'effet horizontal de l'indivisibilité des droits humains dans le contexte de la mondialisation » in BORGHI Marco et MEYER BISCH Patrice (éd), *Société civile et indivisibilité des droits de l'Homme; Actes du XIe Colloque interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'Homme,* Fribourg, 2000 et SCHABAS William, *idem,* p.366.

Au fur et à mesure alors, le Comité DESC a accentué la responsabilité des États, en mettant notamment l'accent sur *la mise en œuvre des droits*[2246]. Ainsi la responsabilité des États est devenue tripartite*:* les États partis donc seraient désormais tenus d'adopter toute mesure législative, administrative, budgétaire, judiciaire ou autre pour assurer leur épanouissement, dans le sens d'un cadre législatif et une politique favorable pour sa jouissance maximale[2247].Par ailleurs, le système *d'Observations générales* du Comité DESC, a été précisément mis en place pour *« aider les États parties à s'acquitter de l'obligation de présenter des rapports et d'apporter des éclaircissements pour mieux comprendre le but, le sens et la teneur des dispositions du Pacte* »[2248].

De même, le Comité des Droits de l'Homme a clarifié lors de sa treizième session en 1981 que l'article 2 du PIDCP[2249] comprend l'obligation pour les États parties au Pacte d'assurer *la jouissance pleine* des droits prévus dans le Pacte à tous les individus ressortissant de leur juridiction[2250], alors que, quelques années plus tard, en 2004, il précisa clairement que les obligations découlant du PIDCP sont de nature positive et négative à la fois[2251]. A la même occasion d'ailleurs, le Comité DH reconnu un certain effet horizontal *implicite* des droits de l'Homme, dans le sens que

---

[2246] Voir aussi *supra,* note 161 et s.

[2247] D'après Madame Magdalena Sepuldeva, ce renforcement du rôle des *obligations positives* des États pourrait être du en partie à la publication des travaux de Mathhieu Craven et son étude méticuleux sur lu Pacte ; voir SEPULDEVA Maria-Magdalena, *The nature of the obligations..*, *op.cit.,* p.401; en effet M.Craven, publia en 1993 un ouvrage (CRAVEN Matthew, *The International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights : A Perspective on Its Development,* Oxford University Press, 1998)en partie critiquant le rôle secondaire du Comité, et en constatant que, « *même si les 'travaux préparatoires 'reconnaissent la légitimité d'une action affirmative, il y a peut d'indication que de telles mesures positives sont en effet requises* ».

[2248] Fiche d'information n° 16 (Rev.1) du Comité DESC, aout 1996 à la suite de la Déclaration et Programme d'action de Vienne (Partie I, par . 5), A/CONF.157/24 , précités, *supra*, notes 991 et s, 1952 et s.

[2249] PIDCP, paragraphes 1 et 2 notamment: « 1. *Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur leur territoire et relevant de leur compétence les droits reconnus dans le présent Pacte, sans distinction aucune[...] 2. Les États parties au présent Pacte s'engagent à prendre, en accord avec leurs procédures constitutionnelles et avec les dispositions du présent Pacte, les arrangements devant permettre l'adoption de telles mesures d'ordre législatif ou autre, propres à donner effet aux droits reconnus dans le présent Pacte qui ne seraient pas déjà en vigueur... ».*

[2250] OG n°3 du Comité DH concernant l'implémentation de l'article 2 du PIDCP à niveau national, 29 juillet 1981.

[2251] OG, n° 31 du 26 mai 2004 du Comité DH concernant la nature des obligations générales légales imposées aux États partie, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, point 6 *[...] : « The legal obligation under article 2, paragraph 1, is both negative and positive in nature. States Parties must refrain from violation of the rights recognized by the Covenant, and any restrictions on any of those rights must be permissible under the relevant provisions of the Covenant ».*

les individus devraient être protégés non seulement à l'encontre des violations du Pacte par les États, mais aussi par les actes commises par des personnes privées[2252].

A ce stade, nous ne pouvons nous passer, encore une fois, de la jurisprudence de la Cour européenne qui joue également un rôle pionnier dans la mise en avant des obligations positives des États. En effet, par son interprétation extensive du texte de la Convention européenne, la Cour parvient aujourd'hui à donner une base solide aux droits sociaux et aux droits culturels, notamment le droit à la sécurité sociale, le droit d'expression et le droit d'association[2253]. De même, la Cour interaméricaine, malgré les approches critiques de certains auteurs[2254], fait preuve d'une interprétation dynamique des droits de l'Homme, qui tient compte de l'interdépendance et de l'indivisibilité des droits de l'Homme[2255]. Par ailleurs, les Comités de suivi des Pactes semblent acquérir un rôle de plus en plus important quant à la *justiciabilité* de ces droits – et notamment le Comité DESC, depuis la signature du Protocole optionnel pour le PIDESC, démontrant qu'aujourd'hui, le rôle des Comités peut être un rôle effectif et réel, plus que consultatif[2256].

[2252] *Idem,* point 8 : *« The article 2, paragraph 1, obligations are binding on States [Parties] and do not, as such, have direct horizontal effect as a matter of international law. The Covenant cannot beviewed as a substitute for domestic criminal or civil law. However the positive obligations on States Parties to ensure Covenant rights will only be fully discharged if individuals are protected by the State, not just against violations of Covenant rights by its agents, but also against acts committed by private persons or entities that would impair the enjoyment of Covenant rights in so far as they are amenable to application between private persons or entities ».*Voir aussi, DIPLA Charitini, *La responsabilité de l'État pour violation des droits de l'Homme ; problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, 1994, p.60 et s.

[2253] Voir notamment SUDRE Frédéric « Les 'obligations positives' dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Rolv Ryssdal*, Köln-Berlin-Bonn-München, Carl Heymanns Verlag, 2000, pp.1359 - 1376; SUDRE Frédéric, *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 7è, 2008, p.32-34 et 122-123 ; AKANDJI-KOMBE Jean-François, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme,* CoE, Strasbourg, 2006. À titre indicatif voir aussi les arrêts de la Cour : *Pretty,* précité (article 2) ; *McCann et autres* précité (article 2) ; *Gaskin c. Royaume-Uni,* 7 juillet 1989, série A no 160, §§ 42-49 (article 8) ; *X et Y c. Pays Bas,* 26 mars 1985 (article 8) ; *Folgero c. Norvège*, précité, §73 ; *Fuentes Bobo c. Espagne*, no 39293/98, 29 février 2000(article 10) ; *Appleby et autres c. Royaume-Uni,*no 44306/98, CEDH 2003-VI(article 10) ; *Plattform « Ärztefürdas Leben » c. Autriche*, 21 juin 1988, série A no 139; *James et Webster, précité* (la liberté syndicale) *Calvelli et Ciglio c. Italie [GC],* n° 32967/96, § 49, CEDH 2002-I ; la liberté de former des partis politiques (article 11).

[2254] PASQUALUCCI Jo, International indigenous land rights: a critique of the jurisprudence of the Interamerican court of Human rights in light of the United Nations Declaration on the Rights Of Indigenous Peoples, *Wisconsin International Law Journal*, Vol.27, 2009-2010, pp.51- 98.

[2255] Voir *supra,* note 1934.

[2256] Nous avons déjà mis en exergue les pouvoirs limités de la Comité CERD, alors que les même ambiguités existent également sur le plan du Comité Droits de l'Homme. M. Flaherty, par exemple, membre du ce dernier, remarque que les Obligations Finales – qui n'ont pas d'effet contraignant, mais sont plutôt de nature générale- démontrent précisément que les organes des traités voient leur rôle comme consultatif ; voir O'FLAHERTY Michael, « The Concluding Observations of the

§2. Repenser le multiculturalisme

Le multiculturalisme n'est pas fondé sur une culture « dominante » mais sur la coexistence de plusieurs cultures égales dans un seul État ; ainsi, il a le mérite d'être la seule option politique qui mette en œuvre la diversité culturelle et qui accepte le droit à la différence, du fait précisément d'une *reconnaissance égale des cultures.* Cependant, le multiculturalisme n'est pas une panacée pour l'aménagement de toutes les différences. Nous proposons donc ici de repenser le multiculturalisme en posant des limites, et cela donc à deux niveaux : d'abord, les limites au multiculturalisme comme choix politique, et ensuite, les limites au multiculturalisme comme choix juridique.

A. Repenser le multiculturalisme comme choix politique

Les principaux défis posés au multiculturalisme sont forcément liés à la problématique de la diversité, mais aussi à celle de la division. Nous allons étudier dans un premier temps la philosophie du multiculturalisme (y compris donc ses bienfaits), afin de proposer ensuite que les droits économiques et sociaux doivent être la seule condition du multiculturalisme.

1. La philosophie du multiculturalisme

Il n'est pas fortuit que, depuis les années Cinquante, toutes les initiatives visant à promouvoir la « diversité culturelle » aient été reçues avec suspicion, comme si elles visaient en réalité la division. Ceci est raisonnable si l'on considère les expériences amères du passée, notamment le nazisme et l'apartheid ; des politiques fondées sur la division dans le but de chasser de nombreux groupes de minorités sociales et raciales, en raison précisément de leurs « différences culturelles ». Un sociologue italien, peu de temps après la guerre qui a ravagé l'ex-Yougoslavie, par exemple, attire à juste titre notre attention sur les risques liés à la sur-accentuation de la diversité, remarquant que « toute idée de diversité culturelle […] implique un prémisse de guerre civile »[2257]. Ainsi, le terme même de « multiculturalisme » ne fait son apparition que lorsque la notion de la diversité est historiquement restaurée.

UNHR treaty bodies », *HRLR*, n°6, 2006.

[2257] SCARDIGLI Victor (dir), *L'Europe et la diversité,* éd.CNRS Sociologie, Paris 1993, pp. 17-18.

Cependant, ces hésitations s'avèrent caduques aujourd'hui. Le modèle multiculturel en effet semble convenir aux sociétés plurielles parce qu'il est nettement plus « riche » que le modèle laïque. Il permet une plus grande liberté de choix et une plus grande autonomie, puisque la culture, dans le modèle multiculturel, reste toujours choisie et non imposée. En effet, le multiculturalisme, en excluant l'idée de l'imposition d'un seul modèle dominant, est un modèle ouvert, qui permet une maximisation des échanges. Reste à savoir comment répondre aux défis du multiculturalisme et assurer la diversité des citoyens dans des conditions d'égalité économique et sociale, et non pas seulement d'égalité culturelle.

En effet, la première caractéristique du multiculturalisme, tel qu'il a été conceptualisé par les Canadiens Taylor et Kymlicka, serait l'égalité des cultures, manifestée par l'extension des droits à des minorités ethniques, culturelles et religieuses. Dans un État multiculturel, il n'y a donc pas de processus d'intégration, comme dans le modèle laïque, mais bien un processus d'interaction continue. Aux yeux de Taylor d'ailleurs, il est nécessaire de reconnaître le respect égal des cultures, non seulement comme une nécessité pour le dialogue, mais pour leur propre vie. Ceci se traduit dans le droit international par une promotion de la diversité culturelle[2258].

Par ailleurs, le multiculturalisme a des bienfaits certains à de nombreux égards comme choix politique, et notamment dans l'aménagement de la diversité pour les groupes sensibles et les minorités[2259]. Par l'instauration de mesures positives, il permet une plus grande interaction des groupes culturels et une plus grande participation des groupes minoritaires à la vie politique et démocratique[2260] : dans le

[2258] De façon indicative, voir KYMLICKA Will, *Politics in the Vernacular : Nationalism, Multiculturalism,* Oxford University Press, 2001 et *Citizenship* et aussi *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, 1999; TAYLOR Charles, *Multiculturalism and the politics of recognition,* Princeton University Press, 1994 ; TAYLOR Charles, *Multiculturalisme, Différence et démocratie*(1992), Paris, Aubier, 1994. Voir aussi COWAN Jane « Culture and Rights after Culture and Rights» in GOODALE Mark(ed), *Human Rights; an anthropological reader, op.cit.*, p.305 et s.

[2259] Voir à titre indicatif, La « lettre ouverte à sa sainteté le pape Benoît » (signée par une quarantaine de hautes personnalités musulmanes réitérant la légitimité de la « Guerre Juste ») a eu aussi un impact à la stéréotypisation des musulmans, voir CUYPERS Michel et GOBILLOT Geneviève, *Le Coran, op.cit.*, p.105.

[2260] D'ailleurs, historiquement, dans les pays de l'Europe occidentaux qui ont connu l'expansion coloniale, la question des politiques respectant la « diversité culturelle » a été posée lors de l'intégration des anciennes colonies à la métropole. Aujourd'hui, cette nécessité est d'autant plus pressante, à la lumière de la nécessité de l'intégration des groupes minoritaires.

modèle multiculturel, l'accès à la vie de la communauté est facilitée pour les immigrés et leurs descendants par le *ius soli* ou les politiques plus ouvertes que dans le modèle laïque[2261]. Tout particulièrement en ce qui concerne les matières religieuses, il offre, au travers du financement (égal) des cultes et de l'enseignement des religions dans les écoles publiques, une plus grande liberté de choix au citoyen.

La politique du multiculturalisme consiste donc à trouver des moyens de gestion de la diversité (« accomodating diversity »), selon les termes de Kymlicka. Ce qui implique des options politiques très concrètes, au moins à quatre niveaux :

- La reconnaissance d'un droit à la langue, y compris l'implémentation des mesures positives pour le renforcement des langues étatiques minoritaires ;
- la participation égale de tous à la vie culturelle de sa propre communauté ;
- le droit à des « privilèges » religieux, voire à l'exception religieuse des règles neutres et généralement applicables, du fait des croyances religieuses (« opt-out »)[2262] ;
- le droit à l'autonomie et même à l'auto-gouvernement (ou à l'autodisposition) dans une zone géographique déterminée d'un État.

Il va sans dire qu'il s'agit des défis importants : des critères qui sont extrêmement difficiles à appliquer, qui soulèvent plusieurs questions, d'ordre politique, social, économique et culturel.

D'autres écrivains partisans du multiculturalisme considèrent ce dernier comme un bon choix politique également pour les populations minoritaires, puisque ce système peut les aider à renforcer la protection de leur identité culturelle et à lutter contre la « *vague de la mondialisation et de l'homogénéisation culturelle* »[2263].

Ainsi, l'« expérience multiculturelle », à travers l'« aménagement de la diversité », s'avère précieuse pour l'établissement d'un certain pluralisme social, et notamment pour le traitement non-discriminatoire des groupes minoritaires[2264] – qu'il s'agisse de

[2261] STATHAM Paul et KOOPMANS Ruud, « Multiculturalisme, citoyenneté…, *op.cit.,* p.147.

[2262] McGOLDRICK Dominic, « Accomodating muslims in Europe ; from adopting Charia law to religiously based opt-outs from generally applicable laws», *HRLR,* Vol.9, n°4, 2009, pp.603-645.

[2263] BLIBLECH Fadhel « Patrimoine culturel et mondialisation » *in* MEZGHANI Nébila et CORNU Marie (sous la dir. de), *Intérêts culturels et mondialisation, aspects internationaux,* Paris, L'Harmattan, 2004, p.164 et s.

[2264] BRIBOSIA Emmanuelle, RINGELHEIM Julie et RORIBE Isabelle, « Aménager la diversité : le droit à l'égalité face à la diversité religieuse », *RTDH,* n°78, 2009, pp. 319-373.

minorités ethniques ou de peuples indigènes, de minorités culturelles (étrangers, immigrants ou réfugiés) ou simplement de minorités religieuses. Le multiculturalisme alors suppose une rupture par rapport à la définition conventionnelle de la citoyenneté libérale, qui se défini notamment par l'existence des mesures préférentielles, destinées à récompenser le poids des inégalités subies par ces minorités[2265]. Une lecture « multiculturaliste » du droit, ainsi que la consécration progressive du principe de diversité culturelle[2266], sont précieuses, non seulement pour le renforcement des politiques de « discrimination positive », mais aussi pour le renforcement des procédures participatives des minorités et des groupes exclus de la vie culturelle et politique – notamment pour ce qui concerne l'accès à l'information et à la culture[2267].

Cependant, l'idée que le multiculturalisme constitue un mauvais choix politique car il ne conduit à la compréhension et au dialogue, mais plutôt à la division sociale et économique, est maintenue par des nombreux auteurs[2268]. L'écrivain Kenan Malik, par exemple, un Britannique d'origine indienne, reconnaît d'une part que la diversité culturelle a un aspect positif, en permettant « *de comparer et opposer des valeurs, des croyances et des modes de vie différents, pour se faire une opinion et être en mesure de choisir les plus justes. Autrement dit, la diversité est essentielle car elle nous permet d'engager un débat et un dialogue politiques susceptibles de nous aider à créer un code de la citoyenneté plus universel*[...] »[2269]. Or, d'après lui, le multiculturalisme en tant que choix politique constitue un moyen de légaliser la ségrégation, notamment lorsque les différences sont publiquement affirmées. Cette

---

[2265] Voir en ce sens, CONSTANT Fred, «La citoyenneté entre égalité et identité » *in* DE DECKER Paul et FABERON Jean François, L'État Pluriculturel *et les droits aux différences,* Colloque de Nouméa, Université de la Nouvelle Calédonie, 3-5 juillet 2002, Bruxelles, Bruylant, 2003, p.65 et s.

[2266] Voir à cet égard, IOVANE Massimo « The Universality of Human Rights and the International Protection of Cultural Diversity: Some Theoretical and Practical Considerations»,*International Journal on Minority and Group Rights,* n°14, 2007, pp.231–262.

[2267] Ainsi, par exemple, en l'affaire *Manole et autres c. Moldova*, no 13936/02, 17 septembre 2009, CEDH 2009-… (extraits), la Cour Européenne estima à l'unanimité qu'il y a eu violation de l'article 10, dans le cas d'une chaîne télévisée qui diffusé ses programmes en six langues différentes afin d'assurer un plus grand accès des minorités à l'information. Voir généralement : PENTASSUGLIA Gaetano, « Reforming the UN Human Rights Machinery: What Does the Future Hold for the Protection of Minorities and Indigenous Peoples? An Introduction »,*International Journal on Minority and Group Rights,* n°14, 2007, pp.127–139.

[2268] Par exemple : WATSON C.W., *Multiculturalism,* Buckingham, Open University Press, 2000; MALIK Kenan, « Against multiculturalism », New Humanist, juin 2001 ; PARRIS Matthew, « Multiculturalism. A Dangerous Word Just Like Apartheid », *The Times,* 24 January 2004; McGOLDRICK Dominic, « Multiculturalism and its Discontents », *HRLR,* n°5, 2005, pp.27-56.

[2269] MALIK Kenan « Against multiculturalism », *op.cit.* Voir aussi MALIK Kenan, *From Fatwa to Jihad: The Rushdie Affair and its Legacy*, Londres, Atlantic, 2009.

position a d'ailleurs été soutenue avec rigueur par de nombreux écrivains non-occidentaux ; ainsi, dans son livre Modernités et Islam, par exemple, le professeur syrien de culture islamique Aziz Al-Azmeh suggère que la diversité culturelle est un autre terme pour désigner le racisme : « *Puisque la race n'est plus utilisée comme forme d'identité valide, tout ce qui reste est l'argument culturel* »[2270].

2. Les droits économiques et sociaux comme condition du multiculturalisme

Nous avons déjà suggéré que, malgré ses hésitations, l'État multiculturel reste le seul modèle politique viable dans les sociétés plurielles. Or, ses applications ne devraient pas faire oublier que ce qui est important est davantage le respect du principe du non-discrimination et l'égalité sociale et économique.

Or, plusieurs théoriciens pensent que l'introduction formelle de la diversité dans les choix politiques amènera davantage de disparités économiques. Madame Calves, par exemple, estime que l'éloge de la diversité répond à des objectifs politiques, remplaçant les exigences les plus strictes du principe de « non-discrimination », en particulier dans le milieu du travail[2271]. De même, l'un des écrivains hostiles au concept de diversité culturelle, le professeur américain Walter Benn Michaels, estime que la diversité est une « *parodie de justice sociale* » et une « *méthode politique de l'inégalité », qui « optimise le système économique, en partageant leurs différences, sans distinction* »[2272]. Des nombreux auteurs francophones auraient les mêmes préoccupations. Le professeur Constant par exemple se demande : « *à quoi bon célébrer les différences culturelles tout en laissant fleurir les inégalités sociales alors que les premières chevauchent souvent les secondes ?[...] Autant de questions auxquelles les pouvoirs publics locaux et nationaux seront contraints d'apporter des*

[2270] AL-AZMEH Aziz, cité par ERIKSEN Jens-Martin et STJERNFELT Frederik « Culturalism: Culture as political ideology », *Eurozine*, janvier 2009.

[2271] CALVES Gwénaëlle, « Répression des discriminations, l'adieu aux armes » *in* CHAMPEIL-DESPLATS Véronique et FERRE Nathalie, *Frontières du droit, critique des droits* ; *textes réunis pas en l'honneur de Danièle Lochak,* LGDJ, Paris, 2007 ; LAUFER Jacqueline « L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est-elle soluble dans la diversité ? », *Travail, genre et sociétés,* Vol.1, n°21, 2009, pp. 29-54.

[2272] BENN MICHAELS Walter, « Liberté, Fraternité…Diversité? », *Le Monde Diplomatique,* février 2009. Voir aussi Walter BENN MICHAELS *The trouble with diversity: how we learned to love identity and ignore inequality,* New York, McDougal, 2007.

réponses sous peine d'exposer la vie commune aux dérives meurtrières de pressions identitaires irrépressibles »[2273].

En effet, les critères fixés par les conditions de réalisation d'une véritable diversité culturelle, non seulement sont extrêmement difficiles à appliquer au plan national, mais également catalytiques pour la cohésion de l'État-nation et l'idée de citoyenneté[2274]. Apparaît alors la nécessité d'un examen approfondi au cas par cas, sans lequel l'effort de réalisation serait voué à l'échec, ce qui nous amène à constater un certain romantisme dans les arguments multiculturels qui méconnaissent parfois la question de la difficulté extrême de l'application des critères définis pour l'aménagement de la diversité, ainsi que les autres problèmes relatifs à la souveraineté nationale et à la stabilité politique : en particulier la question de l'aménagement des différences « controversées » et celui de l'autonomie territoriale et/ou judiciaire[2275]). La première entrave est à cet égard que « *le droit à la culture demande que l'État abandonne sa position neutre et aide activement les cultures qui ont en besoin, même*

[2273] CONSTANT Fred, «La citoyenneté entre égalité et identité » *in* DE DECKER Paul et FABERON Jean François, *L'État pluriculturel et les droits aux différences, op.cit.* p.69.

[2274] En effet, le multiculturalisme contourne le principe de la citoyenneté, entraînant par conséquent la fragmentation de l'État-nation. Déjà dans la fin du 19è, John Stuart Mill avait insisté sur la valeur politique de la nationale (et donc culturelle) de l'homogénéité nationale, revendiquant l'appartenance ethnique que la seule condition possible de la démocratie représentative. Pour Mill, le pluralisme serait en effet problématique puisque « les influences sur l'opinion publique qui permettrait de déterminer les choix de politique serait différente d'un bout du pays à l'autre ». Cette idée aurait été réitérée par Gellner, peu après l'effondrement de l'ex-Union soviétique, qui aurait proposé fermement qu'un État ne peut fonctionner que dans une union nationale et politique. Voir : MILL John Stuart, «Of Nationality, as Connected with Representative Government» *in Considerations* on Representative Government (1861), *in* Ch.XVI, PECORA Vincent, *Nations and Identities; Classical Readings*, Wiley- Blackwell, 2001, p.142 et s. Voir aussi, GELLNER Ernest, *Nations et nationalisme*, Paris, Payot, 1999, p. 11, cité par SAVIDAN Patrick, *Le multiculturalisme*, PUF, Paris, 2009, p.57.

[2275] Par exemple, l'application de la Charia dans un État libéral est manifestement contraire aux principes du droit international et aux droits de l'Homme en particulier (voir *supra,* Chapitre 7, notamment notes 1932 et s); c'est le cas de la coexistence des systèmes juridiques et religieux. En Grèce par exemple, certains cas d'application de la Charia (qui consistent notamment à des mariage des mineurs (dans un cas extrême le *mufti* de Rhodope a jugé valide un mariage entre deux mineurs, dont une fillette de 11 ans), ou à des mariages *par représentant*) s'analysent non pas au respect des droits culturels, mais à des cas flagrants d'inconstitutionnalité et de violation des droits de l'Homme ; voir généralement KTISTAKIS Ioannis, *Loi sacrée et citoyens grecs musulmans. Entre communautarisme et libéralisme* [*Ιερός νόμος του Ισλάμ και μουσουλμάνοι έλληνες πολίτες: μεταξύ κοινοτισμού και φιλελευθερισμού*], Athènes- Thessalonique, Sakkoulas, 2006. Voir aussi à propos les études du Centre d'Etudes sur les Groupes Minoritaires en Grèce(KEMO) : TSITSELIKIS Constantin, « La communauté turco-musulmane de Thrace. Institutions et structures d'organisation de la minorité » [« Η τουρκο-μουσουλμανική μειονότητα της Θράκης. Θεσμοί και οργανωτικές δομές της μειονότητας »], 15 février 2006; KTISTAKIS Ioannis, « Le Mufti, la Charia et les Droits de l'Homme; théocratie ou état de droit en Grèce moderne? »[«Ο Μουφτής, η Σαρία και τα Δικαιώματα του Ανθρώπου: Θεοκρατία ή κράτος δικαίου στη σύγχρονη Ελλάδα;», 1 janvier 2007, disponibles sur le site du KEMO, http://www.kemo.gr/index.php?sec=thematics&cat=9, consultées le 1 novembre 2010.

si ces cultures ne sont pas compatibles avec les idéaux de l'État »[2276]. Michaels estime en outre que l'idée de « diversité » est absolument liée à la confirmation de la libéralisation des échanges et, finalement, au capitalisme : « *Une société libérée du racisme, du sexisme et de l'hétérosexis*me », écrit-il, « *est une utopie néolibérale dont tous les motifs incongrus de l'inégalité ont été supprimés*»[2277]. « Hélas », nous dit l'auteur, « *nous préférons nous débarrasser du racisme, de la pauvreté, afin de célébrer la diversité culturelle plutôt que de chercher l'égalité économique [...] Pourquoi ? Parce que nous préférons l'idée du 'choc des civilisations' à celle de la 'lutte des classes'* »[2278].

B. Repenser le multiculturalisme comme choix juridique

Le multiculturalisme comprend sans doute l'allocation des privilèges aux groupes sociaux, culturels et religieux dans le but d'« aménager la diversité ». A cet égard, l'application juridique de la théorie du multiculturalisme présente certains défauts, et notamment la nécessité des choix politiques afin d'établir des critères selon lesquels les différences culturelles doivent ou non être aménagées – parfois aussi en fonction des milieux différents[2279].

1. Aménagements légitimes et demandes illégitimes

Les avantages donnés aux groupes sociaux minoritaires ne devraient pas être confondus avec les demandes illégitimes d'affaiblissement des droits de l'Homme. En effet, un aménagement « aveugle » des différences pourrait être légitimé au nom de revendications multiculturelles (comme par exemple la légitimation de la pénalisation du blasphème). A l'inverse, la hausse des revendications identitaires qui n'ont pas de fondement ni sur la culture des droits de l'Homme ni sur l'État de droit, pourraient donner lieu à des politiques régressives ou xénophobes qui ne respectent pas les cultures identitaires des individus. De plus, au nom du multiculturalisme, les droits

[2276] MARGALIT Avishai et HALBERTAL Moshe, « Liberalism and the Right to Culture », *Social research*, Vol. 71, n°3, 2004, pp.529-548.

[2277] BENN MICHAELS Walter, cité par HALIMI Serges, « Diversité contre égalité », *Le Monde Diplomatique*, septembre 2007.

[2278] BENN MICHAELS Walter, cité par D'ELIA Gilles, « La diversité contre l'égalité; chérir les identités pour ignorer les inégalités », 28 août 2009, paru sur http://www.relectures.org/article19.html le 28 août 2009, consulté le 25 octobre 2010.

[2279] Voir aussi JÉZÉQUEL Myriam, *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ?,* Montréal, Yvon Blais, 2007.

économiques et sociaux sont souvent méconnus, ce qui facilite, comme nous l'avons démontré, les incidents liés au fanatisme religieux et au paroxysme autour des sensibilités offensées – comme certains incidents relevant de notre cas d'étude.

Le multiculturalisme ne doit pas être confondu non plus avec la possibilité pour toute demande collective d'établir en faveur d'un groupe une exception culturelle ou religieuse. Le droit à des « privilèges » religieux, en particulier, et a fortiori la négociation des exceptions des règles neutres en raison de la religion, se fait justement dans le but d'« accommoder les différences » et non pas de faire « dévier » les droits de l'Homme de leur sens premier. A cet égard, le multiculturalisme ne devrait pas offrir un fondement juridique qui permette l'affaiblissement de la liberté d'expression, l'un des droits les plus fondamentaux des sociétés libérales.

Le droit éventuel à ne pas être offensé dans ses sensibilités, en particulier, ne devrait pas être considéré comme une « exception à aménager ». En cela, d'ailleurs, les « partisans » de la laïcité[2280] semblent également d'accord, puisqu'une lecture « laïque » du droit n'est pas compatible avec le crime d'offense à la religion. Comme le remarque M. Haarscher,

« *si tout groupe dont l'orthodoxie est mise en question se permet de réclamer que le bras séculier de l'État laïque s'abatte sur ses dissidents (qui ne mettent pas, eux, violemment en cause les droits des 'orthodoxes' à continuer sur la voie puriste qu'ils ont choisie), la liberté d'expression disparaîtra : la société s'identifiera de plus en plus à une sorte de mosaïque de groupes conservateurs, revendiquant fortement leur identité et leur 'authenticité' et négociant – dans le meilleur des cas – entre eux des compromis de façon à éviter que ne s'exprime la parole critique individuelle et 'dissidente'* »[2281].

[2280] Nous n'entendons par « laïcité » pas uniquement la séparation radicale de l'État et des confessions. Il existe aussi une conception de laïcité large, qui associe le principe de la liberté de conscience avec le principe de l'égalité ; selon cette conception, l'État appartient à tout le peuple, et non pas uniquement aux partisans d'une certaine religion, HAARSCHER Guy *La laïcité,op.cit.*, p.91. Par ailleurs, il existe en effet des nuances du modèle de la laïcité en tant que séparation officielle entre l'État et la religion: la laïcité française, la *laicidad* espagnol et la *laicità* italienne interprètent la neutralité étatique en des façons très différentes. En outre, il existe des États « séculaires » (où la religion a un rôle institutionnel dans l'État) ou bien les États multiconfessionnels, qui sont pourtant qualifiés de laïques; voir généralement HAARCHER Guy, *La laïcité, op.cit,* p.46; VENTURA Marco, « Religious Pluralism and Human Rights in Europe » *in* LOENEN Titia et GOLDSCHMIDT Jenny*, Religious Pluralism and Human Rights in Europe…, op.cit,* pp.119-128.

[2281] HAARCHER Guy, *La laïcité, op.cit.,* pp.91-92.

2. Entre laïcité et multiculturalisme

Il convient également de dire à ce stade que, si l'on fait une lecture des droits de l'Homme qui les dissocie des revendications illégitimes issues des « relativismes culturels » de tout genre, *laïcité* et *multiculturalisme* ne sont pas forcément incompatibles. Le débat devrait être, à notre avis, placé plus sur le plan de la non-discrimination juridique, que sur celui de la *laïcité.* Par ailleurs, on se souviendra également que des lectures « abusées » de la laïcité peuvent se produire, qui sont provoqués précisément par des lectures abusives des principes d'égalité et d'égalité de traitement dans les sociétés laïques[2282].

Par ailleurs, les défenseurs de la liberté d'expression parlant d'une point de vue laïque ne semble pas non plus hésiter à effectuer un glissement à partir du droit (légitime) à l'offense des sensibilités au nom de la laïcité et à plaider, finalement, non pas en faveur du discours libre des idées, mais bien du discours de haine : car à force d'imposer la neutralité étatique dans les matières sensibles, il ne reste que peu de place pour l'appréciation de l'intention de l'incitation à la haine. Ainsi l'aurait par exemple sous-entendu l'éditeur culturel du journal danois *Jyllands Posten* qui, quelques jours après la publication des caricatures de Mahomet en 2006, avait déclaré que le « traitement égal » de tous les religions dans un État laïque n'excluait pas l'« offense égale » aux sensibilités : « *Equal treatment is the democratic way to overcome traditional barriers of blood and soil for newcomers. To me, that means treating immigrants just as I would any other Danes. And that's what I felt I was doing in publishing the 12 cartoons of Mohammed last year. Those images in no way exceeded the bounds of taste, satire and humor to which I would subject any other* *exceeded the bounds of taste, satire and humor to which I would subject any other* *Dane, whether the queen, the head of the church or the prime minister. By treating a Muslim figure the same way I would a Jewish or Christian icon, I was sending an important message: You are not strangers, you are here to stay, and we accept you as an integrated part of our life. And we will satirize you, too. It was an act of inclusion,*

[2282] La question de la laïcité impliquerait la question de savoir comment assurer la neutralité des institutions principales d'un État, y compris les politiques culturelles et les médias. A l'égard de cela, c'est Kymlicka en premier qui a su démontrer que la neutralité de l'État n'est, finalement, jamais possible. Voir généralement, KYMLICKA Will, *Politics in the Vernacular, op.cit., supra,* note 2258.

not exclusion, an act of respect and recognition »[2283].

Section 2. Mettre en œuvre le respect égal des individus

La plupart des tentatives pour traiter ce sujet à la doctrine considèrent les conflits traditionnellement du point de vue des États. Ainsi, peu d'attention a été donnée aux conflits qui émergent au sein d'une même société, du côté des *individus*. Or, les sociétés ne peuvent être pensées sans tenir compte de la nécessité du *vivre ensemble*. Les sociétés plurielles sont d'emblée les premières à être concernées par cette nécessité, ce qui déplace donc l'axe de notre réflexion de la loi vers la construction d'une idée de citoyenneté plurielle.

Nous avons démontré précédemment que le pluralisme religieux pouvait se conformer avec les idéaux de l'État de droit ; nous allons donc maintenant suggérer que l'idée de *citoyenneté* n'exclut pas la liberté culturelle. Seulement, cette citoyenneté devrait être construite dans une optique plurielle ; l'avènement des identités « plurielles » s'avère donc ici le point-clé qui est d'emblée nécessaire à un *vivre ensemble effectif* – tout comme le renforcement des devoirs et de la responsabilité *individuelle* s'avère la condition nécessaire de l'application des droits.

§ 1. Construire des identités plurielles

Nous allons suggérer maintenant, plus spécifiquement, comment construire des identités « plurielles », tout en tenant compte de la *liberté* – voire de la nécessité – de l'appartenance *culturelle* des individus, mais également de l'idée de *citoyenneté*. Il nous semble que la voie pour ce faire soit double : elle comprend, d'un part, la mise en œuvre plus efficace de la liberté culturelle des individus ; d'autre part, elle comprend le dialogue non plus entre les cultures (ou les religions), mais entre les *individus* mêmes.

A. Vers une prise en compte plus efficace de la liberté culturelle

[2283] ROSE Flemming, « Why I Published the Muhammad Cartoons », *Journal New York Times*, 31 mai 2006, cité par FOSTER Joshua, « Prophets, cartoons, and legal norms: rethinking the United Nations defamation of religion provisions », *Journal of Catholic Legal Studies*, n°48, pp.19-39.

Aujourd'hui, l'attention donnée aux droits culturels est toujours minime par rapport aux autres droits. En effet, il nous semble essentiel de définir correctement la *liberté culturelle* des individus, puis de penser à celle-ci non pas comme à une fin en soi mais plutôt comme à un moyen de vivre ensemble.

1. L'existence d'un cadre suffisant pour la protection de la liberté culturelle

La liberté culturelle, à savoir le « *pouvoir choisir son identité – qui l'on est – sans perdre le respect d'autrui ou être exclu d'autres choix* »[2284], est un élément essentiel de l'épanouissement personnel et du développement humain. Comme le stipule l'un des rapports de PNUD consacré à la liberté culturelle, « *Les individus veulent être libres de pratiquer leur religion ouvertement, de parler leur langue, de célébrer leur patrimoine ethnique ou religieux, sans crainte du ridicule, du châtiment ou de l'amoindrissement de leurs chances. Les individus veulent être libres de prendre part à la société sans avoir à se détacher des liens culturels qu'ils ont choisis* »[2285]. Sur le plan juridique, la liberté culturelle est protégée par un cadre solide de protection formelle, puisqu'une multitude d'instruments internationaux contiennent des disposition relatives à la protection et à la promotion du droit à la participation à la vie culturelle de la communauté. L'article 27 de la DUDH, tout comme l'article 27 du PIDCP, l'article 15 du PIDESC, ainsi que d'autres instruments (notamment la DRIPS, la DDDM ou la *Convention-cadre* du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités), visent tous à garantir les droits des minorités (y compris religieuses) et le droit de participer pleinement à la vie culturelle, religieuse, sociale, économique et publique de la communauté[2286]. Dans le même sens, des textes *soft,* y compris la

---

[2284] PNUD& FUKUDA-PARR Sakiko (dir.), *Rapport sur le développement humain,* 2004, précité, *supra,* note 2194.

[2285] *Ibidem.*

[2286] Pour un aperçu bref des dispositions relatives de ces instruments, voir *supra,* Chapitres 1 et 3, à propos de la protection de la liberté (artistique et) culturelle et la promotion de la diversité culturelle. Pour la question de la protection des minorités, voir *supra,* Chapitre 7, notes 1958 et 1970 et aussi à titre indicatif : ALLEN Stephen et XANTHAKI Alexandra(éd), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples,* Oxford, Hart, 2011 ; MESSNER Francis « Le statut des cultes minoritaires en Europe »in *Minorités religieuses dans l'espace européen,* PUF, 2007; RINGELHEIM Julie, *Diversité culturelle et droits de l'homme : la protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, *op.cit., supra,* note 1952*;* BOEV Ivan, *Introduction au droit européen des minorités,* L'Harmattan, Paris, 2008 ; PENTASSUGLIA Gaitano, *Minorités en droit international: une étude introductive,* Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2004 ; BREDIMAS Antonis & SICILIANOS Linos-Alexandre (dir.), *La protection des minorités - La convention cadre du Conseil de l'Europe[Η προστασία των μειονοτήτων, η Σύμβαση-πλαίσιο του Συμβουλίου της Ευρώπης]*, Athènes, Sakkoulas, 1997FENET Alain, KOUBI Geneviève(et al.) *Le droit des minorités, analyses et textes,* Bruxelles, Bruylant, 1995; GRIGORIOU Panayotis (éd), *Questions de Minorités en Europe*, Bruxelles, Presses Interuniversitaires Européennes, 1994 ;

Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle, proclament que la culture vitalise l'humanité en vue de son épanouissement[2287] et que l'accès à la culture devrait être ouvert à tous[2288].

De même, la liberté culturelle est mise en avant comme un outil de lutte contre le racisme : c'est la *Déclaration sur la race et les préjugés raciaux* de l'UNESCO qui, en premier lieu, affirme à haute voix que « *tous les individus et tous les groupes ont le droit d'être différents* »[2289].

En outre, en 2004, le Comité des Droits de l'Homme a fait observer, comme nous l'avons déjà évoqué, que la culture « *[pouvait] revêtir de nombreuses formes et s'exprimer notamment par un certain mode de vie associé à l'utilisation des ressources naturelles, en particulier dans le cas des populations autochtones »* et que ces droits « *[pouvaient] porter sur l'exercice d'activités traditionnelles telles que la pêche ou la chasse et sur la vie dans les réserves protégées par la loi* »[2290]. Plus récemment encore, en 2009, le Comité DESC a souligné les obligations positives qui accompagnent la liberté culturelle : « *Le droit de participer à la vie culturelle peut être assimilé à une liberté. Pour qu'il soit garanti, l'État partie doit à la fois s'abstenir (ne pas s'ingérer dans les pratiques culturelles et l'accès aux biens et services culturels) et agir de manière positive (assurer les conditions nécessaires à la participation à la vie culturelle, faciliter et promouvoir celle-ci et assurer l'accès aux biens culturels ainsi que leur préservation)* »[2291].

2. La nécessité d'une meilleure prise en compte de la liberté culturelle

---

THORNBERRY Patrick, *International Law and the Rights of Minorities,* Oxford UniversityPress, 1991 ; PAZARTZI Photini, « Identité minoritaire et droits culturels » [« Μειονοτική ταυτότητα και πολιτιστικά δικαιώματα »] *in* BREDIMAS Antonis & SICILIANOS Linos-Alexandre (dir.), *The protection of minorities.., op.cit.,* p.81.

[2287] Par exemple, la Déclaration de Mexique sur les politiques culturels. Pour la *Déclaration de l'UNESCO sur la diversité culturelle* voir *supra,* Chapitre 3, notes 905, 907 et s.

[2288] Par exemple, la *Recommandation sur la participation à la vie culturelle* de l'UNESCO (Recommandation concernant la participation et la contribution des masses populaires à la vie culturelle) de 26 novembre 1976.

[2289] Article 1 de la *Déclaration sur la race et les préjugés raciaux* de l'UNESCO, adoptée par l'UNESCO le 28 novembre 1978.

[2290] OG n°23 (article 27), 26 avril 1994, *supra,* note 826.

[2291] OG n°21 du Comité DESC, *supra,* note 100.

En réalité, le système actuel de protection internationale des droits culturels est peu efficace dans la mise en œuvre de la protection de la liberté culturelle. Les dimensions de la controverse à propos du port du foulard et de la présence de symboles religieux dans l'espace public ont démontré précisément que les possibilités de reconnaissance de l'individualité religieuse ou de groupes religieux dans la sphère publique sont limitées[2292]. Par ailleurs, les droits culturels se résument le plus souvent au droit à l'éducation et peu d'attention est donnée à la participation de l'individu à la vie culturelle de *sa* communauté[2293]. En outre, peu d'actions sur le terrain sont mises en place pour la protection des identités culturelles, en raison peut-être, entre autres, de l'incompréhension des autres cultures, de l'absence des démarches anthropologiques en droit ou bien de l'approche caricaturale dont souffrent les controverses culturelles dans leur présentation dans les médias[2294].

Par ailleurs, tant la justiciabilité que la possibilité du contrôle des droits culturels est faible. Comme le Remarque M. Symonides, tous les ans, les droits culturels sont censés être débattus au sein de la Commission DH, alors qu'en vérité, le contrôle de la Commission, y compris de l'article 15 du PIDESC, est limité aux droits économiques et sociaux[2295]. De même, malgré la pluralité des outils de travail de l'UNESCO dans le domaine des droits culturels, l'unique mécanisme du contrôle compétent pour la protection des droits culturels reste le *Comité consultatif sur l'éducation pour la paix, les droits de l'Homme, la démocratie, la compréhension internationale et la tolérance,* agissant sous la procédure établie par la Décision 104 EX/3.3[2296].

Ce n'est donc que récemment que la doctrine a commencé à insister sur l'avènement d'un droit à la culture plus solide, un « *droit qui s'inscrit dans une logique nouvelle,*

[2292] STATHAM Paul et KOOPMANS Ruud, « Multiculturalisme, citoyenneté… », *op.cit.,* p.147.

[2293] Cette nuance linguistique légère mais significative, a été mise en évidence également pendant les *Travaux préparatoires* de l'article 27 de la DUDH, voir STAMATOPOULOU Elsa, *International protection of cultural rights, op.cit,* p.45 et s. voir aussi *supra,* notamment note 106 et s.

[2294] Voir, par exemple, la perception de l'anthropologie en droit EBERHARD Christoph, « Law and anthropology in a 'glocal' world : the challenge of dialogue» *in* FREEMAN Michael et NAPIER David, *Law and Anthropology* , Vol.12, Oxford University Press, 2009, pp.67-88.

[2295] SYMONIDES Janusz, « The history of the paradox of cultural rights and the state of the discussion within UNESCO » *in* MEYER-BISCH Patrice, *Les droits culturels, une catégorie sous-développée des droits de l'homme*, 1993, Editions Universitaires Fribourg.

[2296] BIDAULT Mylène, *Protection des droits culturels; quelles actions pour l'UNESCO?,* consultation pour l'UNESCO, *op.cit*. Voir généralement *supra,* Chapitres 1 et 3 sur les actions de l'UNESCO pour la protection des droits culturels, notes 168 et s, 879 et s.

entre droit-liberté et droit-créance, et se divise en deux termes : à la fois droit d'accès à la culture et droit à la participation à la vie culturelle. De même, la consolidation de la catégorie des « droits culturels » semble de plus en plus être une perspective réelle depuis les années 1990 où elle s'est vue déchargée de la notion de « relativisme culturel »[2297] : d'une part, grâce aux revendications culturelles des peuples indigènes et à la mise en place d'instruments de protection (dont la Convention 169 de l'OIT signée en 1989[2298] ou la DRIP de 2007) ; d'autre part, du fait de la prise en compte de la dignité humaine et des identités culturelles minoritaires pour la consolidation de démocraties solides[2299].

Ainsi, le renforcement de ce genre d'initiatives est important pour une mise en œuvre efficace des droits culturels, dans une nouvelle approche où ces derniers seraient débarrassés de leur étiquetage dans la catégorie « sous-développée » des droits de l'Homme[2300].

B. La mise en place du dialogue inter-individuel

Nous pouvons imaginer également ici que le droit ne soit pas forcément le meilleur *forum* pour dépasser les différences dans un esprit de dialogue. A cet égard, nous optons pour la meilleure compréhension et mise en œuvre du concept de la citoyenneté plurielle (ou « multiculturelle », d'après Kymlicka), mais également pour

---

[2297] Voir *supra,* note 1931 et s.

[2298] YUPSANIS Athanasios, « ILO Convention No. 169 Concerning Indigenous and Tribal Peoples in Independent Countries 1989–2009: An Overview, *Nordic Journal of International Law*, Vol.79, 2010, pp.433–456.

[2299] YUPSANIS Athanasios, « The concept and categories of cultural rights in international law – their broad sense and the relevant clauses of the international human rights treaties », *Syracuse Journal of International Law & Communication*, Vol. 37, p.209.

[2300] Voir dans ce sens, les efforts collectifs de nombreux auteurs : STEVANHAGEN, Rodolfo, « Cultural rights : A social science perspective *»in* EIDE Asbjørn et al. (éd.), Economic, Social and Cultural Rights, 2nd ed. Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001, 87-91; EIDE Asbjørn, « Cultural rights as individual rights » *in* EIDE Asbjørn, KRAUSE ROSAS(dir), *Economic and culuralrights,* Dordrecth, Matinus Nijhoff, p.229 ; STAMATOPOULOU Elsa, « *Les droits culturels… »*, *op.cit.*; BIDAULT Mylène, *La protection internationale…, op.cit.*, note 108*;* MEYER- BISCH Patrice, « Analyse des droits culturels », *in Droits fondamentaux*, n°7, janvier 2008 – décembre 2009, disponible sur www.droits-fondamentaux.org (consulté en janvier 2010) ; SYMONIDES Janusz, « Cultural rights »*..., op.cit.*, pp.175-227; MEYER- BISCH Patrice, « *Les droits culturels, une catégorie sous-développée des droits de l'homme*, Actes du VIIIe Colloque interdisciplinaire sur les droits de l'homme à l'Université de Fribourg, 1993, Editions Universitaires Fribourg Suisse ; NICOLAKOPOULOU-STEPHANOU Iro, «La protection des droits culturels..», *op.cit.,* pp.91-103; PERRAKIS Stelios, « Les droits de l'Homme et des peuples à la culture et l'environnement» *in* TSALTAS Grigoris(éd), *Environnement, Culture..*, *op.cit.,* pp.59-80 ; VOLODIN Vladimir, *Human rights in education, science, and culture : legal developments and challenges,* Paris-Hampshire, Unesco-Ashgate, 2007, p.232 et s.

la promotion des initiatives et des procédures de médiation interculturelle au niveau étatique.

1. Vers un concept de « citoyenneté plurielle »

Pour le juriste, la notion de citoyenneté a longtemps eu le sens de « nationalité »[2301]. Toutefois, le sens initial de la notion n'est pas basé sur l'idée même de nation, mais plutôt sur l'appartenance à une cité : le « citoyen » est en premier lieu l'habitant d'un Etat, dont l'éthique personnelle précède le droit. L'idée de la citoyenneté émerge alors comme l'indispensable « accompagnement » de la loi. D'après Lord Lester : « *la loi seule ne peut pas obliger les gens à sentir qu'ils appartiennent à un pays ou à s'identifier à un système politique et éthique. Un cadre constitutionnel bien conçu est une condition nécessaire mais pas suffisante* ». Le point essentiel, en ce sens, serait alors de se fonder sur la citoyenneté afin d'établir « *une culture du respect des libertés d'autrui* » qui « *chérit la diversité, sans desserrer nos liens communs, en tant que citoyens égaux d'un pays uni* »[2302].

Le « citoyen parfait » de l'Antiquité grecque fournit une bonne illustration de cette idée de la citoyenneté. L'homme grec, en effet, ne saurait être un homme sans cité : il est un « homme politique », déterminé dans plusieurs de ses dimensions par sa qualité de citoyen[2303]. Comme le remarque M. Tzitzis, l'humanité de cet homme ne peut s'accomplir que dans la polis[2304]*:* c'est justement pour cela que ce dernier est caractérisé dans ses actes par une certaine « indifférence juridique » (d'après l'expression de M. Tzitzis) au profit d'une certaine éthique personnelle[2305]. Et c'est pour cela que l'homme de l'Antiquité grecque est avant tout un juge pour lui-même[2306] ; l'*humanité* est l'élément clé de la qualité du citoyen grec, tout comme elle

---

[2301] LEROY-FORGEOT Flora, *La citoyenneté juridique*, Lyon, Septentrion, 1999, p.23.

[2302] LESTER Anthony, « Multiculturalism and free speech », *The Political Quartetly,* Vol.81, 2010, p.23 : « *Law alone cannot compel people to feel that they belong to a country or to identify with a political and ethical system. A well designed constitutional framework is necessary but not sufficient. We need to work together to promote a sense of civic pride and public service, a culture of respect and freedoms of others, a culture which cherishes diversity without loosening our commonties as equal citizens of a united country. That is a challenge* ».

[2303] TZITZIS Stamatios, *Droit et valeur humaine,* Paris, Buenos Books International, 2010, pp.10-11.

[2304] *Ibidem,* p.12.

[2305] TZITZIS Stamatios, *La personne, l'humanisme et le droit,* Sainte-Foy (Québec), Les Presses de l'université Laval,2001, pp.55-56.

[2306] Voir *supra,* note 928, *infra* note 2337 et également TZITZIS Stamatios, *Le citoyen, l'éthique, la sanction*: *de l'évolutionnisme social à l'humanisme pénal,* Paris, Buenos Books International, 2008,

l'est pour le citoyen « pluriel ». Et c'est seulement à partir de l'*humanité* entière, que nous pouvons passer de la qualité d'homme-citoyen de la *polis,* à la qualité d'homme-citoyen « cosmopolite ».

Ceci présuppose un changement de perspective sur les relations interindividuelles, voire le renversement des relations entre l'individuel et le collectif. Le citoyen « pluriel », en effet, ne se contente pas d'habiter dans la *polis* : il tient en compte de la différenciation des groupes sociaux et culturels et de leurs besoins propres, éventuellement différentes[2307]. De surcroît, le citoyen cosmopolite possède une qualité absente chez l'individu-sujet de droit : il reconnaît dans l'Autre la même valeur qu'il reconnaît pour lui-même[2308]. Le discours sur la compatibilité entre les cultures et les droits de l'Homme s'écarte alors au profit du discours sur la compréhension entre les cultures, et notamment entre la majorité et les minorités culturelles et religieuses diverses[2309].

Il est également important de souligner que le discours sur la citoyenneté, quoique largement fondé sur l'éthique, ne se restreint pas forcément sur le plan ontologique ; il peut y avoir aussi une certaine normativité juridique. Cela pourrait être le cas par exemple si l'on déplaçait l'optique judiciaire des conflits de droits (individuels) vers les besoins du vivre-ensemble collectif.

Plusieurs critères pourraient dès lors être proposés, qui ne prendraient pas en compte les droits individuels, mais plutôt le bien-être collectif de la cité. Ceux-ci pourraient être choisis par exemple en fonction des considérations de politique publique[2310] : aucun besoin alors de recourir à l'argument culturel pour interdire le voile intégral (celui qui dissimule le visage entier) ou le fait de brûler des croix dans les jardins des

---

p.58 et s. Cet auteur en effet construit sa réflexion sur les notions de la *faute* et de la *responsabilité* dans l'Antiquité à partir de l'*éthique* inhérente aux citoyens grecs, dans leur quête de la Vérité (la *alèthéia*) et de la Liberté.

[2307] Le pluralisme social est pris en compte en premier lieu en tant que fait statistique, dans le sens par exemple que l'Europe contient un pourcentage désormais important d'immigrants musulmans qui sont pour la plupart vraisemblablement blessées par l'association entre le terrorisme et leur religion.

[2308] M. Tzitzis qualifie cette démarche d' « exercice humanitaire », voir TZITZIS Stamatios, *Droit et valeur humaine, op.cit.,* p.47.

[2309] AN-NA'IM Abdulahhi Ahmed, « Global citizenship and human rights …, *op.cit.,* pp.13-55.

[2310] M. Rehman par exemple propose de critères fondés sur des« policy considerations » ; voir REHMAN Javaid, « A clash of civilisations and a conflict of cities », *in* LOENEN Titia et GOLDSCHMIDT Jenny, *Religious Pluralism…*, *op.cit.,* pp.185–196.

Juifs (ce qu'aurait fait le *Ku Klux Klan* dans l'affaire R.A.V.[2311]) et aucune raison non plus de considérer favorablement l'accommodement raisonnable des diversités lorsque celles-ci viennent perturber de façon significative le *modus vivendi* entre citoyens d'une même cité. La diversité n'est pas *prima facie* incompatible avec le maintien de l'ordre public ni avec l'interdiction de commettre des actes illicites qui perturbent la communauté. Le *modus vivendi* collectif pourrait donc être considéré comme une « extension » de la notion d'ordre public qui serait, peut-être, plus adaptée aux besoins des cités plurielles[2312].

2. La mise en place des procédures de médiation interculturelle

Quant à la question de la construction des identités plurielles, nous pouvons songer également à l'institution de nombreux outils et procédures de médiation interculturelle. Le renforcement de l'éducation et du dialogue entre des *individus*, des cultures, des religions, des habitudes, des traditions et des coutumes différentes nous semble en effet également important, afin de construire les identités plurielles que nous avons évoquées.

En premier lieu, il s'agit de l'éducation : Asbjørn Eide est ainsi le premier à souligner l'importance de l'éducation multiculturelle et *interculturelle* pour le pluralisme et la préservation des identités[2313]. Vient ensuite la création des *forums* de différentes sortes, interculturels et ouverts, dont les actions comprendraient des événements culturels. Ces *forums*, en effet, pourraient jouer un rôle important dans la facilitation des contacts interindividuels, afin qu'ils ne se concentrent plus sur l'idée de donner raison à l'une ou l'autre partie au litige, comme une instance judiciaire, mais qu'ils visent uniquement la compréhension des deux parties.

On pense ici aussi à la mise en place de mécanismes de résolution alternatifs des conflits. Un paradigme pourrait en la matière provenir du domaine des sciences

---

[2311] Voir *supra,* notes 1416, 1419 et texte accompagnant.

[2312] De même, M.Tzitzis par exemple, propose le critère de la *dignité humaine*, mais qui serait, elle aussi, composante comme composante de l'ordre public : voir TZITZIS Stamatios, *Le Citoyen, l'Éthique, la Sanction, op.cit.,* p.89 et s.

[2313] EIDE Asbjørn, « Multicultural and Intercultural education : conditions for constructive group accommodation», *RQDI,* n°12, 1999, pp.9-24.

pénales ; songeons en particulier aux procédures de justice réparatrice, qui sont appliquées principalement dans le droit pénal des mineurs[2314].

D'autres paradigmes pourraient provenir non pas du droit en soi, mais plutôt de l'observation des pratiques culturelles de peuples où le droit tient une place limitée par rapport aux autres méthodes de résolution de conflit. A cet égard, il convient de rappeler l'étonnement des scientifiques de la première moitié du XXe siècle, tels que Malinowski, lorsqu'ils s'apercevaient que des peuples non-européens parvenaient à maintenir une certaine harmonie sociale sans forcément recourir au droit[2315].

Aujourd'hui, ces pratiques persistent au sein de diverses communautés. Songeons par exemple à la communauté des Abkhazes, en Turquie. La résolution des conflits s'y réalise au sein d'un groupe d'individus qui jouissent d'une très forte considération sociale parmi les membres de la communauté (ils sont, pour la plupart, les plus âgés) : les *ayhabira*[2316].Autre exemple, le modèles de résolution des conflits liés aux différences culturelles dans certaines régions de Hawaii : il s'agit d'un recours à des « médiateurs » appartenant aux cultures en conflit. Par exemple, pour résoudre un conflit entre deux familles, une coréenne et une samoane, deux médiateurs sont choisis, un pour chacune des deux cultures[2317].

§ 2. Penser comme citoyen d'une société plurielle

L'essentiel à nos yeux est aussi de déplacer le discours des conflits de droits vers la citoyenneté pluriel, et penser à l'Homme- citoyen plus que l'Homme- sujet de droits. Il nous semble donc essentiel de mettre ici l'accent sur le renforcement des systèmes de responsabilité juridique et extra-juridique. Nous allons nous référer à l'idée des devoirs et des responsabilités *juridiques,* tels qu'ils sont avancés en droit, et notamment, dans le discours des droits de l'Homme, afin de nous concentrer par la suite sur ce qui nous semble le plus essentiel, à savoir la responsabilité *extra-*

[2314] A titre indicatif, BRAITHWAITE John, *Restorative Justice & Responsive Regulation,* Oxford University Press, Oxford-New York, 2001.

[2315] SALLY ENGLE Merry, « Legal pluralism », *Law & Society Review,* Vol.22, n°5, 1988, p.869 et s.

[2316] YILMAZ Muzaffer Ercan, « How Turkey's Abkhaz Community Resolves Interpersonal Conflict: an observational study », *Dispute Resolution Journal,* août –octobre 2009, pp.82-87.

[2317] BAMES Bruce, « Conflict Resolution Across Cultures: A Hawaii Perspective and a Pacific Mediation Model», *Mediation Quarterly,* Vol.19,1994, pp.112-133.

juridique.

A. La responsabilité juridique comme condition du pluralisme

Nous examinerons d'abord dans quelle mesure les devoirs et les responsabilités sont prises en compte dans la philosophie des droits de l'Homme, afin de nous interroger ensuite sur la question de leur mise en œuvre.

1. La mise en avance des « devoirs et responsabilités »

L'alternance des notions comme les devoirs, les responsabilités et/ou les restrictions, dans les textes des droits de l'Homme, nous met le droit et l'éthique en une relation de dialogue qui mérite d'être examinée plus attentivement. Nous allons essayer ici de se référer à la généalogie des « *devoirs et responsabilités »* dans le système des droits de l'Homme, afin d'examiner s'il s'agit des notions qui sont dotée de normativité ou non.

a. La généalogie des « *devoirs et responsabilités* »

Les premiers essais de formulation même des droits de l'Homme, en France et aux États-Unis, n'ont pas su inclure les « devoirs » à côté des « droits » de l'Homme. En 1789, lors de la rédaction de la DDHC, la proposition de l'Abbé Grégoire stipulant qu'« *il faut montrer à l'Homme [...] les barrières qui peuvent et doivent l'arrêter* » a finalement été rejetée par 570 voix contre 430[2318]. Peu de progrès a été fait depuis, sachant que la question des « devoirs » par rapport aux droits de l'Homme, et même en regard des questions de démocratie et de citoyenneté, a toujours été traitée avec une certaine méfiance[2319]. De plus, après la fin de la Seconde Guerre mondiale, l'accent a été mis sur la responsabilité des États, et non des individus[2320].

[2318] OST François et VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme» *in* BRIBOSIA et HENNEBEL L. *Classer les droits de l'Homme* Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.87-133.

[2319] *Ibidem*, pp.89-91. La raison de cette méfiance générale à l'encontre les devoirs, seraient en effet la connotation « éthique » de la notion des responsabilités, aussi bien que la crainte de l'appropriation idéologico-politique des droits par le pouvoir. Notant tout de même que la notion de la responsabilité ne se réfère pas uniquement à l'idée des « devoirs », mais également à l'idée des obligations. Or, si la notion du « devoirs » est inextricablement liée avec l'idée de la morale, ceci n'est pas le cas pour les « obligations » et la responsabilité liée à la « faute » en droit civil. À cet égard, Kelsen même, tout en excluant la morale du champ du droit, aurait aussi affirmé que « *le droit de l'un n'existe que sous l'hypothèse de l'obligation de l'autre* ».

[2320] Voir généralement, DIPLA Charitini, *La responsabilité de l'État pour violation des Droits de l'Homme ; problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, 1994.

Toutefois, certains efforts isolés font preuve d'une réflexion autour de l'association entre les idées de droits et de devoirs, notamment au sein de l'UNESCO. Ainsi, dans l'enquête de l'UNESCO de 1947 sur la pertinence de l'universalité des droits de l'Homme, certains philosophes et chefs spirituels avaient mis l'accent sur les devoirs de l'Homme ; Mahatma Gandhi par exemple avait répondu à cette occasion que *« tous les droits qui méritent d'être préservés, viennent d'un devoir bien fait »*[2321]. Toutefois, la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948 ne prévoit que très généralement, dans son article 27, les « *devoirs [des individus] envers la communauté* » [2322]. Or, ces devoirs, liés plutôt aux restrictions des droits fondamentaux prévus dans les dispositions respectives, ne sont toujours pas suffisamment pris en compte, malgré le fait qu'ils sont également inscrits dans les Préambules des deux Pactes de 1966[2323].

Les initiatives visant à se pencher sur les devoirs de l'Homme n'ont pas été abandonnées ; c'est pour cela, peut-être, que certains efforts ont été entrepris pendant la Conférence de Vienne (1993), dans la perspective d'une Déclaration sur le droit et la responsabilité[2324]. Le projet a été mis en place en 1998 par le Conseil, qui a finalisé

[2321] « *All rights to be deserved and preserved came from duty well done* », *supra,* note 886.

[2322] Article 27§1 : « *l'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible* ». Le second paragraphe alors vient à préciser que « *Dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés, chacun n'est soumis qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique* ». Pour une lecture critique de ces devoirs, voir : OPSAHL Torkel et DIMITRIJEVIC Vojin, « Articles 29 and 30 » *in* ALFREDSSON Gudmundur et EIDE Asbjørn, *The Universal Declaration of Human Rights: a common standard of achievement*, pp.633-646 ; STAMATOPOULOU Elsa, *Article 27.., op.cit.*, p.46 et s.

[2323] Les préambules des deux Pactes prévoient en effet que « : *« prenant en considération le fait que l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le présent Pacte*». A propos de ces discussions au sein des Nations Unies au cour de l'adoptions du PIDCP ; voir BOSSUYT Marc, *Guide to the travaux préparatoires… , op. cit.,* p.12. En revanche, les propositions d'inscrire les *devoirs et les responsabilités* dans les dispositions respectives du PIDCP, ont été écartées : pendant les travaux préparatoires du PIDCP, et en particulier en ce qui concerne la liberté d'expression, des propositions ont été faites afin qu'il soit noté que le droit à la liberté d'expression va de paire avec des devoirs et des responsabilités. Cette perspective a été pourtant négligée ; il a été considéré d'un côté que cela va de soi puisque les devoirs sont toujours sous-entendus lors de la proclamation des droits, et d'un autre côté que le but de PIDCP était de stipuler des droits et non pas d'imposer des devoirs ; BOSSUYT Marc, *Guide to the "Travaux Preparatoires" of the International Covenant…,op.cit.,* pp.373-379. Voir aussi à propos des devoirs envers la communauté, *supra,* notes 105, 135, 1950, 2231, 2323.

[2324] Celle ci en effet a recommandé que soit « *rapidement achevé et adopté le projet de déclaration sur le droit et la responsabilité des individus, groupes et organes de la société de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales universellement reconnus* » A/CONF.157/23, 12 juillet 1993, paragraphe 93.

le texte en 1998[2325]. Néanmoins, cette déclaration a été l'objet de controverses et d'oppositions[2326], et sa proclamation n'a suscité que peu d'enthousiasme. Cet « échec » serait dû, selon Asbjørn Eide, au fait que la Déclaration envisage les droits dans une perspective qui ne tient pas suffisamment compte du lien entre les devoirs et les droits de l'Homme. D'après lui, il faudrait mettre en évidence que les devoirs de l'Homme dérivent des droits de l'Homme, dans le seul but de renforcer le respect et la protection qui leur sont dus[2327].

b. La normativité des *« devoirs et responsabilités » ?*

Il existe une différence initiale entre les « *devoirs et responsabilités* » d'un part, et les *restrictions* prévues aux droits fondamentaux d'autre part. En effet, il existe à nos yeux une dichotomie basique entre les *devoirs et responsabilités* (des notions extrajuridiques), et les *restrictions* à un droit (des notions donc juridiques). Les « *devoirs et les responsabilités* » et les « *restrictions* » sont des notions qui relèvent de logiques différentes : alors que les *restrictions* sont fondées sur des intérêts légitimes de l'État ou d'autrui et sont contrôlées juridiquement (par la Cour européenne par exemple), les *devoirs et responsabilités* dérivent de l'exercice même du droit en question.

A cet égard, les devoirs de l'Homme sont associés à une certaine *éthique,* dont il ne saurait être question que sur un plan extra-judiciaire, mais aussi à une certaine *déontologie* qui, elle, doit être prise en compte par le droit. La référence aux *devoirs* et aux *responsabilités* nous semble alors naturelle dans les textes des droits fondamentaux qui ne sont pas dotés de force obligatoire : l'article 19§1 de la DUDH par exemple, qui prévoit que « *L'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seule le libre et plein développement de sa personnalité est possible* », ou bien des résolutions onusiennes qui stipulent fréquemment que le droit de chacun à la

---

[2325] EIDE Asbjørn, « Responsabilities and duties » *op.cit*, pp. 581-598.

[2326] *Idem,* p. 583 ; notamment à l'égard de certaines de ces dispositions concernant le marriage ou la liberté d'expression.

[2327] *Ibidem,* p.584. Certes il existe aussi la *Déclaration sur les responsabilités des générations présentes envers les générations futures* de l'UNESCO, signée à Paris, le 12 novembre 1997. Cette déclaration n'est pas relative ici que dans la mesure où elle souligne l'importance de stipuler les devoirs des États, des organisations et des individus, *« en particulier par l'éducation, la formation et l'information, du respect des idéaux énoncés dans la présente Déclaration, et encourager par tous les moyens appropriés leur pleine reconnaissance et leur application effective*».

liberté d'expression est limité par des devoirs *et* par des restrictions ; par exemple, d'après le Conseil des droits de l'Homme, la liberté d'expression « *devrait s'exercer de façon responsable et peut donc être soumise à des restrictions, prescrites par la loi et nécessaires pour le respect des droits ou de la réputation d'autrui, la protection de la sécurité nationale ou de l'ordre public, de la santé ou de la morale publiques, et le respect des religions et des convictions ».*

Or, il arrive que des textes *contraignants* se réfèrent également aux droits et aux responsabilités. Par exemple, le préambule de la Charte de l'UE proclame que « *la jouissance [des droits énoncés] entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures ».* De même, le préambule commun au PIDCP et au PIDESC contient une formulation similaire à la DUDH : « *prenant en considération le fait que l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à la quelle il appartient et est tenu de s'efforcer de promouvoir et de respecter les droits reconnus dans le présent Pacte..* ». En outre, de façon explicite, l'article 10 §2 de la Convention européenne stipule comme nous l'avons vu que « *L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités…* ». La CADH, de son côté, est la seule à contenir un chapitre intitulé « les devoirs des personnes ». Ce chapitre en effet consiste à un article seul (l'article 32) qui stipule que « *Toute personne a des devoirs envers la famille, la communauté et l'humanité »* et que « *les droits de chaque personne sont limités par les droits d'autrui, par la sécurité de tous et par les justes exigences du bien commun, dans une société démocratique* »[2328].

Dès lors, la question qui doit être posée est celle des possibilités d'application de ces devoirs, non seulement par le renforcement des obligations tripartites des États, mais aussi par le renforcement des obligations positives également pour les *individus.* Comme le remarqua M. Vasak, « *à partir du moment où l'on admet que les droits de l'Homme peuvent être violés non seulement par les États, mais aussi par les*

[2328] Voir aussi *supra* à propos des interprétations « régionales » dans certaines Conventions Internationales des droits de l'Homme, note 1937 et s.

individus, ce sont non seulement les États mais également les individus qui assument des devoirs envers d'autres individus libres »[2329].

2. Mettre en œuvre les devoirs et les responsabilités à côté des droits

La mise en avance des *devoirs et des responsabilités* est complémentaire aux restrictions de la liberté d'expression. En effet, il arrive que les *restrictions aux droits,* mêmes lorsqu'elles sont compatibles avec le droit international, ne parviennent pas à anticiper les effets d'une expression considérée ou étant réellement nocive. En revanche, les *devoirs et responsabilités,* parviennent à englober des limitations de l'expression qui sont *circonstancielles,* ou *contextuelles,* parvenant à doter la liberté d'expression d'une flexibilité marquante. A titre d'exemple, nous pouvons se référer à la liberté d'expression des personnes publics ou des personnes médiatiques, y compris des simples émissions audiovisuelles, dont l'expression ne peut pas être limitée pour les raisons énoncés dans les instruments divers, mais uniquement, par cette prise en compte des devoirs et des responsabilités[2330].

Cette remarque est particulièrement utile dans les cas où l'expression s'analyse à des violations malveillantes de l'esprit de la tolérance. Ces derniers ont d'ailleurs été fréquemment utilisés dans les raisonnements de la Cour et pour les tests traditionnels de nécessité et de proportionnalité[2331]. En effet, dans la jurisprudence de la Cour européenne, comme d'ailleurs dans celle de la Cour de Justice des Communautés[2332], les « devoirs et responsabilités » sont mis en avant afin de mieux encadrer le pouvoir,

---

[2329] VASAK Karel, « Proposition pour une Déclaration universelle des devoirs de l'Homme » *in* MEYER-BISCH Patrice et DURAND Jean-Paul, *Les devoirs de l'Homme; de la réciprocité dans les droits de l'Homme,* Fribourg, Cerf, 1988, pp.9-10; EIDE Asbjörn « Responsabilities and duties » *in* VASAK Karel (amicorum liber) *Les Droits de l'Homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 594.

[2330] Nous pouvons mentionner à cet égard le cas de l'ancienne actrice Brigitte Bardot, qui depuis 1997, a été condamnée cinq fois pour racisme anti- musulman, voir « Brigitte Bardot condamnée à 15 000 euros d'amende pour racisme», disponible sur http://www.lemonde.fr/societe/article/2008/06/03/brigitte-bardot-condamnee-a-15-000-euros-d-amende-pour-racisme_1053334_3224.html, consulté le 1 novembre 2010.

[2331] Cour eur. dr. Homme : *Otto-Preminger*, précité, §47. Voir aussi DE SALVIA Michèle, « Liberté de religion, esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme » *in* Mélanges en l'honneur de COHEN Gérard Cohen, Liberté, justice, tolérance, Vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, p.597 ; OETHEIMER Mario, *L'harmonisation de la liberté d'expression…, op. cit.*, note 191, pp.82-85.

[2332] TPI, 19 mai 1999, *Connolly c. Commission*, aff. T-203/95, *Rec. CJCE*, p. FP-I-A-83,II-443*, §157(46)* : en l'espèce, il s'agissait d'un fonctionnaire de la Commission, chargé de travaux concernant les politiques monétaires nationales et communautaires, qui a publié un livre intitulé : *The rotten heart of Europe ; the dirty war for Europe's money*, sans demander de l'autorisation préalable de la Commission.

mais aussi la qualité de l'expression dans les sociétés démocratiques. La réglementation de l'expression, par le biais de la responsabilité, ne concerne alors pas uniquement la liberté de la presse et des journalistes[2333]; elle se réfère également à l'expression de toutes sortes d'écrivains[2334], fonctionnaires publics[2335], scientifiques et historiens et, également, romanciers et des artistes[2336].

B. La responsabilité extra-juridique comme condition du pluralisme

Somme toute, nous sommes amenés à penser à la responsabilité individuelle extra-juridique. En effet, le pluralisme ne saurait être réalisé que par des individus et des groupes responsables, dont les droits reposent sur des devoirs à l'envers d'eux-mêmes et de la communauté. Par ailleurs, l'idée des devoirs et les responsabilités inhérentes aux droits peut avoir comme effet l'*autolimitation* des individus – ce qui nous éloigne de l'idée des *restrictions* et des *conflits,* pour nous permettre à réfléchir sur le *modus vivendi* efficace. En effet, une ouverture du champ réglé par le *droit* envers le champ du *non-droit,* nous semble ici essentielle. L'on se souviendra encore une fois du discours de l'*Épitaphe* de Périclès qui prône l'absence de contrainte des Athéniens en ce qui concerne le respect des lois: « *La contrainte n'intervient pas dans nos relations particulières ; une crainte salutaire nous retient de transgresser les lois de la république* »[2337] .

[2333] Cour eur. dr. Homme : *Thorgeir Thorgeirson,* 25 juin 1992, précité, §64 ; *Jersild,* 23 septembre 1994, précité, § 31 ; *De Haes et Gijsels c. Belgique*, 24 février 1997, précité, § 37 ; *Bladet Tromsø et Stensaas,* 20 mai 1999, précité, §59 ; *Fressoz et Roire c. France* [GC], n 29183/95, 21 janvier 1999, CEDH 1999-I, §52. Voir généralement OETHEIMER Mario « Les devoirs et responsabilités des journalistes : une garantie à l'exercice de la liberté d'expression? », Projet de rapport pour le Colloque sur la liberté d'expression, qui a lieu à Strasbourg en 2008 ; disponible en ligne sur le site de l'IRCAM (*http://www-ircm.u-strasbg.fr/seminaire_oct2008/interventions_en.htm*), consulté le 1 novembre 2010 ; Voir aussi, VOORHOOF Dirk « Freedom of expression, journalists' rights and duties and the impact of ethics and self-regulation in the light of Article 10 ECHR », *disponible au même site,* consulté le 1 novembre 2010.

[2334] Cour eur. dr. Homme : *Handyside c. Royaume Uni*, précité, §49 *in fine*.

[2335] Cour eur. dr. Homme : *Vogt c. Allemagne*, 2 septembre 1995, précité, §53 ; *Guja c. Moldova [GC],* no 14277/04, 12 février 2008, CEDH 2008-…, §97.

[2336] Cour eur. dr. Homme : *Lindon*, précité, §51 : « *Il n'en reste pas moins que le romancier – à l'instar de tout créateur – et ceux qui promeuvent ses œuvres n'échappent pas aux possibilités de limitation que ménage le paragraphe 2 de l'article 10 : quiconque se prévaut de sa liberté d'expression assume, selon les termes de ce paragraphe, des « devoirs et responsabilités* »

[2337] Thucydide*, Épitaphe,* Livre II. L'on se souviendra également que pour les anciens, la formalité juridique n'était qu'une condition *formelle* et non *substantielle* de validité de la règle de droit ; voir TZITZIS Stamatios, *La personne, l'humanisme et le droit, op.cit.,* p.134.

1. La responsabilité sociale comme limite de l'offense ?

En essayant d'esquisser les limites de l'offense aux sensibilités religieuses, nous sommes inévitablement amenée à évoquer la responsabilité sur le plan extra-juridique, à savoir, la responsabilité *sociale*. La raison en est la suivante : la responsabilité juridique ne peut avoir lieu que dans le cas où une offense donne lieu à une réparation. Or, dans le cas où cette obligation de réparation ne peut être établie – ni matériellement ni moralement – la responsabilité extra-juridique est seule à pouvoir limiter la *nuisance gratuite* aux sentiments d'autrui. De plus, nous avons vu que, dans un certain nombre de cas, y compris donc dans la jurisprudence de la Cour européenne, l'offense aux sensibilités religieuses n'était pas considérée comme une offense capable de restreindre la liberté d'expression artistique qui, elle, pourrait donner lieu à un certain traitement préférentiel[2338]. Dès lors, la question est précisément de savoir si le statut d'une norme comme norme *sociale* – voir *morale* peut justifier son caractère *obligatoire*[2339].

En philosophie politique, les deux « courants » d'idées à propos des limites de l'*offense* ont été initiés par l'anglais John Stuarts Mill et l'américain Joël Feinberg. Le premier, dans son essai *On liberty* (1859), entreprend la définition des limites de la liberté (le fameux « *harm principle* », comme il a été nommé ultérieurement par Feinberg). Pour Mill, la liberté, tout comme la liberté d'offenser, est inextricablement liée à l'autonomie de l'individu : « *Le seul but pour lequel l'État se légitime de restreindre la liberté d'une personne est pour éviter que ceux-ci nuisent à autres personnes. Il ne se légitime pas pourtant de restreindre la liberté de l'individu « pour son propre bien » (corporel ou intellectuel). Il ne se légitime pas de l'obliger de faire ou de ne pas faire parce que ceci serait mieux pour lui ou parce que ceci le rendrait heureux ou parce que ceci pour certains est considéré plus juste ou plus sage. L'individu est maître de soi, de son corps et de son intellect* »[2340]. Toutefois, Mill ne précise pas comment se définit exactement cette nuisance d'autrui, de laquelle il exclut d'ailleurs la nuisance qui porte atteinte à l'intégrité *psychologique* d'autrui[2341].

[2338] Voir *supra,* chapitre 6, notes 1790 et s.

[2339] En ceci, ALEXANDER Rally, « The legal enforcement of morality » *in* WELLMAN Christopher Heath et FREY R.G., *A companion to applied ethics,* NY-Melbourn-Oxford,Blackwell, Coll.Blackwell's companions to philosophy, 2003, pp.128-141.

[2340] MILL John Stuarts, *On liberty*, Londres, Parker, 1859(2è).

[2341] *Ibidem.*

En revanche, pour Feinberg, les limites de l'offense sont indissociables d'une certaine idée de moralité. Certes, pour Feinberg comme pour Mill, le droit pénal devrait être appliqué dans les cas d'offense : d'après Feinberg, tout d'abord la « nuisance » se réfère à l'état des profits de l'individu qui ont été annulés ou rapportés (*set-back interests*) en tant que la conséquence des actes injustes (des torts) ou des omissions d'un autre individu[2342]. Or, en réalité, Feinberg considère que les limites inacceptables de l'offense devraient être beaucoup plus étendues que celles acceptés par Mill, comprenant aussi les offenses au sentiment *moral* de l'individu[2343]. Toutefois, d'après Feinberg, l'offense ne devrait pas être considérée toujours sur le plan pénal : en ce qui concerne les performances artistiques en particulier, il suggère que même si ces dernières sont offensives, elles ne devraient pas donner lieu à une mise en cause de la responsabilité pénale, mais uniquement de la responsabilité civile[2344]. La raison avancée par Feinberg ici est le fait que ces manifestations artistiques sont le résultat d'une certaine conception de l'art comme imitation de la réalité[2345].

2. Le renforcement de la responsabilité *sociale* des croyants et des artistes

Ni les *artistes,* ni les *croyants* ne sauraient échapper de la responsabilité qui découle de la vie dans toute société organisée. Cette règle en effet n'est pas juridique mais sociale. En ce qui concerne les croyants, au plan théologique – et non juridique- il nous semble que l'essence même des religions comme liaison avec le spirituel soit incompatible avec la juridisation des controverses relatives à l'offense religieuse. Il suffit de songer à la richesse et à la diversité des religions dans le monde ainsi que des pratiques de la foi, pour nous rendre compte que le fanatisme religieux n'est qu'un effet pervers des religions, qui devrait être de facto exclu de l'État de droit. Par ailleurs, tantôt la pénalisation du blasphème, tantôt la « manie du juge », comme

---

[2342] FEINBERG Joel, *The moral principles of criminal law, Vol.1 : « Offense to others »,* New York, Oxford University Press, 1984, p.215.

[2343] La notion même de l'*offense* dans l'œuvre de Feinberg tient une position centrale, puisqu'il considère que seuls les êtres qui peuvent être offensés par quelqu'un peuvent être sujets des droits (à côté de deux autres conditions, du fait que les êtres devraient pouvoir se représenter leur bien et être également bénéficiaires de quelque chose). De plus, Feinberg, qui consacre un volume entier de son œuvre à la notion de l'offense, se questionne plus sur la notion personnalisée de l'offense, s'intéressant à savoir par exemple, comment cela sent d'être offensé ; FEINBERG Joel, *The moral principles of criminel law, Vol.2 : « Offense to others »,* New York, Oxford University Press, 1985.

[2344] FEINBERG Joel, *The moral principles..,* Vol.1, *op.cit.,* 1984, pp.244-245.

[2345] *Ibidem,* p.217.

l'aurait dit Aristophane[2346], de certaines associations et institutions religieuses nationales, ne semble pas avoir de lien avec l'idée des religions comme « amour pour autrui »[2347]. En paraphrasant l'opinion dissidente du juge Meyer dans l'affaire *Wingrove*, nous pouvons remarquer notamment que « *la fermeté de ses convictions propres devrait suffire à se protéger contre railleurs et blasphémateurs* »[2348].

En ce qui concerne les artistes, les *devoirs et responsabilités* ne leurs sont certes pas inconnus non plus[2349]. En effet, dans certains droits nationaux, l'auteur d'une œuvre qui dispose bien des droits de reproduction de cette œuvre, a également certaines devoirs et responsabilités : par exemple, celui d'accepter une gestion collective de son œuvre dans des cas particuliers définis par le législateur national[2350]. Comme le remarque Madame Colin, « *acquérir un droit subjectif ne signifie pas simplement acquérir un avantage juridique […] Un droit s'accompagne au moins d'un devoir, celui de ne pas abuser de son droit, c'est-à-dire 'de ne pas en user dans une pensée illégitime pour nuire à autrui plus que pour satisfaire à des intérêts sérieux'* »[2351]. En droit français notamment, l'article 122-5 du Code de la Propriété intellectuelle, définit que « *lors de la divulgation de son œuvre, l'auteur ne peut interdire…* » une série de choses qui sont alors listées, parmi lesquelles figurent notamment les « *représentations privées et gratuites dans un cercle de famille, les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste, les courtes citations et également la parodie et le pastiche 'compte tenu des lois du genre'* »[2352]. Par ailleurs,

---

[2346] Aristophane dans *Les Guêpes* (par la bouche de Vdélycléon) définie la manie de juger comme « *la malheureuse manie de sortir dès le point du jour pour courir après les délations et les procès* ».

[2347] Voir le rapport de M. Krishnaswami précité E/CN.4/Sub.2/200/Rev. 1.

[2348] Voir Cour eur. dr. Homme : *Wingrove*, précité, §29, opinion de du Ministre adjoint de l'Intérieur de Royaume Uni M. John Patten, réitéré dans l'opinion dissidente de M. Meyer : « *De nombreux musulmans ont soutenu qu'il faudrait modifier le droit sur le blasphème pour mettre des* livres tels que [Les Versets sataniques] hors du champ de ce qui est légalement acceptable [...] *modifier le droit pourrait entraîner un foisonnement de litiges qui envenimerait les relations interconfessionnelles. Je pense que vous êtes conscients des divisions et des dommages que pourrait engendrer un tel contentieux et du caractère inapproprié de nos mécanismes juridiques pour traiter* des questions de foi et de croyance individuelles. *En fait, la foi chrétienne ne s'appuie plus sur ce droit, préférant admettre que la puissance de ses convictions propres constitue la meilleure armure contre railleurs et blasphémateurs* ».

[2349] Voir à cet égard COLIN Caroline, « Devoirs de l'auteur », *RIDA,* 2010, p.165.

[2350] *Ibidem,* p.163.

[2351] *Ibidem,* p.165, citant ROUBIER Paul, *Droits subjectifs et situations juridiques*(1963), Paris, Dalloz, 2005(6è éd.), p.53.

[2352] Lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire : 1° L*es représentations privées et gratuites effectuées exclusivement dans un cercle de famille ;* 2° *Les copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective*[…] 3° Sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source : a) *Les analyses et*

dans certains pays développés, les tribunaux ont reconnu un principe « *d'usage abusif de droit d'auteur* », lorsqu'un titulaire de droit d'auteur qui utilise de manière abusive un privilège conféré par le droit d'auteur est empêché d'appliquer ce droit tant que le comportement abusif n'a pas cessé[2353].

Certes, ces dispositions font appel à des devoirs et responsabilités quant à l'usage des œuvres. Leur contenu, en revanche, ne peut être restreint, comme nous l'avons examiné, que par des restrictions (nationales) qui correspondent aux standards du droit international, mais *aussi,* par les *devoirs et responsabilités* accompagnant la liberté d'expression, dont le contenu, reste pour autant subjectif.

Ainsi, la responsabilité qui correspond à l'art devrait être considérés en premier lieu sous le prisme du *rôle social* de l'art. En effet, la vocation primaire des œuvres d'arts, de littérature et de musique, est la communication et l'œuvre elle-même, per se, individuelle ou collective, est simultanément l'objet et le véhicule de cette communication. Ceci dit, le renforcement de la responsabilité des artistes et des écrivains a une importance particulière, notamment dans le contexte actuel de la société de l'image, de l'information et de la communication, voire de la médiatisation des œuvres.

---

courtes citations […] b) *Les revues de presse ;* c) *La diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, […];d) Les reproductions, intégrales ou partielles d'œuvres d'art graphiques ou plastiques destinées à figurer dans le catalogue d'une vente judiciaire* […] ; *e) La représentation ou la reproduction d'extraits d'œuvres,* […], *à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche[…];* 4° *La parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre. 5° Les actes nécessaires à l'accès au contenu d'une base de données électronique pour les besoins et dans les limites de l'utilisation prévue par contrat ;* 6° *La reproduction provisoire présentant un caractère transitoire ou accessoire*[…];7° *La reproduction et la représentation par des personnes morales et par les établissements ouverts au public, tels que bibliothèques,* […], *en vue d'une consultation strictement personnelle de l'œuvre par des personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, dont le niveau* d'incapacité est égal ou supérieur à un taux fixé par *décret* en *Conseil d'État*[…]8° *La reproduction d'une œuvre et sa représentation effectuées à des fins de conservation ou destinées à préserver les conditions de sa consultation à des fins de recherche ou d'études privées par des particuliers*, […] 9° *La reproduction ou la représentation,* intégrale ou partielle, d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un *but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur*[…] *Les exceptions énumérées par le présent article ne peuvent porter atteinte à l'exploitation normale de l'œuvre ni causer un préjudice injustifié aux intérêts légitimes de l'auteur*[…].

[2353] (ICTSD)OKEDIJI Ruth et PROSSER William, « Le système international de droit d'auteur ; restrictions, exceptions et considérations en matière d'intérêt public pour les pays en développement », étude pour le Centre International pour le Commerce et du Développement Durable, Genève, 2007, disponible sur le site de l'OMPI *www.wipo.int/copyright/fr/.../international_protection.pdf,* consulté le 1 novembre 2010, pp.55-58.

La responsabilité extra-juridique des artistes – ou artistes potentiels – recouvre alors plusieurs significations. Le respect d'une certaine déontologie notamment, est l'une de ces responsabilités. Dans le monde artistique, des initiatives diverses ont été initiées certes pour des projets de sensibilisation des artistes quant à leurs *devoirs*. Toutefois, ces initiatives sont limités en grande partie au respect des droits d'auteur et à leur relation avec le public[2354].

L'exemple devrait être recherché alors plutôt dans d'autres initiatives, qui, quoique formellement non- contraignantes, posent les premiers jalons de la mise en œuvre de l'idée de la *citoyenneté* et du *dialogue*. En matière d'enseignement par exemple, des nombreuses initiatives ont été mises en place, et tout en particulier vis-à-vis du sujet de l'enseignement des religions. Il s'agit notamment du document final adopté lors de la Conférence internationale consultative de 2001 sur l'éducation scolaire en relation avec la liberté religieuse[2355], et des « *Principes directeurs de Tolède sur l'enseignement relatif aux religions et convictions dans les écoles publiques* »[2356]. En matière de presse également, il existe déjà des démarches équivalentes: des nombreux États ont déjà mis en place des Conseils de Presse, ayant également établi des Chartes de responsabilités des journalistes. Au Danemark par exemple, il existe un « *Conseil danois de la Presse* », un organe de résolution alternative des conflits qui relèvent du domaine de la presse[2357], dont le code de déontologie exige le respect de la « vérité » et impose aux journalistes de prendre « garde aux risques d'une discrimination propagée par les médias »[2358]. De même, le Conseil suisse de la Presse a adopté une « *Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste* »[2359].

[2354] L'association des plasticiens français (FRAAP) par exemple, ont leur propre charte de déontologie, qui prévoit entre autres l'institution d'un *Comité de déontologie*.

[2355] Déroulée à Madrid, du 23 au 25 novembre 2001, et organisée, notamment, à l'initiative du Rapporteur spécial sur la liberté religieuse, M. Amor, voir le document adopté et les conclusions du Rapporteurs: E/CN.4/2002/73.

[2356] Préparés par le Conseil consultatif du Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme de l'OSCE sur la liberté de religion et de conviction, disponible sur www.osce.org/publications/odihr/2007/11/28314_993_en.pdf, consulté le 15 mars 2011.

[2357] (Observatoire du droit européen de la Cour de Cassation française) CALVEZ Françoise et al., « Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité en matière de presse», Rapport du service de Documentation et d'Etudes de la Cour de Cassation, disponible sur www.courdecassation.fr/...droit.../liberte_expression_droit_personnalite_2006.pdf, consulté le 15 mars 2011, p.56.

[2358] APCE, « L'image des demandeurs d'asile, des migrants et des réfugiés véhiculée par les médias», Rapport de la Commission de la culture, de la science et de l'éducation de l'APCE, Doc. 11011, 10 juillet 2006.

[2359] Cour eur. dr. Homme : *Stoll c. Suisse,* précité, §22-24.

Conclusions du chapitre

Nous avons entamé dans ce dernier chapitre une réflexion qui s'éloigne de la résolution des conflits pour traiter de leur *prévention.* Notre démarche a été nourrie de l'idée que le prisme des « conflits de droits » n'est pas adéquat pour traiter des « conflits culturels » et qu'il faut donc plutôt réfléchir à la mise en œuvre du *pluralisme des valeurs*, afin se garantir un *modus vivendi* efficace dans les sociétés plurielles. En tenant compte du fait que les cultures et les individus méritent un *respect égal*, et que la diversité culturelle est précisément la richesse de la communauté internationale et des sociétés plurielles, nous avons donc été amenée à réfléchir à deux questions : comment mettre en œuvre le respect égal des cultures ; et comment mettre en œuvre le respect égal des individus.

Quant à la mise en œuvre du respect égal des cultures, nous avons considéré qu'il n'était guère suffisant de proclamer la diversité culturelle sans réellement garantir les droits économiques, sociaux et culturels des individus les plus démunis, ce qui nous a donc amenée à proposer l'indivisibilité des droits fondamentaux comme solution unique.

Nous avons plus précisément considéré que l'une des méthodes les plus efficaces pour garantir la diversité culturelle était sans doute la mise en place du *dialogue interculturel.* Après avoir analysé le concept du dialogue interculturel et après avoir mis en avant son importance pour la compréhension d'Autrui et donc pour la lutte contre les stéréotypes et le racisme, nous avons constaté que tant la communauté internationale que les diverses institutions régionales mettaient en place de plus en plus d'actions en sa faveur. Nous nous sommes à cet égard référée aux initiatives diverses de l'ONU (les deux Conférences onusiennes de Durban, les initiatives de l'UNESCO...), et également à celles du Conseil de l'Europe (*Déclaration de Faro*...) et de l'UE (« *Année pour la promotion du dialogue interculturel* »etc...). Nous avons pu remarquer l'avènement global d'efforts collectifs pour la promotion du dialogue interculturel, mais aussi du dialogue interreligieux (si l'on tient compte des initiatives

émanant des institutions religieuses). En maintenant quelques doutes quant à l'efficacité du dialogue, nous avons proposé que ce dernier soit cependant considéré comme un principe ayant force normative. Nous avons donc considéré que le dialogue interculturel était un devoir des États, qui devrait être mis en place parallèlement à leurs autres obligations positives découlant de la mise en place des DESC. Nous avons évoqué trois raisons à cela :

1) la lecture combinée des textes internationaux et des pratiques des États ; ces derniers en effet pourraient se résumer au fait que le dialogue interculturel est un triple *devoir* pour les États : promotion de la diversité culturelle, promotion de la coopération culturelle et création des mécanismes de médiation ;

2) les fondements théoriques de la responsabilité tripartite des États (nous avons évoqué la distinction de la responsabilité tripartite des États quant à la mise en œuvre des DESC telle qu'elle a été proposé par Henry Shue et ensuite Asbjørn Eide, de respecter, de protéger, et de mettre en œuvre les droits de l'Homme) ; nous avons donc considéré que les devoirs et responsabilités des États pouvaient parfois donner lieux à des *obligations,* et notamment des obligations positives :

3) la signature par la majorité écrasante des États partie à l'UNESCO de la CDC, qui prévoit explicitement le dialogue parmi les obligations étatiques de coopération internationale.

Par la suite, nous avons proposé de repenser le multiculturalisme, tantôt sur le plan politique tantôt sur le plan juridique, en soulignant qu'il ne s'agit pas là d'une panacée pour l'aménagement de toutes les différences. Certes, nous avons pris en compte l'apport de ce dernier dans le développement d'un *modus vivendi* dans les sociétés plurielles (nous nous sommes en particulier référée aux travaux de Kymlicka et de Taylor, qui ont développée l'idée du respect égal des cultures). Or, nous avons encore une fois mis l'accent sur la nécessité du renforcement des droits des groupes vulnérables et nous avons avancé l'idée que les DESC devraient être considérés comme l'une des *conditions* du multiculturalisme. Nous avons par ailleurs fait la différence entre *aménagements légitimes* et *demandes illégitimes* au nom des cultures, et nous avons fait remarquer qu'en définissant le multiculturalisme de façon « propre » (c.-à-d. dissocié de toute forme de « relativisme culturel »), celui-ci n'était pas forcément incompatible avec la laïcité : en tentant compte du fait qu'une

neutralité absolue de l'État n'est jamais véritablement possible, nous avons mis l'accent sur le fait que c'est l'absence d'abus qui compte.
Nous avons procédé ensuite à une réflexion sur notre deuxième question, à savoir : comment mettre véritablement en œuvre le respect égal au plan des individus. Nous avons donc suggéré que la solution serait, là encore, double. Il faudrait tout d'abord apprendre à construire des *identités plurielles,* qui se situeraient donc au niveau du « juste milieu » entre la liberté individuelle d'une part et l'appartenance à une société plurielle d'autre part. D'autre part, d'accentuer l'idée des responsabilités à côté des droits de l'Homme.

Plus spécifiquement, nous avons avancé qu'afin de construire des identités plurielles, une mise en œuvre plus effective de la liberté culturelle était nécessaire. Tout en constatant que le cadre de protection formelle des droits culturels était aujourd'hui – enfin – pertinent, nous avons néanmoins regretté de devoir constater que les droits culturels se résumaient le plus souvent au droit à l'éducation ou à la participation de l'individu aux activités culturelles de *la* communauté, et non pas de *sa* communauté ; que peu d'actions sur le terrain étaient mises en place pour la protection des identités culturelles ; que les démarches anthropologiques en droit étaient soit absentes, soit caricaturées ; enfin, que la justiciabilité ou la possibilité du contrôle des droits culturels était faible. Nous avons proposé à cet égard le renforcement des initiatives visant à la mise en œuvre plus efficace des droits culturels, tant en théorie qu'en pratique.

Nous avons souligné, en outre, que la construction d'identités plurielles nécessite une meilleure compréhension d'Autrui. Pour ce faire, nous avons proposé la mise en place de procédures de médiation interculturelles, non plus sur le plan interculturel mais sur le plan *interindividuel.* Nous avons songé à cet égard :
- aux modèles de résolution des conflits alternatifs au droit, tels que, par exemple, la justice alternative en droit pénal des mineurs ;
- aux modèles de médiation et de résolution de conflits dans les sociétés traditionnelles, tels que, par exemple, les modèles de résolution des conflits dans la communauté des Abkhazes, en Turquie, ou dans certaines régions de Hawaii.

Nous avons ensuite suggéré qu'il faille dans cette optique apprendre à penser en *citoyen* d'une société plurielle*,* et non pas uniquement comme sujet de droits. Après avoir remarqué que les « *devoirs et responsabilités* » sont, *a priori* (et, à la différence des « obligations » en droit, ou des « restrictions »), des notions extra-juridiques, nous avons aussi constaté que celles-ci sont déjà présentes dans le discours des droits de l'Homme. Nous nous sommes plus particulièrement référée à la DUDH, aux deux Pactes de 1966, à la CADH qui contient un chapitre entier consacré aux « devoirs », mais également à la Charte de l'UE qui proclame que « *la jouissance [des droits énoncés] entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la communauté humaine et des générations futures* ». Toutefois, nous avons également constaté que ces « devoirs et responsabilités » restaient un méta-principe faisant appel à l'éthique ou à une certaine déontologie, ce qui fait que leur application restait subjective et variable selon les interprétations.

Nous avons par conséquence fait appel à la notion de responsabilité extra-juridique comme condition du pluralisme, en rappelant que l'essence d'un *modus vivendi* dans une société plurielle est non pas de trouver plus de solutions aux conflits – mais plutôt d'éliminer la racine de ces conflits. Comme l'a mis en avant le stratège Périclès dans son *Discours d'Épitaphe*, le secret de la démocratie athénienne n'était pas le bon fonctionnement des tribunaux de l'époque, mais bien le fait que *la contrainte* n'intervenait pas dans les relations interindividuelles.

En remarquant donc que ni les croyants, ni les artistes ne font exception à la règle de l'appartenance à une *cité* (et par conséquent à ce que nous avons nommé la *citoyenneté plurielle*)*,* nous avons proposé une meilleure réflexion sur le rôle social des derniers. En ce qui concerne les croyants, nous avons rappelé que les requêtes juridiques concernant l'offense des croyances nous semblaient incompatibles avec les préceptes des religions – qui sont plus ou moins imprégnés d'une certaine moralité. Quant aux artistes, nous avons tout de même suggéré que le « génie artistique » comprend forcément une réflexion et un positionnement sur la société – non pas simplement en tant qu'artiste-esthète, mais plutôt en tant qu'artiste-citoyen.

Conclusion de la Seconde Partie

Dans cette seconde partie, nous avons pu démontrer la validité de notre deuxième hypothèse, à savoir le fait qu'il est impossible de traiter un conflit de droits culturels uniquement sous un prisme juridique.

Nous avons pu constater plus particulièrement qu'il existe une déviance extrêmement importante entre les approches nationales, législatives et judiciaires, de l'offense des religions par le biais des arts – même si finalement, seuls un nombre restreint d'États punissent les outrages à la religion de façon rigoureuse. Nous avons également pu constater que ces déviances traduisaient précisément la richesse des cultures, des arts et des civilisations et ne consistaient en aucune façon un « conflit » *a priori* entre les valeurs de l'art et de la religion. Sur le plan européen en particulier, après avoir extensivement étudié la jurisprudence relative de la Cour européenne, nous avons pu observer une certaine tendance à exclure de la protection offerte à la liberté religieuse, les offenses faites à la sensibilité[2360], et à admettre des critères légèrement plus souples pour les artistes – notamment dans le cas de la satire. En nous ralliant à cette approche, nous avons apporté plus d'arguments encore pour l'établissement d'une éventuelle « défense » de l'art auprès de la Cour européenne.

Toutefois, dans un souci d'éviter les réponses faciles, nous avons également constaté que le problème de l'intolérance religieuse et du fanatisme persistait – indépendamment des solutions pour l'une ou l'autre partie du « conflit ». Nous avons suggéré, plus particulièrement, qu'une résolution uniquement juridique était impossible : 1) du fait que les conflits de droits culturels de ce type font partie des controverses culturelles plus généralisées, qui impliquent des questions d'axiologie de valeurs – mais a fortiori des questions économiques, sociales et politiques ; 2) parce qu'il est extrêmement difficile de traduire les valeurs culturelles telles que l'art et la religion en droits, précis et définis.

Nous avons donc été favorable à la prévention de ce type de controverses ainsi qu'à la

[2360] Nous avons également pu constaté que les défis pour la liberté d'expression, sont désormais beaucoup moins centrés sur la protection de la « moralité publique » ou la religion – tel que c'était le cas dans les années 1980 et 1990 par exemple – et sont plutôt liés à la protection de la vie privée et le langage de haine plus généralement – y compris donc les questions d'intolérance raciale ou religieuse.

mise en place des méthodes alternatives de résolution de conflits. Nous avons considéré que les solutions pour éviter l'avènement – voire le développement paroxystique – de ce type de conflits, devaient être fondées sur la reconnaissance de l'indivisibilité des droits de l'Homme et le renforcement des DESC et des obligations positives des États (le langage prônant la diversité culturelle et le multiculturalisme passant donc au second plan).

Sur le plan individuel, nous avons considéré qu'il était extrêmement important de construire des identités plurielles ; nous avons à cet égard proposé non seulement le renforcement de la liberté culturelle des individus, mais également une certaine ouverture du droit vers les autres sciences humaines et sociales, et notamment l'anthropologie. Nous nous sommes d'ailleurs fondée sur certaines constatations anthropologiques (les types de résolution de conflits et de médiation) dans d'autres sociétés, afin d'appuyer une exclusion – progressive – de ce type de conflits du champ du droit et une migration de ceux-ci vers le champ de la médiation.

Enfin, nous nous sommes fondée sur l'idée de la citoyenneté, voire de la citoyenneté plurielle, afin de proposer également le renforcement de la responsabilité, tantôt des croyants, tantôt des artistes.

Conclusion générale

Nous avons voulu dans cette thèse contribuer à la réflexion autour des conflits de droits dans les sociétés plurielles. Nous avons en effet suggéré que les conflits de droits, traditionnellement envisagés comme une juxtaposition d'intérêts antinomiques[2361], devraient être envisagés sous un angle nouveau, qui tienne compte des valeurs et des dimensions sociales et politiques en jeu. Nous avons donc proposé une optique où ce qui importe est de mieux cerner et comprendre la problématique des conflits de droits, plutôt que d'apporter des solutions méthodologiques à leur résolution.

Considérant les avantages de la méthode empirique, nous avons préféré nous pencher sur un cas précis plutôt que de nous lancer dans des considérations générales. Nous avons donc opté pour l'étude d'un seul cas de conflit de droits, celui qui intervient entre la liberté d'expression et la liberté religieuse. Nous avons justifié notre choix par le fait qu'il s'agit là d'un thème d'actualité juridique, qui s'inscrit également dans la problématique du multiculturalisme et dans le débat concernant le poids des religions sur la scène internationale. Nous avons par ailleurs voulu apporter notre contribution à la perception de l'*art* par le droit, et réfléchir en particulier aux modalités de sa protection juridique.

Nous avons dès lors commencé l'étude par une « juxtaposition » de l'art et de la religion, avec une réflexion générale sur leur « poids » respectif en tant que valeurs. Corrélativement, une étude méticuleuse des droits principalement concernés, à savoir la liberté de l'art et la liberté religieuse, nous est apparue indispensable.

En ce qui concerne la liberté de l'art, nous avons démontré l'existence d'un cadre formel solide permettant sa protection, et qui consiste dans l'ensemble des multiples approches favorables développées par de nombreuses institutions (l'UE, l'ACPC),

[2361] *Supra,* note 46 et s.

organes (l'UNESCO, le Comité des DH, le Comité DESC, les procédures spéciales des Nations Unies, etc.) ou instances, notamment la Cour européenne.

En ce qui concerne la liberté religieuse, nous avons pu, de la même façon, constater l'existence d'un cadre formel solide de protection. Selon une certaine lecture, il nous a même semblé qu'on puisse considérer que la liberté religieuse bénéficie d'une protection supérieure à celle de la liberté de l'art[2362] ; toutefois, nous avons conclu que cette hypothèse n'était pas valable, pour de nombreuses raisons que nous avons exposées[2363]. Nous nous sommes par ailleurs concentrée sur l'étude de *l'offense des sentiments religieux*, qui constitue l'un des point-clés de notre sujet. En la matière, nous avons constaté que la notion de diffamation des religions était la transcription juridique de la notion de *blasphème* et que, comme telle, elle n'était pas, *a priori*, compatible avec les standards du droit international. Nous avons cependant souligné les variations considérables au sein des législations des États quant à cette notion de blasphème, et pointé le fait que la Cour européenne a considéré à plusieurs reprises que ce droit pourrait éventuellement contenir le fait de ne pas être blessé dans ses sentiments religieux[2364] . En outre, nous avons exprimé l'inquiétude chez les juristes qu'a pu susciter le fait que la notion de la « diffamation religieuse » soit devenue une notion centrale au sein des Nations Unies au cours des dernières années, traduisant généralement des enjeux politiques[2365]. Enfin, dans le souci de distinguer le cadre de protection juridique de la liberté religieuse des enjeux politiques liés aux religions, nous avons conclu que, sur le plan *formel* (uniquement), les deux droits étaient égaux.

Devant cette conclusion insuffisante, nous avons continué notre démonstration en juxtaposant l'art et la religion telles qu'ils sont perçus en tant que *valeurs* en droit international, et notamment au sein des organes onusiens. Nous nous sommes d'abord attachée à reconnaître la valorisation de la diversité des expressions artistiques et culturelles au sein de nombreuses institutions et organisations internationales, notamment l'UNESCO, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne[2366]. Toutefois, nous avons remarqué que ces démarches relevaient pour la plupart du droit *mou*. En

[2362] Du fait par exemple que celle-ci soit considérée dans certains instruments, et notamment le PIDCP, comme un droit qui ne connaît pas de dérogations ; *supra,* note et s.

[2363] *Supra*, Chapitre 2, notamment note 429-440.

[2364] *Supra*, notamment note 605 et s.

[2365] *Supra,* Chapitres 2 et 4, notamment note 1176 et s.

[2366] *Supra,* Chapitre 3.

revanche, en étudiant le système de protection des droits de propriété intellectuelle (qui fait preuve d'une plus grande normativité juridique), nous avons été amenée à constater que ceux-ci n'offraient pas de protection efficace à la création artistique. Nous avons proposé plusieurs explication à ce propos, notamment le fait que le système des DPI « bloque », dans une certaine mesure, la créativité, qu'il privilégie les intérêts privés, qu'il ne tient pas compte des réalités économiques et culturelles des pays en développement et qu'il n'offre pas de protection adéquate aux expressions artistiques minoritaires[2367]. De même, en étudiant le système de protection du patrimoine culturel, nous avons également été amenée à constater que celui-ci dépendait largement de la volonté politique des États et des nombreux enjeux politiques, diplomatiques et largement financiers[2368], voire même des conflits entre les États.

En revanche, nous avons pu constater que la religion bénéficiait d'une protection plus importante à des nombreux égards dans le cadre de la diplomatie politique des États. Nous nous sommes également intéressée, au-delà du rôle des religions en tant que facteur de cohérence sociale pour des nombreux États, aux interactions entre la religion chrétienne, la morale et le droit naturel, et par là, les droits de l'Homme[2369]. Nous avons ensuite mis en exergue la multitude extraordinaire de dispositions qui protègent le fait religieux (on pense ici notamment à la non-discrimination pour raisons religieuses) ainsi que la multitude d'approches « accommodatrices » de la part des organes et instances internationales[2370]. Nous avons donc pu démontrer que la religion en tant que *valeur* pour le droit international avait un poids nettement plus important que l'art.

Toutefois, ces constatations ne nous sont pas non plus apparues comme satisfaisantes. Nous nous sommes souvenue notamment du fait que le droit international était un terrain du droit beaucoup trop « anarchique » pour qu'on puisse y tirer des conclusions *in abstracto* ; les diverses cultures juridiques, dans un monde de plus en

[2367] Voir *supra,* Chapitre 3, notamment note 789 et s.

[2368] Voir *supra,* Chapitre 3, *in fine,* notamment note 922 et s.

[2369] Par là, nous avons reconnu leur rôle – pour certains, essentiel, pour d'autres, historique ou symbolique – dans la formation des droits de l'Homme, voir *supra,* Chapitre 4, notamment note 905 et s.

[2370] *Supra,* Chapitre 4, notamment note 1156 et s.

plus globalisé, méritaient une réflexion plus approfondie. Ainsi, dans la deuxième partie de notre thèse, nous avons voulu procéder à une réflexion *in concreto,* concernant les conflits de droits ainsi que ceux connus sous le nom de « conflits de valeurs » et qui impliquent des considérations culturelles différentes. Le prisme de la « résolution » des conflits apparaissait dès lors comme non adapté pour proposer des solutions permanentes[2371]. En mettant l'accent sur le fait que le droit international est asservi, dans une certaine mesure, à la pratique des États, nous avons abordé le sujet des conflits culturels à la lumière du débat entre l'universel et le relatif. Nous avons alors observé que, malgré l'existence d'une multitude d'instruments internationaux relatifs à l'art, à la religion, à la tolérance ou à la non-discrimination, et malgré les nombreux textes, déclarations, conventions, chartes, résolutions, recommandations, procédures et mécanismes de suivi des droits au plan international, la pratique des États était extrêmement contrastée, du fait précisément que « *les choses ont des significations différentes pour les personnes différentes* »[2372].

Plus spécifiquement, nous nous sommes référée à de nombreux cas de standards nationaux et nous avons observé que ceux-ci variaient considérablement. Nous avons tout d'abord remarqué que les arts ont su fleurir en toutes circonstances et dans toutes les civilisations et que leur réglementation semble relever notamment des enjeux politiques, voire même de la manipulation des religions par des pouvoirs de tout type[2373]. Or, les différences sur le plan de la législation et des jurisprudences nationales sont remarquables, allant de la permission totale de l'art « blasphématoire » (États-Unis), à sa restriction totale (Iran). Ces différences pourraient en partie expliquer des identités culturelles fondatrices des nations des États étudiés.

Toutefois, nous avons constaté par ailleurs que la réglementation de l'outrage aux sentiments religieux constituait un lieu commun des pratiques nationales. Nous avons observé plus spécifiquement que la plupart des États, indépendamment de leur

---

[2371] Abordant notre cas d'étude, nous avons par exemple insisté sur la nature paroxystique des controverses à propos de la liberté d'expression et de la religion, et notamment sur l'association entre l'offense des sensibilités et le fanatisme religieux, *supra,* note 2121 et s.

[2372] Nous paraphrasons ici Carolyne Evans, voir *supra,* note 2169.

[2373] Nous nous sommes par exemple extensivement référée à certains exemple historiques : au cas de l'iconoclasme de l'empire Byzantin, aux « maux » faits à l'art sous l'influence de la religion catholique (notamment avec l'instauration de la Sainte Inquisition) ou bien, à l'inverse, à l'art islamique etc., voir *supra,* Chapitre 5, *supra,* notamment note 1259 et s.

qualification comme occidentaux, non-occidentaux, religieux, laïques, multiculturels, européens ou musulmans, maintiennent en vigueur, d'une façon ou d'une autre, des dispositions interdisant l'usage d'un langage offensif envers les religions. Une bonne partie des États européens, notamment, maintient des dispositions interdisant le blasphème en tant que tel, et la plupart d'entre eux interdisent l'outrage à la religion[2374]. Peu d'États disposent, comme la France, de lois qui se contentent de répéter les standards du droit international, à savoir l'interdiction du langage de haine et de la discrimination du fait de la religion[2375]. En effet, parmi tous les cas étudiés[2376], il n'y a qu'aux États-Unis que l'on trouve une liberté de l'art absolue vis-à-vis des sensibilités religieuses[2377] ; dans tous les autres cas, les Cours suprêmes des États ont recours à la méthode de la balance des intérêts ou de la proportionnalité.

Nous avons donc suggéré qu'aucune solution magique « internationalement valable » n'était envisageable et que ce n'était que sur le plan régional que des réponses précises pouvaient émerger. Nous avons à cet égard examiné analytiquement la jurisprudence de la Cour européenne et nous avons constaté qu'elle présentait un nombre de mérites, tantôt méthodologiques, tantôt sur le fond, et faisait preuve d'une certaine modernité. Nous avons pu constater plus spécifiquement qu'il existe au sein de la Cour européenne une tendance, floue encore, à admettre une certaine « défense » de la liberté de l'art, et notamment de la satire (dans le sens de son traitement « préférentiel »), en parallèle avec une autre tendance, celle d'exclure l'« offense aux sensibilités » du champ de la protection de la Convention[2378]. Nous nous sommes ralliée à cette approche, considérant qu'elle est conforme aux « limites » actuellement posées à la liberté d'expression par le droit international (à savoir l'interdiction de la haine religieuse et l'interdiction de la discrimination)[2379].

[2374] *Supra,* Chapitres 2 et 5.

[2375] *Supra,* Chapitre 5.

[2376] Nous avons étudié en effet le cas des États -Unis, de la France, du Royaume-Uni, du Canada, du Danemark, de l'Allemagne, de l'Israël, du Chili, de la Russie, de la Grèce, de certains États à majorité musulmane et de certains États islamiques (Iran, Pakistan).

[2377] Et cela, malgré le rôle important de la religion dans la vie politique, voir *supra,* Chapitre 7. Remarquons aussi que cela ne signifierait pas une absence de procès pour « blasphème » en première instance, mais indique uniquement la position de la Cour suprême.

[2378] *Supra,* Chapitre 6.

[2379] *Supra,* Chapitre 2.

Toutefois – et une fois de plus – nous avons considéré que cette approche n'était pas satisfaisante. En effet, les solutions sur le plan régional sont forcément assujetties à des lectures axiologiques de valeurs, propres à un organe ou à un ordre régional (ce qui, pour la Cour européenne par exemple, se traduit par une marge d'appréciation considérable pour les États)[2380]. Dès lors, il apparaît *a fortiori* sur le plan international que le *consensus* sur l'universalité des droits de l'Homme ne saurait apporter de solutions précises ni d'indications quant à la résolution des conflits de droits[2381].

Par ailleurs, nous avons considéré que les méthodes traditionnelles de résolution des conflits ne sont pas adéquates pour résoudre des conflits liés à des valeurs culturelles, puisque ces valeurs sont généralement abstraites et difficilement traduisibles en droits[2382]. Tantôt l'art, tantôt la religion, constituent par excellence de telles notions « floues ». Plus encore, il s'agit là de deux « terrains propices » à l'expansion des « conflits culturels », au sens d'une exacerbation des tensions manifestées au nom des différences culturelles, du fait des fonctions fortement symboliques de l'art et de la religion.

Nous avons alors proposé une ouverture inédite du champ du droit vers le champ du « non-droit », et notamment dans deux directions : la première, celle de la responsabilité *éthique ;* la seconde, celle de la *citoyenneté plurielle*.

Quant à la responsabilité *éthique*, et en ce qui concerne les arts en particulier, nous pouvons remarquer que cette responsabilité comprend non pas uniquement le fait de *créer,* mais également le fait de s'*abstenir* de créer. En effet, l'art, a acquis un sens « élargi » dans la modernité et notamment à l'époque fortement « politique » des années 1960. Or cette ouverture, à cette époque-là, renforcée par les mouvements de

---

[2380] Nous avons à ce titre insisté sur l'affaire *Lautsi,* à propos de la présence des crucifix dans les milieux scolaires, affaire qui pourrait être considérée dans une certaine mesure comme indicative de ces controverses – notamment en tenant compte des approches différentes de la Cour européenne d'une part et de l'Union européenne d'autre part ; voir *supra,* notes 1903 et 2014 et s.

[2381] Cependant, nous avons proposé qu'un *consensus* parmi les cultures pouvait être trouvé et qu'il n'y aurait alors plus de doute sur la validité universelle des droits de l'Homme. Pour notre part, nous avons proposé que ce *consensus* soit compris dans sa dimension juridique et nous l'avons plus précisément situé au niveau des *droits absolus* et du *noyau dur* des droits de l'Homme, tout en remarquant que l'argument « culturel » servait de prétexte de dérogation aux obligations internationales posées par les droits de l'Homme, précisément car cet argument est plus anodin que d'autres. Voir *supra,* Chapitre 7.

[2382] Voir analytiquement, *supra,* Chapitre 7.

« anti-art », et la volonté délibérée de transgresser les règles était une nécessité historique, sociale et politique. Aujourd'hui, en revanche, à l'époque de la multi-pluralité et du règne d'Internet, la même démarche nous paraît atopique. Par ailleurs, il nous paraît qu'aujourd'hui est plus que jamais nécessaire que le pluralisme acquière un sens qualitatif plutôt que quantitatif. Qualifier *toutes* les expressions contemporaines de l' « art », indifféremment de leur contenu, et, *a fortiori,* le faire au nom du pluralisme culturel, semble pouvoir nourrir des effets pervers : le pluralisme n'a pas besoin à nos yeux de *plus* d'artistes, mais de *meilleurs* artistes[2383] qui auraient aussi leur rôle à jouer dans le *modus vivendi*. Comme le remarquent Roberto Barbanti et Claire Fagnart, « *penser uniquement en esthète, sans tenir compte du contexte social, est un acte qui s'avère dangereux* »[2384].

La seconde direction d'ouverture que nous avons proposée est celle de la *citoyenneté plurielle.* Cette dernière est en effet la seule à même de déplacer l'axe des *droits individuels* vers celui des *devoirs envers la communauté*, enrichissant ainsi le discours juridique de l'idée de participation à la vie de la cité. Dans le cadre de la citoyenneté plurielle, d'ailleurs, nous avons proposé l'institution des procédures de médiation interculturelle, inspirés par des modèles de médiation qui existent toujours aujourd'hui au sein de certaines communautés, telles que les Abkhazes, en Turquie, ou dans certaines régions de l'Asie Pacifique[2385]. Nous faisons donc appel à l'anthropologie juridique, pour une meilleure compréhension de telles procédures de médiation.

Il nous semble également qu'afin de trouver un juste milieu dans la considération des offenses, il faille « dé-démoniser » les cultures et prendre au sérieux les droits culturels, notamment par le biais d'une ouverture du droit sur la sociologie ou, précisément, de l'anthropologie[2386]. Dé-démoniser les cultures, dans notre cas,

---

[2383] « *On ne s'y retrouve plus* », déplore Régis Debray, « *Les avatars de la création artistique ne sont sans doute pas imputables aux artistes eux même. Nous sommes tous co-responsables pour ainsi-dire. Nos images se sont dévitalisées et désymbolisées [...] parce que notre regard s'est privatisé, individualisation qui envoie à son tour à l'ensemble du devenir social*» ; voir DEBRAY Regis, *Vie et mort de l'image*, *op.cit.*, p.73.

[2384] BARBANTI Roberto et FAGNART Claire, *L'Art au XXè siècle et l'utopie : réflexions et expériences,* Paris, L'Harmattan, 2000, p.342 ; Voir aussi CLAIR Jean, *La responsabilité de l'artiste,* Paris, Gallimard, 1997.

[2385] *Supra,* Chapitre 8, note 2316 et s.

[2386] ENGLE MERRY Sally, « Human Rights Law and the Demonization of Culture (And Anthropology

consisterait à éviter les « dialogues de sourds » impliquant, d'un côté, les « blasphémateurs » (ceux qui se manifestent de façon intentionnellement provocatrice), et de l'autre, les « offusqués » (qui, loin d'exercer leur liberté religieuse, trouvent dans le blasphème une arme de lutte stratégique)[2387].

Dé-démoniser les cultures signifierait également définir les limites qui séparent le droit de la politique : les « différences civilisationnelles » apparentes, quelles qu'elles puissent être, ne devraient pas pour autant servir de justification-prétexte à des crises politiques, idéologiques ou économiques. L'introduction de la notion de diffamation religieuse dans le discours des Nations Unies indique, à notre avis, non pas un *clash des civilisations,* mais plutôt l'échec de la communauté internationale à garantir le respect égal et indivisible des droits fondamentaux ou à faire appliquer les standards des droits de l'Homme. Nous ne saurions alors proposer d'autre solution, pour minimiser ce type de conflits culturels, que de prendre au sérieux l'indivisibilité des droits de l'Homme – assurer donc le respect effectif des droits sociaux, économiques et culturels, en renforçant leur justiciabilité. Il n'y a qu'ainsi que la culture pourra être, non pas une contrainte, mais un véritable choix.

Along the Way) », *Political and Legal Anthropology Review*, Vol. 26, n°1, 2003, pp. 55–76.

[2387] Ce qui expliquerait d'ailleurs les réactions « tardives » du monde islamique lors de la publication des caricatures, mais également l'existence de nombreux dessins offensifs pour le prophète émanant de dessinateurs non-occidentaux, qui ne sauraient provoquer, eux, aucun scandale.

BIBLIOGRAPHIE

§ 1. Ouvrages et manuels, monographies, thèses et mémoires

A. GENERALITES

1. En droit

a) En français

ALLARD Julie, HAARCHER Guy, HENNEBEL Ludovic, LEWCOWICZ Grégory(dir), *Juger les droits de l'homme : Europe et États-Unis face à face*, Bruxelles , Bruylant, 2008.

BOUZIRI Nejib, *La protection des droits civils et politiques par l'ONU; l'œuvre du Comité des droits de l'Homme,* Paris, l'Harmattan, 2003.

BUHRER Jean-Claude et LEVENSON Claude, *L'ONU contre les droits de l'Homme*, Paris, Mille et Une nuits, 2003.

CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (dir)*, Droits et libertés fondamentaux*, Paris, Dalloz, 1997(4e éd.).

CHIANEA Gérard et CHABOT Jean-Luc (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel, 1848-1948-1998*, actes du Colloque, avril 1998, organisé par l'Université Pierre Mendès France, Paris-Montréal (Québec), Paris, L'Harmattan, 2000.

COHEN-JONATHAN Gérard et FLAUSS Jean François(dir.), *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Bruylant, Coll. Droit et justice, n° 64, 2005.

DECAUX Emmanuel, *Les Nations Unies et les Droits de l'Homme, enjeux et défis d'une reforme,* Paris, Pedone, 2006.

DE SILVIA Michele– VILLIGER Mark(dir.), *L'éclosion des Droits de l'Homme, des droits de l'Homme: mélanges en l'honneur de Carl Aage Nørgaard,* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998.

EISENMANN Pierre-Michel et PAZARTZI Photini (éds), *La jurisprudence de la Cour internationale de justice,* Paris, Pedone, 2008.

ETEKA YEMET Valère, *La charte africaine des droits de l'Homme et des Peuples*, Paris, Harmattan, 1996.

FERRAND Jérôme et PETIT Hugues, *L'Odyssée des droits de l'homme, Tome 1 : Fondations et naissances des droits de l'homme*, Harmattan, Paris, 2003.

FERRAND Jérôme et PETIT Hugues, *L'Odyssée des Droits de l'Homme, Tome 2 : Enjeux et perspectives des Droits de l'Homme*, Harmattan, Paris, 2003.

HENNEBEL Ludovic, *La jurisprudence du Comité des droits de l'Homme,* Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2007.

HERSCH Jeanne, *Le droit d'être un homme,* Paris, UNESCO, 1990.

HOLLY Daniel, *Les Nations Unies et la mondialisation: pour une économie politique des organisations internationales,* Paris, L'Harmattan, 2003.

GOY Raymond, *La Cour Internationale de Justice*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Paris – Bruxelles, LGDJ - Bruylant, 1999.

KSENTINI Farouk, *Les procédures onusiennes de protection des droits de l'Homme – Recours et détours*, Paris, Publisud, 1994.

LANFRANCHI et CHRISTAKIS Théodore, *La licéité de l'emploi d'armes nucléaires devant la Cour internationale de Justice. Analyse et documents*, Paris/Aix-Marseille III, Economica/CERIC, 1997.

LARROUMET Christians, *Droit civil*, Tome 1, Paris, Economica, 2004 (4ème éd).

LAURENT Henri et BOYER Laurent, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2002(4ème éd).

LUCAS-SCHLOETTER Agnès, *Droit moral et droits de la personnalité : étude de droit comparé français et allemand*, Tomes 1 et 2, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

LUCHAIRE François, *La protection constitutionnelle des droits et des libertés*, Paris, Economica, 1987.

NATIONS UNIES (coll.) *Sélection de décisions du Comité des droits de l'Homme prises en vertu du Protocole facultatif* (Vol.5), New York - Genève, Nations Unies, 2005.

NATIONS UNIES, *Les droits économiques, sociaux et culturels ; Manuel destiné aux Institutions Nationales des Droits de l'Homme*, publication du Haut Commissariat aux Droits de l'Homme des Nations Unies, Genève.

OBERDORFF Henri(dir), *L'Européanisation des politiques publiques*, Presses Universitaires de Grenoble, coll. Europa, 2008, pp.47-60.

PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri (dir), *La Convention européenne des droits de l'homme ; commentaire article par article*, Economica, 1999(2è éd.).

ROUBIER Paul, *Théorie générale du Droit*, Paris, Recueil Sirey, 1946.

SICILIANOS Linos- Alexandre, *L'ONU et la démocratisation de l'État*, Paris, Pedone, 2001.

STARCK Boris, *Introduction au droit*, Paris, Litec, 2002.

SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des Droits de l'Homme*, Paris, PUF, 1989, 2006(8e éd).

SUDRE Frédéric**,** *La convention européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 7è, 2008.

TERRE François, *Introduction générale au droit*, Paris, Dalloz, 2009(8ème éd).

TZITZIS Stamatios, *Droit et valeur humaine,* Paris, Buenos Books International, 2010.

TZITZIS Stamatios, *Le citoyen, l'éthique, la sanction*: *de l'évolutionnisme social à l'humanisme pénal,* Paris, Buenos Books International, 2008.

TZITZIS Stamatios, *La personne, l'humanisme et le droit,* Sainte-Foy (Québec), Les Presses de l'université Laval, 2001.

UNESCO, *La Procédure de l'UNESCO pour la protection des droits de l'homme; les travaux préparatoires,* Paris, UNESCO, 2009.

VERDOORT Albert, *Naissance et signification de la Déclaration universelle des droits de l'Homme*, diss. Louvain, 1964.

VERHEYDE Mieke et GOEDERTIER Geert, *The UN Committee on the rights of the child,* Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2006.

b) En anglais

ARMSTRONG David(ed), *Routledge Handbook of International Law*, Londres – New York, Routledge, 2008.

BASSIOUNI Cherif, *Crimes against humanity in international criminal law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

BEDERMAN David, *International law in antiquity,* Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

BOSSUYT Marc, *Guide to the "Travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff, 1987.

BOWERS ANDREWS Arlene et HENEVER KAUFMAN Natalie(éd), *Implementing the U.N. Convention on the Rights of the Child: a standard of of Living Adequate for Development,* Westport, Praeger Publishers, 1999.

BUZAN Barry et LITTLE Richard, *International Systems in world history,* Oxford University Press, 2000.

CASSESSE Antonio, *International Law in a divided world*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 1994(reéd).

CONTE Alex, *Defining civil and political rights : the jurisprudence of the United Nations human rights committee*, Surrey-Londres, Ashgate, 2004.

COUNCIL OF EUROPE, *Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 1987, Tome V.

DETRICK Sharon, *The Unite*d *Nations Convention on the Rights of the Child: A guide to the 'Travaux préparatoires'*, Dordrecht-Boston, Martinus Nijhoff, 1992.

DONNELLY Jack, *International Human Rights,* Cambridge, Westview-Perseus, Coll. Dilemmas *in*World Politics, 2007.

DIJK Petrus van, VAN HOOF Godefridus (et al.) *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, The Hague, Kluwer Law International-Brill, 1997

HALL Kermit(éd), *The Oxford guide to United States Supreme Court décisions,* Oxford University Press, 1999.

HARRIS David, O' BOYLE Michael, BATES Edward, BUCKLEY Carla, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009(2è éd).

HENKIN Louis, *The age of rights*, Columbia University Press, 1990.

FEINBERG Joel, *The moral principles of criminel law, Vol.1 : « Offense to others »,* New York, Oxford University Press, 1984.

GREENLEAF, *The British Political Tradition: The ideological heritage*, Londres- New York, Routledge, 2003.

KELSEN Hans, *General theory of law & state*(1949)*,* New Jersey, Transaction, 2005.

LUKES Steven, *Individualism,* Blackwell press, Oxford, 1985, 2006 (reéd).

MACDONALD Ronald, MATCHER Franz, PETZOLD Herbert et al.(eds) *The European System for the Protection of Human Rights*, The Hague-Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993.

MARTIN Francisco, SCHNABLY STEPHEN et al., *International Human Rights and Humanitarian Law: Treaties, Cases, and Analysis,* Cambridge University Press, 2006.

MILL John Stuarts, *On liberty*, Londres, Parker, 1859(2è).

MILL John Stuart, *Considerations* on Representative Government (1861), *in* PECORA Vincent, *Nations and Identities; Classical Readings*, Wiley- Blackwell, 2001.

MORSINK Johannes, *The Universal Declaration of Human Rights ; Origins, Drafting and Intent,* Philadelphia, University of Pensylavania Press, 1999.

PETTERSON Thorleit et ESMER Yilmaz (éd.) *Changing values, persisting cultures ; case studies in value change,* Leiden –Boston, Brill, 2008.

PRADIER- FODERE Paul, *Le droit de la guerre et de la paix (par Grotius),* Tome I, Paris, De Guillaumine, 1867.

RAMCHARAN Bertrand(éd), *Judicial Protection of Economical, Social and Cultural Rights ; case and materials*, Leiden, Brill, 2005.

REHMAN Javaid, *International Human Rights Law: a practical approach*, Edinbourg, Pearson, 2004.

RUSTON Roger, *Human rights and the image of God,* Londres, SCM Press, 2004.

SEN Amartya, *Developement as freedom,* Oxford-New York, Oxford Univeristy Press, 1999.

STEINER Henry, ALSTON Philip, GOODMAN Ryan, *International Human rights in context : law, politics, morals,* Oxford University Press, 2008.

TREVOR Salmon et IMBER Mark (éd), *Issues of International Law,* London, Routledge, 2000.

VAN BUEREN Géraldine, *The international law on the rights of the child,* Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1995.

c) En grec

DAGTOGLOU Prodromos, *Libertés individuelles [Ατομικά Δικαιώματα],* Athènes -Comotini, Sakkoulas, 1991.

GEORGIADES, Apostolos, *Principes généraux de droit civil [Γενικές αρχές αστικού δικαίου]*, éd. Sakkoulas, Athènes, 2007.

MANESIS Aristovoulos, *Droits Constitutionnels, Tome 1:Libertés Fondamentales[Συνταγματικά δικαιώματα, Τόμος 1 : Ατομικά Δικαιώματα]*, Athènes- Thessalonique, Sakoulas, 1998 (4è éd.).

2. En histoire de l'art, philosophie, sciences politiques et autres sciences sociales

a) En français

ALBERTI Leon Battista, *De Pictura* (1435), Paris, A. Lévy, 1868.

ARAMBASIN Nella, *La conception du sacré dans la critique d'art: en Europe entre 1880 et 1914,* Genève, Droz, 1996.

ARVON Henri, *Le bouddhisme*, Paris, PUF, coll. Que sais-je, 2005.

BARBANTI Roberto et FAGNART Claire, *L'Art au XXè siècle et l'utopie : réflexions et expériences,* Paris, L'Harmattan, 2000.

BARBIER Maurice, *Religion et politique dans la pensée moderne,* Presses universitaires de Nancy, 1987.

BECKER Howard, *Les mondes de l'art,* Paris, Flamarrion, 1988.

BOESPFLUG François, *Caricaturer Dieu ?,* Paris, Bayard, 2006.

BOESPFLUG François, *Dieu et ses images: une histoire de l'Éternel dans l'art christianisme*, Paris, Luc Pire, 2008.

BERNSTEIN Richard, *Hannah Arendt and the Jewish question*, Cambridge, MIT Press, 1996, p.146.

BERREBY Gérard, *Documents relatifs à la fondation de l'International situationniste*, Paris, Allia, 1985.

BERDING Helmut, *Histoire de l'antisémitisme en Allemagne*, éd. de la Maison des sciences de l'homme, Paris, 1991.

BOURDIEU Pierre, *Réponses*, Paris, Seuil, 1992.

BOURGEAT Jean- Baptiste, *Histoire de la Philosophie: Philosophie orientale,* Paris, Hachette, 1850.

BUJANDA Jesús Martínez de (dir.), *Index des livres interdits,* Sherbrooke-Genève, Université de Sherbrooke, Centre d'études de la Renaissance, Droz, 1996.

CARANI Maria(éd), *De l'histoire de l'art à la sémiotique visuelle,* Quebec, Septentrion, 1992.

CHAUTARD Sophie, *L'Iran face au monde, Géopolitique et enjeux,* Paris, Jeunes Editions, Coll.Perspectives, 2006.

CLAIR Jean, *La responsabilité de l'artiste,* Paris, Gallimard, 1997.

CLAUDE Jean-Cristophe *Les grands scandales de l'Histoire de l'Art ; Cinq siècles de ruptures, de censures et de chefs d'œuvre,* Paris, Beaux Arts, 2008.

COQUET Michel, DERLON Brigitte et JEUDY-BALLINI Monique(dir), *Les cultures à l'œuvre : rencontres en art*, Paris, Maison de la science de l'homme, 2005.

COTTIN Jérôme, *La mystique de l'art: art et christianisme de 1900 à nos jours,* Paris, Éditions du Cerf, 2007.

COOMARASWAMY Ananda, *Les symboles fondamentaux de l'art bouddhiste,* Milano, Archè, 2005.

CUYPERS Michel et GOBILLOT Geneviève, *Le Coran,* Paris, Le Cavalier bleu, 2007.

CYVOCT Colin, MARREY Gilles, SALLANTIN Maris, ARDENNE Paul(dir), *L'art en questions : trente réponses*, Linteau, 1999.

DARMON Adrian, *Autour de l'art juif: encyclopédie des peintres, photographes et sculpteurs*, Paris, Carnot, 2003.

DEBRAY Régis, *Vie et mort de l'image,* Paris, Gallimard, 1992.

DOLLÉ Marie, *Quel scandale !*, Paris, Presses Universitaires de Vincennes, Coll. «*Culture et Société* », 2006.

DURKHEIM Emile, *Les formes élémentaires de la vie religieuse,* Paris, PUF, 1968.

FAURE Elie, *Histoire de l'art*, Vol.3, Paris, Plon, coll. Ars et historia, 1949.

FLØISTAD Guttorm(dir.), *Aesthetics and philosophy of art*, Berlin, Springer, Vol. 9, 2007.

FRANCASTEL Pierre, *La Figure et le lieu, l'ordre visuel du Quattrocento*, Paris, Denoël, 1980.

GARNSEY Peter, *Conceptions de l'esclavage: d'Aristote à Saint Augustin,* Paris, Les Belles Lettres, 2004.

GILLET Louis, *Histoire artistique des ordres mendiants : étude sur l'art religieux en Europe du XIIIe au XVIIe siècles*, Paris, Flammarion, 1939.

GLEIZAL Jean Jacques, *L'art et le politique : essai sur la médiation,* Paris, PUF, 1994,

GOMBRICH Ernst, *L'Art et l'illusion* (1956), Paris, Gallimard, 1971.

GRENIER Catherine, *L'art contemporain est-il chrétien ?*, Paris, Jacqueline Chambon, 2003.

GRONDIN jean, *La philosophie de la religion,* PUF, Paris, 2009.

JAUBERT Alain, *Un tableau en procès: Le repas chez Lévi, 1573, de Paolo Caliari dit Veronese,* Paris, Montparnasse, 1988

KHATIBI Abdelkébir, *L'art contemporain arabe*, Al manar -Institut du monde arabe, 2001.

LENOIR Béatrice(éd), *L'œuvre d'art,* éd. Flamarrion, Paris, 1999.

LEVISSE Caroline, *Crucifixion et sécularisation dans les œuvres de René Baumer, Milton Avery et Evie Hone* , mémoire de Master 1, Université de Lyon II, Lyon, 2006.

LONGHI Roberto *Le Caravage*, Paris, Regard, 2004 (reéd.).

MARCUSE Herbert, *La fonction de l'art[à partir de la trad. grecque. Η λειτουργία της τέχνης]*, Athènes, Papazisis, 1988.

MENOZZI Danièle, *Les images ; les églises et les arts visuels*, Paris, Éditions du Cerf, 1991.

MORETTI, Jean-Charles, *Théâtre et société dans la Grèce antique: une archéologie des pratiques*, Paris, Librairie générale française, 2001.

NAEF Silvia, *Y-a-t-il une « question d'image » en Islam ?,* Paris, Téraèdre, 2004.

NOURISSON Jean-Félix, *Tableau des progrès de la pensée humaine depuis Thalès jusqu'à Leibniz,* Paris, 1858.

PANOFSKY Erwin, *La Perspective comme forme symbolique*(1927), Paris, Minuit, 1975.

PANOFSKY Erwin, *Essais d'iconologie ; thèmes humanistes dans l'art de la Renaissance*(1967), Paris, Gallimard, 1987.

PAYOT (dir), *Mort de Dieu, fin de l'art*, Fribourg, Cerf, 1991.

PESLIN Daniela *Le Théâtre des Nations: une aventure théâtrale à redécouvrir*, Paris, Harmattan, 2009.

REVAULT D'ALLONNES Olivier, *La création artistique et les promesses de la liberté*, thèse soutenue à Paris en 1972, Klincksiek, 2007(reéd).

ROCHET Guy, *La tragédie grecque: origine, histoire, développement*, Paris, Payot, 1973.

SARTRE Jean Paul et GENET Jean, *Saint Genet, comédien et martyr,* Paris, Gallimard, 1988.

SCHELER Max, *La situation de l'homme dans le monde* , Paris, Aubier, 1979.

SCHOPENHAUER Arthur, *Le monde comme volonté*, Paris, PUF, 1966.

SED-RAJNA Gambrielle, *L'art juif,* Paris, PUF, Que sais-je, 1985.

SCHOPENHAUER Artur, *Le Monde comme Volonté et comme Représentation, Livre Troisième*(1812)*,* Paris, PUF, 2003(reéd).

SIMPSON Marianna, *L'art islamique*, éd. Flammarion, Paris, 1997.

SOURDEL Dominique, *L'Islam,* Paris, PUF, Coll. Que sais-je?, 2009. WEBER Max, *Confucianisme et taoïsme*, trad.française, Paris, Thélène, 2000.

STEINER Georges, Le Château de Barbe-Bleue : Notes pour une redéfinition de la culture, Paris, Gallimard, 1986.

TAPIES Antoni, *La pratique de l'art,* Gallimard, 1994

VERGOTE Antoine, *Religion, foi, incroyance,* Bruxelles, Pierre Margada.

VOLTAIRE, *Dieu et les hommes, oeuvre théologique mais raisonnable,* Paris, Christian d'Ebos, 1769.

WEBER Max, *Sociologie des religions*(œuvres écrit en 1906), Paris, Gallimard, 2006 (2è éd).

WOLHEIM Richard, *L'art et ses objets, Essaies additionnels*, Paris, Aubier, 1994.

WRIGHT Thomas, *Histoire de la caricature et du grotesque dans la littérature et dans l'art,* Paris, Delahays, 1875.

b) En anglais

ABRAMSON Glenda, KILPATRICK Hilary, *Religious perspectives in modern Muslim and Jewish literatures*, Abingdon-New York, Routledge, 2006.

AMABIL Teresa, *Creativity in context : update to the social psychology of creativity,* Colorado-Oxford, Westview Press, 1996.

APPIGNANESI Lisa et MAITLAND Sara, *The Rushdie file,* Coll. Contemporary issues in the Middle East, New York, Syracuse University Press, 1989.

BINYON Lawrence, *Painting in the far east: an introduction to the history of pictorial art*, Londres, Elibron classics, 2005.

BLAND Kalman, *The artless jew : medieval and modern affirmations and denials of the visual,* Princeton, Princeton University Press.

BREND Barbara, *Islamic art,* Harvard University Press, 1991.

DAWKINS Richard, *The God Delusion*, Londres, Bantam Press, 2006 (trad. française 'Pour en finir avec Dieu »), 2006.

DICKIE George, *Art and the Aesthetic : an institutional analysis,* Cornell University Press, 1974

FOWELL Frank, *Censorship in England*(1913)*,* Londres, Benjamin Bloom, 1972,

FREY Bruno, *Arts & economics: analysis & cultural policy*, Berlin-New York, Springer, 2000.

GEIPEL John, *A short history of of graphic comedy and satire*, Newton Abbot, David and Charles, 1972.

HANKINS James, *Humanism and platonism in the Italian renaissance*, Rome, Di storia e litteratura, 2004.

HEDLEY-BROOKE John, *Science and Religion; some Historical Perspectives*, Cambridge University Press, 1991.

LEADER Darian, *Stealing the Mona Lisa: What Art Stops Us From Seeing,* Shoemaker&Hoard, Washington, 2002.

JULIUS Anthony, *Transgressions : the offenses of the art*, Chicago, University of Chicago Press, 2003(2è éd).

MIKDADI Salwa et SHABOUT Nada (dir.), *Arab art in the twenty-first century*, Londres,Thames & Hudson, 2007.

PREDA Caterina, *Dictators and Dictatorships: artistic expressions of the political in Romania and Chile (1970s-1989): No pasó nada...?*, Florida, Universal Publishers, 2009.

REMBAR Charles, *The end of obscenity ; the trials of Lady Chatterley, Tropic of Cancer and Fanny Hill* (1968)*,* New York, Olympic Marketing Corp, 1986.

ROLPH C.H.(éd), *Lady Chatterlay's Trial*(1961)*,* Londres, Penguin, 2005.

SALTZMAN Synthia, *Portrait of Dr. Gachet*, New York, Penguin, 1998.

SCHAUER Frederick, *Freedom of Speech, a philosophical Inquiry,* Cambridge University Press, 1982.

SHAHAR Meir, *The Shaolin monastery: history, religion, and the chinese martial arts*, Presses Universitaires du Hawaii, 2008.

PLATE Brent, *Blasphemy ; art that offends,* Londres, Blackdog, 2006.

PLATE Brent, *Religion, art and visual culture : a cross-cultural reader,* New York – Hampshire, Palgrave, 2002.

YOUNG Julian, *Heidegger's philosophy of Art,* Cambridge University Press, Cambridge – New York, 2001.

WALLACE William, *Michelangelo: The artist, the man and his times***,** Cambridge University Press, 2009.

WATERWORTH James, *The canons and decrees of the sacred and oecumenical Council of Trent*, Londres, Dolman 1848, pp.232-289, mis en ligne en 1995 par le projet Hannover des Textes historiques, disponible sur history.hanover.edu, consulté le 1 octobre 2010.

WHITE Andrew Dickson, *History of the warfare of science with theology in christenodm,* 1896, New York, Prometheus, 1993.

ŽIŽEK Slavoj, *Violence ; six sideways réflexions,* Londres, Profile Books, 2009(2ème éd).

c) En grec

ANDRONIKOS Manolis, *L'art chez Platon [Η τέχνη στον Πλάτωνα]*, Athènes, Nefeli, 1986.

BEARDSLEY Monroe, *Histoire des théories esthétiques de l'antiquité jusqu'à aujourd'hui [à partir de la trad. grecque : Ιστορία των αισθητικών θεωριών]*(1976), Athènes, Nefeli, 1989(reéd).

BENJAMIN Walter, *Essaies pour l'art [à partir la trad.grecque: Δοκίμια για την τέχνη],* Athènes, Calvos, 1978.

CASSIRER Ernst, *La valeur éducative de l'art [à partir de la trad.grecque : Η παιδευτική αξία της τέχνης],* Athènes, Erasmos, 1996.

FULLER Peter, *Art et psychanalyse[à partir de la trad. grecque : Τέχνη και ψυχανάλυση]*, Athènes, Nepheli, 1988.

GOMBRICH Ernst, *L'histoire de l'Art [à partir de la trad.grecque : Το χρονικό της τέχνης]*, (1954), Athènes, Fondation Éducative de la Banque Nationale, 2006.

HEGEL Georg, *Lecture on Esthetics*(1818)*[à partir de la trad. grecque : Αισθητική],* Athènes, Nomiki Vivliothiqui, 2010.

HEIDEGGER Martin, *L'origine de l'œuvre d'art [à partir de la trad.grecque : Η προέλευση του έργου τέχνης],* (1950), Athènes, Dodoni, 1995.

KANDINSKY Wassilly, *Du spirituel dans l'art [à partir de la trad. grecque : Για το πνευματικό στην τέχνη]*(1951), Athènes, Nefeli, 1981.

KARAYIANNOPOULOS Ioannis, *Histoire de l'État byzantin* [*Ιστορία βυζαντινού κράτους*], Thessalonique, Vanias, 1993.

LAMPRAKI-PLAKA Marina, *La Rennaissance Italienne [Ιταλική Αναγέννηση],* Athènes, Kastaniotis, 2004.

RAPHAILIDIS Vassilis, *Esthétique essentielle[Στοιχειώδης Αισθητική]*, Athènes, Éditions du 21ème siècle, 1992.

TAKIS Andreas, *Le rôle de l'art [Ο ρόλος της τέχνης],* Athènes, Savvalas, 2008.

TSINIKOPOULOS Dimitris, *Iconoclastes et leximaches [Εικονοκλάστες και λεξιμάχοι]*, Athènes, University Studio Press, 2001.

VEZYROPOULOS Nicolaos, *Réseaux peer-to-peer et protection de la propriété intellectuelle[Δίκτυα P2P και προστασία της πνευματικής ιδιοκτησίας], thèse* soutenue à l'Université de Théssalonique, Master de formation transversales en informatique et en administration publique sous dir. de M. Nicolas Intzesiloglou, 2010, disponible en ligne sur le site des archives numériques de l'Université de Théssalonique, http://invenio.lib.auth.gr/collection/PhD%20Theses?ln=el.

VOUDAISKIS Vasileios, *Le droit de la liberté d'expression et les médias, une approche historico-sociologique [Το δικαίωμα της ελευθερίας της έκφρασης και τα μέσα μαζικής επικοινωνίας, ιστορικο-κοινωνιολογική προσέγγιση],* Athènes, Papazisis, 2003.

ZIOGAS (et al), *Les faces de la censure en Grèce [Όψεις λογοκρισίας στην Ελλάδα],* Athènes, Nepheli, 2008.

WITTGENSTEIN Ludwich*, Tractatus Logico Philosophicus*(1921) *[à partir de la trad. grecque]*, Athènes, Papazisi, 1978.

WITTGENSTEIN Ludwich, *Etudes Philosophiques*(1953)*[à partir de la trad. grecque]*, Athènes, Papazisis, 1988.

WITTGENSTEIN Ludwich*, A propos de l'art et de l'esthétique*(1932-1933)*[à partir de la trad. grecque : Τέχνη και αισθητική]*, Nicosie, Andreou, 2002.

(album) La Montagne sainte : une millénie de spiritualité orthodoxe et de l'art » [Το άγιο όρος : μια χιλιετία πνευματικότητας και πολιτισμού], Athènes, Karakotsoglou, 2004.

3. Dictionnaires et références encyclopédiques citées dans la thèse

AUFFARTH Cristoph et al.(éd), *The Brill dictionnary of religions*, Vol.1, Leiden-Boston, Brill, 2006.

BASTIDE Roger, « Acculturation », *Encyclopedia Universalis*, 1-114.

CHANTRAINE Pierre, *Dictionnaire étymologique de la langue grecque ; histoire des mots*, Tome I, Paris, Kliencksieck, 1968.

COOKSON Catharine(ed), *Encyclopedia of Religious Freedom*, Londres, Routledge, Coll. Religion and Society, 2003.

CORNU Philippe, *Dictionnaire Encyclopédique du Bouddhisme*, 2001, Seuil, 2006(2è éd.).

HASTINGS James (éd), *Encyclopaedia of Religion and Ethics*, Vol.I, Edinburg, T&T Clark.

HOFFMAN J.B., *Dictionnaire du grec ancien [Λεξικό της αρχαίας ελληνικής],* 1950, Athènes, 1974.

POUPARD Paul (dir), *Dictionnaire des religions*, Paris, PUF, 1984.

SALAMONE Frank, *Encyclopedia of religious rites, rituals, and festivals,* New York-London, Routledge, Coll. Religion& Society, 2004.

UNESCO, *Thésaurus international du développement culturel*, Paris, UNESCO, 1981.

Dictionnaire de l'Académie française, 9ème éd, 1935, version numérique, disponible en ligne sur http://atilf.atilf.fr.

Dictionnaire du Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales, version numérique, disponible sur http://www.cnrtl.fr/definition/, consulté le 26 octobre 2010.

Dictionnaire Larousse, version numérique, disponible sur *http://www.larousse.com/en/dictionaries/french/art,* consulté le 1novembre 2010.

Dictionnaire Le Littré, 1880 version numérique, disponible en ligne sur http://dictionnaire.sensagent.com.

4. Sources anciennes (citées dans la thèse)

Aristote, *Éthique à Nicomache*, I-5, 1097, 21-22.

Aristote, *Poétique*, Chapitre IV, 1449a et Chapitre VI, 25.

Aristote, *Politique,* §1253a, 10-20.

Platon, *République*, Livre X (Dialogue entre Glaukon et Socrate), 401b, 514a – 517a et 596b-597e.

Platon, *République*, livre IV.

Sophocles, *Antigone,* versets 386-580.

Thucydide*, Épitaphe,* Livre II.

5. Œuvres de littérature (citées dans la thèse)

BOLD Robert, *A man for all seasons [Un homme pour l'éternité]*, 1960.

PAMUK Orhan, *Mon nom est rouge [lu à partir de la trad.grecque: «Το όνομά μου είναι κόκκινο »],* 1999.

SAINT-EXUPÉRY Antoine, *Le petit Prince,* 1943.

B. OUVRAGES JURIDIQUES A PROPOS LA LIBERTE D'EXPRESSION, DE LA CULTURE ET DES ARTS

1. Liberté de l'art et liberté d'expression

a) En français

DEGUERGUE Maryse (dir.), *L'art et le droit: écrits en hommage à Pierre-Laurent Frier,* Paris, Publications de la Sorbonne, 2010

FOURCHTEIN Alain, *Art et littérature dans le régime des libertés publiques en Israël,* Thèse en droit, Droits de l'Homme, Paris2, 1994.

MORANGE Jean, *La liberté d'expression*, Paris, PUF, Coll. *Que sais-je,* 1993

OETHHEIMER Mario, *L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe : contribution à l'étude de l'article 10 de la convention européenne des droits de l'Homme et de son application en Autriche et au Royaume-Uni*, Paris, Pedone, 2001.

PECH Laurence, *La liberté d'expression et sa limitation,* LGDJ, Presses Universitaires de Clermont-Ferrand, 2002.

PINTO Roger, *La liberté d'information et d'opinion en droit international*, Paris, Economica, Coll. Études juridiques comparatives et internationales, 1984.

RIOU Alain, *Le droit de la culture et le droit à la culture,* Paris, ESF, 1996.

VOORHOOF Dirk, *Analyse critique de la portée et de l'application de l'article 10 de la Convention européenne des Droits de l'Homme,* Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1995.

ZOLLER Élisabeth (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Paris Dalloz, 2008.

b) En anglais

CRAM Ian, *Contested words: legal restrictions on freedom of speech in liberal democracies,* Aldershot-Burlington, Ashgate, 2006.

DREWETT Michael et CLOONAN Martin, *Popular music censorship in Africa*, Ashgate, 2006.

D'SOUZA Frances & BOYLE Kevin, *Striking a Balance: hate speech, freedom of expression, and non-discrimination,* Londres, Article 19, 1992.

KRETZMER David et al.(éd), *Freedom of speech and incitement against demoracy*, Martinus Nijhoff – Kluwer Law, Dordrecht, 2000.

McCLEAN Daniel, *The trials of art,* Londres, Riding House, 2007.

MERRYMAN John Henry et ELSEN Albert, *Law, ethics and the visual arts*, Vol. I et II, University of Pensylvania Press, 1987.

c) En grec

BREDIMAS Antonis et PAPACHRISTOU Athanasios, *L'art et le droit[Τέχνη και δίκαιο]*, Athènes-Kommotini, Sakkoulas, 2007.

LOUKIDES, PAPAGEORGIOU, RAVDAS, *Les procès de la parole [Οι δίκες του λόγου*], Athènes, Sakkoulas, 2002

MOUSTAIRA Elina, *L'art et le droit [Τέχνη και δίκαιο],* Athènes-Kommotini, Sakkoulas, 2004.

THEODOSIS Gerasimos, *La liberté de l'art[Η ελευθερία της τέχνης]*, Kastaniotis, Athènes, 2004.

TSAKYRAKIS Stavros, *Religion c. Art[Θρησκεία κατά Τέχνης],* Polis, Athènes, 2005.

TSAKYRAKIS Stavros, *La liberté d'expression aux États-Unis[Η ελευθερία λόγου στις ΗΠΑ]*, Sakkoulas, Athènes, 1997.

VOUDAÏSKIS Vasileios, *Le droit à la liberté d'expression et les médias, une approche historico-sociologique [Το δικαίωμα της ελευθερίας της έκφρασης και τα μέσα μαζικής επικοινωνίας, ιστορικο-κοινωνιολογική προσέγγιση]*, Athènes, Papazisis, Athènes, 2003.

2. Propriété intellectuelle, marché de l'art

a) En français

AMRI Yousr, *Le droit d'auteur en faveur des pays en développement et son devenir à l'ère du numérique,* soutenue à l'Université René Descartes, Paris, 2008.

BRUGUIÈRE Jean-Michel et VIVANT Michel, *Le droit d'auteur,* Précis Dalloz, 2009.

BRUGUIÈRE Jean -Michel, *Droit des propriétés intellectuelles*, Paris, Ellipses, 2006.

BRONZO Nicolas, *Propriété intellectuelle et droits fondamentaux*, Paris, Harmattan, 2007.

COSTES Cyril, *Propriété intellectuelle et peuples autochtones : la question de la protection juridique des biens intellectuels des peuples autochtones*, thèse en droit de propriété intellectuelle, Université Aix-Marseille III, 2003.

CUERPI (Centre Universitaire d'Enseignement et de Recherches en Propriété Intellectuelle)(dir.), *La propriété intellectuelle et son juge,* Actes du Colloque de CUERPI, Université Pierre Mendès France-Grenoble 2, 2006, Paris, Dalloz-Transactives, 2009(2ème éd).

GENDREAU Ysolde(dir), *Entre l'art et l'argent/ Bridging aesthetics and economics,* Montréal, Themis, 2006.

KAMINA Pascal, *Film Copyright in the European Union,* Cambridge Studies in Intellectual Property, Cambridge University Press, 2002.

LINANT DE BELLEFONDS Xavier, *Droits d'auteur et droits voisins,* Paris, Dalloz, 2004(8è éd).

MIKAELIAN Nathalie *La mutation des droits d'auteur dans l'environnement numérique: l'émergence d'un droit d'accès,* Université de Nice, 2004.

NYAHOHO Emmanuel, *Le marché culturel à l'ère de la mondialisation*, Presses Universitaires du Quebec, 2001.

STROWEL Alain, TULKENS François et al.(dir), *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards*

francophones, d'Europe et d'ailleurs, Bruxelles, Larcier, 2006.

Symposium International, Le droit d'auteur, enjeu économique et culturel, Paris, Litec, 1990.

b) En anglais

ATKINS Robert MINTCHEVA Svetlana, *Censoring Culture,* New York, New Press, 2006.

GOSSERIES Axel, MARCIANO Alain et STROWEL Alain, *Intellectual property and theories of justice,* Hampshire-NewYork, Palgrave Macmilan, 2008.

HUGENHOLTZ Bernt, *The future of copyright in a digital environnement,* Leiden-Boston, Kluwer Law International, 1996.

KAMINA Pascal, *Film Copyright in the European Union,* Cambridge Studies in Intellectual Property, Cambridge University Press, 2002.

LESSIG Laurence, *Free culture : how big media uses technology and the law to lock down culture,* Penguin, 2004.

McLEOD Kembrew, *Owning Culture: Authorship, Ownership and Intellectual Property*, New York, Peter Lang, 2001.

McLEOD Kembrew et LESSIG Laurence, *Freedom of Expression: Resistance and Repression in the Age of Intellectual Property,* New York, Peter Lang, 2001.

SHERMAN Brad Sherman et BENTLY Lionel, *The making of modern intellectual property law: the British experience*, 1760-1911, Cambridge University Press, 1999.

VAIDHYANATHAN Siva, *Copyrights and copywrongs : the rise of intellectual property and how it threatens creativity*, New York University Press, 2001.

c) En grec

KALLINIKOU Dionysia, *Propriété intellectuelle et droits voisins [Πνευματική ιδιοκτησία και συγγενικά δικαιώματα],* Athènes, Sakkoulas, 2008(3è éd.).

KOUMANTOS Georgios, *Propriété intellectuelle [Πνευματική ιδιοκτησία],* Athènes, Sakkoulas, 2002(8è éd).

3. Protection du patrimoine culturel, de la culture et des œuvres d'arts

a) En français

AMIEL Olivier, *Le financement public du cinéma dans l'UE*, Paris, LGDJ, 2007.

DEGUERGE Maryse(dir.), *L'art et le droit, Ecrits en hommage à Pierre-Laurent Frier,* Publications de l'Université Paris-Sorbonne, 2010.

BYRNE-Quentin et SYTTON RENOLD Marc-André, *Les objets d'art dans l'Union européenne: aspects juridiques et pratiques, Actes d'une rencontre organisee le 27 septembre 1993*, Paris, La Bibliothèque des arts, Coll. Études en droit de l'art, 1993.

CONSEIL DE L'EUROPE (& PICKARD Rob), *European cultural heritage; intergovernmental cooperation*, Vol.1, Strasbourg, 2003.

CONSEIL DE L'EUROPE**,** *Orientation du développement de législation et de systèmes de h-gestion du patrimoine culturel*, Strasbourg, 2000.

CONSEIL DE L'EUROPE, *La culture au cœur: contribution sur la culture et le développement en Europe*, Strasbourg, 1998.

CORNU Marie, *Compétences culturelles en Europe et principe de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 1993.

DEROUT Anne, *La protection des biens culturels en droit communautaire, Paris*, Apogée, 1993.

EDJAHARIANE Vérane, *L'œuvre d'art dans l'Union Européenne*, thèse en droit public, Grenoble, 1996.

MEZGHANI Nébila et CORNU Marie(sous dir de), *Intérêts culturels et mondialisation, aspects internationaux*, Paris, L'Harmattan, 2004.

UNESCO (ed) *Culture, commerce et mondialisation ; questions et réponses*, Paris, UNESCO, Coll. Culture, développement et société, 2000.

b) En anglais

WEINTRAUB Andrew et YOUNG Bell, *Music and cultural rights*, University of Illinnois, 2009.

CRAUFORD SMITH(éd.), *Culture and European Union Law*, Oxford University. Press, 2004.

LOMAN Annemarie, MORTELMANS Kamiel et al., *Culture and Community law : before and after Maastricht*, Kluwer, 1992.

c) En grec

CHRISTOGIANNIS George, *Diplomatie culturelle grecque [Ελληνική Πολιτιστική Διπλωματία],* éd. Hellène, Athènes, 2007.

KRISPIS et SAMARA-KRISPI, *La protection internationale du patrimoine culturel*, Athènes-Komotini, Sakkoulas, 2003.

MANIATIS Antonis, *Introduction au Droit des biens culturels [Εισαγωγή στο Πολιτιστικό Δίκαιο]*, Athènes, Sakkoulas, 2008.

C. OUVRAGES JURIDIQUES A PROPOS LES RELIGIONS ET LES CIVILISATIONS, DE LA DIGNITE HUMAINE ET DU DROIT NATUREL, DE L'UNIVERSALITE DES DROITS DE L'HOMME

1. Religion, liberté religieuse, blasphème et diffamation religieuse

a) En français

ALDEEB ABU-SAHLIEH Sami Awad, *Religion et droit dans les pays arabes*, Presses universitaires de Bordeaux, 2008.

BEN ACHOUR Yadh, *Le rôle des civilisations dans le système international*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

BOULEGUE Jean, *Le blasphème en procès 1984-2009, l'église et la mosquée contre les libertés*, Paris, Nova, 2010.

CABANTOUS Alain, *Histoire du blasphème en occident : fin XVIè - milieu XIXè siècle*, Paris, Albin Michel, 1998.

CHABOT Jean-Luc et TOURNU Christophe(dir.), *L'héritage religieux et spirituel de l'identité européenne*, L'Harmattan, Paris, 2004.

CHABOT Jean-Luc *Eléments pour une théorie des droits de l'Homme à l'échelle universelle,* Presses de l'UPMF, Grenoble, 2004.

DARTEVELLE Pierre*, Le droit au blasphème [à partir de la trad.grecque : Δικαίωμα στη βλασφημία],* Athènes, Mavri Lista, 2000.

DARTEVELLE Patrice, DENIS Philippe et ROBYN Johannes (dir.), *Blasphèmes et libertés*, Fribourg, Cerf, Coll.L'histoire à vif, 1993.

FLAUSS Jean-François (éd), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

GOYARD-FABRE Simone, *Les embarras philosophiques du droit naturel*, actes du Colloque, Paris, J.Vrin, Coll.Histoire des idées et des doctrines, 2002.

HAARCHER Guy, *Laïcité,* Paris, PUF, Coll.Que sais-je, 2004(3ème éd.).

MARIE Jean – Bertrand et MEYER BISCH Patrice, *Un nœud de libertés. Les seuils de la liberté de conscience dans le domaine religieux*, Bruxelles-Genève, Bruylant-Schullthess, 2005.

NAEL Georges, *Les droit des minorités : le cas des chrétiens au Moyen-Orient*, sous la direction de Hugues PETIT, soutenue à l'Université de Grenoble en mai 2010.

RODUIT Christophe, *Le blasphème en droit international*, Institut des Hautes Etudes Internationales et du Développement(HEI), mémoire pour obtention un diplôme Master en droit international, Genève, 2000.

TERRÉ François(dir), *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, tome 38, Sirey, Paris, 1993.

TZITZIS Stamatios et PALLARD Henri(dir), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997.

TZITZIS Stamatios et PALLARD Henri(dir), *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Quebec, Presses de l'Université de Laval, Coll.Diké, 2002.

b) En anglais

EVANS Malcom, *The Evolution of Religious Freedom in International Law: Present State and Perspectives*, Cambridge Studies in International and Comparative Law, n° 6, Université de Bristol, 1997.

JANIS Mark et EVANS Carolyne(dir), *Religion and international law,* Boston – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1999.

JANIS Mark, *The influence of religion on the development of international law*, Boston – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991.

OLSON Richard, *Science and religion, 1450-1900: from Copernicus to Darwin*, Johns Hopkins University Press, 2006.

NASH David, *Blasphemy in the Christian world: a history*, Oxford University Press, 2007.

REHMAN Javaid et BREAU Susan, *Religion, human rights and international law: a critical examination of Islamic state practices,* Leiden -Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007

TAYLOR Paul, *Freedom of religion: UN and European human rights law and practice*, Cambridge University Press, 2005.

VAN DER VYVER Johan et WITTE John (dir), *Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives*, Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

WEBSTER Richard, *Liberalism, Censorship and 'The Satanic Verses',* Suffolk, The Ornell Press, 1990.

ZUCCA Lorenzo et UNGUREANU Camil (ed), *Law, State and Religion in the new Europe : Debates and Dilemmas,* Cambridge University Press, 2011.

c) En grec

ANTHOPOULOS Charalambos, *La liberté de conscience [Το συνταγματικό δικαίωμα στην ελευθερία της συνείδησης*], Athènes, Sakkoula, 1992.

KTISTAKIS Yannis, *La liberte de religion et la Convention Europeenne des droits de l'Homme [Θρησκευτική ελευθερία και ευρωπαϊκή σύμβαση δικαιωμάτων του ανθρώπου],* thèse soutenue à l'Académie européenne de théorie du Droit à Bruxelles en 1996, Athènes, Sakkoulas –Fondation Marangopoulou pour les droits de l'Homme, 1996.

KTISTAKIS Yannis, *Loi sacrée et citoyens grecs musulmans. Entre communautarisme et libéralisme [Ιερός νόμος του Ισλάμ και μουσουλμάνοι έλληνες πολίτες. Μεταξύ κοινοτισμού και φιλελευθερισμού],* Athènes- Théssalonique, Sakkoulas, 2006.

MARINOS Anastasios, *La liberté religieuse en Grèce ; Questions constitutionnelles [Η θρησκευτική ελευθερία στην Ελλάδα : Συνταγματικά ζητήματα*], thèse soutenue à la Faculté de Droit de l'Université d'Athènes, 1972, disponible sous forme électronique sur le site national grec de la documentation, www.ekt.gr.

PAPADIMITRIOU Georges et MAKRIDIMITRIS Antonis (dir.), *Questions de liberté religieuse au milieu de l'éducation[Ζητήματα θρησκευτικής ελευθερίας στο χώρο της εκπαίδευσης]*, Athènes-Comotini, Sakkoulas, 1997.

2. Droit naturel, dignité humaine

BLOCH Ernst et AUTHIER Denis, *Droit naturel et dignité humaine*, Paris, Payot, 1976.

GIRARD Charlotte et HENNETTE Stéphanie, *La dignité de la personne humaine: recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, Droit et justice, 2005.

SAINT-JAMES Virginia, *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français*, Paris, Dalloz, 1997.

D. OUVRAGES A PROPOS DE LA CULTURE ET L'IDENTITE CULTURELLE

1. Droits culturels, développement culturel, diversité culturelle et religieuse

a) En français

BIDAULT Mylène, *La protection internationale des droits culturels,* Bruylant, Coll.de l'Université Catholique du Louvain, 2010.

DUBRUELLE Mark et FRAGNIERE Gabriel, *Identités culturelles et citoyenneté en Europe,* Forum européen des cultures, Bruxelles-Oxford etc, Peter Lang, 2009.

FABRIZIO Claude (dir), *La dimension culturelle du développement, vers une approche pratique*, Paris, Unesco, 1995.

MEYER-BISCH Patrice, *Les droits culturels, une catégorie sous-développée des droits de l'homme*, Editions Universitaires de Fribourg, Fribourg(Suisse), 1993.

SANCHEZ-ARNAU Juan-Carlos et DESJEUX Dominique, *La culture, clé du développement*(1987), Paris, L'Harmattan-UNESCO, 1994(2ème éd).

UNESCO, *Les droits culturels en tant que droits de l'Homme* (issu à l'occasion de la 15è conférence de l'UNESCO sur les politiques culturelles), Paris, 1970

WECKEL Philippe et RINARDI Catherine(dir), *Droit international et diversité des cultures juridiques - International law and diversity of légal cultures*, Journée franco-allemande de la Société Française pour le Droit International, Paris, Pedone, 2008.

WOLF Maribel(éd.), *Les droits économiques, sociaux et culturels (DESC): exigences de la société civile, responsabilité de l'État*, Terre des Hommes France, Paris, Karthala, 2003.

Diversité et droits culturels, Paris, Agence inter gouvernementale de la francophonie et Institut arabe des droits de l'Homme, 2003.

b) En anglais

EIDE Asbjørn et al.(éd.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001(2ème éd).

STAMATOPOULOU Elsa, *Cultural rights in international law: Article 27 of the UDHR and beyond*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2007.

CHAPMAN Audrey et RUSSEL Sage(éd), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp-Oxford –New York, Intersentia, 2002.

(UNESCO) DONDERS Yvonne et VOLODIN Vladimir, *Human rights in education, science, and culture : legal developments and challenges,* Paris-Hampshire, Unesco-Ashgate, 2007.

c) En grec

TSALTAS Grigoris(éd), *Environnement, Culture et Orthodoxie[Περιβάλλον, πολιτισμός και ορθοδοξία],* Université Panteion et Monastère de Kykkos, Nicosie, 2006.

2. Multiculturalisme et droits des minorités

a) En français

ARNAUD Lionel, *Les minorités ethniques dans l'Union européenne,* Paris, La Découverte, 2005.

BOEV Ivan, *Introduction au droit européen des minorités,* L'Harmattan, Paris, 2008.

DE DECKER Paul et FABERON Jean François, *L'État Pluriculturel et les droits aux différences,* Colloque de Nouméa, Université de la Nouvelle Calédonie, 3-5 juillet 2002, Bruxelles, Bruylant, 2003.

DUPUY Réné-Jean, *L'avenir du droit international dans un monde multiculturel, Recueil de l'Académie de Droit International de la Haye*, Boston-Leiden-Londres, Martinus Nijhoff, 1983, Boston-Leiden-Londres, Martinus Nijhoff, 1984.

FENET Alain, KOUBI Geneviève(et al.), *Le droit des minorités, analyses et textes,* Bruxelles, Bruylant, 1995.

FENET Alain, *Droits de l'Homme, droits des peuples*, Paris, PUF, 1982.

GRIGORIOU Panayotis (éd), *Questions de Minorités en Europe*, Bruxelles, Presses Interuniversitaires Européennes, 1994.

KOVACS Peter, *La protection internationale des minorités nationales aux alentours du millénaire*, Paris, Pedone, 2005.

RINGELHEIM Julie*, Diversité culturelle et droits de l'homme : la protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

JÉZÉQUEL Myriam, *Les accommodements raisonnables : quoi, comment, jusqu'où ?,* Montréal, Yvon Blais, 2007.

SAVIDAN Patrick, *Le multiculturalisme*, PUF, Paris, 2009.

TAYLOR Charles, *Multiculturalisme. Différence et démocratie*(1992)*,* Paris, Aubier, 1994.

TZITZIS Stamatios et PALLARD Henri(éd), *Minorités, cultures et droits fondamentaux,* Paris, L'Harmattan, 1997.

b) En anglais

ANAGNOSTOU Dia και PSYCHOGIOPOULOU Evangelia (ed), *The European Court of Human Rights and the Rights of Marginalised Individuals and Minorities in National Context*, Martinus Nijhoff- Brill, 2010.

KYMLICKA Will, *Multicultural Citizenship*, Oxford University Press, 1999.

KYMLICKA Will, *Politics in the Vernacular : Nationalism, Multiculturalism,* Oxford University Press, 2001.

ALLEN Stephen et XANTHAKI Alexandra(éd), *Reflections on the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples,* Oxford, Hart, 2011.

TAYLOR Charles, *Multiculturalism and the politics of recognition,* Princeton University Press, 1994.

THORNBERRY Patrick, *International Law and the Rights of Minorities,* Oxford University Press, 1991.

WATSON, *Multiculturalism,* Buckingham, Open University Press, 2000.

Routledge Handbook of International Law, Londres – New York, Routledge, 2008.

c) En grec

BREDIMAS Antonis & SICILIANOS Linos-Alexandros (dir.), *La protection des minorités - La convention cadre du Conseil de l'Europe[Η προστασία των μειονοτήτων, η Σύμβαση-πλαίσιο του Συμβουλίου της Ευρώπης]*, Athènes, Sakkoulas, 1997.

CHRISTOPOULOS Dimitris et TSITSELIKIS Constantin (dir.), *Το μειονοτικό φαινόμενο στην Ελλάδα: μια συμβολή των κοινωνικών επιστημών[Le phénomène minoritaire en Grèce ; une contribution des sciences sociales]*, Kritiki-KEMO (Centre d'Etudes sur les Groupes Minoritaires en Grèce), 1999.

E. OUVRAGES A PROPOS DE LA THEORIE DU DROIT, DES CONFLITS DE DROITS FONDAMENTAUX ET/OU DES METHODES DE RESOLUTION

1. Conflit de normes et conflits de droits, méthodologie de la Cour Européenne des droits de l'Homme

a) En français

DROOGHENBROECK Sébastien, *La proportionnalité dans le droit de la convention européenne des droits de l'homme: prendre l'idée simple au sérieux,* Bruylant, 2001.

DUCOULOMBIER Peggy, *Les conflits des droits fondamentaux devant la Cour Européenne des*

Droits de l'Homme, thèse en Droit Public, dirigée par Madame Florence Benoît-Rohmer, soutenue à l'Université Strasbourg III- Robert Schuman, le 13 novembre 2008.

HUESA VINAIXA Rosario et WELLENS Karel(dir), *L'influence des* sources sur l'unité et la *fragmentation du droit international,* Bruylant, Bruxelles, 2006.

KASTANAS Elias, *Unité et diversité: notion autonomes et marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour européenne de droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

b) En anglais

ALEXY Robert, *A theory of constitutionnal rights*, Oxford University Press, 2002.

BREMS Eva(éd.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/ Oxford, Intersentia 2008.

PAUWELYN Joost, *Conflict of norms in Public International Law ; how WTO Law relates to Other Rules of International Law*, Cambridge studies in international and comparative law, Cambridge University Press, 2003.

SEIDERMAN Ian, *Hierarchy in International Law ; the human rights dimension,* Intersentia, Antwerpen - Oxford, 2001.

WALDRON Jeremy (éd.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984.

2. Devoirs et responsabilités, responsabilités des États, obligations positives

AKANDJI-KOMBE Jean-François, *Les obligations positives en vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme,* CoE, Strasbourg, 2006.

DIPLA Charitini, *La responsabilité de l'État pour violation des Droits de l'Homme ; problèmes d'imputation*, Paris, Pedone, 1994.

MEYER-BISCH Patrice et DURAND Jean-Paul, *Les devoirs de l'Homme; de la réciprocité dans les droits de l'Homme*, Fribourg, Cerf, 1988.

MEYER-BISCH Patrice(éd), *Le noyeau intangible des droits de l'Homme*, Editions Universitaires du Fribourg, Fribourg, 1991.

F. OUVRAGES A PROPOS DES « CONFLITS CULTURELS » ET DU DIALOGUE INTERCULTUREL ET INTERRELIGIEUX

1. Des « conflits culturels », cultures et droits de l'Homme

a) En français

ABOU Selim, *Cultures et droits de l'Homme*, Pluriel, Paris, 1990.

BENJAMIN Roger, *Guerre de religions ou conflit de civilisations ? ,* Paris, L'Harmattan, 2006.

FELLOUS Gérard, *Les droits de l'Homme, une universalité menacée,* La documentation française, Paris, 2010.

FAVRET- SAADA Jeanne, *Comment produire une crise mondiale avec douze petits dessins,* Paris, Les Prairies ordinaires, 2007.

FAVRET –SAADA Jeanne, *Jeux d'ombres sur la scène de l'ONU : Droits humains et laïcité,* Paris, éditions de l'Olivier, 2010.

JOUVENEL Hugues et DELCROIX Geoffrey, *Le choc des identités?: cultures, civilisations et conflits de demain,* Paris, Futuribles, 2008.

PEYRONEL Valérie et al.(dir.), *Culture(s) et conflit(s): cultures en conflit,* Paris, éd. Houdiard, 2009.

b) En anglais

DONNELLY Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice,* Londres, Ithaca-Cornell University Press, 2002(2è éd).

MUKHERJI Partha Nath, SENGUPTA Chandan, *Indigeneity and universality in social science: a South Asian response,* New-Delhi, London, Sage, 2004.

SCHMALE Wolfgang, *Human Rights and cultural diversity,* Keip, Globach, 1993.

SNYDER Frederick et SATHIRATHAI Surakiart, *Third world attitudes toward international law,* Dordrecht, Martinus Nijhoff-Brill, 1987.

ZIEMELE Ineta(éd.), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony or Reconciliation,* Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

2. Dialogue interculturel et interreligieux

a) En français

EBERHARD Christoph, *Droits de l'homme et dialogue interculturel : vers un désarmement culturel pour un droit de paix,* Paris, Editions des écrivains, 2002.

PURY Albert(de), Jean-Daniel MACCHI (éd), *Juifs, chrétiens, musulmans ; que pensent les uns des autres ?,* Genève, Labor et Fides, 2004.

WAARDENBURG Jacques(éd), *Islam and Christianity,* Leuven, Peeters, 1998.

b) En anglais

AN-NA'IM Abdulahhi Ahmed, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992.

BEKEMANS Léonce et al(éd), *Intercultural Dialogue and Citizenship: Translating Values into Actions,* Venice, Marsilio, 2007.

COHEN – ALMAGOR Raphael, *The scope of tolérance*, Londres – New York, Routledge, 2006.

LOENEN Titia et GOLDSCHMIDT Jenny, *Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?,* Intersentia, Antwerpen- Oxford, 2007.

MALIK Kenan, *From Fatwa to Jihad: The Rushdie Affair and its Legacy*, Londres, Atlantic, 2009.

MUKHERJI Partha Nath, SENGUPTA Chandan, *Indigeneity and universality in social science: a South Asian response,* New-Delhi, London, Sage, 2004.

PANIKKAR Raimon, *Intrareligious Dialogue,* New Jersey, Paulist Press, 1999.

TIBI Bassam, *Islam, between culture and politics,* Londres, Palgrave Macmillan, 2005(2è éd).

c) En grec

CONSEIL DE L'EUROPE(&VALLIANATOS Aggelos)(éd), *Θρησκευτική ετερότητα και διαπολιτισμική εκπαίδευση: ένα βοήθημα για τα σχολεία [Diversité religieuse et éducation interculturelle ; un ouvrage de référence pour les écoles]*, Strasbourg-Athènes, 2007.

§ 2. Articles de doctrine et contributions à des ouvrages

A. GENERALITES

1. En Droit

a) En français

BOSSUYT Marc, «Article 14 » *in* PETTITI Louis-Edmond, DECAUX Emmanuel, IMBERT Pierre-Henri (dir), La Convention européenne des droits de l'homme ; commentaire article par article, Economica, 1999(2è éd.), p.475ss.

CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, « Le système inter-américain de protection des droits de l'homme : état actuel et perspectives d'évolution à l'aube du XXIe siècle », *AFDI,* Vol. 46, 2000.

COHEN-JONATHAN, Gérard « La Protection Internationale des Droits de l'Homme », *Droit international public, vol. 3, n° 6, La documentation française*, 1999, p.63.

DE SCHUTTER Olivier « Vie privée et protection de l'individu vis-à-vis des traitements de données à caractère personnel » (commentaire de l'affaire Rotaru c. la Roumanie du 4 mai 2000), *RTDH,* 2001, pp.137-183.

DHOMMEAUX Jean, « Méthodes du Comité des Droits de l'Homme dans l'examen des rapports soumis par les États parties au Pacte sur les Droits civils et politiques », AFDI, Vol.34, 1988, pp. 331-363.

DUBOUT Edouard, « L'interdiction des discriminations indirectes par la Cour Européenne des Droits

de l'Homme », *RTDH,* n°75, 2008, pp.813-856.

FLAUSS Jean François, « La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'Homme », *RTDH*, 2005, pp.313et ss.

GIL Amparo Sanjosé, « La responsabilité internationale pour les violations des droits de l'Homme », in *Les droits de l' Homme à l' aube de XXIe siècle*, *Karel Vasak Amicorum Liber,* Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 783-817.

HENNEBEL Ludovic, « L'humanisation du droit international des droits de l'homme, Commentaire sur l'avis consultatif n°18 de la Cour interaméricaine relatif aux droits des travailleurs migrants», *RTDH,* n°59, 2004, pp.748-756.

HERRERA Roger, « L'application de la Convention de l'ONU relative aux droits de l'enfant et l'incidence de la CEDH sur les droits de l'enfant dans la jurisprudence du Conseil d'États », *RUDH,* Vol.17, n°7-12, p.329-337.

IMBERT Pierre-Henri, « De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH », *Droits fondamentaux*, n° 2, janvier - décembre 2002.

JORION Benoît, « La dignité de la personne humaine ou la difficile insertion d'une règle morale dans le droit positif», *RDP*, 1999.

KASTANAS Ilias, « The préventive activities of the UN Treaty Bodies » *in* SICILIANOS Linos-Alexandre et BOURLOYANNIS-VRAILAS Christiane(dir), *The prevention of human rights violations: contribution on the occasion of the twentieth anniversary of the Marangopoulos Foundation for Human Rights* (MFHR), Pays-Bas – Grèce, Martinus Nijhoff Publishers - Sakoulas, 2001, p.58.

KISS Alexandre (et al) « Débat : expériences européennes et américaines des droits de l'Homme » *RQDI*, n°2, 1991-1992, pp.222-225

KUSI Jonathan, « La compétence de l'UNESCO en matière des droits de l'Homme », in *Les droits de l' Homme à l' aube de XXIe siècle*, *Karel Vasak Amicorum Liber,* Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 599-631.

LAMARCHE Lucie, « Les droits économiques et sociaux de la personne sous le contrôle de la société civile; de la substitution des modes de pise en œuvre à la complémentarité » i*n* Ethique économique des Droits de l'Homme, Editions Universitaires, Fribourg, Suisse, 1998.

MARITAIN Jacques, « Humanisme intégral », 1936, pp. 105-106, tiré du Centre national de Ressources textuelles et intégrales, http://www.cnrtl.fr/, consulté le 10 octobre 2010.

MARZO Claire, « La protection des droits sociaux par la CEDH », *Cahiers du droit européen,* n°1-2, 2010, p.107.

M'BAYE Keba « Droits de l'Homme et pays en développement» in *Mélanges Jean Réné Dupuy,* Paris, Pedone, 1991, pp.211-222.

MORABITO Marcel, « L'européanisation des politiques educatives », *in* OBERDORFF Henri (dir), *L'Européanisation des politiques publiques*, Presses Universitaires de Grenoble, coll. Europa, 2008, pp.47-60.

OBERDORFF Henri, « La reconnaissance des droits fondamentaux dans l'Union européenne», in FERRAND Jérôme et PETIT Hugues, *L'Odyssée des droits de l'homme, Tome 1 : Fondations et naissances des droits de l'homme*, Paris, l'Harmattan, 2004.

ÖHLINGER Théo, « Objet et portée des droits fondamentaux en Autriche; Cour constitutionnelle autrichienne », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 33, N° 2, 1981.

PAPADOPOULOS Ioannis « Philosophie politique de la narrativité juridique: lecture croisées » *in* OST François, VAN EYNDE Laurent, GERARD Philippe et KERCHOVE Michel van de(dir), *Lettres et lois: le droit au miroir de la littérature*, Publications de la faculté de St. Louis, 2002, pp.381-400.

PERRAKIS Stelios, « Le nouveau rôle élargi des droits de l'Homme. Esquisse de quelques considérations juridicopolitiques » *in Les droits de l' homme à l' aube de XXIe siècle, Karel Vasak Amicorum Liber*, Bruylant, Bruxelles, 1999, pp. 723-745.

REVERSO Laurent, « La pensée juridique romaine face aux droits de l'Homme, l'exemple de Cicéron» in FERRAND Jérôme et PETIT Hugues, *L'Odyssée des droits de l'homme, Tome 1 : Fondations et naissances des droits de l'homme*, Harmattan, Paris, 2003, pp.13-48.

RIVERO Jean, « Les droits de l'Homme; Droits collectifs ou droits individuels? », in *Actes du Colloque du Strasbourg des 13 et 14 mars 1979*, Strasbourg, 1980, pp.17-25.

ROUCOUNAS Emmanuel, « Facteurs privés et droit international public », *Recueil des cours de l'*

Académie de droit international de la Haye, Tome 299 de la Collection(2002), Leiden- Boston, Martinus Nijhoff, 2003.

SCHNEIDER Catherine, « De quelques nouvelles péripéties de la dialectique de l'ordre et le désordre dans le système communautaire ; réflexions sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », in FERRAND Jérôme et PETIT Hugues, *L'Odyssée des Droits de l'Homme, Tome 2 : Enjeux et perspectives des Droits de l'Homme*, Harmattan, Paris, 2003, pp.373-390.

SYMONIDES Janusz(éd), *Human Rights : International protection, monitoring, enforcement,* Paris, UNESCO, 2003.

SUDRE Frédéric, « Les droits sociaux et la CEDH », *RUDH,* 2000, pp.28-32.

TAVERNIER Paul, « L'année des Nations Unies, problèmes juridiques », *AFDI*, Vol.6, 1980, pp.407-430.

YACOUB, Joseph, « Les droits de l'Homme, une œuvre collective de l'humanité », *RTDH,* n°78, 2009.

ZOLLER Elisabeth, « Le dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des États-Unis sur les droits fondamentaux », *Petites affiches*, 2008 n°112, p. 16ss.

b) En anglais

ALEXANDER Larry, « The legal enforcement of morality » *in* WELLMAN Christopher Heath et FREY R.G., *A companion to applied ethics,* NY-Melbourn-Oxford, Blackwell, Coll. Blackwell's companions to philosophy, 2003, pp.128-141.

BUSUTTIL Salvino, « Human rights and future generations », in *Les droits de l' homme à l' aube de XXIe siècle*, *Karel Vasak Amicorum Liber,* Bruylant, Bruxelles, 1999, p.971 et s.

CHESTERMAN Simon, « Human Rights as subjectivity ; the age of rights and the politics of culture»,*Millenium ; Journal of International Studies,* 1998, pp.97-118.

DWORKIN Ronald, « Justice For Hedgehogs », *BULR,* n°90, 2010, pp.469-477.

GOMES Evaldo Xavier, « Implementation of Inter-American Norms on Freedom of Religion in the National Legislation of OAS Member States », *Brigham Young University Law Review*, Vol.1, 2009, p.588.

HARTWIG Matthias, « Discussion following presentations of Georges Abi Saab,Erika de Wet », *in* POSNER Richard « Law and literature: a relation reargued » *in* LEDWON Lenora(éd.), *Law and literature: text and theory*, éd. Routledge, 1995, pp.261-290.

KEENER Steven et VASQUEZ Javier, « A life worth living: enforcement of the right to health through the right to life in the Inter-American Court of Human Rights », *Columbia Human Rights Law Review,* n°40, 2009*,* pp. 595 – 624.

SLOANE Robert, « Human rights for hedgehogs?: global value pluralism, international law, and some reservations of the fox », *BULR,* 2010, pp.975-1007.

WELLER Marc, « The struggle for an international constitutionnal order » *in* ARMSTRONG David (dir.), *Routledge Handbook of International Law*, Londres – New York, Routledge, 2008.

WENAR Leif, « Rights » *in* ZALTA Edward (éd.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy,* édition d'automne 2010, disponible sur *http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/rights/, consulté le 10 janvier 2011.*

c) En grec

CHRISTIANOS Vassileios, « Le traité de Lisbonne et les nouvelles règlements de l'Union», [Η συνθήκη της Λισαβόνας και οι νέοι κανονισμοί της΄Ενωσης], *Nomiko Vima*, Vol.57, 2009, pp. 811-824.

PAPADIMITRIOU Christos, « La contribution des principes de subsidiarité et de proportionnalité à la protection juridiques des droits fondamentaux en droit communautaire » [Η συνεισφορά των αρχών της επικουρικότητας και της αναλογικότητας στη δικαστική προστασία των θεμελιωδών δικαιωμάτων από το κοινοτικό δίκαιο], *Nomiko Vima*, Vol.57, n°2, 2009, pp. 361-375.

2. En histoire de l'art, philosophie, sociologie et autres sciences sociales

a) En français

BARICCO Alessandro « Totems et tribus de la musique » *in* SEYS Pascale *Access: quels publics pour la musique classique ?*, Bruxelles, Sprimont, 2003.

BARRUCAND Marianne « Art et Architecture » *in Dictionnaire de l'Islam : religion et civilisation*, Paris, Encyclopaedia Universalis et Albin Michel, 1997, p.96-121.

BERTELLI Carlo « Pour une évaluation positive de la crise iconoclaste byzantine », *Revue de l'art*, Vol.80, n°1, Paris, CNRS, 1988, p.9-16.

BIDIMA Jean-Godefroy, « L'esthétique des arts négro-africains; pluralité et historicité des images et pratiques » *in* FLØISTAD Guttorm (dir.), *Aesthetics and philosophy of art*, Berlin-New York, Springer, Vol. 9, 2007, pp.83-110.

BOESPFLUG François, « Peut on parler d'une mort de Dieu dans l'art ? » *in* PAYOT (dir), *Mort de Dieu, fin de l'art*, Fribourg, Cerf, 1991, pp.15-33.

BOURGEOIS Bernard, « Statut et destin de la religion dans la Phénoménologie de l'esprit », *Revue de métaphysique et de morale* n°55, Vol.3, 2007, pp. 313-336.

BUISSIERE Evelyne, « L'Art, objet de pensée philosophique; de la nature à la liberté avec l'art », extraits de notes de cours sur l'Art en philosophie au lycée Champollion de Grenoble, disponibles sur http://www.lettres-et-arts.net, site consulté le 10 mars 2010.

CAILLE Alain « Présentation », *Revue du MAUSS*, n°22, Vol.2, 2003, pp. 5-30.

CHARFI Abdelmajid, « Islam et christianisme depuis le milieu du 20ème siècle », *in* WAARDENBURG Jacques(éd), *Islam and Christianity,* Leuven, Peeters, 1998, pp.107-119.

DE MONTROND Henri, « L'art, expression du sacré », *Boréales,* n°58-61, 1994, pp. 129-134.

DEWITTE Jean, « Croire ce que l'on croit; Réflexions sur la religion et les sciences sociales », *Revue du MAUSS,* n° 22, Vol.2, 2003, pp. 248-269.

DUCOUSSER Richard, (intervention) *in* CHASTAGNOL Alain, *Les nouvelles censures de l'écrit et de l'image*, Paris, PUF, Coll. Politique d'aujourd'hui, 1999, pp.65-68.

EL ASRI Farid, « L'expression musicale de musulmans européens; Création de sonorités et normativité religieuse », *REMI*, n°2, Vol. 25, 2009, pp.35-50.

FEREOL Emmanuelle, « Arts et savoirs chez les bronziers de Ouagadougou» *in* COQUET Michèle, DERLON Brigitte, JEUDY-BALLINI Monique(dir.), *Les cultures à l'œuvre; rencontres en arts,* Paris, MSH, 2005, p.177 et s.

GABORIEAU Marc, « Incomparables ou vrais jumeaux ? Les renonçants dans l'hindouisme et dans l'islam », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°1, 2002, pp. 71-92.

GAUTIER François, « Enjeux d'une théorie de la religion au-delà du mirage girardien ; réflexion critique sur *Le Symbolique et le sacré* de Camille Tarot », *Revue du MAUSS,* n° 22, Vol.2, 2003, pp. 248-269.

GELINAU Jospeh « Le chemin de la musique », *in* COLLINS Mary et POWER David(éd), *Revue Internationale de Théologie: La musique et l'expérience de Dieu,* Concilium 122, 1989, pp.157-170.

GOLDMANN Lucien, « La peinture du Chagall, réflexion d'un sociologue », *Annales. Économies, Sociétés, Civilisations*, Vol. 15, n°4, 1960, p. 667 – 683.

GUILLOU André, « Le monde des images à Byzance » *in* GUILLOU André et DURAND Jannic (dir.), *Byzance et les images,* Paris, La Documantation française, 1994, pp.13-40.

HAZAN Olga « Du progrès artistique chez Wolfllin, Panofsky er Gombrich » *in* CARANI Maria (éd), *De l'histoire de l'art à la sémiotique visuelle,* Quebec, Septentrion, 1992, p.90 et s.

HITE Catherine, « The *Eye that Cries*: The Politics of Representing Victims in Contemporary Peru», *Revue d'Histoire Sociale et de Littérature en Amérique Latine,* Vol. 5, n°.1, 2007, p.108-134.

HOROWITZ Elliott « Le peuple de l'image : les juifs et l'art », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, n°3, 2001.

KINDL Olivia, « L'art du nierika chez les Huicho du Mexique; un instrument pour voir » *in* COQUET Michèle, DERLON Brigitte, JEUDY-BALLINI Monique(dir.), *Les cultures à l'œuvre; rencontres en arts,* Paris, MSH, 2005, pp.225-248.

KLATZMANN Joseph, « La religion » in *L'humour juif,* Paris, PUF, Que sais-je, 2008 (4e).

LÉVÊQUE Pierre et BRIANT Paul(dir), « Religion et culture » *in Le monde grec aux temps classiques, Tome I, le Vè*, Paris, coll. Nouvelle Clio, 1994, p.353 et s.

LORBLANCHET Michèle « L'origine de l'art », *Diogène* n° 214, avril-juin 2006.

MANGO Cyril, « L'attitude des byzantins à l'égard des antiquités greco-romains » *in* GUILLOU André et DURAND Jannic (dir.), *Byzance et les images,* Paris, La Documantation française, 1994, pp.95-120.

MAZAHERI Aly, « La vie intellectuelle et artistique » in *L'âge d'or de l'Islam ; quant Bagdad était la capitale de la moitié du monde* (Paris, Hachette, 1951), Casablanca, Rives sud, 2003, pp.171-217.

NAEF Silvia, « Entre mondialisation du champ artistique et recherche identitaire les arts plastiques contemporaines dans la méditerranée orientale », *in* DACHLIA Jocelyne, *Créations artistiques contemporaines en pays d'Islam ; l'art en tensions,* Paris, Kimé, 2006, pp.72-95.

NKETIA Kwabena « Interaction musicale dans les événements culturels » *in* COLLINS Mary et POWER David(éd), *Revue Internationale de Théologie: La musique et l'expérience de Dieu,* Concilium 122, 1989, pp.131-145.

PAPADOPOULOS Alexandre, « Sur l'Esthétique de l'art musulman », in *Symposium International sur l'art islamique, Istanbul, 1983*, Dar Al-Fikr, Damascus, 1989.

RICARD Marie-Andrée Ricard « La mort de l'art chez Hegel comme autoportrait de la subjectivité », *Laval théologique et philosophique*, vol. 56, n° 3, 2000, pp. 405-423.

THOUARD Denis, « Études critiques ; L'esthétique et l'éthique sont-elles une ? », *Revue de métaphysique et de morale*, Vol. 2, n° 54, 2007, pp.273 – 282.

« Les beaux-arts : l'exposition universelle - les écoles étrangères et l'école française contemporaines », *Revue des deux mondes,* Tome 70, 1864.

b) En anglais

BARRUCAND Marianne « Art et Architecture » *in Dictionnaire de l'Islam : religion et civilisation*, Paris, Encyclopaedia Universalis et Albin Michel, 1997, p.96-121.

BROWN Walter « Expressionism in Art »(1924), *International Journal of Psycho-Analysis,*Vol.5, 1924, p.220-221, *disponible sur http://www.pep-web.org.*

DANTO Arthur, « Is it art ?», *Journal of Philosophy*, n° 61, 1964.

DOUZINAS Costas, « The Aesthetics of Law » in McCLEAN Daniel, *The trials of art*, Riding House, London, 2007.

KAEGI Walter, « The Byzantine Armies and Iconoclasm », *Byzantinoslavica*, n°27,1966, p. 48-70.

KAEPPLER, Adrienne, « Art and aesthetics » *in* HOWARD Alan et BOROFSKY Robert, *Developments in Polynesian ethnology*, Honolulu, Hawaii University Press, 211-240.

KHATCHADOURIAN Haig, « Artistic Freedom and Social Control», *Journal of Aesthetic Education*, Vol. 12, No. 1 (Special Issue: Policy and Aesthetic Education), 1978, pp. 23-32.

LAYTON Robert, « Structure and Agency in Art » *in* COQUET Michel, DERLON Brigitte et JEUDY-BALLINI Monique(dir), *Les cultures à l'œuvre : rencontres en art*, Paris, Maison de la science de l'homme, 2005, pp.29-46.

TOORAWA Shawkat, « Modern Arabic Literature and the Qur'an: Creativity, Inimitability… Incompatibilities? » *in* ABRAMSON Glenda, KILPATRICK Hilary, *Religious perspectives in modern Muslim and Jewish literatures*, Abingdon-New York, Routledge, 2006, pp.239-257.

WEITZ Morris, « The Role of Theory in Aesthetics », *Journal of Aesthetics and Art Criticism"*, n°. 15, 1956, pp.27-35.

ZOLBERG Vera1 « Marginality Triumphant? On the Asymmetry of Conflict in the Art World », *IJPCS,* Vol. 23, n° 2/3, 2010, p. 99-112.

c) En grec

ZIKA Fei « Esthétique ou Philosophie de l'art », *Deukalion* Vol.1, n°25, juin 2007, p.117 – 133.

B. LIBERTE DE L'ART, PROTECTION DES ARTISTES ET DROITS CULTURELS

1. Liberté d'expression et liberté de l'art

a) En français

BIRD Karen, « L'impossible réglementation des propos à caractère raciste aux États-unis », *RFDC,* 2001, Vol.2, n° 46, p.226.

COHEN Dany, « La liberté de créer, liberté spécifique ? » *in* CABRILLAC Rémy, FRISON-ROCHE Marie-Anne, REVET Thierry (dir), *Droits et libertés fondamentaux*, Dalloz, 1997(4e éd), p.332.

DESBOIS Henri, « Les Conventions de Berne (1886) et de Genève (1952) relatives à la protection des œuvres littéraires et artistiques », *AFDI, Vol.6,* 1960, p.41-62.

DUCREY Gérard, « Dessine- moi une maison », *Gazette du Palais,* 16 décembre 2006, n°351, p.8.

DUPUY René-Jean, « La protection et les limites de la liberté d'expression de l'artiste dans la société européenne », *Revue des droits de l'Homme*, Vol. VII, 1974, pp.41- 59.

FAVRET- SAADA Jeanne, « La liberté d'expression et de création artistique en France aujourd'hui », disponible sur http://www.siawi.org/article163.html, mis en ligne le 15 juin 2007, consulté le 10 novembre 2010.

GALLAND Yannick, « Les obligations des journalistes dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH,* n°52, 2002, p.853-894.

GAMET Laurent, « La liberté des arts et des sciences » *in* BURGORGUE-LARSEN Laurence(dir.), *La France face à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne,* Bruxelles, Bruylant, 2005, pp.357-386.

GEUS Jean-Claude, « Quelle liberté d'expression pour l'artiste? », *in* DE SILVIA Michele– VILLIGER Mark(dir.), *L'éclosion des Droits de l'Homme, des droits de l'Homme: mélanges en l'honneur de Carl Aage Nørgaard,* Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 81-90.

GOUTTES Régis (de), « À propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme », *Gazette du Palais*, 25 septembre 2001 n° 268, p. 6.

GONZALES Gérard, « Liberté d'expression versus liberté de religion : le poids de la Convention européenne», *Gazette du palais,* 10 décembre 2006, n° 344 à 346.

HAARCHER Guy, « Liberté d'expression, blasphème, racisme : essai d'analyse philosophique et comparée », in ALLARD Julie, HAARCHER Guy, HENNEBEL Ludovic, LEWCOWICZ Grégory(dir), *Juger les droits de l'homme : Europe et États-Unis face à face*, Bruxelles , Bruylant, 2008, pp.139-223ss.

HISCOCK-LAGEOT Céline, « La dimension universelle de la liberté d'expression dans la déclaration des droits de l'homme de 1948 », *RTDH,* 2000, p.230-239.

JOUANJAN, Olivier, « La liberté d'expression en République fédérale d'Allemagne », *in* ZOLLER Elisabeth (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Paris, Dalloz, 2008, p.152.

JUSTESEN Pia, « Liberté d'expression et propos racistes, au Danemark », *RTDH*, 2001, p.342-365.

LARRALDE Jean-Manuel « La convention européenne des droits de l'homme et la protection de groupes particuliers », *RTDH*, 56/2003, p. 1247-1274.

LESPROGES Pierre, « La caricature des attentats du *World Trade Center* ne fait pas rire la CEDH », *Lexbase Hebdo,* n°323 du Jeudi 23 Octobre 2008.

DAUCHEZ Jean-Pierre et MARGUÉNAUD Benjamin, « Les onze milles vierges fondatrices du patrimoine littéraire européen », commentaire de l'arrêt *Akdas c. Turquie*, 16 février 2010, req. n° 41056/04, *Le Dalloz*, n° 17, 29 avril 2010, p. 1051.

OETHEIMER Mario « La Cour Européenne des droits de l'Homme face au discours de haine », *RTDH*, n°69, 2007, p.63-80.

OST François, « Liberté artistique et respect de la diversité culturelle. Pour un multiculturalisme libéral » (numéro spécial: Law and multiculturalism), *RHDI,* Vol. 62, 2009, pp.581-602.

PEYROU-PISTOULEY Sylvie, « L'affaire Otto Preminger Institut et la Liberté d'Expression Vue de Strasbourg: Censure ou Laxisme? », *Revue Française de Droit Administratif*, 1ème année, Vol. 6, 1995, pp. 1189- 1198.

RIGAUX François, « La Liberté d'Expression et ses limites », *RTDH*, 1995, pp. 402-415.

ROMAN Dian, « L'accès à la culture dans les politiques de lutte contre l'exclusion sociale », *in*

DEGUERGUE Maryse (dir.), *L'art et le droit: écrits en hommage à Pierre-Laurent Frier,* Paris, Publications de la Sorbonne, 2010, pp.343-360.

RUET Céline, « La liberté d'expression artistique au regard de l'article 10 », *RTDH,* n°84, 2010.

SCHNEEGANS, « L'exil des intellectuels et des artistes », *Petites affiches,* n° 142, 26 novembre 1997, p. 13 et s.

SCOFFONI Guy, BELL John, SAUNDERS Cherryll « Droit constitutionnel étranger; L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte : janvier-juin 2003, Australie, États-Unis, Royaume-Uni » in *RFDC*, 2004, Vol.1, n°57, pp.131-158.

SORIANO Candela et DEFOSSEZ Alexandre, « La liberté d'expression face à la morale et la religion », *RTDH,* n° 8, 2006, pp.817-837.

ZIKA Fei « Esthétique ou Philosophie de l'art », *Deukalion* Vol.1, n°25, juin 2007, pp.117 – 133.

VRAY Henri, « Publicité commerciale », *Gazette du palais*, 10 mai 2007, n°130, p.25 et s.

WASCHMANN Patrick, « Vers un affaiblissement de la protection de la liberté d'expression par la Cour européenne des droits de l'Homme ?, Lindon, Otchacovsky-Laurens et July c. France, 22 octobre 2007 », *RTDH,* n°78, 2009, pp.982-511.

WASCHMANN Patrick, *La religion contre la liberté d'expression: sur un arrêt regrettable de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *RUDH*, Vol.6, no 12, 1994, pp. 441 -449.

b) En anglais

BACIRCIOGLU « Freedom of Expression And Hate Speech », *Tulane Journal of International and Comparative Law*, Vol 1 n°16, 2008-2009.

BAER Susanne Baer, « Violence: Dilemmas of Democracy and Law », in KRETZMER David et al.(éd), *Freedom of speech and incitement against democracy*, Martinus Nijhoff – Kluwer Law, Dordrecht, 2000, pp.63-98.

BOYLE Fiona, « Freedom of expression ; Albert Reynolds v Times Newspapers Ltd and Others », *Journal of Criminal Law,* n°3, 1998, pp.250-254.

BOYLE Kevin et BALDACINNI Andrea, «A Critical Evaluation of International Human Rights Approaches to Racism», *in* FREDMAN Sandra (dir), *Discrimination and Human Rights – The Case of Racism*, Oxford University Press, 2001.

KAPLAN, « Obscenity as an Esthetic Category », *Law & Contemporary problems,* n°20, 1995, p.145-146.

KATZ Al, « Free dicussion v. Final Decision : Moral and Artistic Controversy and the Tropic of Cancer Trials », *Yale Law Journal*, Vol 79, 1969, p. 209.

KUMAR Ambika, « Using Courts to Enforce the Free Speech Provisions of the International Covenant on Civil and Political Rights », *Chicago Journal of International Law*, Vol.7, n°1, 2006-2007, p.351-364.

LAWRENCE Frederick, « Violence conducive speech : punishable or protected ?», *in* KRETZMER David et al.(éd), *Freedom of speech and incitement against democracy*, Martinus Nijhoff – Kluwer Law, Dordrecht, 2000, pp.11-32;

LARRY Alexander, «Incitement and freedom of speech », *in* KRETZMER David et al.(éd), *Freedom of speech and incitement against democracy*, Martinus Nijhoff – Kluwer Law, Dordrecht, 2000, pp.101 – 118.

LEWIS Anthony, « Boundaries of freedom of speech », *in* KRETZMER David et al.(éd), *Freedom of speech and incitement against demoracy*, Martinus Nijhoff – Kluwer Law, Dordrecht, 2000, pp.3-10.

HAMILTON Marci, « Art speech », *Vanderbilt Law Review,* n°73, 1996, pp.73-122

HARNO Louise « Law, Art, and the Killing Jar », *Iowa Law Review*, n° 79, 1995, p.367 et s.

LESTER Anthony, « Freedom of Expression » *in* MACDONALD Ronald, MATCHER Franz, PETZOLD Herbert et al.(eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, The Hague-Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p.471.

LENT John, « Freedom of Press in East Asia », *HRQ,* n°137, 1981HARNO Louise Law, « Art, and the Killing Jar », *Iowa Law Review*, n° 79, 1995, p.367 et s.

MITCHELL et KARTTUNEN Sari, « Why and How to Define an Artist?: Types of Definitions and their Implications for Empirical Research Results », *in* TOWSE Ruth et KHAHEE Abdul, *Cultural Economics,* Berlin-New York, Springer, 1992, pp.175-186.

PASCUALLUCCI Jo, « Criminal defamation and the évolution of the doctrine of freedom of expression ; comparative Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights », *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* n°379, 2006, pp.381-432.

WEINRIB Jacob, What is the purpose of freedom of expression?, *University of Toronto Legal Review,* Vol. 67, n°1, 2009, pp.166-190.

c) En grec

CORSOS Dimitris, « La liberté de l'art de la recherche scientifique et de l'enseignement selon le projet constitutionnel», Athènes, *Revue du Droit Public et Administratif,* 1975, p.115 s.

DAGTOGLOU Prodromos, « La liberté de l'art » *in Libertés Individuelles* [« Ατομικά Δικαιώματα »], Athènes – Comotini, Sakkoulas, 1991, p.656ss.

IOANNOU Krateros « L'audiovisuel entre la Constitution et le droit international », *Revue Hellénique du Droit Européen*, n°2, 1989, p.253-206.

VLACHOPOULOS Spyros, *La liberté de l'art ; les limites d'une liberté individuelle* [*Το δικαίωμα της ελευθερίας της τέχνης : τα όρια ενός ανεπιφύλακτου δικαιώματος*], *DH[ΔτΑ]*, Vol. 1, 1999, pp. 73-115.

VLACHOPOULOS Spyros « Affaire Andoulaki. Mn» [Υπόθεση Ανδρουλάκη. Μν], *To S.*, 2000, p.543ss.

2. Propriété intellectuelle, marché de l'art.

a) En français

BURDON Michael, « Royaume-uni: un pays onéreux peut-il s'amender? », *Magazine OMPI*, n°1, février 2010, p.8-10.

CASTONGUAY Sylvie(éd), « Une décennie de célébration de la créativité », *Magazine OMPI*, n°2, avril 2010, p.6.

COLIN Caroline, « Devoirs de l'auteur », *RIDA,* 2010, pp.161-219.

COMBE Émmanuel et PFISTER Étienne, « Le renforcement international des droits de propriété intellectuelle », *Économie internationale,* Coll. La Documentation Française, Vol. 1, n°85, 2001, pp. 63 -81.

DALEAU J., « La consécration de l'art conceptuel », *Recueil Dalloz,* n°42, 4 décembre 2008, p.293.

DUSOLLIER Séverine, « Le droit d'auteur et l'appropriation artistique », *Art'Icle*, février 2006, p. 8-9.

EDELMAN Bernard « Un arrêt énigmatique » et TREPPOZ Edouard « La nouvelle Eve au "paradis" du droit d'auteur, suite et fin ! », *Recueil Dalloz,* n°4, 29 janvier 2009, p.263 à 268.

GAUDRAT Philippe, « De l'enfer de l'addiction au paradis des toilettes : tribulations judiciaires au purgatoire du droit d'auteur.... », *RIDA,* 2009, n°220.

GEIGER Christophe, « Droit d'auteur et liberté de création artistique : un fragile équilibre; libres propos à partir de l'arrêt « Victor Hugo » de la Cour de cassation du 30 janvier 2007 », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel,* 2007, p.59-65.

GEIGER Cristophe, « Droits d'auteur et droits du public à l'information ; relation conflictuelle ou pacifique ? » *in* STROWEL Alain et TULKENS François(dir), *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs,* Bruxelles, Larcier, 2006, pp.103-122.

KAMINA Pascal « Droit d'auteur et article 10 de la Convention Européenne des droits de l'homme : A propos de quelques affaires récentes, en France et en Europe», *Legicom*, n°25, 2001-2002.

LOISEAU Grégoire, « Protection par le droit d'auteur d'une œuvre conceptuelle », *La semaine juridique(JCP)*, n° 50, 10 décembre 2008, Jurisprudence, n°10204, p. 35 à 37.

LUCAS André, « Droit d'auteur, liberté d'expression et droits du public à l'information» *in* STROWEL Alain, TULKENS François et al.(dir), *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs,* Bruxelles, Larcier, 2006, pp.123-142.

MASOUYE Patrick, « Le droit d'auteur se meurt.. vive le droit... des utilisateurs... », *RIDA,* 2009, n°222, p.188-282.

MOREAU Antoine, *Le copyleft appliqué à la création artistique*, Mémoire pour l'obtention du DEA Arts des Images et Art Contemporain, Université Paris 8, 2005, mis en ligne sur http://antomoro.free.fr/left/dea/DEA_copyleft.html, consulté le 22 octobre 2010.

MOREAU Antoine, « Du logiciel à l'art libre », *Influx,* n°5, *publié dans "Copyright / Copywrong, actes du colloque »,* éd. MeMo, Nantes, 2003.

PIN Xavier, « L'indulgence du juge pénal à l'égard du téléchargement ou l'échange illicite des œuvres protégées », *in* CUERPI (Centre Universitaire d'Enseignement et de Recherches en Propriété Intellectuelle)(dir.), *La propriété intellectuelle et son juge »,* Actes du Colloque de CUERPI, Université Pierre Mendès France-Grenoble 2, 2006, Paris, Dalloz-Transactives, 2009(reéd).

STOLL Peter-Tobias, « Le droit international économique face aux défis de la mondialisation », *RGDIP,* 2009, pp. 273-305.

TREPPOZ Edouard « La nouvelle Eve au "paradis" du droit d'auteur, suite et fin ! », *Recueil Dalloz,* n°4, 29 janvier 2009, p.263 à 268.

VOORHOOF Dirk, « La liberté d'expression est-elle un argument légitime en faveur du non-respect des droits de l'auteur? La parodie en tant que métaphore » *in* STROWEL Alain, TULKENS François et al.(dir), *Droit d'auteur et liberté d'expression : regards francophones, d'Europe et d'ailleurs,* Bruxelles, Larcier, 2006, pp.39-70.

b) En anglais

ATKINS Robert, « Money talks ; the economic foundations of censorship » *in* ATKINS Robert MINTCHEVA Svetlana, *Censoring Culture,* New York, New Press, 2006.

BALKIN Jack, « Digital speech and Democratic Culture », *New York University Law Review*, Vol. 79, n°1, 2004.

CLAPP Jane « Art censorship under French King Louis Philippe » et « Art Censorship, A chronology of Proscribed and prescribed Art », (1972), *in* MERRYMAN John Henry, *Law, ethics and the visual arts*.

COUTO Alexandra, « Copyright and freedom of expression :a philosophical map» *in* GOSSERIES Axel, MARCIANO Alain et STROWEL Alain, *Intellectual property and theories of justice*, Hampshire-NewYork, Palgrave Macmilan, 2008, pp.160-181.

DANAY Robert, « Copyright vs. Free Expression: The Case of Peer-to-Peer File-Sharing of Music in the United Kingdom », *IJCLP*, automne 2005 (revue électronique disponible en ligne).

DEMUINJNCK Geert, « Is P2P sharing an objectionable form of free-riding ? » *in* GOSSERIES Axel, MARCIANO Alain et STROWEL Alain, *Intellectual property and theories of justice*, Hampshire-NewYork, Palgrave Macmilan, 2008, pp.141-159.

HEINS Marjorie et BECKLES Tricia, « Will Fair Use Survive? Free Expression in the Age of Copyright Control », mis en ligne en décembre 2005 sur le site de « Free Expression Policy Project », http://www.fepproject.org/policyreports/fairuseflyer.html, consulté le 26 octobre 2010.

HUGHES Justin, « The philosophy of Intellectual Property », *Georgetown Law Journal*, n°287, 1988.

KALLINIKOU Dionysia, « Copyright promoting arts and economy », *RHDI,* n°61, 2008, pp. 225-237.

MUKHERJI Indra Nath, « Globalisation, international property rights and indigenous response » *in* MUKHERJI Partha Nath, SENGUPTA Chandan, *Indigeneity and universality in social science: a South Asian response,* New-Delhi, London, Sage, 2004, pp.295-314.

OSTERGARD Robert, « Intellectual Property; a universal right? », *HRQ*, n°21, 1999, p.156-178.

RAMMELLO Giovanni Battista, « Intellectual Property and the Markets of Ideas», *Review of Network Economics*, Vol.4, n°2, 2005, pp.161-180.

RAMMELLO Giovanni Battista, « Access to vs. Exclusion from knowledge : intellectual property, efficiency and social justice» *in* GOSSERIES Axel, MARCIANO Alain et STROWEL Alain, *Intellectual property and theories of justice,* Hampshire-NewYork, Palgrave Macmilan, 2008, pp.73-93.

STREETER Thomas, « That deep romantic chasm; libertarianism, neoliberianism and the computer culture » *in* CALABRESE Andrew, BURGELMAN Jean-Claude (dir.), *Communication, citizenship, and social policy : rethinking the limits of the welfare state*, Lanham (États-Unis), Rowman & Littlefield, 1999, p.50.

SWEARINGEN Ian, « Originality, Authenticity, Imitation and Plagiarims ; Intellectual property and

Individual Identity », *in* BURANEN Lise, MYARS Alice, *Perspectives on plagiarism and intellectual property in a postmodern world,* Presses universitaires de l'Université de New York, 1999, p.19 ss.

TORSEN Molly, « Intellectual Property and Traditional Cultural Expressions: A Synopsis of Current Issues », *Iowa Human Rights Law Review,* n°3, 2008, p.199

TOWNS Williams « Honoraires conditionnels aux États-Unis d'Amérique; égalité de chances pour tous? », *Magazine OMPI*, n°1, février 2010, p.6-7.

VAIDHYANATHAN Siva, « American music challlenges the copyright tradition » *in* ATKINS Robert, MINTCHEVA Svetlana, *Censoring Culture*, New Press, New York, 2006, p.29.

YANG, Chih-Chieh, « A comparative study of the models employed to protect indigenous traditional cultural expressions » n°24, *APLPJ,* Vol.11, n°2, 2010, pp.49-84.

YUSUF Abdulqawi Ahmed « Transfer of Technology » *in* BEDJAOUI Mohammed, I*nternational law: achievements and prospects,* Martinus Nijhoff, Leiden-Boston, 1992, p.691-705.

3. Patrimoine culturel

a) En français

ALRADI Selma, « La destruction du Musée national iraquien », *Museum International*, Vol. 55, N° 3 et 4, 2003.

GÖSSWALD Udo, «La déclaration de l'ICOM sur la revendication de biens culturels», *Museum International*, n°141-142 (Vol.61, n°1-2), 2009.

BLIBLECH Fadhel « Patrimoine culturel et mondialisation » *in* MEZGHANI Nébila et CORNU Marie(sous dir de), *Intérêts culturels et mondialisation, aspects internationaux,* Paris, L'Harmattan, 2004.

BOUCHENAKI Mounir, « Retour et restitution des biens culturels à la suite de la Convention de 1970», *Museum International*, n°141-142 (Vol.61, n°1-2), 2009.

BOUSTANI Katya, « Beyrouth ; Problèmes de préservation des biens culturels », *RQDI*, Vol. 2, n°13, 2000.

CORNU Marie, « Le renouveau des restitutions de biens culturels : les modes alternatifs de règlement des litiges », *Journal du droit international,* n°2, 2009, pp.493-534.

COULÉE Frédérique , « Quelques remarques sur la restitution interétatique des biens culturels sous l'angle du droit international public », *RGDIP*, 2000, pp.359-392.

COULÉE Frédérique, « Quelques remarques sur la restitution interétatique des biens culturels sous l'angle du droit international public », *RGDIP*, 2000, pp.359-392.

FRANCIONI Francesco, « Au-delà des traités : l'émergence d'un nouveau droit coutumier pour la protection du patrimoine culturel », *RGDIP*, 2007, p.19-42.

GOY Raymond, « La destruction intentionnelle du patrimoine culturel en droit international », *RGDIP,* 2005, p.273-304.

LALIVE Pierre, « Sur le retour des biens culturels illicitement exportés », in *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à F. Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 283-298.

NAFZIGER James et SCOVAZZI Tullio, « Le patrimoine culturel de l'humanité », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2005, pp.XLII-1126.

NAHLIK Stanislaw, « La protection internationale des biens culturels en cas de conflit armée », *Recueil de l'Académie de Droit International de La Haye*, Boston-Leiden-Londres, Martinus Nijhoff, 1967, Vol.I, p. 65-161.

PROTT Lyndel, « La déontologie et le droit des retours», *Museum International*, n°141-142 (Vol.61, n°1-2), 2009.

SEIDL-HOHENVELDERN Ignaz , «La protection internationale du patrimoine culturel national», *RGDIP*, 1993, pp.395-409.

STAMATOUDI Irini, « Médiation et diplomatie culturelle », *Museum International*, n°141-142 (Vol.61, n°1-2), 2009.

b) En anglais

BELL Young, « Historical legacy and the contemporary world : UNESCO and China's *Qin* Music in the 21st century», *in* WEINTRAUB Andrew et YOUNG Bell, *Music and cultural rights,* University of Illinois, 2009, pp. 140-168

BHAT Ishwara, « Protection of Cultural Property under International Humanitarian Law: some Emerging Trends », n°4, *ISIL*, 2001, disponible en ligne sur le site de www.worldlii.org.

BOUCHENAKI Mounir, « Retour et restitution des biens culturels à la suite de la Convention de 1970 »*in Museum International:* « Retour des biens culturels: la conférence d'Athènes », n°141-142 (Vol.61, n°1-2), 2009.

CRABB J., « International Humanitarian Law and the Protection of Cultural Property », *Year Book of International Institute of Humanitarian Law,* 1986, pp.267-269.

FRANCIONI Francesco et LENZERINI Federico « The destruction of the Bouddhas of Bamiyan and the International Law », *EJIL*, Vol. 14, n°4, 2003, 619–651.

GAMBONI Dario, *The Destruction of Art: Iconoclasm and Vandalism since the French Revolution,* London, New Haven et Londres, Yale University Press, 1997.

GÖSSWALD Udo, «La déclaration de l'ICOM sur la revendication de biens culturels» , *in Museum International:* « Retour des biens culturels: la conférence d'Athènes », n°141-142 (Vol.61, n°1-2), 2009. DETLING Karen, « Eternal Science: The Destruction of Cultural Property in Yugoslavia », *Maryland Journal of International Law and Trade,* n°1, 1993, p.66-69.

POSTGATE Nicholas et ROBSON Eleanor, « The threat to world heritage in Iraq », site crée en printemps 2003 sur users.ox.ac.uk/~wolf0126/, consulté en janvier 2000.

SANDLER Felicia, « In search of a cross-cultural legal framework : indigenous music as a worldwide commodity » *in* WEINTRAUB Andrew et YOUNG Bell, *Music and cultural rights*, University of Illinois, 2009, pp.241-271.

SCOVAZZI Tullio, « Legal Aspects of the Axum Obelisk Case », *Museum International*, n°141-142 (Vol.61, n°1-2), 2009.

SERBENCO Eduard « The protection of cultural property and post-conflict Kosovo », *RQDI*, Vol. 18, n°2, 2005.

c) En grec

HARALAMBIDIS Constantinos, « La convention de Granada et son influence dans la légilsation grecque pour la protection de l'environemment culturel » [« Η Σύμβαση της Γρανάδας και η επιρροή της στην ελληνική νομοθεσία για την προστασία του πολιτιστικού περιβάλλοντος»] in Tome en l'honneur du Conseil Juridique de l'État[ΝΣΚ], Sakkoulas, Athènes-Commotini, 2008, p.1069-1111.

PAPAKONSTANTINOU Apostolos, « La convention de Granada et la Constitution» [« Η σύμβαση της Γρανάδας για την προστασία της αρχιτεκτονικής κληρονομιάς και το Σύνταγμα»], paru le 26 novembre 2004 sur http://www.nomosphysis.org.gr/articles.php?artid=390&lang=1&catpid=72, consulté le 26 octobre 2010.

NICOLAKOPOULOU-STEPHANOU Iro, «La protection des droits culturels et de l'héritage culturel dans l'ordre international, européen et national» [«Η προστασία των πολιτιστικών δικαιωμάτων και της πολιτιστικής κληρονομιάς στη διεθνή, ευρωπαϊκή και εθνική έννομη τάξη»], *in* TSALTAS Grigoris(éd), *Environnement, Culture et Orthodoxie,* Université Panteion et Monastère de Kykkos, Nicosie, 2006, pp. 91-103.

C. RELIGIONS ET CIVILISATIONS, DROIT NATUREL ET DIGNITE HUMAINE, UNIVERSALITE DES DROITS DE L'HOMME

1. Religion, liberté religieuse, blasphème et diffamation religieuse

a) En français

ABECASSIS Armand, « Droit et religion dans la société hébraïque », *in* TERRE François(dir), *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, tome 38, Sirey, Paris, 1993, p.23-34.

AN-NA'IM Abdullahi Ahmed, « Human rights in the muslim world», *HHRLJ,* n°13, 1990,

ANT Kiymet, « La Turquie et l'héritage religieux de l'Europe » *in* CHABOT Jean-Luc et TOURNU Christophe(dir.) *L'héritage religieux et spirituel de l'identité européenne*, L'Harmattan, Paris, 2004.

ARNALDEZ Arnaldez, « La loi musulmane à la lumière des sciences coraniques » *in* TERRE François(dir), *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, tome 38, Sirey, Paris, 1993, p.83-91.

BOSSUAT Gérard, « Histoire d'une controverse. La référence aux héritages spirituels dans la Constitution », *Matériaux pour l'histoire de notre temps*, Vol. 78, 2005, pp. 68-82.

CARBONNIER Jean, « La religion comme fondement du droit? », *in* TERRE François(dir), *Droit et religion*, *Archives de philosophie du droit,* Tome 38, Sirey, Paris, 1993.

CHABOT Jean-Luc, « La doctrine sociale de l'Église catholique et les droits de l'Homme » *in* CHIANEA Gérard et CHABOT Jean-Luc (dir.), *Les droits de l'homme et le suffrage universel, 1848-1948-1998, actes du Colloque, avril 1998, organisé par l'Université Pierre Mendès France,* Paris- Montréal, L'Harmattan, 2000.

DECAUX Emmanuel, « De la tolérance en droit international » *in* Mélanges en l'honneur de COHEN Gérard, *Liberté, justice, tolérance*, Vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp.621-633.

DE SALVIA Michele, « Liberté de religion, esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme » *in* Mélanges en l'honneur de COHEN Gérard, *Liberté, justice, tolérance*, Vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp.592-606.

DIENE Doudou « Le rôle des Rapporteurs thématiques », *in* DECAUX Emmanuel, *Les Nations Unies et les Droits de l'Homme, enjeux et défis d'une reforme,* Paris, Pedone, 2006, p.210- p.221.

DOCQUIR Pierre-François, « La Cour Européenne des Droits de l'Homme, sacrifie-t-elle la liberté d'expression pour protéger les sensibilités religieuses ? Note sous l'arrêt *Giniewsky c. France*, 31 janvier 2006 de la Cour Européenne des droits de l'Homme», *RTDH*, n°68, 2006.

EVANS Malcolm, « The freedom of religion or belief and the freedom of expression », *Religion and human rights,* Vol.4, 2009, pp.197-235.

FLAUSS Jean- François, « La diffamation religieuse » *in* FLAUSS Jean- François(dir.), *La protection internationale de la liberté religieuse,* Bruxelles, Bruylant, 2002.

FLAUSS Jean-François, « Liberté de religion et fiscalité », *RTDH*, n°10, 1992.

GARAY Alain Garay, « Liberté religieuse et prosélytisme : l'expérience européenne », *RTDH*, n°17, 1994.

GOY Raymond « La garantie européenne de la liberté de religion. Article 9 de la Convention de Rome », *RDP*, 1991, pp. 5-60.

HAARCHER Guy, « Le blasphémateur et le raciste », *RTDH*, n°23, 1993, p.417.

KAMP Peter, « Le fondement de l'éthique vu à travers l'éthique du siècle de Ricœur », *Revue de métaphysique et de morale*, n° 50, Vol.2, 2006, p. 173-184

LACABARATS Alain, «Le juge et la laïcité: le droit au respect des croyances», *Petites affiches,* 3 octobre 1997.

LAMBERT Yves, « La tour de Babel des définitions de la religion », *Social Compass*, Vol.1, n°38.

LARRALDE Jean Manuel, « La liberté d'expression et le blasphème », *RTDH*, 1997, p.725-732

LEROY Michel, « La parodie religieuse n'est pas une injure ; Cour de cassation de France, 14 novembre 2006 », *RTDH*, p.875-884.

LEVINET Michel, « Société démocratique et laïcité, dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme » *in* GONZALES (dir.), *Laïcité, liberté de religion et CEDH,* Bruylant, 2006, pp. 81-114.

MBONGO Pascal, « Le traitement juridictionnel des offenses aux convictions religieuses », *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, p.691-708.

MBONGO Pascal, «Les caricatures de Mahomet et la liberté d'expression», *Esprit,* 2007, n°5.

MOULIER Isabelle, « La notion de religion dans la jurisprudence des Tribunaux pénaux internationaux et de la Cour international de Justice », *in* MILLET-DEVALLE Anne-Sophie, *Religions et Droit International Humanitaire*, (ouvrage issu du colloque de Nice des 18-19 juin 2007), Paris, Pedone, 2008.

PROSCHE Geneviève « La querelle du religieux à propos de la Charte des droits fondamentaux au

sein de la Convention Européenne » *in* CHABOT Jean-Luc et Christophe(dir.) *L'héritage religieux et spirituel de l'identité européenne*, L'Harmattan, Paris, 2004.

RIGAUX François, « L'incrimination du prosélytisme face à la liberté d'expression », *RTDH*, éd. spéciale, 1995, p.147.

ROBERT Jacques, « La liberté religieuse », *RIDC*, Année 1994, Volume 46, n°2, pp. 629 – 644.

ROLLAND Patrice, « Le fait religieux devant la Cour européenne des droits de l'Homme » in *Mélanges Raymond Goy, le facteur religieux et l'exigence des droits de l'Homme,* publications de l'Université de Rouen, 1998, p. 271.

ROLLAND Patrice, « Ordre public et pratiques religieuses », *in* FLAUSS Jean- François(éd.), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.231-271.

SACE J., « La liberté de conscience et l'article 9 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », in *Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire : mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000.

SHOUPPE, Jean-Pierre, « La dimension collective et institutionnelle de la liberté religieuse à la lumière de quelques arrêts récents de la Cour européenne des droits de l'Homme », *RTDP,* n°63, 2005, p.611 ss.

SICILIANOS Linos- Alexandre, « La liberté de diffusion des convictions religieuses », *in* FLAUSS Jean-François (éd.), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles, Bruylant.

SURREL H., « La liberté religieuse devant la Cour européenne des droits de l'Homme », *Revue française de Droit administratif*, 1995, pp. 573- 581.

USCATESCU Jorge, « Droit et religion dans l'expérience roumaine » *in* TERRE François(dir), *Droit et religion*, Archives de philosophie du droit, tome 38, Sirey, Paris, 1993, pp.73-82.

VALTICOS, N., « Le premier arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de liberté de religion. L'affaire Kokkinakis c. Grèce », in *Mélanges en l'honneur de G.C. Vlachos, Athènes-Kommotini*, Sakkoulas/Bruylant, 1995, pp. 551-567.

VEGLERIS Phédon, « Quelques aspects de la liberté de religion en Grèce », *RTDH,* 1995, p. 556.

WASCHMANN Patrick, *La religion contre la liberté d'expression: sur un arrêt regrettable de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, *RUDH*, Vol.6, n°12, 1994, pp.441-449.

WASCHMANN Patrick, « Vers un affaiblissement de la protection de la liberté d'expression par la Cour européenne des droits de l'Homme ?, *Lindon, Otchacovsky-Laurens et July c. France*, 22 octobre 2007 », *RTDH,* n°78, 2009, pp.982-511.

b) En anglais

ANDERSON Jeff, « The séparation of Church and the state » *in* COOKSON Catharine(ed), *Encyclopedia of Religious Freedom,* Londres, Routledge, Coll. Religion and Society, 2003, pp.13-18.

ANDERSON John, « Religion and International relations » *in* TREVOR Salmon et IMBER Mark (éd) *Issues of International Law,* Londres, Routledge, 2000.

AN-NAIM Abdulahi Ahmed, « The Islamic Law of Apostasy and its Modern Applicability : a case from the Sudan », *Religion,* n°16, 1986.

BADERIN Mashood, « Religion and international law, an analytical Survey of the Relationship » *in* ARMSTRONG David (dir.), *Routledge Handbook of International Law…, op.cit.*, p. 165-178.

BANTEKAS Ilias, « Religion as a source of international law » *in* REHMAN Javaid et BREAU Susan *Religion, human rights and international law: a critical examination of Islamic state practices,* Leiden -Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 115-135.

BLACK Ann et HOSEN Nadirsyah, « Fatwas: Their Role in Contemporary Secular Australia », *Griffith Law Review,* n°18, 2009, pp.405-427.

BOSSUAT Gérard, « Histoire d'une controverse. La référence aux héritages spirituels dans la Constitution », *Matériaux pour l'histoire de notre temps,* Vol. 78, 2005, pp. 68-82.

BREMS Eva, « Above Children's Heads - The Headscarf Controversy in European Schools from the Perspective of Children's Rights », *International Journal on Childrens' Rights*, n°119, 2006, p.119-136

DANCHIN Peter, « Defaming Muhammad: dignity, harm, and incitement to religious hatred », *Duke forum for law & social change,* Vol.2, pp.5-48.

DANCHIN Peter, « Of prophets and Proselytes : Freedom of Religion and the conflict of rights in

international law », *HILJ,* Vol.49, n°2, 2008, p.249-321.

DOE Norman et SANDBERG Russell, « The changing criminal law on religion », *Law & Justice - Christian Law Review,* n°161, pp.88-97, 2008.

DOLAN Jay « From coercion to perusasion » *in* LEE Francis(éd), *All Imaginable Liberty: The Religious Liberty Clauses and the First Amendment,* Maryland& London, University Press of America, 1995.

EVANS Carolyne, « Religious freedom in European Human Rights Law », *in* JANIS Mark et EVANS Carolyne(dir), *Religion and international law,* Boston – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pp.385-400.

FOSTER Joshua « Prophets, cartoons, and legal norms: rethinking the United Nations defamation of religion provisions », *Journal of catholic legal studies*, n°48, p.19-39.

GUNN Jeremy, « Adjudicating Rights of Conscience Under the European Convention on Human Rights », *in* VAN DER VYVER Johan/ WITTE John, *Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives*, Hague, 1996, pp. 305-30.

HAYAT Zahra, « Apostasy and Blasphemy in Pakistan », *Connecticut Journal of International Law,* Vol 10, 1996, p.27-68.

IRIYE Keishiro « The Principles of International Law in the light of confucianism », in *Recueil des Cours de l'Académie du droit international de la Haye*, Vol. 120, éd. A.W. Sijthoff, Leyden, 1968, pp. 1- 60.

JANIS Mark, « Protestants, progress and peace » *in* JANIS Mark, *The influence of religion on the development of international law*, Boston – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. 223-239.

JANIS Mark, « Religion and litterature of international law» *in* JANIS Mark, *The influence of religion on the development of international law*, Boston – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 61-87.

JAYATILLEKE, Kulatissa-Nanda « The Principles of International Law in Buddhist Doctrine » in *Recueil des Cours de l'Académie du droit international de la Haye*, Vol. 120, éd. A.W. Sijthoff, Leyden, 1968, p. 441- 568.

KAHN Robert, « The danish cartoon controversy and the rhetoric of libertarian regret », *University of Miami Law Review,* Vol.16, pp.153-181.

KENNEDY Dave, « Images of religion in international law », *in* JANIS Mark, *The influence of religion on the development of international law*, Boston – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp.137-146.

KOURIDES Nicholas « The influence of islamic law on contemporary middle eastern legal systems » *Columbia Journal of Transnational Law*, n°9, 1970, pp.384-435.

LERNER Natan, « Religious Human Rights under the UN » *in* VAN DER VYVER Johan et WITTE John(dir), *Religious Human Rights in Global Perspective: Legal Perspectives*, Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p.112.

LETSAS George, « Is there a right not to be offended in one's religious beliefs? 'Is there a Right not to be Offended in one's Religious Beliefs?» *in* ZUCCA Lorenzo et UNGUREANU Camil (ed), *Law, State and Religion in the new Europe : Debates and Dilemmas,* Cambridge University Press, 2011.

MALCOLM N., « Freedom of Thought, Conscience and Religion », *in* MACDONALD Ronald, MATCHER Franz, PETZOLD Herbert et al.(eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, The Hague-Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p.471, pp. 445-63.

McBRIDE Jeremy, « Autonomy of will and religious freedom », *in* FLAUSS Jean-François (éd.), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles, Bruylant, 2002, pp.93-129.

MALIK Kenan, *From Fatwa to Jihad: The Rushdie Affair and its Legacy*, Londres, Atlantic, 2009.

MORANO-FOADI Sonia, « EU Citizenship and Religious Liberty », *European Law Journal,* Vol.16, juillet 2010, pp.418-438.

NAFZIGER James, « The functions of religion », *in* JANIS Mark, *The influence of religion on the development of international law*, Boston – Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, pp. pp.147-169.

NEHALUDDIN Ahmad, « A study of individual freedom and religious liberalism in Islamic jurisprudence », *The Journal Jurisprudence*, Melbourne, n°5, 2009, pp.41-66. Professeur à Brunéi Darussalam

PARMAR Staphanie, « Blasphemy and the Margin of Appreciation », *Cambridge Law Journal,*

Vol.56, 1997, pp. 469-471.

ROZAKIS Christos « The case law of the Commission as regards freedom of thought, conscience and religion » *in* DE SALVIA Michele et VILLIGER Mark (éd.), *L'éclosion du droit européen des droits de l'Homme: mélanges en l'honneur de Carl Aage NØRGAARD*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, p.203ss.

SALOOM Rachel, « You dropped a bomb on me, Danemark…; a legal examination of the cartoon controversy and response as it relates to the prophet Muhammad and Islamic Law *», Rutgers Journal of Law and Religion*, n° 21, 1994*,* p.16.

SIDDIQUE Osama, « Unholy speech and Holy Laws, Blasphemy Laws in Pakistan », *Minnesota Journal of International Law,* n°17, 2008, pp.303- 385.

SLAUGHTER M.M., « Salman Rushdie Affair: Apostasy, Honor, and Freedom of Speech », *Virginia Law Review,* Vol. 79, No. 1, 1993, pp. 153-204.

TEMPERMAN Jeroen, « Blasphemy, Defamation of Religion and Human Rights law », *NHRQ*, 2008, pp. 517-545.

ZUCCA Lorenzo, « Law vs religion » *in* ZUCCA Lorenzo et UNGUREANU Camil(ed), *Law, State and Religion in the new Europe : Debates and Dilemmas,* Cambridge University Press, 2011.

c) En grec

DIMOULIS Dimitris, « Blasphème, une survie féodale dans l'État religieux » [«Βλασφημία, μια φεουδαρχική επιβίωση στο θρησκευόμενο κράτος] *in* DARTEVELLE Patrice (dir), *Le droit au blasphème [à partir de la trad.grecque : Δικαίωμα στη βλασφημία],*Athènes, Mavri Lista, 2000.

KTISTAKIS Yannis, « La liberté de l'art et l'outrage aux croyances religieuses», [« Ελευθερία της τέχνης και προσβολή των θρησκευτικών πεποιθήσεων »] *in* MAGGANAS(dir.) *Tome en l'honneur de Alice Yotopoulou-Marangopoulou*, Athènes, Nomiki Vivliothiki- Bruylant, Tome 1, 2003, p.702 et s.

MPOURDARA Calliope, *Iconoclasme et Droit; une lecture juridique des écrits saints* [Εικονομαχία και δίκαιο: Νομική θεώρηση των αγιολογικών κειμένων], Athènes, Sakkoulas.

STEPHANOU Stavros, « La liberté religieuse et la liberté de l'expression » [« Θρησκευτική ελευθερία και ελευθερία της έκφρασης »], *To Syntagma,* n° 6, 2002.

2. Droit naturel et dignité humaine, *ius cogens*, universalité des droits de l'Homme

a) En français

ANDORNO Roberto, « La notion de dignité humaine est-elle superflue en bioéthique? », *Revue Générale de Droit Médical*, n° 16, 2005, pp. 95-102.

CHABOT Jean-Luc, « Le courant personnaliste et la Déclaration Universelle des droits de l'Homme », *in* FERRAND Jérôme et PETIT Hugues, *L'Odyssée des droits de l'homme, Tome 1 : Fondations et naissances des droits de l'homme*, Harmattan, Paris, 2003, p.325-338.

COHEN-JONATHAN Gérard, « Universalité et singularité des droits de l'homme », *RTDH,* n°53, 2003, pp. 3-13.

ESCAJEDO SAN EPIFANI Leire, « Vers un cadre régulateur de la sécurité de l'application de la biotechnologie : le chemin parcouru », *RGDIP,* 2010, pp. 5-35.

FIERENS Jacques « La dignité humaine comme concept juridique » *in* FERRAND Jérôme et PETIT Hugues, *L'Odyssée des droits de l'homme, Tome 1 : Fondations et naissances des droits de l'homme*, Harmattan, Paris, 2003, pp.171-184.

GUYON Gérard, « Sur quelques fondations de la pensée chrétienne des droits de l'Homme », *in* FERRAND Jérôme et PETIT Hugues*, L'Odyssée des droits de l'homme…*, *op.cit.*, pp.61-74.

KOUSSETOGUE KOUDÉ Roger, « Pertinence et défauts de pertinence des récusations de la Déclaration universelle des droits de l'homme », *RTDH*, n°80, 2009, pp.945-966.

LAHALLE Thibault, « Clonages et dignité humaine », *RTDH*, n°54, 2003, pp.441-481.

LEVINET Michel, « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du 'lancer de nains' devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies » (Observations), *RTDH*, n°55, 2003, p.1024 ss.

MAUBERNARD Christophe « Le droit fondamental à la dignité humaine en droit communautaire: la

brevetabilité du vivant à l'épreuve de la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes », *RTDH*, n°54, 2003, pp.483-513.

PAUVERT Bertrant, « Quel homme pour les droits de l'Homme » *in* FERRAND Jérôme et PETIT Hugues, *L'Odyssée des droits de l'homme, Tome 1 : Fondations et naissances des droits de l'homme*, Harmattan, Paris, 2003, pp.203-238.

ROUCOUNAS Emmanuel, « Le droit au consentement et ses restrictions dans la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine (1997) », *Droit et justice, Mélanges en l'honneur de N. Valticos*, Paris, Pedone, 1999, p.479ss.

b) En anglais

BASSIOUNI, Cherif, « Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice », in 42 Va. J. Int'l L., 2001-2002, p.81ss.

BASSIOUNI Cherif, « International crimes: *ius cogens* and obligations erga omnes », *Law and contemporary problems,* Vol. 59, No. 4, 1996.

CANÇADO TRINDADE Antônio Augusto, « International law for humankink: towards a new jus gentium », *Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye,* 2005, n°317, La Haye, Boston-Leiden-Londres, Martinus Nijhoff, 2006, pp. 283-312.

CASSESSE Antonio, « International protection of human dignity » *in International Law in a divided world*, Oxford, Clarendon Press, 1986, 1994(reéd), pp.287-316.

D'AMATO Anthony, « It's a Bird, it's a Plane, it's Jus Cogens! », *Connecticat Journal of International Law*, Vol 6, n°1, 1990, pp.1-6.

DONNELLY Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice,* New York, Ithaca-Connelly University, 2003 (2è éd.).

BREMS Eva, *Human rights: universality and diversity,* Dordrecht- Cambridge- Hague, Kluwer International, 2001.

McGINNIS John et SOMINT Ilya, « Democracy and international human rights law », *Notre Dame Law review,* Vol.84, n°4, pp.1740-1798.

D. CULTURE ET IDENTITE CULTURELLE

1. Droits culturels, développement culturel, diversité culturelle et religieuse.

a) En français

CANÇADO TRINDADE Antonio Augusto, « La protection des droits économiques, sociaux et culturels », *RIGDIP*, tome 94, Vol.4, 1994, pp.914-946.

CHALOUX Annie, « Diversité culturelle : quand le Canada gagne et les États-Unis grognent », disponible sur la revue en ligne des Sciences Politiques de l'Université de Sherbrooke perspective.usherbrooke.ca, consulté le 28 octobre 2010.

DECAUX Emmanuel « Comment la prise en compte des droits culturels interfère sur la compréhension des autres droits de l'Homme? » *in* MEYER-BISCH Patrice, *Les droits culturels, une catégorie sous-développée des droits de l'homme*, 1993, Editions Universitaires Fribourg, p.187.

FARCHY, Joëlle, « L'exception culturelle, combat d'arrière garde? *», Quaderni,* printemps 2004, p.69.

GARAPON DUBOIS Jean Pierre, « Mondialisation, universalisme et diversité culturelle » *in Diversité et droits culturels*, Paris, Agence inter gouvernementale de la francophonie et Institut arabe des droits de l'Homme, 2003.

GHERARI Habib, « Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels », *RGDIP,* 1992, pp.75-102.

HOFFMANN Florian et RINGELHEIM Julie, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : La Cour européenne et les dilemmes de la diversité culturelle », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques,* 2004, n°52, pp. 109-142.

LAGHMANI Slim, « Droit international et diversité culturelle », *RDIP,* n°2, 2008, p.241-253.

JUSS Satvinder, « The Decline and Decay of European Refugee Policy », *OJLS*, Vol. 25, n°4, 2005, p. 749–792.

MALEK Hossein, « La politique du développement et de la culture dans les pays en développement », *in* SANCHEZ-ARNAU Juan-Carlos et DESJEUX Dominique, *La culture, clé du développement*(1987)*,* Paris, L'Harmattan-UNESCO, 1994(2ème éd)*,* pp.61-99.

MEYER- BISCH Patrice, « Analyse des droits culturels », *in Droits fondamentaux*, n°7, janvier 2008 – décembre 2009, disponible sur www.droits-fondamentaux.org (consulté en janvier 2010).

NEGRI Vincent, « Intérêt culturel et droit au développement » *in* CORNU Marie et MEZGHANI Nébila, *Intérêt culturel et mondialisation ; les protections nationales,* Tome 1, Paris, L'Harmattan, 2005, p.181 ss.

PALLARD Henri « Culture et diversité culturelle » *in* TZITZIS Stamatios et PALLARD Henri(dir), *Droits fondamentaux et spécificités culturelles*, Paris, L'Harmattan, 1997, pp.23-39.

PALLARD Henri, « L'État de droit face à la diversité culturelle » *in* CHABOT Jean-Luc (dir.) *État de droit. Droits fondamentaux et diversité culturelle,* L'Harmattan, Paris, 1999.

PERRAKIS Stelios, « L'apport des organes de droits de l'Homme du Conseil de l'Europe dans la promotion et protection de la diversité culturelle. Aspects institutionnels et constats des résultats », *AIDH,* vol. III, 2008, pp. 307-331.

PROHASKA Anton, « UNESCO: des nouvelles idées! », in *Les droits de l' homme à l' aube de XXIe siècle, Karel Vasak Amicorum Liber,* Bruylant, Bruxelles, 1999, p.1121.

RUIZ FABRI Hélène, « Jeux dans la fragmentation : la Convention sur la promotion et la protection de la diversité des expressions culturelles », *RGDIP*, 2007, pp.43-88.

SAMAMA C.R., *Développement mondial et culturalités*, Paris, Larose, 2001 et WARNIER J-P, *La mondialisation de la culture*, Paris, La Découverte, 1999.

SINGH Kishore, « Le role de l'UNESCO », *RQDI,* Vol.1, n°12, 1999.

TZITZIS Stamatios « L'identité culturelle du citoyen » *in* TZITZIS Stamatios et PALLARD Henri(dir) *La mondialisation et la question des droits fondamentaux*, Quebec, Presses de l'Université de Laval, Coll.Diké, 2002.

VRELLIS Spiridon, « La Loi et la Culture » (numéro spécial: Law and multiculturalism), *RHDI,* Vol. 62, 2009, pp.449ss.

YAMANE Hiroko, « Bilan des approches en Asie » *in* FENET Alain, *Droits de l'Homme, droits des peuples*, Paris, PUF, 1982.

YOKARIS Angelos, « Le droit international face au défi de la diversité culturelle » (numéro spécial: Law and multiculturalism), *RHDI,* Vol. 62, 2009, pp.695- 703.

VENTURA Arnoldo « L'impact culturel du transfert de technologie dans les pays en développement » *in* SANCHEZ-ARNAU Juan-Carlos et DESJEUX Dominique, *La culture, clé du développement*(1987)*,* Paris, L'Harmattan-UNESCO, 1994(2ème éd), pp.101-140.

WECKEL Philippe et RINARDI Catherine « Relativisme culturel ou universalité des droits de l'Homme? La réponse donnée par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme» in *International law and diversity of légal cultures*, *Journée franco- allemande de la Société Française pour le Droit International*, Paris, Pedone, 2008, pp. 421-431.

WILSON Barbara, « Quelques réflexions sur l'adoption du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies », *RTDH*, n°78, 2009, pp.7 ss.

b) En anglais

ADDO Michael, « Practice of United Nations Human Rights Treaty Bodies in the Reconciliation of Cultural Diversity with Universal Respect for Human Rights *», HRQ,* Vol.32, n° 3, 2010.

CHAPMAN Audrey, « Core obligations related to article 15§1 CESCR » *in* CHAPMAN Audrey et RUSSEL Sage(éd), *Core Obligations: Building a Framework for Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp-Oxford –New York, Intersentia, 2002, pp.325-329.

COWAN Jane « Culture and Rights after Culture and Rights» *in* GOODALE Mark(ed), *Human Rights; an anthropological reader,* Londres – New York, Routledge, Coll.Law & *Social* Inquiry, 2009, pp. 305ss.

EIDE Asbjørn, « Cultural rights as individual rights » *in* EIDE Asbjørn et al.(éd.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001(2ème éd), pp.229ss.

EIDE *Asbjørn,* « Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach », *HRLJ,* Vol. 10, No. 1–2, 1989, pp.36-51.

EIDE Asbjørn, « Multicultural and Intercultural éducation : conditions for constructive group accomodation», *RQDI,* n°12, p.9-24, 1999.

FELICE William « The viability of the United Nations approach to economic and social human rights in a globalized economy », *International Affairs*, n°3, Vol. 75, 1999, p563-599.

KJAERUM Morten, « Refugee Protection between State Interests and Human Rights: Where Is Europe Heading ?» n°24, *HRQ,* 2002, pp.513-536.

MESSER Ellen, « Athropology, Human Rights and Social Transformation », *in* GOODALE Mark(ed), *Human Rights; an anthropological reader,* Londres – New York, Routledge, Coll.Law & *Social* Inquiry, 2009, pp.103-134.

NIEUWENHUIS Aernout, « The Concept of Pluralism in the Case-Law of the European Court of Human Rights », *European Constitutional Law Review*, Vol.3, 2007, pp. 367–384.

PENTASSUGLIA Gaetano, « Reforming the UN Human Rights Machinery: What Does the Future Hold for the Protection of Minorities and Indigenous Peoples? An Introduction », *International Journal on Minority and Group Rights,* n°14, 2007, p.127–139.

STEVANHAGEN, Rodolfo, « Cultural rights : A social science perspective *» in* EIDE Asbjørn et al.(éd.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 2001(2ème éd), 87-91.

SYMONIDES Janusz « Cultural rights » *in* SYMONIDES Janusz(éd), *Human Rights ; concepts and standards,* Aldershot-Paris, Ashgate- UNESCO, pp.175-227.

THORNBERRY Patrick, « Cultural rights and universality of human rights », 9 mai 2008, document du travail pour le Conseil Economique et Social des Nations Unies (ECOSOC), E/C.12/40/15.

YUPSANIS Athanasios, « The concept and categories of cultural rights in international law – their broad sense and the relevant clauses of the international human rights treaties », *Syracuse Journal of International Law & Communication*, Vol. 37, 2010, pp.207-266.

WHELAN Daniel et DONNELLEY Jack, « West, Economic and Social Rights, and the Global Human Rights Regime: Setting the Record Straight », *HRQ* , n°29, 2007, p.908-949.

WILDHABER Luzius, « The cultural rights and the case law of the organs of the European Convention of Human Rights » in COUNCIL OF EUROPE *Yearbook of the European Convention on Human Rights - 8th International Colloquy on the European Convention on Human Rights*, Budapest, 20-23 September 1995, M. Nijhoff, 1997, p.58.

c) En grec

DIMOULIS Dimitris, « «Η νομική προστασία των εθνικών μειονοτήτων», *in* CHRISTOPOULOS Dimitris et TSITSELIKIS Constantin (dir.), *Το μειονοτικό φαινόμενο στην Ελλάδα: μια συμβολή των κοινωνικών επιστημών*, Kritiki-KEMO (Centre d'Etudes sur les Groupes Minoritaires en Grèce), 1999.

KTISTAKIS Ioannis, « Le Mufti, la Sharia et les Droits de l'Homme; théocratie ou état de droit en Grèce moderne? » [«Ο Μουφτής, η Σαρία και τα Δικαιώματα του Ανθρώπου: Θεοκρατία ή κράτος δικαίου στη σύγχρονη Ελλάδα;», paru le 1 janvier 2007 sur le site du Centre d'Etudes sur les Groupes Minoritaires en Grèce(KEMO), http://www.kemo.gr/index.php?sec=thematics&cat=9, consulté le 1 novembre 2010.

KTISTAKIS Ioannis, « Loi sacrée et citoyens grecs musulmans. Entre communautarisme et libéralisme » [«Ιερός νόμος του Ισλάμ και μουσουλμάνοι έλληνες πολίτες. Μεταξύ κοινοτισμού και φιλελευθερισμού], Athènes- Théssalonique, Sakkoulas, 2006

NICOLAKOPOULOU-STEPHANOU Iro &SITAROPOULOS, Nicolas, « Observations sur l'application des droits culturels dans l'ordre interne », Rapport du Comité Hellénique pour les Droits de l'Homme (en grec), Athènes, 2003, disponible sur le site www.nchr.gr.

PERRAKIS Stelios, « Les droits de l'Homme et des peuples à la culture et l'environnement» [«Δικαιώματα των ανθρώπων και των λαών στον πολιτισμό και το περιβάλλον »], *in* TSALTAS Grigoris(éd), *Environnement, Culture et Orthodoxie,* Université Panteion et Monastère de Kykkos, Nicosie, 2006, p.59-80.

STAMATOPOULOU Elsa, « Droits culturelles et réalités modernes ; les droits à la participation à la vie de la communauté »[« Πολιτισμικά δικαιώματα και σύγχρονες πραγματικότητες: Το δικαίωμα συμμετοχής στην πολιτισμική ζωή »], *Armenopoulos,* n°9, 2006, pp.1391-1401.

TSITSELIKIS Constantin, « La communauté turco-musulmane de Thrace. Institutions et structures d'organisation de la minorité »[« Η τουρκο-μουσουλμανική μειονότητα της Θράκης. Θεσμοί και οργανωτικές δομές της μειονότητας»], paru le 15 février 2006 sur le site du Centre d'Etudes sur les Groupes Minoritaires en Grèce(KEMO), http://www.kemo.gr/index.php?sec=thematics&cat=9,

consulté le 1 novembre 2010.

TSITSELIKIS Constantin, « Η θέση του Μουφτή στην ελληνική έννομη τάξη», *in* CHRISTOPOULOS Dimitris(dir.), *Questions juridiques de la protection de la diversité religieuse en Grèce*, Athènes, Kritiki-KEMO (Centre d'Etudes sur les Groupes Minoritaires en Grèce), 1999.

1. Multiculturalisme et droits des minorités

a) En français

BEN ACHOUR Yadh, « *Ummah* islamique et droits des minorités » *in* TZITZIS Stamatios et PALLARD Henri(éd), *Minorités, culture et droits fondamentaux,* Paris, L'Harmattan, 1997, pp.25-51.

BENOÎT ROHMER Florence, « La Cour Européenne des Droits de l'Homme et la defense des droits des minorités nationales », *RTDH,* n°51, 2002, p.563-586.

BRIBOSIA Emmanuelle, RINGELHEIM Julie et RORIBE Isabelle, « Aménager la diversité : le droit à l'égalité face à la diversité religieuse », *RTDH,* n°78, 2009, pp. 319-373.

CALVES Gwénaele « Répression des dicriminations, l'adieu aux armes » *in* CHAMPEIL- DESPLATS Véronique et FERRE Nathalie, *Frontières du droit, critique des droits* ; *textes réunis pas en l'honneur de Danièle Lochak,* LGDJ, Paris, 2007.

CONSTANT Fred, « La citoyenneté entre égalité et identité » *in* DE DECKER Paul et FABERON Jean François, *L'État pluriculturel et les droits aux différences,* Colloque de Nouméa, Université de la Nouvelle Calédonie, 3-5 juillet 2002, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp.55-70.

KLEBES Heinrich « Projet du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme sur les droits des minorités», *RUDH*, Vol.5, n°5-6, 1993, pp.184-192.

KTISTAKIS Yannis, « Religious pluralism and tolerance in a (european) democratic society », *AIDH,* vol. II, 2007, pp. 253-271.

LAUFER Jacqueline, « L'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes est-elle soluble dans la diversité ? », *Travail, genre et sociétés, Vol.1, n°21,* 2009, pp. 29-54.

MARGALIT Avishai et HALBERTAL Moshe, « Liberalism and the Right to Culture », *Social research,* Vol. 71, n°3, 2004, p.529-548.

MESSNER Francis « Le statut des cultes minoritaires en Europe » *in* BASTIAT Jean-Pierre et MESSNER Francis, *Minorités religieuses dans l'espace européen,* PUF, 2007, p.285ss.

MOUAQUIT Mohammed, « Réflexion introductive : Droits de l'Homme, droits des minoritaires, droits des minorités » *in* TZITZIS Stamatios et PALLARD Henri(éd), *Minorités, culture et droits fondamentaux,* Paris, L'Harmattan, 1997, pp.9-14.

NOUROU TAL Saidou, « Diversité culturelle et droits collectifs ; la Charte africaine des droits de l'Homme » *in* TZITZIS Stamatios et PALLARD Henri(éd), *Minorités, culture et droits fondamentaux,* Paris, L'Harmattan, 1997, pp.15-23.

OTIS Ghislain « Le pluralisme juridique et les droits fondamentaux dans la gouvernance autochtone », *in* FERRAND Jérôme et PETIT Hugues, *L'Odyssée des Droits de l'Homme, Tome 2 : Enjeux et perspectives des Droits de l'Homme*, Harmattan, Paris, 2003.

RAMU Sébastien, « Le statut des minorités au regard du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques », *RTDH*, 2002, p.517 – 628.

ZIRARI Michel, « Questions, réflexion et débat: les minorités et les droits fondamentaux» *in* TZITZIS Stamatios et PALLARD Henri(éd), *Minorités, culture et droits fondamentaux,* Paris, L'Harmattan, 1997, pp.129-136.

b) En anglais

LESTER Anthony, « Multiculturalism and free speech », *The political quartetly,* Vol.81, janvier –mars 2010, p.15-23.

BASEDOW Jurgen, « Multiculturalism, globalisation and the law of the open society », *RHDI,* (numéro spécial: Law and multiculturalism), Vol.62, 2009, pp.715-742.

KENAN Malik, « Against multiculturalism », *New Humanist*, Juin 2001.

McGOLDRICK Dominic, « Accomodating muslims in Europe ; from adopting sharia law to religiously based opt outs from generally applicable laws», *HRLR,* Vol.9, n°4, 2009, pp.603-645.

STAVROS Stéphane, « Cultural rights for national minorities », *IALS Bulletin*, Vol. 25, janvier 1997, pp.7-13.

REHMAN Javaid, « Minority Rights and Constitutional Dilemmas of Pakistan » *Netherlands Quarterly of Human Rights,* Vol. 19, n°4, 2001, pp.417-443.

THIO Li-Ann, « Constitutional accommodation of the rights of ethnic and religious minorities in plural democracies: lessons and cautionary tales from south-east asia », *Pace International Law Review,* n°.22, pp.43-101.

XANTHAKI Alexandra « Multiculturalism and International Law: Discussing Universal Standards », *HRQ,* Vol.32, n°1, 2010, p. 21-48.

c) En grec

PAZARTZI Photini, « Identité minoritaire et droits culturels » [« Μειονοτική ταυτότητα και πολιτιστικά δικαιώματα »] *in* BREDIMAS Antonis & SICILIANOS Linos-Alexandre(dir.), *The protection of minorities - the framework convention of the council of Europe[Η προστασία των μειονοτήτων, η Σύμβαση-πλαίσιο του ΣΕ]*, Athènes, Sakkoulas, 1997, pp.81-92.

E. CONFLITS DE DROITS FONDAMENTAUX ET METHODES DE RESOLUTION

1. Conflit de normes et conflits de droits, méthodologie de la Cour Européenne des droits de l'Homme

a) En français

GÖLCÜKLÜ Feyyaz, « La hierarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux », *RUDH,* 1990, pp.289-304

JÉZÉQUEL Myriam, « Conflit de droits : dilemme pour les juges ou simple mécanique juridique ? », *Journal du Barreau de Montréal*, Vol.37, octobre 2007, pp. 1-3.

JOUANNET Emmanuelle, « L'ambivalence des principes généraux face au caractère étrange et complexe de l'ordre juridique internationale » *in* HUESA VINAIXA Rosario et WELLENS Karel(éd), *L'influence des sources et la fragmentation du droit international,* Bruxelles, Bruylant, 2006, p.115-160.

LAMBERT Pierre, « Marge nationale d'appréciation et contrôle de proportionnalité », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, éd. Bruylant-Némésis, Bruxelles, 1998, pp. 63-89.

HOHFELD Weslay Newcomb, « Some fundemental legal conceptions as applied in judicial reasoning», *Yale Law journal,* Vol.23, 1913, p.16.

SASSOLI Marco « L'effet horizontal de l'indivisibilité des droits humains dans le contexte de la mondialisation » *in* BORGHI Marco et MEYER BISCH Patrice(éd), *Société civile et indivisibilité des droits de l'Homme; Actes du XIième Colloque interdisciplinaire d'éthique et des droits de l'Homme,* Fribourg, 2000.

SUDRE Frédéric « Les "obligations positives" dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *in Mélanges Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns Verlag, 2000, p.1359 à 1376.

VAN DROOGHENBROECK Sébastien, « Conflits entre droits fondamentaux et marge nationale d'appréciation ; autour l'arrêt Chassagnou c. France du 29 avril 1999 », *Journal des tribunaux du droit européen*, 1999, p.162-168.

b) En anglais

BOMHOFF Jacco, « The rights and freedoms of others': the ECHR and its peculiar category of conflicts between individual fundamental rights » *in* BREMS Eva(éd.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/ Oxford, Intersentia 2008, pp.619-654.

BREMS Eva, « Conflicting human rights: an exploration in the context of the right to a fair trial in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms», *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, 2005, p. 305.

ÇALI Başak, « Balancing Human rights? Methodological problems with weights, scales and proportions », *HRQ,* n°27, 2007, pp.251-270.

CARIOLOU Leto, « The search for an equilibrium by the European Court of Human Rights », *in in*

BREMS Eva(ed.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/ Oxford, Intersentia 2008, p.249-269.

DANCHIN Peter, « Who is the "Human" in Human rights? The claims of culture and religion », *Maryland Journal of International Law,* Vol.24, 2009, pp.99 -124.

DWORKIN Ronald, « Rights as Trumps » in WALDRON Jeremy (éd.), *Theories of Rights*, Oxford University Press, 1984.

FINKELSTEIN-OAKES Claire, « Two men and a planck », *Legal theory,* vol.7, 2001, pp.279-306.

FRANTZ Laurent « First Amendment in the Balance », *California Law Reviw,* Vol.4, n°71 et *Yale Law Journal,* p.1424 – 1450.

GALENKAMP Marlier, « Towards a socialization of fundemental rights » *in* LOENEN Titia et GOLDSCHMIDT Jenny, Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?, Intersentia, Antwerpen- Oxford, 2007, pp.149-165.

GILBOA Eytan, « Media and conflict resolution: a framework for analysis», Marquette Law Review, n°93, 2009-2010, p.93.

HARBO Tor-Ingo, « The function of the proportionality principe in EU Law » , *ELJ,* Vol.16, n°2, 2010, p.158-185.

KAMM Frank, « Conflicts of rights ; typologie, methodologie and nonconsequentialism », *Legal theory*, Vol.7, 2001, pp.239-255.

KENNEDY David, « The international human rights movement : Part of the problem ? », *Harvard Human Rights Journal,* Vol.15, pp.101-116, 2002

KOSKENNIAMI Martti, « Human Rights, Law, politics, and Love », *Finish Yearbook of International Law,* Vol.13, 2002, pp.79-85/ KOSKENENNIAMI Martii, «Les droits de l'Homme, la politique et l'amour», in *La politique du droit international*, Paris, Pedone, 2007, pp.203-227.

MONTAGUE Philippe, « When rights conflict », *Legal Theory,* Vol.7, 2001, pp.257-277.

LETSAS George, « Two concepts of the margin of appreciation », *OJLS*, Vol. 26, No. 4 (2006), pp. 705–732.

MACKIE J.L., « Can there be a right-based moral theory? », *in* WALDRON Jeremy, « Pildes on Dworkin's Theory of Rights », *JLS*, Vol.29, 2000.

PILDES Richard, « Why Rights Are Not Trumps: Social Meanings, Expressive Harms, And Constitutionalism », *JLS*, Vol.17, 1998, pp. 725ss.

WALDRON Jeremy, « Pildes on Dworkin's Theory of Rights », *JLS*, Vol.29, 2000, pp.309

WEBB Phillipa, « Scenarios of jurisdictional overlap among international Courts », *RQDI,* n°19, 2006, p.2.

WOODS Andrew, « A behavioural approch to human rights », *HILJ,* Vol.51., n°1, 2010, pp.51-112.

ZIEMELE Ineta, « Case law of the European Court of Human Rights and Integrity of International Law » *in L'influence des* sources sur l'unité et la *fragmentation du droit international,* Bruylant, Bruxelles, 2006, pp.187-210.

ZUCCA Lorenzo, « The limits of the *Age of rights* », *Analisi e diritto* (Revue de l'Université de Genova), 2005, pp.231-237.

ZUCCA Lorezo, « Conflicts of fundemental rights as constitutionnal dilemmas » *in* BREMS Eva(éd.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/ Oxford, Intersentia 2008, pp.19-37.

SCHUTTER Olivier et TULKENS Françoise, « Rights in conflict: the european court of human rights as a pragmatic institution » *in* BREMS Eva(éd.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/ Oxford, Intersentia 2008, pp.169-216.

VANDENHOLE Wouter, « Conflicting economic and social rights ; the proportionality plus test » *in* BREMS Eva(éd.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Antwerp/ Oxford, Intersentia 2008, pp.559-589.

c) En grec

STRATILATIS Costas, « La balance concrète des valeurs constitutionnelles lors de l'interprétation judiciaire de la Constitution » [« Η συγκεκριμένη στάθμιση των συνταγματικών αξιών κατά τη δικαστική ερμηνεία του Συντάγματος »], *To Syntagma,* n°3, 2001.

2. Devoirs et responsabilités

EIDE Asbjörn « Responsabilities and duties » in *VASAK Karel amicorum liber, Les Droits de l'Homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 594ss.

MORAND Charles –Albert « Le noyau intangible des droits constitutionnels » *in* MEYER-BISCH Patrice(éd), *Le noyau intangible des droits de l'Homme*, Editions Universitaires du Fribourg, Fribourg, 1991.

VASAK Karel, « Proposition pour une Déclaration universelle des devoirs de l'Homme » *in* MEYER-BISCH Patrice et DURAND Jean-Paul, *Les devoirs de l'Homme; de la réciprocité dans les droits de l'Homme,* Fribourg, Cerf, 1988, pp.9-10.

F. DES « CONFLITS CULTURELS » ET DU DIALOGUE INTERCULTUREL ET INTERRELIGIEUX

1. Des « conflits culturels », cultures et droits de l'Homme

a) En français

LAGHMANI Slim, « Est-ce la guerre des civilisations? », *in* BEKEMANS Léonce et al.(éd), *Intercultural Dialogue and Citizenship: Translating Values into Actions,* Venice, Marsilio, 2007, pp.439-446.

b) En anglais

ALLEN Chris, « Down with multiculturalism, book-burning and *fatwas*: the death of multiculturalism and its implications for Muslims », *Culture and Religion*, Vol.2, n°8, 2007, pp.125-138.

CHIAM Sou, « Asia's experience in the quest for a regional human rights mechanism », *Victoria University Wellington Law Review,* n°40, pp.127-141.

CHESTERMAN Simon, « Human Rights as subjectivity ; the age of rights and the politics of culture»,*Millenium ; Journal of International Studies,* 1998, pp.97-118

DE VARENNES Fernand, « The fallacies in the "universalism versus cultural relativism" debate in human rights law », *APJHRL,* n°1, 2006, pp.67-84.

EBERHARD Christoph, « Law and anthropology in a "glocal" world : the challenge of dialogue» *in* FREEMAN Michael et NAPIER David, *Law and Anthropology* , Vol.12, Oxford University Press, 2009, pp.67-88.

ENGLE MERRY Sally, « Human Rights Law and the Demonization of Culture (And Anthropology Along the Way) », *Political and Legal Anthropology Review,* Vol. 26, n°1, 2003, pp.55–76.

ENGLE MERRY Sally, « Legal pluralism », *Law & Society Review,* Vol.22, n°5, 1988, pp.869ss.

GHAI Yash, « Universalism and relativism; human rights as a framework for negotiating interethnic claims », *Cardoso law review,* n°21, 2000, pp.1095-1102,

HARRIS Seth, « Asian Human Rights : forming a regional convenant », *APLPJ,* Vol.1, n°17, pp.1-22.

IOVANE Massimo « The Universality of Human Rights and the International Protection of Cultural Diversity: Some Theoretical and Practical Considerations », *International Journal on Minority and Group Rights*, n°14, 2007, pp.231–262.

KAHN Robert, « The danish cartoon controversy and the rhetoric of libertarian regret », *University of Miami Law Review,* Vol.16, pp.153-181.

KARASINKA FENDLER Maria, « How Intercultural Dialogue Can Improve European Democracy - Deliberative Democracy Approach, *in* BEKEMANS Léonce, PAPISCA Antonio, STEPHANOU Constantin et al(éds), *Intercultural Dialogue and Citizenship: Translating Values into Actions,* Venice, Marsilio, 2007, pp.85-100.

KEANE David, « Cartoon violence and freedom of expression », *HRQ,* Vol.30, n°4, novembre 2008, pp.845-875.

KENNEDY David, « The international human rights movement : Part of the problem ? », *Harvard Human Rights Journal,* pp.101- 116, 2002.

KHUSHALANI Yougindra « Human rights in Asia and Africa », *in* SNYDER Frederick et SATHIRATHAI Surakiart, *Third world attitude towards international law,* Dordrecht, Martinus Nijhoff-Brill, 1987.

MAYER Ann Elizabeth, « Universal Versus Islamic Human Rights: A Clash of Cultures or a Clash

With a Construct? », *Michigan Journal of International Law*, n°15, 1994, pp. 327–351.

MAYER Ann Elizabeth, « Religious reservations to the CEDAW : what do they really mean ? » *in* HOWLAND Courtney, *Religious fundamentalisms and the human rights of women* (1999), New York, Palgrave, 2001, pp.105-116.

MELANDER Göran, « Reservations to Human Rights Treaties» *in* ZIEMELE Ineta(éd.), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony or Reconciliation,* Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

MOUSSALI Ahmad, « Islamic fundamentalist perceptions of other monotheistic religions », *in* WAARDENBURG Jacques(éd), *Islam and Christianity,* Leuven, Peeters, 1998, pp.121-157.

NAWAZ Mahomed, « The concept of human rights in Islamic Law », *HLJ,* pp.325-332.

PANNIKAR Raimundo, « Is the notion of Human rights a western concept ? », *Diogènes,* 1982, pp.77-78.

PRAKASH SINA Suria, « The axiology of Human Rights », *Pace Year Book of International Law*, n°1, p.21-60.

RILES Annelise, « Cultural conflicts » *in* FREEMAN Michael et NAPIER David, *Law and Anthropology* , Vol.12, Oxford University Press, 2009, pp.89-125.

SCHEININ Martin, « Reservations by States under the International Covenant on Civil and Political Rights and Its Optional Protocols, and the Practice of the Human Rights Committee », *in* ZIEMELE Ineta(éd.), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony or Reconciliation,* Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004, pp. 41-58.

SHÖPP-SCHILLING Hanna Beate, « Reservations to the CEDAW » *in* ZIEMELE Ineta(éd.), *Reservations to Human Rights Treaties and the Vienna Convention Regime: Conflict, Harmony or Reconciliation,* Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2004.

SLOANE Robert, « Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights », *Vanderbilt Journal of Transnational Law,* Vol.34, 2001, pp.527 - 596.

TYAGI Yogesh, « Third world response to human rights », *Indian Journal of International Law,* 1981, pp.119-140.

YASUAKI Onuma, « In quest of intercivilizational Human rights: universal vs. relative Human rights viewed from an asian perspective », *AJHRL*, n°53, 2000, pp.53-88.

VITKAUSKAITE-MEURICE Dalia, « The Arab Charter on Human rights: the naissance of new regional human rights system or a challenge to the universality of human rights? », *Jurisprudence,* Vol.1, n°119, 2010, pp.165–180.

ZEWEI Zhong, « Racial and religious hate speech in Singapore: management, democracy, and the victim's perspective », Singapore Law Review, Vol.27, 2009, pp. 13-59.

2. Dialogue interculturel et interreligieux, citoyenneté multiculturelle

a) En français

ANTES Peter, « Nouvelle politique, histoire et histoire des religions », *Diogène,* Vol.3, n°199, 2002, pp. 26-33.

BEKEMANS Léonce, « Le dialogue interculturel en Europe ; une réalité régionale et un devoir mondial» *in* DUBRUELLE Mark et FRAGNIERE Gabriel, *Identités culturelles et citoyenneté en Europe,* Forum européen des cultures, Bruxelles-Oxford etc, Peter Lang, 2009, pp.97-110.

BLANCHY Aline, « Pour aller au-delà du syncrétisme dans l'échange interculturel : une approche ethno-méthodologique », *Pensée plurielle*, Vol.2, n°21, 2009, pp. 81-95.

EBERHARD Christoph, « Rediscovering Education through intercultural dialogue », Contribution à la rencontre internationale d'experts de l'UNESCO, *Diversité Culturelle et Education*, UNESCO, Barcelone 14-16 janvier 2008.

HASSAB ALLA Waheeb, « Le christianisme et les chrétiens vus par deux auteurs arabes musulmans», *in* WAARDENBURG Jacques(éd), *Islam and Christianity,* Leuven, Peeters, 1998, pp.159-211.

HÖFFE Otfried, « Existe il un droit pénal interculturel ? Essai philosophique» *in* SOSOE Lukas et al. (dir), *Diversité humaine, démocratie, multiculturalisme et citoyenneté »,* L'Harmattan, Paris, 2002.

KTISTAKIS Yannis, « Religious pluralism and tolerance in a (european) democratic society », *AIDH,* vol. II, 2007, pp. 253-271.

LE ROY Étienne, « L'accès à l'universalisme par le dialogue interculturel », *RGD,* Vol. 26, n°1, 1996.

SILAJDŽIČ Adnan, « Musulmans et judéochrétiens ensemble ; l'expérience de Bosnie-Herzégovine », *in* WAARDENBURG Jacques(éd), *Islam and Christianity,* Leuven, Peeters, 1998, pp.257-270.

TZITZIS Stamatios, « La mondialisation, l'universalité des droits de l'Homme et l'identité culturelle du citoyen », *AIDH,* vol. II, 2007, pp. 443-460.

b) En anglais

AN-NA'IM Abdullahi Ahmed, « Global citizenship and Human Rights : from muslim in Europe to Euroepan Muslims » *in* LOENEN Titia et GOLDSCHMIDT Jenny, Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?, Intersentia, Antwerpen- Oxford, 2007.p.13-52.

AN-NA'IM Abdulahhi Ahmed, « Toward a Cross-Cultural Approach to Defining International Standards of Human Rights » *in* AN-NA'IM Abdulahhi Ahmed, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992.

AN-NA'IM Abdulahhi Ahmed, « Human rights in the muslim world», *HHRLJ,* n°13, 1990, p.3.

FRIZZELL Lawrence, « Interreligious Dialogue in Global Perspective », Seton Hall Journal of Diplomacy & International Law Review, Vol.3, 2002, pp.26ss.

GODDART Hugh, « Christianity from the muslim perpective», *in* WAARDENBURG Jacques(éd), *Islam and Christianity,* Leuven, Peeters, 1998, pp.213-255.

HRUBEC Marek « The global struggle for Human rights : a dialogue among cultures », *Perspectives of global development and technology,* Vol.9, 2010, pp.39-60.

PAPISCA Antonio, « Citizenship and Citizenships Ad Omnes Includendos: A Human Rights Approach » *in* BEKEMANS Léonce, PAPISCA Antonio, STEPHANOU Constantin et al.(éds), *Intercultural Dialogue and Citizenship: Translating Values into Actions,* Venice, Marsilio, 2007, pp.457-480.

POWERS Shawn, « Examining the Danish Cartoon Affair: Mediatized Cross-Cultural Tensions? », *Media, War & Conflict*, 2008, pp.339-359.

SALT Jeremy, « Global Disorder and the Limits of Dialogue », *Third World Quarterly*, Vol. 29, No. 4, 2008, pp.691 – 710.

STEPHANOU Constantin & NICOLACOPOULOU Iro, « Governing a Multicultural Europe: Policy Challenges and Responses», *in* BEKEMANS Léonce, PAPISCA Antonio, STEPHANOU Constantin et al.(éds), *Intercultural Dialogue and Citizenship: Translating Values into Actions,* Venice, Marsilio, 2007, pp.185-206.

SWIDLER Leonard, « The age of global dialogue », *in* WAARDENBURG Jacques(éd), *Islam and Christianity,* Leuven, Peeters, 1998, pp.271-292.

UELMEN Amelia, « Reconciling Evangelization and Dialogue through Love of Neighbor », *Vil. Law Review*, n°52, 303, 2007.

VENTURA Marco, « Religious pluralism and human rights in Europe » *in* LOENEN Titia et GOLDSCHMIDT Jenny, Religious Pluralism and Human Rights in Europe: Where to Draw the Line?, Intersentia, Antwerpen- Oxford, 2007, pp.119-128.

YASUAKI Onuma, « A transcivilisational perspective on International Law », *Recueil de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2009, La Haye, Boston-Leiden-Londres, Martinus Nijhoff, 2010, pp.81-418.

c) En grec

CHIOU-MANIATOPOULOU Theodora, «Le dialogue interculturel au sein de l'U.E. » [«Διαπολιτισμικός Διάλογος στο Πλαίσιο της Ε.Ε. »], *in* TSALTAS Grigoris(éd), *Environnement, Culture et Orthodoxie,* Université Panteion et Monastère de Kykkos, Nicosie, 2006, p. 91-103.

CONSEIL DE L'EUROPE(&VALLIANATOS Aggelos)(éd), *Θρησκευτική ετερότητα και διαπολιτισμική εκπαίδευση: ένα βοήθημα για τα σχολεία [Diversité religieuse et éducation interculturelle ; un ouvrage de référence pour les écoles]*, Strasbourg-Athènes, 2007.

NICOLAKOPOULOU-STEPHANOU Iro & SCLAVOU Constantina, « Education interculturelle » [«Διαπολιτισμική Εκπαίδευση»], *in* TSALTAS Grigoris(éd), *Environnement, Culture et Orthodoxie,* Université Panteion et Monastère de Kykkos, Nicosie, 2006.

§ 3. RAPPORTS, CONFERENCES ET COLLOQUES, PRESSE ET INTERNET

A. Documents des Organisations Internationales

1. Rapports étatiques et/ou des Organisations Internationales

APCE (Rapport), « Protection of Salman Rushdie », Rapporteur : M. Franck, Suède, Groupe Socialiste, Doc.7212, 9 janvier 1995.

ECRI, troisième rapport sur la Russie, 16 décembre 2005, CRI(2006)21, disponible sur *hudoc.ecri.coe.int/XMLEcri/FRENCH/.../RUS-CbC-III-2006-21-FRE.pdf, consulté le 26 octobre 2010*.

Grèce, « Bureau de la Démocratie, des Droits de l'Homme et du travail » de l'Ambassade des États-Unis en Grèce, Rapport International sur la liberté religieuse en Grèce, Διεθνής έκθεση για τις θρησκευτικές ελευθερίες, γραφείο Δημοκρατίας, Ανθρωπίνων Δικαιωμάτων και Εργασιών] disponible sur le site du gouvernement grec, www.state.gov/g/drl/rls/irf.

OIT- UNESCO-OMPI, Rapport de l'OIT/UNESCO/OMPI/ICR.18/7, 1 avril 2005, disponible sur le site de l'UNESCO, http://portal.unesco.org/culture/fr/ev.php-URL_ID=26018&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html,consulté le 22 octobre 2010.

OIT- UNESCO-OMPI, Rapport de la 20è session ordinaire du Comité Intergouvernemental prévu par l'article 32 de la Convention de Rome, O OIT/UNESCO/OMPI/ICR.18/7, 28 juin 2001, disponible sur le site de l'OIT, *www.ilo.org/public/french/dialogue/sector/.../rome-report_20.pdf*, consulté le 22 octobre 2010.ILO/UNESCO/WIPO/ICR.20/7.

OIT- UNESCO-OMPI, Rapport de la 18è session ordinaire du Comité Intergouvernemental prévu par l'article 32 de la Convention de Rome, OIT/UNESCO/OMPI/ICR.18/7, 28 juin 2001, disponible sur le site de l'OIT, *www.ilo.org/public/french/dialogue/sector/.../rome-report_18.pdf*, consulté le 22 octobre 2010.

(OIT) VINCENT Jean, « The social situation of musical performers in Africa, Asia and Latin America », Paris-Genève, septembre 2001, disponible sur le site de l'OIT, *www.ilo.org/public/english/dialogue/sector/papers/.../wp172.pdf,* consulté le 22 octobre 2010.

OMPI, *Document d'information sur les principales questions et positions concernant la protection internationale des interprÉtations et executions audiovisuelles*, Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, 19è session, Genève, 14 – 18 décembre 2009**,** disponible sur le site de l'OMPI, *www.wipo.int/edocs/mdocs/copyright/fr/sccr_19/sccr_19_9.pdf,* , consulté le 22 octobre 2010.

(ONU) ARBOUR Louise (discours), à propos de la mise en vigeur de la Charte arabe, Communiqué de Presse, disponible sur http ://www.unhchr.ch/huricane/huricane.nsf/0/6C211162E43235FAC12573E00056E19D?opendocument, consulté le 11 mars 2011.

OSCE, Rapport final de Vienne, « Freedom of the media: access to information and protection of journalists », 13 et 14 juillet 2006.

(PNUD)FUKUDA-PARR Sakiko (dir.), *Rapport sur le développement humain,* « *La liberté culturelle dans un monde diversifié»,* Paris, Economica, 2004, p.1, disponible sur le site de PNUD, http://hdr.undp.org/fr/rapports/mondial/rdh2003/, consulté le 3 mars 2011.

RIPC: Rapport final du RIPC de 2009, disponible sur son site officiel : http://incp-ripc.org/meetings, consulté le 28 octobre 2010.

(UNESCO)MOULINIER Pierre, « Programme de l'UNESCO en matière de développement culturel: présentation des travaux réalisés depuis 1960 », Paris, UNESCO, CLT/DEC/CD/94/10, p.1.

(UNESCO) SINGH Nagendra, intervention à la Célébration de l'Anniversaire de la Convention de la Haye à Indonésie, 1984 Rapports, UNESCO, Doc. CLT/MD/3 p.14 et 15(1984).

(UNESCO)MOULINIER Pierre, « UNESCO Cultural Development Documentary » (Dossier 18-19), UNESCO, Paris, 1977.

UNESCO, Rapport du directeur général sur l'activité de l'Organisation en 1962: Paris UNESCO, 1963, p.XIV.

UNESCO, Rapport du directeur général sur la place du fait religieux au sein du programme relatif au dialogue interconfessionnel et interreligieux, adopté par le Conseil Exécutif de l'UNESCO lors de

sa cent soixante-seizième session, Paris, le 5 avril 2007, 176 EX/19

2. Rapports des organisations internationales non-gouvernementales

AMNESTIE Internationale, *Documenty, Discrimination on grounds of race in the Russian Federation,* March 2003, disponible sur http://www.amnesty.org/russia/minorities.html, consulté le 26 octobre 2010.

(ARTICLE19) PARMAR Sejal, *Commentaires écrites* pour l'affaire pendante *Yuriy Samodurov* et *Lyudmila Vasilovskaya c Russie* (3007/06) auprès de la Cour Européenne, 15 mai 2010.

ARTICLE 19& Institut de Caire pour les études en droits de l'Homme(CIHRS), déclaration commune auprès du CDH, 11 septembre 2008.

ARTICLE19, « UK : Article 19 commends vote to repeal blasphemy », 6 mars 2008, communiqué de presse, disponible sur *www.article19.org/pdfs/press/uk-blasphemy-repeal.pdf,* consulté le 1 novembre 2010.

ARTICLE19, communiqués de presse, section sur les arts (« Art Alert »), disponible sur *www.article19.org/.../artists/artist-alert.html*, consultés le 22 octobre 2010.

Article19(Rapport), « Unveiled : Art and censorship in Iran », Londres, septembre 2006, disponible en ligne sur *www.article19.org/pdfs/publications/iran-art-censorship.pdf,* consulté le 16 novembre 2010.

(ARTICLE19) BURNHEIM Sally, « The right to communicate : The Internet in Africa», *Article19*, Londres, 2006.

ARTICLE 19, Rapport de Article 19 sur le cas de l'artiste Oleg Yanoushevsky, Londres, 2005, disponible sur *www.article19.org/pdfs/press/statementoyanushevsky.pdf*, consulté le 15 novembre 2010.

ARTICLE19, *Rapport annuel 2003,* disponible sur le site *www.article19.org/pdfs/reports/annual-report-july-2003.pdf, consulté le 22 octobre 2010*.

(ARTICLE 19)D'SOUZA Frances et COLLIVER Sandra et (Interights)PLAYFAIR Emma et SCHRIFFIN Nathalia, commentaires écrits (*amicus curiae*) auprès de la Cour Européenne pour l'affaire *Otto Premingen c. Autriche*, 14 octobre 1993.

(ARTICLE 19) BOYLE Kevin, « The International Committee for the defence of Salman Rushdie and his publishers », Londres, 1991.

(Observatoire du droit européen)CALVEZ Françoise et al., Rapport intitulé « Liberté d'expression et protection des droits de la personnalité en matière de presse», du service de Documentation et d'Etudes de la Cour de cassation, disponible sur www.courdecassation.fr/...droit.../liberte_expression_droit_personnalite_2006.pdf, consulté le 15 mars 2011.

COHRE(Rapport) « Litigating economic, social and cultural rights; achievements, challenges and strategies », Centre on Housing Rights & Evictions (COHRE), Genève, 2003,

Croix Rouge, « 1864-1940 : patriotisme, charité, responsabilité morale », mis en ligne le 04/12/2009, sur le site de la Croix-Rouge, http://www.croix-rouge.fr/Actualite/150-ans-de-benevolat/1864-1940-patriotisme-charite-responsabilite-morale-1028, consulté le 28 octobre 2010.

(DOMINICAN Network : Délégation de l'Ordre des Prêcheurs auprès des Nations Unies), « Blasphemy laws and human rights of religious minorities in Pakistan » (Rapport), mis en ligne 14 septembre 2009, disponible sur *un.op.org/fr/node/2814* consulté le 15 novembre 2010.

(ECLJ) PUPPINCK Grégor,« Diffamation des religions »(Rapport), soumis en juin 2008 et actualisé en juin 2010, disponible sur le site du European Centre for Law and Justice (ECLJ), ww.eclj.org/.../ECLJ_French_submission_to_OHCHR_on_Combating _Defamation_diffamation_des_religions_Puppinck.pdf, consulté le 25 octobre 2010.

(EUMC) CHOUDHURY Tufyal et al., « Perceptions de la discrimination et de l'islamophobie ; Points de vue de membres des communautés musulmanes dans l'Union européenne », rapport de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes(EUMC), Vienne, 2006, disponible sur le site de Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne(*FRA*), *www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Perceptions_FR.pdf*, consulté le 1 novembre 2010.

EUMC, « Les musulmans au sein de l'Union européenne; discrimination et islamophobie », rapport de l'Observatoire européen des phénomènes racistes et xénophobes(EUMC), Vienne, 2006, disponible

sur le site de Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne(*FRA*), *www.fra.europa.eu/fraWebsite/attachments/Manifestations_FR.pdf*, consulté le 1 novembre 2010.

(HRCP) RABBANI Raza, « Recommendations of the on Constitutional Reform », Rapport de Human Rights Commission of Pakistan(HRCP), disponible sur le site http://www.hrcp-web.org/consultations.html.

(HRCP)Rapport annuel de 2001 sur les Droits de l'Homme au Pakistan, Lahore, 2001, disponible sur *www.hrcp-web.org/pdf/Archives%20Reports/AR2001.pdf - Pakistan, consulté le 26 octobre 2010*.

(HLHR) DIMOULIS Dimitris « Arguments pour la suppression des offenses à l'encontre la paix religieuse » [Επιχειρήματα για την κατάργηση των αδικημάτων κατά της θρησκευτικής ειρήνης »], paru sur le site de l'Union Hellénique pour les Droits de l'Homme(HLHR) *www.hlhr.gr/papers/dimoulis0.doc*, *consulté le 1 novembre 2010*.

HUMAN RIGHTS FIRST (rapport), « Focus Paper on Defamation of Religions », Washington, mars 2010, disponible sur *www.humanrightsfirst.org/.../3-2010-focus-paper-defamation-of-religions.pdf,* consulté le 28 octobre 2010.

(ICTSD) SANTA CRUZ Maximiliano, « Les dispositions relatives à la Propriété intellectuelle dans les accords commerciaux de l'Union européenne ; Implications pour les pays en développement », (Rapoprt), *Centre international du Commerce et du Développement durable (ICTSD),* juillet 2007, disponible sur le site de l'ICTSD à propos des « Intellectual Property Rights (IPRs) and Sustainable Development », *www.iprsonline.org/resources/.../Santa-Cruz%20Blue 20%20FR.pdf*, consulté le 22 octobre 2010.

(ICTSD)OKEDIJI Ruth et PROSSER William, « Le système international de droit d'auteur ; restrictions, exceptions et considérations en matière d'intéret public pour les pays en développement », étude pour le Centre International pour le Commerce et du Développement Durable, Genève, 2007, disponible sur le site de l'OMPI *www.wipo.int/copyright/fr/.../international_protection.pdf,* consulté le 1 novembre 2010.

IFEX, communiqué de presse, http://www.ifex.org/international/, consulté le 22 octobre 2010.

IFPI, « The recording industry; commercial piracy report », 2005, p.4, disponible sur le site de http://www.ifpi.org/*, consulté le 26 octobre 2010*.

IFPI « The recording industry; commercial piracy report; protecting creativity in music», 2006, p.4, disponible sur le site de http://www.ifpi.org/*, consulté le 26 octobre 2010*.

IFPI, « Piracy Policy Report 2006», Rapport disponible sur le site de la IFPI, *www.ifpi.org/content/library/piracy-report2006.pdf,* consulté le 22 octobre 2010.

IFPI, « Digital Music Report 2006 », Rapport disponible sur le site de la IFPI, *.ifpi.org/content/library/digital-music-report-2006.pdf,* consulté le 26 octobre 2010.

IFPI, « Digital Music Report 2010», Rapport disponible sur le site de l'IFPI *http://www.ifpi.org/content/section_resources/dmr2010.html*, consulté le 22 octobre 2010.

Ligue des droits de l'Homme(LDH), « Censure d'une exposition au Centre de la mémoire d'Oradour, disponible sur http://www.ldh-france.org/Censure-d-une-exposition-au-Centre, Communiqué de Presse du 3 mars 2011, consulté le 8 mars 2011.

(LDH) DEMEUSOY Vincent et COILLARD Jean-Christophe, « Censure et liberté d'expression dans le domaine de la création aux États-Unis d'Amérique », contribution réalisée pour l' « Observatoire de la liberté d'expression en matière de création » de la Ligue des Droits de l'Homme(LDH), janvier 2008, paru sur ldh-france.org, consulté le 30 octobre 2010.

FREEMUSE-The World Forum on Music and Censorship, communiqués de presse, http://www.freemuse.org/sw305.asp, consulté le 22 octobre 2010.

FREEMUSE, « Indonesia: Religious group protests against new Buddha Bar », lettre d'infomation de 28 avril 2009.

FREEMUSE, « Indonesia group protests over Jakarta's Buddha Bar », paru sur Reuters, le 5 mars 2009, disponible sur uk.reuters.com, consulté le 5 mars 2009.

(FICAAC)MADDEN Christopher, « Defining Artists for Tax and Benefit Purposes »(Rapport), *D'Art Topics in Arts Policy*, n°1, Sydney, mars 2002, disponible sur *www.ifacca.org/.../defining-artists-for-tax-and-benefit,* consulté le 28 octobre 2010.

(NCHR) NICOLAKOPOULOU-STEPHANOU Iro &SITAROPOULOS Nicolas, « Observations sur l'application des droits culturels dans l'ordre interne », rapport du Comité Hellénique pour les

Droits de l'Homme (en grec), Athènes, 2003, disponible sur le site www.nchr.gr, consulté le 15 novembre 2010.

(OEA)VOORHOOF Dirk, « Liberté d'expression et article 10: Sommaires de 20 jugements récentes et décisions de la Cour Européenne», Strasbourg, 2008, comprenant les observations juridiques de l'Observatoire européen de l'audiovisuel (OEA) entre 2005-2008, disponible sur le site de l'l'Institut de Recherches Carré de Malberg de l'Université de Strasbourg(IRCM), w*ww-ircm.u-strasbg.fr/.../Summariesrecentcases.Voorhoof.pdf*, consulté le 10 novembre 2010.

PEN, communiqué de presse, *www.englishpen.org/writersinprison/ aboutthewipc/*, Londres, mars 2010, consulté le 22 octobre 2010).

WPFC, rapport à propos de la censure de « Mille et Une nuits » en Egypte, disponible sur le site du World Press Freedom Committee(WPFC), http://www.wpfc.org/ index.php?q=search/node, consultés le 10 octobre 2010.

B. Colloques des six dernières années, relatives au sujet de la liberté de l'art et/ou la religion

1. Colloques et réunion d'experts suivis ou ayant publié des actes ou certaines des contributions sur Internet

2010 : Colloque « L'Art et le droit » qui a eu lieu à Rouen le 6 novembre 2010, organisé par l'Université de Rouen et l'Association *Jurisart*.

2010 : Séminaire organisé par le Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, en partenariat avec l'Organisation internationale de la Francophonie et l'UNESCO et en collaboration avec l'Observatoire de la diversité et des droits culturels, « Pour une mise en œuvre des droits culturels. Nature, enjeux et défis », Genève, 1 et 2 février 2010.

2009 : Colloque international « Les religions et les droits de l'Homme », organisé par *Libertas,* le Centre International des Droits de l'Homme, la Revue hellénique des droits de l'Homme DH[ΔτΑ] et la Revue trimestrielle des droits de l'Homme (RTDH), Athènes, 28 et 29 mai 2009.

2009 : Colloque à propos de la restitution des biens culturels, organisé par l'UNESCO, à Athènes les 17 et 18 mai 2008.

2008 : « L'art et le Droit » organisée par l'Université de Grenoble, Auditorium de Musée de Grenoble, jeudi 30 avril 2009.

2008 : Rencontre internationale d'experts de l'UNESCO, *Diversité Culturelle et Education*, UNESCO, Barcelone 14-16 janvier 2008.

2008 : Réunion d'experts sur la promotion de l'égalité dans un contexte de la liberté d'expression (« Promoting equality within a free speech framework »), organisé par Article 19, Londres, 11 novembre 2008.

2008 : « Liberté de religion ou de croyance », Colloque, organisé par le Bureau pour les Institutions démocratiques et les droits de l'Homme (ODIHR) de l'OSCE, 2008.

2008: « Freedom of Expression and Advocacy of Religious Hatred that Constitutes Incitement to Discrimination, Hostility or Violence », organisé par le Haut Commissariat des droits de l'Homme (UNHCHR), les 2-3 octobre 2008, Genève.

2008 : « La protection européenne de la liberté d'expression : réflexions sur des évolutions restrictives récentes », organisé conjointement par l'Université Robert Schuman, l'Université de Gand et l'Open Society Justice Initiative, Strasbourg, 10 octobre 2008.

2008 : « Art et convictions religieuses : de l'affrontement à la coexistence » (organisé à Athènes les 31 janvier et 1er février 2008 par la Commission de Venice et la *Ligue hellénique des droits de l'Homme*).

2008 : « 3ème Foundations and networks international », organisé par la Fondation Fitzcarraldo et le Réseau International des Arts du Spectacle(RIAS) regroupant des médiateurs culturels de dix pays, Lisbonne, 2 à 4 October 2008, rapport du Colloque disponible sur le site du RIAS, *www.ietm.org/upload/files/2_20090324101745.pdf*, consulté le 25 octobre 2010.

2008 : Conférence régionale sur la Diffamation et la Liberté d'Expression, Strasbourg (CoE), 17-18 October 2002, conclusions disponibles sur www. humanrights.coe.int/media/events/2002/Conclusions %20Defamation.htm, consultées le 10 novembre 2010.

2007 : Réunion d'experts sur « *l'intégration des principes de la diversité culturelle et du dialogue interculturel dans les politiques du développement durable* », organisée par l'UNESCO, Paris, mai 2007.

2007 : Colloque « The next 25 years in Law and Religion » qui a eu lieu du 24 au 26 octobre 2007 à l'Université de Emory, Atlanta, États Unies, dans le cadre du programme « Law, Religion, and Human Rights », mis en ligne en forme de podcast sur //cslr.law.emory.edu, accédé le 25 octobre 2010.

2006 : « Séminaire d'experts : Lutter contre le racisme tout en respectant la liberté d'expression », organisé par la commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), Strasbourg, les 16 – 17 novembre 2006, Actes publiés sur le site du CoE http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/activities/22-Freedom_of_expression_Seminar_2006/NSBR2006_default_fr.asp#TopOfPage, consulté le 25 novebre 2010.

2006 : 19è Rencontre de Journaux Culturels, Londres, 27-30 octobre 2006.

2004 : Colloque « La balance des intérêts en droit d'auteur », organisée par l'Institut Max Planck, novembre 2004, Actes du Colloque disponibles sur le site: http://www.ip.mpg.de/ww/en/pub/research/publikationen/ online_publikationen/the_b.cfm, consulté le 22 octobre 2010.

2001 : Symposium sur les « conflits de droits », organisé par l'Université de droit de Pennsylvanie ; Contributions reproduires dans *Legal Theory* (Université de Cambridge), Vol.7, 2001.

2000 : Colloque « Gestion et utilisation légitime de la propriété intellectuelle », organisée par la Direction Générale Marché intérieur de la Commission Européenne, Strasbourg, 9-11 juillet 2000, actes disponibles sur ec.europa.eu/internal_market/.../2000-07-strasbourg-proceedings_fr.pdf, consultés le 25 novembre 2000.

2. Interventions suivies/publiées dans les actes des colloques cités

BERMAN Harold « World law and universal values » in *Colloque,* « The next 25 years in Law and Religion », Atlanta, 2007.

BERONI Eduardo, « The Inter-American Court of Human Rights and the European Court of Human Rights: a dialogue on freedom of expression standards » in *Colloque,* « La protection européenne de la liberté d'expression », Strasbourg, 2008.

BETHKE ELSHTAIN Jean, « Against utopian légalism » in *Colloque,* « The next 25 years in Law and Religion », Atlanta, 2007.

BRUGUIERE Jean-Michel, « L'œuvre d'art contemporain et le juge », in *Colloque,* « L'art et le Droit », Grenoble, 2009.

CALLAMARD Agnès (Article19), « Fighting racism through freedom of expression" *in* Séminaire d'experts, « Lutter contre le racisme tout en respectant la liberté d'expression », », organisé par la commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI), Strasbourg, les 16 – 17 novembre 2006.

EDELMAN Bernard, « La réification du corps humain », in *Colloque,* « L'art et le droit », Rouen, 2010.

GAUDRAT Philippe, « La législation face a la technologie : l'exigence de législation sur le droit d'auteur devient-elle moindre? », in Colloque « Gestion et utilisation légitime de la propriété intellectuelle », Strasbourg, 2000.

HERMITTE Marie-Angèle, « Liberté de la science, liberté de l'art ? Le projet transhumaniste », in *Colloque,* « L'art et le droit », Rouen, 2010.

LOISEAU Grégoire, « Respect des morts et volonté posthume », in *Colloque,* « L'art et le droit », Rouen, 2010.

MAATSURA Koichiro, « L'enjeu culturel au cœur des relations internationales » *in* Réunion d'experts de l'UNESCO sur la diversité culturelle, Paris, 2007.

MALIK Kenan, « La liberté d'expression dans une société plurielle », 19è Rencontre de Journaux Culturels, Londres, 2006.

MENDEL Toby, « Fostering Equality within a Free Speech Framework », *in* Réunion d'experts sur la promotion de l'égalité dans un contexte de la liberté d'expression (« Promoting equality within a free speech framework », notes distribués lors de la rencontre), Londres, 2008.

MUNTARBHORN Vitit, « Religion and Expression in the Human Rights Framework: Walking the Middle Path », in *Colloque* « Links Between Articles 19 and 20 of the ICCPR » (2008).

OETHEIMER Mario, « Les devoirs et responsabilités des journalistes : Une garantie pour l'exercice de la liberté d'expression? », *in* Colloque, « La protection européenne de la liberté d'expression », Strasbourg, 2008.

PERRY Michael « A right of moral freedom as one of the futures of the right to religion » *in* Colloque « The next 25 years in Law and Religion », Atlanta, 2007.

SCHELIN Anne Louise Schelin, « Journalists' Rights and Responsibilities and the Impact of Ethics and Self-regulation », in *Colloque* « La protection européenne de la liberté d'expression » Strasbourg, 2008.

SARAFIANOS Dimitris et TSAPOGAS Michalis, « La jurisprudence grecque : réponses aux blasphème dans l'environnement grecquo-prthodoxe » [Η ελληνική νομολογία: απαντήσεις στη «βλασφημία» στο ελληνορθόδοξο περιβάλλον] in *Colloque,* « Art et convictions religieuses : de l'affrontement à la coexistence », Athènes, 2008.

TAVERNIER Paul, « L'art et la religion » [« Τέχνη και θρησκεία »] in *Colloque,* « Les religions et les droits de l'Homme », Athènes, 2009.

TZITZIS Stamatios, « Violence religieuse et tolérance ; à propos des caricatures religieuses publiées » [« Θρησκευτική βία και ανοχή : ενόψει των δημοσιευθεισών θρησκευτικών caricatures»] in *Colloque,* « Les religions et les droits de l'Homme », Athènes, 2009.

VOORHOOF Dirk, « European Court of Human Rights: where is the 'chilling effect'? » *in Colloque*, « La protection européenne de la liberté d'expression », Strasbourg, 2008.

WHITE Aidan, « The Two-Edged Sword of Legal Protection for Journalists' Rights » *in Colloque*, « La protection européenne de la liberté d'expression », Strasbourg, 2008.

WOLTERSTORFF Nicholas, « The Troubled Relationship Between Christians and Human Rights », *in Colloque,* Atlanta, 2007.

C. PRESSE ET INTERNET

1. Articles de presse/ publiés sur des sites internet

ARMENGAUD Jean-Hébert, « Menace islamiste sur un éditeur », *Le Monde,* 30 septembre 2008.

BARBOSA David, « China Turns Out Mummified Bodies for Displays », *New York Times,* 8 août 2006.

BENN MICHAELS Walter, « Liberté, Fraternité…Diversité? », *Le Monde Diplomatique,* février 2009.

BIRT Jahya, « The fatwa that wasn't», *The Guardian* , 15 février 2009 disponible sur http://www.guardian.co.uk/commentisfree/belief/2009/feb/13/religion-islam-fatwa-rushdie, consulté le 25 novembre 2010.

BORDELEAU Erik, « Une constance à la chinoise : Considérations sur l'art performatif extrême chinois», *Cultures in Transit, Journal of Cultural studies,* n°4, 2008, disponible sur http://transtexts.revues.org/index269.html, consulté le 25 novembre 2010.

CARLUT Christiane, « Contribution à une réflexion sur la liberté artistique d'appropriation », publié sur http://www.freescape.eu.org/biblio/article.php3?id_article=72 en septembre 2000, consulté le 15 novembre 2010.

CESSOU Sabine, «La dernière frontière avant la charia», entretien avec Maud Gauquelin, anthropologue, *Libération*, 10 avril 2010.

COUZENS Gerard, « Outrage at 'starvation' of a stray dog for art », *Guardian,* 30 mars 2008, publié sur http://www.guardian.co.uk/artanddesign/2008/mar/30/art.spain, consulté le 25 novembre 2010.

D'ELIA Gilles, « La diversité contre l'égalité; chérir les identités pour ignorer les inégalités », 28 août

2009, paru sur http://www.relectures.org/article19.html le 28 août 2009, consulté le 25 octobre 2010.

DECAMPS Marie-Claude, « Une exposition de caricatures sur l'Holocauste s'est ouverte à Téhéran », *Le Monde*, 17 août 2006.

DEVARRIEUX Claire, « Rose bonbon ; censure à l'horizon », *Libération ,* 3 mars 2002.

DIMOULIS Dimitris, *Arguments pour la suppression des offenses à l'encontre la paix religieuse* [article grec; « Επιχειρήματα για την κατάργηση των αδικημάτων κατά της θρησκευτικής ειρήνης » titre traduit par nous], paru sur le site de l'Union Hellénique pour les Droits de l'Homme, www.hlhr.gr/papers/dimoulis0.doc, consulté le 15 novembre 2010.

ERIKSEN Jens-Martin et STJERNFELT Frederik « Culturalism: Culture as political ideology », *Eurozine*, janvier 2009.

ENOUGH Oddly, « Poland okays forcible castration for pedophiles », publié sur le site de Reuters www.reuters.com, consulté le 25 septembre 2010.

FLACELIER Robert, « La vie des esclaves dans l'Antiquité » [«Πως ζούσαν οι δούλοι στην αρχαιότητα»], Athènes, *Istoria,* n°17, p.29.

FRAPPAT Bruno, « Les bagarres autour du film de Scorsese Commandos de l'inquisition, *Le Monde,* 16 octobre 1988.

GAVRAS (Costa-Gavras), « Protestation de Costa-Gavras pour la censure de son film » (« Διαμαρτυρία από πλευράς Κώστα Γαβρά για τη λογοκρισία στην ταινία του »), *Kathimerini*, 27 juillet 2009.

GILL Louis, « Israël est un État religieux », *Le Devoir*, Montréal, édition du Mardi, p.A7 mis en ligne le 29 juillet 2003 sur http://classiques.uqac.ca/contemporains/gill_louis/Israel_État_religieux/Israel_État_texte.html, *consulté le 15 novembre 2010.*

GUTENBERG Andrea, « Visual and Verbal Codings of Pain in Body and Performance Art », *AnyBody's Concerns,* n°6, 2003, disponible sur le site de l' « Institut pour l'histoire des femmes » de Nouvelle Zélande, *www.iiav.nl/ezines/web/GenderForum/2003/No6.PDF, consulté le 16 novembre 2010.*

HALIMI Serges, « Diversité contre égalité », *Le Monde Diplomatique*, septembre 2007.

HAQ Nomanul, « Salman Rushdie, blame yourself », *New York Times*, 23 février 1989, disponible sur http://www.nytimes.com/books/99/04/18/specials/rushdie-haq.html consulté le 25 novembre 2010.

HERZBERG Nathaniel, « Pas de procès pour les organisateurs de l'exposition "Présumés innocents" », *Le Monde,* 2 mars 2011.

KAROUZAKIS Giorgos, « Des menottes à Art Athina » («Χειροπέδες» στην... Art Athina), *Eleyterhotypia*, 4 juin 2007.

MAVROMATTIS Giorgos, « Islam, musique et thérapie » [«Ισλάμ, μουσική και ίαση »], *Kathimerini,* 1 février 2004, pp.12-13, également disponible sur le site du Centre d'Etudes sur les Groupes Minoritaires en Grèce(KEMO), http://www.kemo.gr/index.php?sec=thematics&cat=9, consulté le 1 novembre 2010.

MAQBOOL Aleem, « Pakistani court orders Facebook blocked in prophet row », *BBC news*, bbc.uk, 19 mai 2010, disponible sur http://news.bbc.co.uk/2/hi/8691406.stm, *consulté le 25 novembre 2010.*

MELIKIAN Souran, «The Beginnings of Divination », *The New York Times*, 20 novembre 2009.

MESMER Philippe, « La société japonaise confrontée à la question de la peine de mort », *Le Monde diplomatique,* le 10 Octobre 2009.

MOUSAVI Naheed « Iran : Les limites obscures de la liberté », *Index on Censorship,* n°3, 1992, p.18.

PALMER Edith, « Legal aspects of exhibitions of preserved human corpses », publié en juin 2007 par la librairie juridique du Congrès des États-Unis(*Library of the Congress)*, sur le site « Global Legal Information Network (GLIN) » *www.glin.gov/download.action?fulltextId=164431&documentId...,* consulté le 25 novembre 2010.

PARRIS Matthew, « Multiculturalism, a dangerous word just like apartheid », *The Times,* 24 janvier 2004.

PERRIER Guillaume, « Le *Don Juan* d'Apollinaire censuré en Turquie », *Le Monde, 1 novembre 2010.*

PIERRAGI Art-Henri, « Le voile et la toile », *Artpress,* n°365, p.21.

RICHE Pascal, « Deutsche Opera a décidé cette semaine de son propre chef de censurer une production, *Idoménée* de Mozart, jugeant qu'une scène pourrait lui attirer des ennuis », *Libération*,

le 30 september 2006.

SCHECTER Anna, « Chinese human rights activist raises serious questions about bodies exhibitions », *ABC news,* le 15 février 2008.

SHOAIB HASAN Syed, « Media freedom fears after Pakistan Facebook ban, *BBC news*, bbc.uk, 26 mai 2010, disponible sur *www.bbc.co.uk/news/10157612*, consulté le 26 mai 2010.

STAVROU Patroklos, « Avec la Dernière Tentation, le Christ est recrucifié » [« Με τον Τελευταίο Πειρασμό, ο Χριστός ξανασταυρώνεται], *To Vima*, samedi 29 avril 2000.

STEWARD Scott, « The Mohammed cartoon dust has not settled », *Security weekly,* 6 janvier 2011, publié sur le site http://www.stratfor.com/weekly, consulté le 6 janvier 2011.

TELLIER Jean Paul, « L'affaire McLean », *Amériquébecnet*, publié le 28 septembre 2010 sur http://www.ameriquebec.net/actualites/2010/09/28/laffaire-macleans-au-quebec-4848.qc, consulté le 25 novembre 2010.

TEWFIK Allal, « Pour la liberté d'expression », *Charlie Hebdo,* 8 février 2006.

TINCQ Henri, « Neuf intégristes inculpés dans l'affaire du cinéma Saint-Michel; les soldats perdus de la tradition catholique», *Le Monde,* 1 novembre 1988.

TRICON Jean Pierre, « L'intangibilité du cadavre quand la science et le droit autorisent des atteintes au corps humain », publié sur le magazine éléctronique *Résonance,* http://www.resonance-mag.com/dossiers/dossiers.php?val=732_lintangibilite+cadavre+quand+science+droit+autorisent+des+atteintes+corps+humain+premiere+partie, consulté le 25 novembre 2010.

ULABY Nadia, « Cadaver Exhibits Are Part Science, Part Sideshow », *Health and Science*, 10 août 2006.

VANDAL Julie, « Au Nigeria, massacrés de sang froid », *Le Monde*, 10 avril 2010.

WEISMAN Stevens, « Japanese translator of rushdie book found slain », *New York Times*, 13 juillet 1991, disponible sur http://www.nytimes.com/books/99/04/18/specials/rushdie-translator.html, consulté le 25 novembre 2010.

ZOMERSZTAJN Nicolas, « Le blasphème dans le judaïsme : de la condamnation à mort à la désuétude », *Morale Laïque*, dossier Blasphème, Bruxelles, n°151, 2006.

ZENAKOS, Augustin, « Les images excommuniés » [Οι αφορισμένες εικόνες], *To Vima,* Athènes, 1 juillet 2001.

2. Entretiens

ALSTON Philip (entretien) *in* COHRE(Rapport), « Litigating economic, social and cultural rights; achievements, challenges and strategies », Centre on Housing Rights & Evictions (COHRE), Genève, 2003, pp.162-163.

CHAMBERLAIN DONAHOE Eileen, « Le concept de diffamation des religions est dangereux », paru sur http://www.infosud.org/spip.php?article7775, le 10 avril 2010, consulté le 13 octobre 2010.

CLEMENS Luke (entretien) *in* COHRE(Rapport), « Litigating economic, social and cultural rights; achievements, challenges and strategies », Centre on Housing Rights & Evictions (COHRE), Genève, 2003, pp.152-154.

DE CORDIER Thierry, « Je ne suis pas chrétien », *To Vima*, 14 Décembre 2003.

GARLAND Jean(entretien) *in* COHRE(Rapport) « Litigating economic, social and cultural rights; achievements, challenges and strategies », Centre on Housing Rights & Evictions (COHRE), Genève, 2003, pp.129-130.

GAVRAS (Costa-Gavras), « Πελεκούσαν τα πρόσωπα στις μετόπες», *Eleutherotypia*, Athènes, 31 juillet 2009.

HAACKE Hans, « Revisiting free exchange ; the art world after the culture wars » *in* ATKINS Robert et MINTCHEVA Svetlana, *Censoring Culture,* New York, New Press, 2006, pp. 52 ss.

JILANI Hina, « Les droits de la personne et le développement démocratique au Pakistan », Janvier 1998, disponible sur le site de l'organisation Droit et Démocratie(DDRD), http://www.dd-rd.ca, consulté le 26 octobre 2010.

LA RUE Frank, « Il ne faut pas criminaliser la critique des religions », paru sur http://www.infosud.org/spip.php?article7775, le 8 octobre 2008, consulté le 20 octobre 2010.

MARTINEZ-CONDE Susana and MACKNIK Stephen, « Mind », *Scientific American,* mai 2010.

ROSE Flemming, « Why I Published the Muhammad Cartoons », *New York Times*, 31 mai 2006.

3. Articles de magazines et articles anonymes

« Mitterrand fait raccrocher l'oeuvre censurée», 11 février 2010, disponible sur http://www.rue89.com/confidentiels/2010/02/11/une-artiste-chinoise-censuree-par-les-beaux-arts-de-paris-137898, consulté le 8 mars 2011.

«Iranian poet Simin Behbahani handed travel ban», informations, *BBC,* 8 mai 2010, disponibles sur http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/8556057.stm, *consulté le 26 octobre 2010*.

« Iranian film director Jafar Panahi arrested », *BBC,* 2 mai 2010 disponibles sur http://news.bbc.co.uk/2/hi/middle_east/8545505.stm, *consulté le 26 octobre 2010*.

« Brigitte Bardot condamnée à 15 000 euros d'amende pour racisme», *Le Monde,* le 3 juin 2008, disponible sur http://www.lemonde.fr/societe/article/2008/06/03/brigitte-bardot-condamnee-a-15-000-euros-d-amende-pour-racisme_1053334_3224.html, consulté le 1 novembre 2010.

« Vatican la crise s'aggrave », *Le Monde*, avril 2010.

« Nigeria : 162 personnes poursuivies après les violences inter-religieuses » *Le Monde*, 22 mars 2010.

« Pakistan bans Da Vinci Code film »), BBC News, 4 juin 2006, disponible sur http://news.bbc.co.uk/2/hi/south_asia/5045672.stm, consulté le 26 octobre 2010.

« Qui est blanche – neige », à propos de l'œuvre « La blanche neige et la folie de la vérité », paru sur *www.avantart.com/music/feiler/snowwhite.htm, consulté le 26 octobre 2010.*

« Le baiser au rouge à lèvres sur une toile de Cy Twombly: 1500 euros », *Libération,* 16 novembre 2007.

« Editorial », *Art monthly*, déc.2005- janv.2006, p.292.

« Behtzi play closes down », *Index on censorship,* Vol. 39, n°1, 2006, pp.174-179.

« Apostasie et censure », dossier de presse, *Eleytherotypia,* 16 juillet 2005.

« Censure de la culture » [Λογοκρισία του πολιτισμού], *Ios press - Eleftherotypia*, 22 décembre 1996.

« Orthodox Bulldozer », *ARTNews,* mai 2004, p.140.

« Les poursuites de Rembétiko », *Anti*, n° 674, p.41.

INDEX DE LA JURISPRUDENCE

§ 1. Instances internationales

A. Jurisprudence de la Cours Internationale de Justice et des Tribunaux Internationaux *ad hoc*

CIJ: *Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie*, Demandes reconventionnelles de la Yougoslavie en revision de l'arrêt du 11 juillet 1996, affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide,* du 22 juillet 1997.
CIJ *: Activités armées sur le territoire du Congo*, *République démocratique du Congo c. Ouganda*, arrêt du 19 décembre 2005, C.I.J. Recueil 2005.
CIJ : *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, opinion consultative du 9 juillet 2004, C.I.J. Recueil 2005.
CIJ *: Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, Jugement, C.I.J. Rapports 2002.
CIJ *: République démocratique du Congo c. Rwanda*, Ordonnance du 30 janvier 2001, C.I.J., Recueil 2001.
CIJ: *Erythrée-Yémen,* arbitrage, première étape: souveraineté territoriale et champ du différend, 9 octobre 1998, et deuxième étape : délimitation maritime, 17 décembre 1999.
TPIY : Procureur c. Furundzija, *affaire* n° IT-*95*-17/1T du 10 décembre 1998.
CIJ : Affaire de la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, Avis consultative du 8 juillet 1996, C.I. J. Recueil 1996.
CIJ : *Affaire de Timor Occidental* (*Portugal c. Australie)*, jugement, C.I.J. Rapports 1995, p. 90.
CIJ *: Nicaragua c. États-Unis d' Amérique*, ordonnance du 26 septembre 1991, C. I.J. Recueil 1991.
CIJ : *Activités paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, CIJ Receuil 1986
CIJ *: Barcelona Traction, Belgique c. Espagne* du 5 février 1970, *C. I.J.* Recueil 1970, p.3-32.
CIJ: *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, ordonnance du 12 mai 1981, C.I.J. Recueil 1981.

B. Jurisprudence du Comité des droits de l'Homme (Communications Individuels)

1. Jurisprudence à propos de la liberté d'expression

Poma Poma c. Peru, Communication No. 1457/2006, 24 avril 2009, CCPR/C/95/D/1457/2006.
Velichkin c. Belarus, Communication n°1022/2001, 23 novembre 2005, CCPR/*C*/85/D/1022/2001.
Jong-Cheol contre Corée, Communication n°968/2001, 27 juillet 2005, CCPR/C/84/D/968/2001.
Hak-Chul Shin c. République de la Corée, Communication No. 926/2000, 19 mars 2004, CCPR/C/80/D/926/2000.
Wackenheim c. France, communication n° 854/1999, 27 juillet 2002, CCPR/C/75/D/854/1999.
Boodoo contre Trinité et Tobago, Communication n°921/1996, 15 avril 2002, CCPR/C/74/D/721/1996.
Zeljko Bodrožić c. *Serbie-et-Monténégro*, Communication n°1180/2003, 31 octobre 2005, CCPR/*C*/85/D/*1180/2003*.
Walter Hoffman & Gwen Simpson c. Canada Communication N°1220/2003, 5 août 2005, CCPR/C/84/D/1220/2003.
Tae Hoon Park c. La République de la Corée communication n° 628/1995, 20 octobre 1998, CCPR/A/54/40.
Adimo M. Aduayon et autres c.Togo, Communication n° 422 à 424/1990, 12 juillet 1996, A/ 51/40, p. 18.
Alan Singer c. Canada, Communication n°455/1991, 26 juillet 1994, CCPR/C/51/D/455/1991.
Rwale Kennedy c. Trinité et Tobago (Communication n°845/1999, 2 avril 1982, CCPR/C/67/D/845/1998).
Famara Konè c. Sénégal, Communication no 386/1989, 27 décembre 1994, CCPR/C/52/D/386/1989**.**
Auli Kivenmaa c. Finlande, Communication no 412/1990, 31 mars 1994, CCPR/*C*/50/D/*412/1990*.
Ballantyne et consorts c. *Canada*, Communication n° 359/1989, et *Gordon McIntyre c. Canada*, Communication n°385/1989, 5 mai 1993, CCPR/C/47/D/359/1989.
Kalenga c. Zambie, Communication n°326/1988, 8 février 1993, CCPR/C/48/D/326/1988.

S.G. c. France, Communication n°347/1988, 15 novembre 1991, CCPR/C/43/D/347/1988.
Bernard Ominayak, chef de la bande du lac Lubicon c. Canada, Communication no.167/1984, le 10 mai 1990, CCPR/C/38/D/167/1984.
R.T. c France, Communication N°262/1987 décision du 3 avril 1989, CCPR/*C*/35/D/*262/1987*.
Kitoc c. Suède, Communication n° 197/1985, 27 juillet 1988, CCPR/C/33/D/197/1985
Mpandanjila c. Zaïre, Communication n°138/1983, 26 mars 1996, CCPR/*C*/27/D/*138/1983*.
Monja Jaona c. Madagascar, Communication n°132/1982, 1 avril 1985, CCPR/*C*/24/D/132/1982.
Leo Hertzberg et al. c. Finlande, Communication No. 61/1979, 2 avril 1982, CCPR/C/15/D/61/1979.

2. Jurisprudence à propos de liberté religieuse et l'incitation à la haine

Vassilari et al. c. Grèce, Communication n°1570/2007, 19 mars 2009, CCPR/C/95/D/1570/2007.
Yeo-Bum Yoon and Mr. Myung-Jin Choi c. République de Corée, Communications n°1321/2004 et 1322/2004, 23 janvier 2007, CCPR/C/88/D/1321-1322/2004.
*Soeur Immaculate Joseph et 80 sœurs enseignantes de la Sainte-Croix du Troisième Ordre de Saint-*François c. Sri *Lanka*, Communication n°1249/2004, 18 novembre 2005, CCPR/C/85/D/1249/2004.
Malakhovsky c. Bélarus, Communication n°1207/2003, 23 août 2005, CCPR/C/84/D/1207/2003.
Hudoyberganova c. Ouzbekistan, Communication n°931/2000, 18 janvier 2005, CCPR/C/82/D/931/2000.
Leirvak contre Norvège, Communication n°1115/2003, 23 novembre 2004, CCPR/C/82/D/1155/2003.
Buckle c. Nouvelle-Zélande, communication No. 858/1999, 25 octobre 2000, CCPR/C/70/D/858/1999.
Maille c. France, Communication n° 689/1996, 31 janvier 2000, CCPR/C/69/D/689/1996.
Venier et Nicolas c. France, Communications n°690/1996 et 691/1996, 8 janvier 2000, CCPR/C/69/D/690/1996.
*Malcolm Ross c. Canad*a, Communication n° 736/1997, 26 octobre 2000, CCPR/C/70/D/736/1997.
Westerman c. Pays Bas, Communication n° 682/1996, 13 décembre 1999, CCPR/C/67/D/682/1996.
Foin c. France, Communication n° 666/1995, 9 novembre 1999, CCPR/C/67/D/666/1995.
Faurisson c. France, Communication n° 550/1993, 8 novembre 1996, CCPR/*C*/58/D/*550/1993*.
Coeriel et Autric c. Pays Bas, Communication n° 453/1991, CCPR/C/52/D/453/1991, 9 décembre 1994.
Mab Wat et Jayt c. Canada, Communication n°570/1993, 15 avril 1993, CCPR/C/50/D/570/1993.
Bhinder c. Canada, Communication n°208/1986, 28 novembre 1989, CCPR/C/37/D/208/1986.
J.R.T. & the W.G. Party c. Canada, Communication n°104/1981, 6 avril 1983, CCPRJC/OP/2/1983.
Erki Juhani Hartikainen c. Finlande, Communication n°40/1978, 9 avril 1981, CCPR/C/12/D/40/1978.

3. Jurisprudence des autres Comités de suivi des Pactes

CERD : *Communautés juives d'Oslo,* Communication n° 30/2003, CERD/C/67/DR/30/2003.
Saada Mohamad Adan c. Danemark, Communication no 43/2008, 21 septembre 2010, CERD/C/77/D/43/2008.
CERD :*Mohammed Hassan Gelle c. Danemark*, Communication no 34/2004, 15 mars 2006, CERD/C/68/D/34/2004.
CERD: *Kamal Quereshi c.Danemark*, Communication no33/2003, 9 mars 2005, CERD/C/66/D/33/2003.
CERD: *P.S.N. c. Danemark*, Communication no36/2006, 8 août 2007, CERD/C/71/D/36/2006.
CERD : *A.W.R.A.P. c. Danemark*, Communication no37/2006, 8 août 2007, CERD/C/71/D/37/2006.
CCT: *N.S. c. Suisse*, Communication no 356/2008, 5 juillet 2010, CAT/C/44/D/356/2008
CCT : *Hajrizi Dzemajl et al c. Serbie et Monténégro*, Communication n° 161/2000, 21 novembre 2002, AT/C/29/D/161/2000.

§ 2. Instances régionales

A. Jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne

(TPICE) : 3 décembre 2009*, Faraj Hassan c. Conseil de l'Union européenne et Commission européenne*, C-399/06.
(TPICE): 3 décembre 2009, *Chafiq Ayadi c. Conseil de l'Union européenne*, C-403/06.
2 avril 2009, Damgaard, C-421/07.

(TPICE): 21 septembre 2005, *Yusuf et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission,* aff.T-306/01, 2005/C 281/31.
(TPICE) : 21 septembre 2005, *Kadi c. Conseil et Commission*, aff. T-315/01.
25 mars 2004, *Karner c. Commission, C-71/02, p.I-3025.*
28 octobre 2004*, Meister / OHMI, T*-76/03, RecFP.p.II-1477.
14 juillet 2000, *Cwik / Commission*, T-82/99, RecFP.p.II-713.
6 novembre 2003, *Bodil Lindqvist*, aff.C-101/01, Rec. 2003, pp.1-12971.
23 octobre 2003, aff. C-245/01, *RTL Television GmbH.*
12 juin 2003, *Schmidberger c. Autriche*, aff.C-112/00, Rec.2003, p. 1-5659.
22 octobre 2002*, Roquette Frères,* C-94/00, Rec. p. I-9011, point 25.
6 juin 2002, *Ricordi, C*-360/00, Rec. p. I-5089 (non-discrimination).
4 décembre 2001, *Überseering BV c. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* (NCC) Affaire C-208/00 (conclusions de l'avocat général).
6 mars 2001, *Connolly c. Commission*, C-274/99 P, Rec. p. I-1611.
5 octobre 2000, aff. C-376/98, *Allemagne/Parlement et Conseil*.
2 janvier 1998, *Metronome Musik GmbH c. Music Point Hokamp GmbH*, Affaire C-200/96, (Conclusions de l'avocat général).
5 octobre 1994, *X. c. Commission,* C-404/92, Rec., p. I-4737.
20 octobre 1993*, Phil Collins e.a.,* C-92/92 et C-326/92, Réc. p. I-5145.
8 avril 1992, *Commission c. Allemagne*, C-62/90, Rec., p. I-2575.
24 novembre 1992, *Anklagemyndigheneden c. Pter Muchael Poulsen et Diva navigation Corp*., aff.C-286/90, Rec.1992, pp. I-6019.
18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, Rec. pp.1-2925.
12 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, *C-11/70*, Rec. CE I- p.1125.
10 décembre 1968, *Commission contre l'Italie,* (arrêt « Œuvres d'art »), Affaire 7/68, Réc. 1968, p.617.

B. Jurisprudence de la Commmission Européenne

1. Jurisprudence générale

Arrowsmith c. Royaume-Uni, n° 7050/77, rapport de la Commission du 12 octobre 1978, DR 19, p. 49.
Affaire linguistique Belge, requêtes 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/63 etc., CommEDH 24 juin 1965.

2. Jurisprudence relative à la liberté d'expression, la liberté de l'art et/ou à la liberté religieuse

Perrin c. Royaume-Uni, no 5446/03, décision d'irrecevabilité de la Commission (sous D), CEDH 2005-XI.
Khan c. Royaume Uni, requête n°35394, CEDH 2000-V.
Karataş c. Turquie, no 23168/94, rapport de la Commission du 11 décembre 1997 (non publié).
Dubowska et Skup c. Pologne, n°s 94390/96 et 34055/96, décisions de la Commission du 18 avril 1997, D.R. no. 89-B, p. 156.
Wingrove c. Royaume Uni, n° 17419/90, décision de la Commission (plénière) sur la recevabilité du18 mars 1994, D.R. n° 76-B, p.26.
Otto-Preminger c. Autriche, n° 13470/87, D.R., 12 avril 1991, n° 69, p. 179.
Choudhury c. Royaume Uni, requête n° 17439/90, 5 mars 1991.
Karaduman c. Turquie, no. 16278/90, ΕΕπΔΑ 3 mai 1993, DR 74, p. 93.
Darby c. Suède, 11581/85, 13 octobre 1990, DH (90) 42.
Müller et autres c. Suisse, rapport de la Commission du 8 octobre 1986, D.R. 45, p.166.
C. contre Royaume-Uni, n° 10358/83, décision du 15 décembre 1983, D. R. 37, p. 148.
N. c Suisse, requête N°9870/82, décision de la Commission du 13 octobre 1983, D.R. 34, p.208.
X. et Church of Scientology c. Suède, n° 7805/7 décision du 5 mai 1979, D. R. 16, p. 75.
Eglise de Scientologie et 128 de ses fidèles c. Suède, n° 8282/78, décision du 14 juillet 1980, D. R. 21, p. 113.
X. Ltd . et Y. c. Royaume-Uni, requête n° 8710/79, 7 mai 1982.
X. contre Royaume-Uni, n° 8160/78, 1981, D.R.22, p. 27.
Glimmerveen et Hagenbeek c. Pays-Bas, nos 8348/78 et 8406/78, déc. 11 octobre 1979, DR 18, p. 187.
X. c. Royaume Uni, n°7992/77, décision du 12 juillet. 1978, D.R. 14, p. 234.

Chappell c. Royaume-Uni, n°12587/86, D.R. 53 (1987), p. 241.
Omkarananda et Divine Light Zentrum c. Suisse, req. N°8118/77, D.R. 25 (1981), p. 105.

C. Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'Homme

1. Jurisprudence générale

Gäfgen c. Allemagne, n° 22978/05, 1 juin 2010.
Ranchev c. Chypre et Russie, no. 25965/04*,* 7 janvier 2010.
Tănase c. Moldavie [GC], no 7/08, CEDH 2010-…*,*
Sejdić et Finci c. Bosnia et Herzegovina, 2010
Muñoz Díaz c. Espagne, no 49151/07, §60, 8 décembre 2009.
Manole et autres c. Moldavie, no 13936/02, CEDH 2009-… (extraits).
Tunceli Kültür ve Dayan c. Turquie, no 61353/00, 10 octobre 2006.
Ouranio Toxo et autres c. Grèce, no 74989/01, CEDH 2005-X (extraits).
Demir et Baykara c. Turquie[GC], no 34503/97, 12 novembre 2008.
Ichtigiaroglou c. Grèce, no 12045/06, 19 juin 2008.
Saadi c. Royaume-Uni[GC], no 13229/03, CEDH 2008-VII.
Tysiąc c. Pologne, no 5410/03, 24 septembre 2007.
Zelilof c. Grèce, no 17060/03, 24 mai 2007.
Evans c. Royaume-Uni [GC], no 6339/05, CEDH 2007-IV.
D. c. Irlande (décision d'irrecevabilité), no 26499 /02, 27 juin 2006, CEDH 2006.
Jalloh c. Allemagne [GC], no 54810/00, CEDH 2006-IX.
Keegan c. Royaume-Uni, no 28867/03, CEDH 2006-X.
Öllinger c. Autriche, no 76900/01, CEDH 2006-IX.
Natchova et autres c. Bulgarie [GC], nos 43577/98 et 43579/98, CEDH 2005-VII.
Bekos et Koutropoulos c. Grèce, no 15250/02, CEDH 2005-XIII (extraits).
Ilaşcu et autres contre Russie et Moldova, n° 48787/99, 8 juillet 2004.
Moreno Gómez c. Espagne, no 4143/02, CEDH 2004-X.
Von Hannover c. Allemagne, no 59320/00, CEDH 2004-VI.
Hatton et autres c. Royaume-Uni [GC], n 36022/97, CEDH 2003-VIII.
Odièvre c. France [GC], no 42326/98, § 40, CEDH 2003-III.
Christine Goodwin c. Royaume-Uni[GC], n 28957/95, CEDH 2002-VI.
Algür c. Turquie, no 32574/96, 22 octobre 2002.
Podkolzina c. Lettonie, no 46726/99, CEDH 2002-II.
Boso c. Italie(déc), no 50490/99, 5 septembre 2002.
Pretty c. Royaume Uni, requête n° 2346/02, 29 juillet 2002.`
Fretté c. France, no 36515/97, 26 février 2002.
*Chapman (*n° 27238/95), *Coster* (n° 24876/94), Beard (n° 24882/94), *Jane Smith*(n° 25154/94), *Thomas Lee* (n° 25289/94) contre Royaume Uni[GC], du 18 janvier 2001.
Mamatkoulov et Askarov c. Turquie [GC], nos 46827/99 et 46951/99, 4 février 2005, CEDH 2005-I.
Constantinescu c. Roumanie, n° 28871/95, CEDH 2000-VIII
Chassagnou et autres c. France [GC], nos 25088/94, 28331/95 et 28443/95, § 45-49, CEDH 1999-III.
Tekin c. Turquie, 9 juin 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-IV.
McCann et autres c. Royaume-Uni, 27 septembre 1995, série A no 324.
Al-Adsani c. Royaume Uni, requête n° 35763/97, 21 novembre 2001.
Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie, nos 41340/98, 41342/98, 41343/98 et 41344/98, 31 juillet 2001.
Kudła c. Pologne [GC], no 30210/96, CEDH 2000-XI.
Iatridis c. Grèce [GC], no 31107/96, CEDH 1999-II.
Osman c. Royaume-Uni, 28 octobre 1998, §116, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-VIII
Assenov et autres c. Bulgarie, 28 octobre 1998, *Recueil des arrêts et decisions*, 1998-VIII.
Gaygusuz c. Autriche, 16 septembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV.
Vogt c. Allemagne du 26 septembre 1995, série A n° 323, p. 25.
Prager et Oberschlick c. Autriche, 26 avril 1995, série A no 31331.
López Ostra c. Espagne, 9 décembre 1994, série A no 303-C.
Keegan c. Irlande, arrêt du 26 mai 1994, série A n° 290, p. 19.
Ingrid Hoffmann c. Autriche, n°12875/87, 23 juin 1993, §83, série A n 255.
Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande du 29 octobre 1992, série A n° 246-A, p. 30.
Fredin c. Suède(n° 1) du 18 février 1991, série A n° 192, p. 17.

Gaskin c. Royaume-Uni, 7 juillet 1989, série A no 160.
Olsson c. Suède(no 1), arrêt du 24 mars 1988, série A n° 130.
X et Y c. Pays-Bas, 26 mars 1985, série A no 91.
Sporrong et Lönnroth c. Suède, 23 septembre 1982, série A no 52.
Young, James et Webster c. Royaume-Uni, 13 août 1981, série A no 44.
Airey c. Irlande, 9 octobre 1979, série A no 32.
Tyrer contre Royaume Uni, requête n°5856/72, du 25 avril 1978.
Irlande c. Royaume-Uni du 18 janvier 1978, série A n° 25, p. 64
Affaire linguistique Belge, requêtes 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/63 etc., 23 juillet 1968.

2. Jurisprudence relative notamment à la liberté d'expression, la liberté de l'art et/ou la liberté religieuse (articles 9 et 10 de la Convention)

Lautsi c. Italie[GC], 18 mars 2011, CEDH-…
Siebenhaar c. Allemagne, no 18136/02, 3 février 2011, CEDH 2011-…
Mouvement Raëlien Suisse c. Suisse, no 16354/06, 13 janvier 2011, CEDH 2011-…
Cox c. Turquie, no 2933/03, 20 mai 2010, CEDH 2011-..
Ahmet Arslan c. Turquie, n°41135/98, 23 février 2010, CEDH 2010-…
Akdaş c. Turquie, no 41056/04, 16 février 2010, CEDH 2010-…
Sinan Işik c. Turquie, n° 21924/05, 2 février 2010, CEDH 2010-…
Sejdic et Finci c. Bosnia et Herzegovina [GC], nos 27996/06 et 34836/06, 22 décembre 2009.
Lautsi c. Italie, n° 30814/06, 9 novembre 2009.
Kuliś et Różycki c. Pologne, requête n° 27209/03, 6 octobre 2009, CEDH 2009-...
Manole et autres c. Moldova, no 13936/02, 17 septembre 2009, CEDH 2009-… (extraits).
Ely Ould Dah c. France, requête n° 13113/03, décision sur la recevabilité du 17 mars 2009.
Société de conception de presse et d'édition et Ponson c. France, no 26935/05, 5 mars 2009.
Dogru c. France, n° 27058/05, 4 décembre 2008.
LeRoy c. France, requête n° 36109/03, 2 octobre 2008 (non publié).
Oršuš et autres c. Croatie, no 15766/03, 17 juillet 2008.
Tourkiki Enosi Xanthis et autres c. Grèce, no 26698/05, 27 mars 2008.
Alexandridis c. Grèce, n° 19516/06, 21 février 2008, CEDH 2008-…
Guja c. Moldova [GC], no 14277/04, 12 février 2008, CEDH 2008-….
Pavel Ivanov c. Russie (déc.), no 35222/04, CEDH 2007-II.
D.H. et autres c. République Tchèque[GC] n°57325/00, 13 novembre 2007.
Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France [GC], no s 21279/02 et 36448/02, 22 octobre 2007, CEDH 2007-XI.
Folgerø c. Norvège, no. 15472/02, 27 juin 2007.
Kar et autres c. Turquie, requête no 58756/00, 3 mai 2007(non publié).
Vereinigung Bildender Künstler c. Autriche, no 68354/01, 25 avril 2007, CEDH 2007-II.
Kwiecień c. Pologne, n° 51744/99, 9 janvier 2007.
Klein c. Slovaquie, no 72208/01, 31 octobre 2006 (non publié).
Różiński c. Pologne, n° 55339/00, 18 mai 2006.
Aydın Tatlav c. Turquie, no 50692/99, 2 mai 2006.
Giniewski c. France, no 64016/00, 31 janvier 2006, CEDH 2006-I.
Brasilier c. France, no 71343/01, 11 avril 2006.
İ.A. c. Turquie, requête n° 42571/98, 13 décembre 2005, CEDH 2005-VIII.
Leyla Sahin c. Turquie [GC], no 44774/98, 10 novembre 2005, CEDH 2005-XI.
Steel et Morris c. Royaume-Uni, n° 68416/01, CEDH 2005-II.
Alinak c. Turquie, n° 40287/98, 29 mars 2005.
Norwood c. Royaume-Uni (déc.), no 23131/03, CEDH 2004-XI.
Pedersen et Baadsgaard [GC], no 49017/99, 17 décembre 2004, CEDH 2004-XI.
Chauvy et autres c. France, n 64915/01, CEDH 2004-VI.
Perna c. Italie [GC], n° 48898/99, CEDH 2003-V.
Murphy c. Irlande, no 44179/98, CEDH 2003-IX (extraits).
Palau Martinez c. France, no 64927/01, CEDH 2003-XII.
Gündüz c. Turquie, no 35071/97, 4 décembre 2003, CEDH 2003-XI.
Murphy c. Irlande, N° 44179/98, CEDH 2003-IX.
Garaudy c.France, n° 65831/01, CEDH 2003-IX.
Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova, no 45701/99, CEDH 2001-XII.

Thoma c. Luxembourg, n° 38432/97, 29 mars 2001, CEDH 2001-III.
Dichand et autres c. Autriche, no 29271/95, 26 février 2002.
Dahlab c. Suisse (déc.) n° 42393/98, 15 février 2001, CEDH 2001-V.
Marônek c. Slovaquie, no 32686/96, CEDH 2001-III.
Lopes Gomes da Silva v. Portugal, no. 37698/97, CEDH 2000-X.
Şener c. Turquie, n° 26680/95, 18 juillet 2000.
Seurat c France, requête n° 57383/00, 3 janvier 2000.
Fuentes Bobo c. Espagne, n° 39293/98, 29 février 2000.
Serif c. Grèce, n° 38178/97, le 14 décembre 1999.
Karataş c. Turquie [GC], n° 23168/94, 8 juillet 1999, CEDH 1999-IV.
Arslan c. Turquie (requête n° 23462/94), 8 juillet 1999.
Polat c. Turquie (n° 23500/94), 8 juillet 1999.
Ceylan c. Turquie (n° 23556/94), 8 juillet 1999.
Okçuoğlu c. Turquie (n° 24246/94), 8 juillet 1999.
Gerger c. Turquie (n° 24919/94), 8 juillet 1999.
Erdoğdu et İnce c. Turquie (n°s 25067/94 et 25068/94), 8 juillet 1999.
Başkaya et Okçuoğlu c. Turquie (n°s 23536/94 et 24408/94), 8 juillet 1999.
Sürek et Özdemir c. Turquie (n°s 23927/94 et 24277/94), 8 juillet 1999, CEDH 1999-IV.
*Sürek c. Turquie (*n° 1) (n° 26682/95), *Sürek c. Turquie (n° 2) (n° 24122/94), Sürek c. Turquie* (n° 3) (n° 24735/94) et *Sürek c. Turquie* (n° 4) (n° 24762/94), 8 juillet 1999, CEDH 1999-IV.
Erdogdu et Ince c. Turquie [GC], nos 25067/94 et 25068/94, CEDH 1999-IV.
Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France [GC], no 27417/95, 27 juin 2000, CEDH 2000-VII
Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège[GC], n 21980/93, § 65, CEDH 1999-III.
Fressoz et Roire c. France [GC], n 29183/95, 21 janvier 1999, CEDH 1999-I.
Tsavachidis c. Grèce(radiation) [GC], no 28802/95, 21 janvier 1999.
Buscarini et autres c. San Marino, [GC], no 24645/94, 18 février 1999, CEDH 1999-I.
Bladet Tromsø and Stensaas c. Norvège[GC], no 21980/93, 20 mai 1999, CEDH 1999-III.
Lehideux et Isorni c. France, requête no 24662/94, arrêt du 23 septembre 1998, Recueil 1998-VII.
Larissis et autres c. Grèce, arrêt du 24 février 1998, *Recueil* 1998-I, p. 383, §§ 63-64).
Bowman c. Royaume-Uni, 19 février 1998, Recueil des arrêts et décisions 1998-I.
Église catholique de la Canée c. Grèce, n° 25528/94, le 16 décembre 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-VIII.
Zana c. Turquie, 25 novembre 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-VII.
Kalaç c. Turquie, 1er juillet 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-IV
Pentidis et autres c. Grèce, 9 juin 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III.
Tsirlis et Kouloumpas c. Grèce, 29 mai 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-III.
Haes et Gijsels c. Belgique, 24 février 1997, Rec.1997-I, pp. 233-234.
Valsamis c. Grèce, requête n° 21787/93, 18 décembre 1996.
Buckley contre Royaume Uni, n° 23/1995/529/615, 26 septembre 1996.
Wingrove c. Royaume-Uni, 25 novembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-V.
Efstratiou c Grèce, requête n° 24095/94, Arrêt du 27 novembre 1996.
Manoussakis et autres c. Grèce, n° 18748/91, le 26 septembre 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996-IV.
Vogt c. Allemagne, 26 septembre 1995, série A no 323.
Tolstoy Miloslavsky c. Royaume-Uni du 13 juillet 1995, série A n° 316-B, pp. 71-72.
Prager et Oberschlick c. Autriche, 26 avril 1995, série A n° 313, p. 19.
Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs et Gubi c. Autriche, 19 décembre 1994, série A no 302.
Jersild c. Danemark, 23 septembre 1994, série A, no 298.
Otto-Preminger-Institut, 20 septembre 1994, série A no 295-A.
Georgiadis c. Grèce, 29 mai 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-III.
Kokkinakis c. Grèce, 25 mai 1993, Série A, N° 260-A 127.
Thorgeir Thorgeirson c. Islande, 25 juin 1992, Série A, N° 239, p. 27.
Castells c. Espagne, 23 avril 1992, série A, N°236, p. 23.
Hazar, Hazar et Açik c Turquie, requêtes n°s 16311/90, 16312/90 et 16313/90, 11 décembre 1991.
Darby c. Suède, 11581/85, 23 octobre 1990, série A no 187, p.19.
Müller et autres c. Suisse, 24 mai 1988, série A, n°133.
Lingens c. Autriche, 8 juillet 1986, Série A, N° 103, p. 26.
Angelini c. Suède, requête no 10491/83, 1986, D.R.51, p. 41.
Arrêt X et Y c. Pas-Bas du 26 mars 1983.

Dudgeon c. Royaume-Uni, 22 octobre 1981, série A, n°45.
Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, 7 décembre 1976, Série A, n°23.
Handyside c. Royaume Uni, décision du 7 décembre 1976, série A, n° 24, p. 23.

D. Jurisprudence de la Cour Interaméricaine des droits de l'Homme

Affaire Pénitentier Miguel Castro Castro c. Pérou; Fond, Réparations et Frais. Arrêt du 25 novembre 2006. Serie C No. 160.
Sawhoyamaxa Indigenous Community c. Paraguay, 29 mars 2006, série C, n° 146.
Palamara Iribarne c. Chile 2005 (Sér. C), n°135, 22 novembre 2005.
Masacre del Plana de Sanchez c. Guatemala, 29 avril 2004.
Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados, Avis consultatif 18-03, 17 septembre 2003.
Ivcher Bronstein c. Peru, Série C, n° 74, jugement de 6 février 2001.
Comunidad Moiwana vs Suriname, 15 juin 2005; *Comunidad Mayagna Awas Tigni c. Nicaragua,* 31 août 2001.
Olmedo Bustos et al. c. Chili (arrêt « La dernière Tentation du Christ»), Série C, n°73, Jugement de 5 février 2001, p.12.
Compulsory Membership in an Association Prescribed by Law for the Practice of Journalism, Opinion Consultative du 13 novembre 1985, n° 5, OC-5/85, 13 novembre 1985, Série A, n° 5.

§ 3. Instances nationales

A. États-Unis[2388]

Stevens v. United States, 9 avril 2010, 559 *U.S._ (2010).*
Gonzales v. O Centro Espirita Beneficente Uniao do Vegetal 546 US 418 (2006).
Bartnicki v. Vopper, Supreme Court of the United States, 532 U.S. 514(2001).
Brooklyn Instit. of Arts & Sciences v. The city of New York and Rudolph Giuliani, 64 F.Supp.2d 184 (1999).
Karen Finley et al. v. National Endowment for the Arts, 100 F.3d 671, 688 (1998).
Rosenberger v. Rector & Visitors of the Univ. of Va., 515 U.S. 819 (1995).
Waters v. Churchill, 511 U.S. 661, *671(1994).*
Koons v. Rogers, 960 F.2d 301, 303-05 (2d Cir.) (1992).
R.A.V. v. St. Paul, 505 US 377 (1992).
Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991).
Nyack v. MCA, 498 US 1087 (1991).
Nyack contre MCA Inc, 911F, 2d, 1082 (5th Circuit, Massachussetts), (1990).
Cincinnati v. Contemporary Arts Ctr., 566 N.E.2d 214 (Ohio Mun. 1990).
Contemporary Arts Ctr. v. Ney, 735 P. Supp. 743 (S.D. Ohio 1990).
United States v. Laurence Boyll, 494 U.S. 872, 110 S. Ct. 1595, 108 L.Ed. 2d 876 (1990).
United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990).
Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).
Hustler Magazine, Inc. c. Falwell, 485 U.S. 46 (1988).
Regan v. Taxation With Representation of Washington, 461 U.S. 540 (1983).
New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 760-761, 764-765 (1982).
Abood v. Detroit Board of Education, 431 U.S. 209, 231 (1977).
National Socialist Party v. Skokie, 432 U.S. 43 (1977).
Southeastern Promotions v. Conrad, 420 U.S. 546, 557-58 (1975).
Paris Adult Theatre v. Slaton, 413 U.S. 49 (1973).
Miller v. California, 413 U.S. 15, 22-23 (1973).

[2388] Abréviations utilisées: U.S. = United States Reports, avant: volume, après: numéro de page; S.Ct. = Supreme Court Reporter; L.Ed. = United States Supreme Court Reports Lawyers' Edition; L.Ed.2d. = United States Supreme Court Reports Lawyers' Edition, Second Series; F.2d = Federal Reporter Second Series; F.3d = Federal Reporter Third Series; F.Supp. = Federal Supplement; F.Supp.2d = Federal Supplement Second Series; TD=Treasury Decisions)

New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971).
Cohen v. California, 403 U.S. 15 (1971).
Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969).
Scheider v. State 308 U.S. 147 (1939)
American Communications Ass'n v. Douds, 339 US 382 (1950).
Dennis v. United States, 341 U.S. 494, 524-25, 542 (1951) (conc. Frankfurter**):**
Cooper v. Aaron, 358 U.S. 1, 16 (1958),
US Barenblatt v. United States, 360 U.S. 134 (1959),
Interstate Circuit, Inc. v. Dallas, 390 U.S. 676, 704 (1968).
Memoirs of a Woman of Pleasure v. Attorney General of Massachusetts, 383 U.S. 413(1966).
Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64, 1964
Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957)
Beauharnais v. Illinois 343 U.S. 250 (1952).
Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952).
Hannegan v. Esquire Mag., Inc. , 327 U.S. 146 (1946).
United States v. Ballard, 322 US 78 (1944).
West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624(1943).
Chaplinsky v. New Hampshire 315 US 569 (1942).
Lovell v. City of Griffin 303 U.S. 444(1938).
Commonwealth v. Friede, 271 Mass. 318, 171 NE 472 (1930).
Brancusi v. United States, T.D. 43063, 54 Treas. Dec. *428* (Cust. Ct. 1928).
People v. Seltzer, 122 Divers. 329, 203 NYS 809 *(*1924*).*
Schenck v. United States, 249 US. 47 (1919).
Frowert v.US, 249 US 204 (1919).
Debs v. US, 249 US 211 (1919).
Blestein v. Donaldson, 188 US 239 (1903).
Mutual Film Corp. v. Industrial Commission of Ohio, 236 U.S. 230 (1915).
Bleistein v. Donaldson Lothographing Co, 1888, 239, 251 (1903)

B. Autres États

1. France

Cour cassation 17 mars 2011, *affaire « Spécial Pape ».*
Cour d'appel de Paris, 7 avril 2010, *affaire « Spécial Pape »* (AGRIF c. Charlie Hebdo).
TGI Paris, 2 juin 2009, *affaire « Spécial Pape »* (AGRIF c. Charlie Hebdo).
TGI de Paris, ord.référé, 21 avril 2009, « *Corps ».*
Cass. 1re civ., 13 nov. 2008, n° 06-19.021 *« Paradis ».*
Cour d'appel de Paris, *24 janvier 2008, « l'affaire des caricatures ».*
TGI Paris, réf., 22 juin 2007, *« Myspace ».*
Cass, Ch.crim., 2 mai 2007.
Cour Cass., crim., 3 avril 2007, une des affaires de *« Dieudonné ».*
Jugement de TGI Paris, 22 mars 2007 , *« l'affaire des caricatures ».*
Cour d'appel de Paris(4ème ch.), 14 février 2007, TPI Bobigny, 28 novembre 2006 et Cass. Civ. 1ère, 13 juin 2006, n°02-44.718 à propos des parfums.
TGI Paris, 3e ch., 2e sect., 13 juill. 2007, *« MySpace ».*
Cass., 1ère civ., 14 novembre 2006, *« Tribute to women»,*
Crim., n°05-81932, 14 février 2006, *affaire de la « Sainte Capote ».*
Cass Crim. 13 novembre 2003, Consorts *R. c/ Hachette Filipacchi* .
TPI de Paris, 17ème ch. 22 octobre 2002, *aff.Houellebecq*.
Cass., 2ème civ., 26 avril 2001, « *Bienvenue au pape de merde* ».
Cass, 2ème civ., 8 mars 2001.
TPI Versailles, arrêt du 18 novembre1999, *Vincent c. Software*.
TGI Paris (3e Ch.), 23 fév 1999, aff. *Utrillo*.
Cour d'Appel de Versailles, 18 mars 1998, « *Jésus était son nom* ».
TGI de Paris, ord.référé, *20 février 1997,* affaire *« Larry Flint ».*
Cass, 1ère civ., 13 avril 1992, *« Affaire des femmes ».*
Cass. 1ère civ., 29oct. 1990, affaire de la *« Dernière Tentation du Christ ».*
Cour d'Appel de Paris, *23mai 1985 « Je vous salue Marie ».*
Chambr. Crim. de la CourCass., décision de 26 janvier1984, *« Procès Barbie ».*

TGI Paris*, ord.référé, 23 octobre 1984*, affaire *« Ave Maria ».*
TGI de Paris, ord.réf.(règlement amiable), *« affaire Wolkswagen*», 1998.

2. Grèce

TPI d'Athènes, Requêtes, 511/2008 et 363/2009(pendantes), « Zigk-zagk entre les orangiers amers».
Aff.« Ruselka », 2009.
Cour d'Appel d'Athènes, 27 mars 2009, « aff. Plevris ».
CourCass.(*Areios Pagos)* décisions 1640/2008, 1026/2008.
Aff. Eva Stephani, 2007, « *ArtAthina»*.
TPI d'Athènes(référé), 18 mai 2006 et décision définitive *TPI d'Athènes 6520/2006, « Da Vinci code ».*
TPI de Thessaloniki, 2005(ΜονΠρωτΑθ 1235/2000), « film Alexandre le Grand » .
TPI d'Athènes, 17115/1988 (ΜονΠρωτΑθ 17115/1988), « Dernière Tentation du Christ ».
CCass.(GC) (ΟλΑΠ 13/1999), *« Dernière Tentation du Christ ».*
TPI d'Athènes, 5208/2000 (ΜονΠρωτΑθ 5208/2000), « Mn ».
Parquet Pénal d'Athènes, déc. 886, 26 février 2003 (*Συμβ.Πλημ.Αθηνών, 882/26.2.2003) « Haderer ».*
TPI de Thessaloniki, 18134/98, « dictionnaire Mpampinioti».
Cour de cass. 928/84, 5è Ch.(ΑΠ 928/ 84 Ε'Τρ), « Agios Prevezis ».

3. Royaume –Uni

High Court of Justice, *EHWC 719/2006,* aff. *Da Vinci Code.*
Arrêt CO/1621/05 [2005] EWHC 2840 (Admin).
High Court of Justice, *Affaire Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate et autres*, *ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), [2000] Appeal Cases 147, de la Chambre de Lords, 24 mars 1999.
Reynolds c. Times Newspapers Ltd and Others (n° de l'affaire QBEMS 96/1752/C, 8 juillet 1998.

4. Allemagne

BVerfG, *Esra*, 1 BvR 1783/05 (2007).
BVerfGE *Klaus Mann - Mephisto* 30, 173, 24 février 1971.
BVerfGE *Strauß caricature* 75, 369, 3 juin 1987.
BVerfG, *Esra*, 1 BvR 1783/05, 2007.

5. Israël

Cour Supr., 549/75, *Noah Films c. Conseil de Censure des Films et des Pièces de théâtre*, PD 30 (1), 757.
Cour Supr. *260/60 Forum Film c/ Conseil de Censure des Films et des Pièces de théâtre*, PD 15 (1), 611.
Cour Supr. 953/89, *Indor c. maire de Jerusalem.*

ANNEXES

L'opinion publique à propos de l'offense à la religion, à partir des statistiques réalisées dans des États des cinq continents[2389]:

Q1-R1. Currently there is a controversy about criticizing religions. Which position is closer to yours:

	A: People should have the right to publicly criticize a religion, because people should have freedom of speech	B: The government should have the right to fine or imprison people who publicly criticize a religion, because such criticism could defame the religion.	DK/NR
Chile	82	11	8
Mexico	81	12	7
US	89	9	2
France	66	26	8
Germany	76	16	8
Great Britain	81	13	6
Poland	68	22	9
Russia	61	13	26
Ukraine	53	17	30
Azerbaijan	67	24	9
Egypt	29	71	0
Iraq	26	57	17
Palest. ter.	46	51	3
Turkey	54	37	9
Kenya	54	46	1
Nigeria	44	54	2
India	33	59	8
Indonesia	31	49	20
Pakistan	34	62	5
S Korea	59	38	4
Hong Kong*	81	10	10
Taiwan*	68	18	14
Average	57	34	9

*Publics marked with an * excluded from the average for that question.*

[2389] *Rapport de l'ONG américain (*Washington*) « World public opinion »,* établi le 29 novembre 2009, disponible en ligne sur www.worldpublicopinion.org/.../WPO_Defamation_Nov09_quaire.pdf, consulté le 1 novembre 2010.

Table des matières

SOMMAIRE....ix

Table des sigles et abréviations xi

Remerciements xv

Résumé xvii

Abstract.... xviii

Introduction 1

I.Problématique générale et pertinence du sujet 4

II. Méthodologie 25

Première partie : Les sources du conflit....31

Titre I. L'égalité formelle de la liberté de l'art et de la liberté religieuse....33

Chapitre I. La liberté de l'art 34

Section 1. La protection juridique de la liberté de l'art 35

§ 1. La protection internationale de la liberté de l'art 35

A. Quelques remarques à propos de l'étendue de la protection 35

B. Les instruments internationaux de protection de la liberté de l'art 37

C. Les mécanismes de protection les plus importants....43

1. Les mécanismes quasi-judiciaires : le Comité des Droits de l'Homme et le Comité des Droits économiques, sociaux et culturels 43

a. Le Comité des Droits de l'Homme 44

b. Le Comité des Droits économiques, sociaux et culturels 47

2. Autres mécanismes de protection 50

a. L'UNESCO et e son Conseil exécutif....51

b. Les Rapporteurs spéciaux ; le Rapporteur sur la promotion et la protection du droit à la liberté d'opinion et d'expression et le nouveau mandat de la Rapporteuse sur les droits culturels 52

c. La « société civile » comme acteur de protection ? 54

§ 2. La protection régionale de la liberté de l'art 55

A. La protection en Europe 55

1. Au niveau du Conseil de l'Europe....56

a. L'approche institutionnelle de l'art par le Conseil de l'Europe....56

b. La liberté de l'art inclue dans l'article 10 de la Convention européenne 57

2. Au niveau de l'Union européenne 62

a. Les questions touchant à la liberté artistique en principe exclues des compétences de l'Union....62

b. La jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne(CJUE) à propos de la liberté de l'art 65

B. La protection de la liberté d'expression artistique en Amérique, en Afrique et en Asie....67

1. Sur le plan de l'Organisation des États Américains 67

a. Les sources de la protection juridique de la liberté de l'art au sein de l'Organisation des États Américains (OEA)....67

b. L'application de la protection juridique de la liberté de l'art au sein de l'OEA....68

2. Sur le plan de l'Union africaine....71

3. La protection de l'art dans le reste du monde....73

a. La protection de l'art dans le monde arabe 73

b. La protection de l'art dans le monde asiatique 76

Section 2. La spécificité du *droit* à la « liberté de l'art » 77
§ 1. La reconnaissance de la spécificité de la liberté de l'art en tant que droit fondamental ? 78
A. La spécificité à partir de quelques remarques linguistiques 78
1. Les aspects philosophiques de l'idée de la *création* 78
2. La différenciation entre « création » et « expression » 81
B. La spécificité *du droit* à la liberté de l'art à partir de la pratique législative des États ? 83
1. Les États proclamant la *liberté de l'art* de façon autonome 83
2. Les États proclamant la *liberté de l'art* de façon implicite 86
§ 2. Les effets de la reconnaissance de la spécificité de la liberté de l'art 88
A. A propos des titulaires de la liberté de l'art 88
1. L'artiste 89
a. L'artiste créateur 89
b. L'artiste professionnel 90
c. L'artiste titulaire de la liberté d'expression artistique 93
2. Le public 95
B. La société de l'art 96
1. Les artistes dans la « société de l'information » d'aujourd'hui 96
2. Les artistes et la « société de l'art » de demain 98
Conclusions du chapitre 100

Chapitre II. La liberté religieuse 104

Section 1. La protection juridique de la liberté religieuse 105
§ 1. La protection internationale de la liberté religieuse 105
A. Quelques remarques à propos de l'étendue de la protection 105
B. Les instruments internationaux de la protection 108
1. Les dispositions générales 108
2. La liberté religieuse comme droit absolu ? 111
C. Les mécanismes de protection 115
1. Les mécanismes quasi-judiciaires : les organes des traités 115
a. Le Comité des Droits de l'Homme 116
b. Le Comité des Droits économiques, sociaux et culturels 118
c. Le Comité des Droits de l'enfant 119
2. Autres mécanismes de protection 120
a. L'UNESCO 120
b. Le Rapporteur spécial sur la liberté de religion et de conviction 120
§ 2. La protection régionale de la liberté religieuse 122
A. La protection de la liberté religieuse en Europe 122
1. La liberté religieuse au sein du système de la Convention européenne 122
2. La liberté religieuse au sein d'autres systèmes européens de protection des droits de l'Homme 126
B. Autres systèmes régionaux 128

Section 2. L'offense à la religion 129
§ 1. Le blasphème en tant qu'offense à la religion 129
A. Aperçu général de la notion du blasphème 129
1. Définition du blasphème 130
2. La difficulté de traduire le blasphème en droit 132
B. La désignation des « règles du jeu » par le pouvoir religieux 134
1. Le blasphème et les autres formes d'offense de la religion dans les trois religions monothéistes 134
a. Le blasphème dans le judaïsme et dans le christianisme 135
b. Le blasphème en Islam 137
2. L'improbabilité du blasphème dans les religions autres que les religions monothéistes 140

§ 2. La transcription juridique du blasphème : du blasphème à la diffamation des religions 142
A. Le blasphème et la diffamation des religions en Europe....142
1. L'approche variée des États européens ; vers l'abolition du blasphème....143
2. L'approche des institutions européennes ; une approche favorable à la liberté d'expression....145
a. L'approche du Conseil de l'Europe....145
b. L'approche de l'Union européenne....146
3. L'approche hésitante de la Cour européenne....148
a. L'interdiction de la discrimination et du discours de haine religieuse....148
b. L'offense à la religion en principe comprise dans l'article 9 de la Convention ?....150
B. Le blasphème en droit international....157
1. Les standards du droit international....158
a. La non-discrimination et l'interdiction du discours de haine religieuse....158
a. L'approche des États extrêmement contrastée....160
2. L'émergence de la notion de « diffamation des religions » au sein des Nations Unies....165
a. L'introduction de la notion de la diffamation des religions dans le langage onusien....165
b. Les indications d'un changement sur le plan des Nations Unies ?....167
Conclusions du chapitre....171

Titre II. L'inégalité réelle du poids des valeurs de l'art et de la religion....176

Chapitre I. Le poids de l'art....178

Section 1. Le poids de l'art comme valeur individualiste et économique....179
§ 1. La protection juridique du système de la propriété intellectuelle....180
A. Le cadre juridique traditionnel de la protection de l'artiste....180
1. Les racines du système des droits de propriété intellectuelle....180
2. Les instruments juridiques de la protection de l'artiste en tant qu'auteur d'une œuvre....182
B. Le système des DPI comme limite à la création ?....187
1. Les DPI comme limite à la liberté d'*utilisation* des œuvres ?....187
2. Les DPI comme limite à la liberté d'accès aux œuvres ?....189
§ 2. Le système de la propriété intellectuelle et les conditions économiques, sociales et culturelles de la liberté de l'art....195
A. Vers une véritable égalité culturelle par le biais du système des droits de propriété intellectuelle (DPI) ?....195
1. Le système des DPI et la protection des intérêts culturels des minorités et des peuples autochtones....196
2. Quels enjeux pour l'accès à l'art et aux lettres des pays en développement ? .199
B. Quelle place pour la liberté de l'art sans mise en œuvre des droits économiques ?....203
1. Le renforcement des droits économiques et sociaux comme préalable à la liberté de création et à l'accès à l'art....203
2. L'impératif de coexistence de la modernité et des pratiques artistiques traditionnelles....207

Section 2. Le poids de l'art comme valeur culturelle et solidaire....207
§ 1. Une protection faible de la valeur culturelle de l'art....207
A. Le scepticisme envers les droits culturels en général....207
1. L'ambiguïté du sens de la culture....208
2. La mise à l'écart des expressions artistiques non occidentales ou des expressions non conformes aux concepts dominants....210
B. Une protection suffisante du patrimoine culturel ?....212
1. Définition et sources juridiques de la protection du patrimoine culturel....212
2. Une protection du patrimoine culturel efficace ?....215

§ 2. Vers une consécration plus solide de la valeur culturelle de l'art 220
A. L'avènement de l'idée de développement culturel comme principe général en droit international 220
1. Définition et importance du développement culturel 220
2. Une quasi-normativité de l'idée du développement culturel ? 222
B. L'avènement de l'idée de diversité culturelle 225
1. Les instruments juridiques pour la protection de la diversité culturelle 225
a. La Déclaration universelle sur la diversité culturelle.....225
b. La Convention sur la protection et la promotion de la diversité des expressions culturelles 226
2. Les défis et les enjeux de la consécration de la diversité culturelle 228
a. L'art comme point clé de la diversité culturelle 228
b. La promotion des intérêts économiques par le biais de la Convention sur la diversité culturelle (CDC).....229
Conclusion du chapitre 231

Chapitre II. Le poids de la religion 234

Section 1. Le poids de la religion en tant qu'idéologie éthique et spirituelle 235
§ 1. L'idéalisme spirituel et religieux en droit, par le biais des droits de l'Homme 236
A. Le droit naturel comme « avatar juridique » de Dieu.....236
1. La généalogie du droit naturel 236
2. Le droit naturel dans les déclarations des droits de l'Homme.....241
B. Le concept de dignité humaine comme avatar juridique de l'Homme *imago Deis* 244
1. Définition et historique du concept de dignité.....244
2. Les sources théologiques de la dignité humaine, dans le christianisme et dans d'autres religions 246
§ 2. La normativité des concepts éthiques et spirituels en droit international.....249
A. Quel lien entre droit naturel et *ius cogens*? 250
1. Le *ius cogens* dissocié du droit naturel.....250
2. L'application évolutive du concept de *ius cogens* dans la jurisprudence.....253
B. La normativité de la dignité humaine.....257
1. Les sources internationales de la dignité humaine 257
2. Les applications de l'idée de dignité humaine en droit international 260
a. Les applications de la dignité humaine en tant que principe « négatif » 260
b. Les applications de la dignité humaine en tant que principe « positif » : la dignité humaine vis-à-vis des droits dits de « troisième génération » 262

Section 2. La religion comme phénomène social et culturel 263
§ 1. Le respect dû à la religion en tant que phénomène culturel et social 263
A. L'interdiction de la discrimination fondée sur la religion, au niveau international 264
1. Le cadre juridique de la non-discrimination fondée sur la religion.....264
a. Le principe de la non-discrimination sur le plan régional 269
2. Les mécanismes quasi-judiciaires de la protection de la non-discrimination fondée sur la religion 271
B. La protection indirecte de la religion dans d'autres dispositions du droit international 275
1. La religion protégée comme élément de l'identité 275
a. La religion comme trait déterminant de l'appartenance à une minorité 276
b. La considération de la religion comme donnée personnelle privée et sensible 278
c. La présence de la religion en droit international par le biais de la « moralité publique » ?.....279
2. La considération de la religion comme élément important de l'éducation des enfants.....280
3. La religion comme trait pouvant déclencher la *responsabilité* des États 281
§ 2. Le rôle crucial du facteur religieux dans le système des relations internationales.....283

A. La religion comme source du droit international ?....284
1. L'existence historique de la religion dans la conceptualisation des règles du droit international....284
2. Un rôle encore plus important pour la religion au XXIe siècle ?....287
B. Un droit international séculaire ou religieux ?....289
1. La prédominance de la position « accommodatrice » dans la pratique des organes des Nations Unies ?....290
2. La prédominance de la position « accommodatrice » dans la pratique de la Cour internationale de Justice (CIJ) ?....292

Conclusions du chapitre....294
Conclusions de la Première Partie....298

Deuxième partie : La résolution du conflit....300

Titre I. La résolution formelle du conflit....302

Chapitre I. La variété extraordinaire des solutions étatiques....303

Section I. Les rapports de l'art et la religion au prisme des civilisations....303
§ 1. L'impact de la religion sur l'art....304
A. L'impact créatif de la religion sur les arts....304
1. La spiritualité comme fondement des arts....304
a. Déchiffrer les codes esthétiques....304
b. La spiritualité dans le processus créatif....307
2. La spiritualité comme source d'inspiration dans les religions monothéistes....310
a. Art et spiritualité dans l'Occident chrétien....310
b. Art et spiritualité dans la tradition islamique....312
c. Art et spiritualité dans la tradition asiatique....315
B. L'impact restrictif : l'interdiction de la représentation du céleste dans les trois grandes religions monothéistes....316
1. Des sources théologiques pour l'interdiction des arts ?....316
2. Les effets de l'interdiction de la représentation....318
a. Les effets de l'interdiction de la représentations dans les trois religions monothéistes....318
i. Le cas de l'orthodoxie; l'iconoclasme sous l'Empire byzantin....318
ii. Le cas de l'Église catholique pendant le Moyen Age et la Renaissance 321
iii. Le cas du judaïsme....324
iv. Le cas de l'Islam....325
b. Les effets de la réglementation religieuse des arts sur la satire et la caricature en particulier....327
i. Le cas des religions païennes....327
ii. Le Moyen Age européen....329
iii. Le cas du judaïsme....330
iv. Le cas de l'Islam....331
§ 2. L'impact de la modernité sur l'art....332
A. La quête de liberté....332
1. La mort de la religion dans l'art moderne....332
2. L'avènement de l'idée de « transgression » au cours du XXe siècle....337
B. Les controverses artistiques comme effet de la modernité....338
1. L'avènement des interactions culturelles en art....338
2. L'exacerbation des conflits contemporains entre l'art et la religion comme effet de la mondialisation ?....340

Section 2. La grande variété de solutions juridiques adoptés vis-à-vis des offenses « artistiques » à la religion.....342
§ 1. Les États susceptibles de ne pas punir l'expression artistique qui porte offense à la religion.....343
A. Les États qui prévoient une protection sans réserves à la liberté d'expression ; le cas des États-Unis.....343
1. La protection graduelle de la liberté artistique aux États-Unis.....343
2. Le cadre général de la liberté d'expression aux États- Unis.....345
a. La règle : la neutralité totale de la loi.....345
b. Les exceptions à la règle selon des « tests » établis par la Cour Suprême ..346
c. La non-inclusion du blasphème dans les « tests » de la Cour suprême.....351
d. Quelques remarques à propos de la méthode la Cour Suprême 353
3. Des limitations indirectes par le biais du refus de financement et de promotion de l'art non-conforme aux « valeurs américaines ».....355
B. Les États qui maintiennent le modèle de la laïcité ; le cas de la France.....358
1. Le cadre législatif du « blasphème » en France.....358
2. La liberté artistique dans la jurisprudence française.....360
a. Les affaires assignées en justice.....361
b. Les critères retenus par les tribunaux 363
i. Le critère (objectif) de la publicité.....363
ii. Le critère de la parodie.....364
iii. L'intention de provocation à la discrimination ou à la haine religieuse 365
C. D'autres États libéraux et/ou multiculturels 367
1. Le Canada 368
2. L'Allemagne.....368
3. Le cas du Danemark 370
a. Le cadre juridique de la protection de la liberté d'expression et de l'offense des croyances au Danemark.....370
b. L'avis du procureur de la République danois dans l'affaire des caricatures373
4. Le cas du Royaume-Uni 373
a. L'art offensif en Angleterre et sa réglementation 374
b. La résurrection de l'idée de blasphème en Angleterre et son abolition.....375
§ 2. Les États susceptibles de punir l'expression artistique qui porte offense à la religion 376
A. Les États où la religion jouit d'un statut « préférentiel » 376
1. Le cas de la Grèce.....377
2. Le cas de la Fédération de la Russie.....380
3. Le cas du Chili.....382
4. Le cas de l'État d'Israël 383
B. Les États religieux: le cas des États musulmans 384
1. Quelques remarques sur la liberté de l'art dans les États musulmans 385
2. Le cas du Pakistan 386
3. Le cas de l'Iran 387
Conclusion du chapitre 390

Chapitre II. La résolution du conflit par la Cour européenne 395

Section 1. La jurisprudence de la Cour.....398
§1. Présentation des affaires.....398
A. Exposition schématique des affaires (1981-2010) 399
B. Catégorisation des affaires 401
1. Peinture et arts plastiques 401
2. Photographie.....402
3. Film, cinéma et art vidéo 402
4. Théâtre.....404
5. Littérature et poésie 405
6. Caricatures et satire 407
7. Autres affaires relatives 411
§2. Analyse de la jurisprudence de la Cour.....414

A. Remarques générales 414
1. Une conception large de l'« art » 414
2. Une multitude de *valeurs* en jeu 416
3. Une variété d'États défendeurs 417
4. Un nombre d'arrêts relativement faible 418
B. Le rôle controversé de la morale et de la religion dans les États parties 420
1. Les sensibilités religieuses comme cause principale des « tensions » 420
2. La difficulté de discerner l'intérêt en cause 422

Section 2. L'approche évolutive de la Cour 424
§1. L'approche évolutive quant à la résolution des conflits de droits 424
A. L'évolution du « test tripartite » 424
1. De la « *nécessité* » au « *juste équilibre* » 425
2. Du « *juste équilibre* » à la « *concordance pratique* » 428
B. Les apports de l'évolution méthodologique 429
1. Une lecture qualitative de l'équilibre entre les droits 429
2. Une lecture qualitative de la liberté d'expression 431
§2. Vers l'exclusion de l'« offense des sensibilités religieuses » de l'article 9 de la Convention 433
A. La consolidation des critères de légitimité de l'offense à la religion 433
1. La non-gratuité de l'offense 434
2. La prise de mesures de « précaution » 436
B. L'appréhension qualitative de l'offense des religions 437
1. Des standards communs de la notion de l'offense des religions 437
2. L'offense lue dans son contexte 439
C. Les obstacles incontournables issus de la légitimation de l'offense à la religion 441
1. Les problèmes liés à la constitution de l'offense 441
2. L'incompatibilité de l'offense à la religion avec la démocratie, la modernité et le pluralisme religieux 444
§ 3. Vers une défense de l'art auprès de la Cour 445
A. Les critères pouvant justifier un traitement préférentiel de l'art 446
1. La subtilité du langage artistique : fiction, symbolisme et allégorie 447
2. La fonction politique de l'œuvre 449
3. La valeur humoristique, élément constitutif de la défense de l'art ? 452
B. La valorisation de la spécificité de l'art par la Cour européenne ? 454
1. Les indications d'une « défense de l'art » dans la jurisprudence de la Cour 455
2. Quelques perspectives futures 462
Conclusions du chapitre 466

Titre II. La résolution réelle du conflit 472

Chapitre I. « Conflits de droits » et « conflits culturels » 474

Section 1. « *Conflits de droits* » ou « *conflits culturels* » ? 475
§1. Les « conflits culturels » sur le plan mondial 476
A. L'hypothèse des « conflits culturels » 476
1. Définition des conflits culturels 476
2. L'art comme terrain propice d'expansion des conflits culturels ? 478
a. La liaison ambiguë entre l'art et la morale 478
b. La fonction symbolique de l'art comme cause d'aggravation de « conflits culturels » 480
B. Les « conflits culturels» dissimulant la contestation de l'universalité des Droits de l'Homme ? 486
1. Régionalismes et réserves « culturelles » 487
2. Des réserves d'ordre « culturel »... ou d'un autre ? 491
§2. Les « conflits de valeurs » sur le plan européen 493
A. La Cour européenne comme gardien des valeurs.. mais quelles valeurs ? 493
1. La promotion du pluralisme et de la diversité culturelle 494

2. La laïcité comme limite à la diversité et au pluralisme religieux ? 499
B. L'Union européenne comme gardienne des valeurs... mais quelles valeurs ? 507
1. La question de l'identité culturelle des États de l'Union.....507
2. La question de la laïcité au sein de l'Union européenne 510

Section 2. Le « *flou* » des valeurs 511
§1. La difficulté de transcription des valeurs culturelles en droits.....511
A. L'impossibilité d'une définition de l'art 512
1. L'impossibilité d'une définition philosophique de l'art 513
2. L'impossibilité d'une définition juridique de l'art 515
B. L'impossibilité d'une définition de la religion.....517
1. L'impossibilité d'une définition philosophique de la religion 518
2. L'impossibilité d'une définition juridique de la religion.....521
§2. La difficulté de trouver un accord sur le contenu des valeurs.....522
A. De la culture au relativisme culturel et religieux.....523
1. Des traditions, des rites et des pratiques religieuses contraires aux droits fondamentaux 523
2. Des dogmes et du fanatisme religieux contraires aux droits de l'Homme 524
B. L'existence d'un *consensus* à propos des valeurs culturelles.....527
1. Les droits de l'Homme comme *valeurs*.....528
2. Le *noyau dur*, les *droits absolus* et l'*État de droit* comme *valeurs minimum*..530
Conclusions du chapitre 538

Chapitre II. La mise en œuvre du pluralisme des valeurs 545

Section 1. Mettre en œuvre le respect égal des cultures.....546
§1. Assurer la diversité culturelle.....547
A. La mise en œuvre du dialogue interculturel 547
1. La philosophie du dialogue interculturel 547
2. L'apport du dialogue interculturel 550
B. La normativité du concept de dialogue interculturel ? 551
1. Le dialogue interculturel comme un devoir des États ?.....552
2. L'indivisibilité des droits de l'Homme comme obligation étatique? 556
§2. Repenser le multiculturalisme 561
A. Repenser le multiculturalisme comme choix politique 561
1. La philosophie du multiculturalisme 561
2. Les droits économiques et sociaux comme condition du multiculturalisme 565
B. Repenser le multiculturalisme comme choix juridique 567
1. Aménagements légitimes et demandes illégitimes 567
2. Entre laïcité et multiculturalisme 569

Section 2. Mettre en œuvre le respect égal des individus.....570
§ 1. Construire des identités plurielles 570
A. Vers une prise en compte plus efficace de la liberté culturelle 570
1. L'existence d'un cadre suffisant pour la protection de la liberté culturelle 571
2. La nécessité d'une meilleure prise en compte de la liberté culturelle 572
B. La mise en place du dialogue inter-individuel 574
1. Vers un concept de « citoyenneté plurielle ».....575
2. La mise en place des procédures de médiation interculturelle 577
§ 2. Penser comme citoyen d'une société plurielle 578
A. La responsabilité juridique comme condition du pluralisme 579
1. La mise en avance des « devoirs et responsabilités » 579
a. La généalogie des « devoirs et responsabilités » 579
b. La normativité des « devoirs et responsabilités » ? 581
2. Mettre en œuvre les devoirs et les responsabilités à côté des droits 583
B. La responsabilité extra-juridique comme condition du pluralisme 584
1. La responsabilité sociale comme limite de l'offense ?.....585
2. Le renforcement de la responsabilité *sociale* des croyants et des artistes 586

Conclusions du chapitre **591**

Conclusion de la Seconde Partie **595**

Conclusion générale **597**

BIBLIOGRAPHIE **605**
§ 1. Ouvrages et manuels, monographies, thèses et mémoires 605
§ 2. Articles de doctrine et contributions à des ouvrages 620
§ 3. Rapports, conferences et colloques, presse et internet 644

INDEX DE LA JURISPRUDENCE **654**
§ 1. Instances internationales 654
§ 2. Instances régionales 655
§ 3. Instances nationales 660
ANNEXES **664**

Table des matières **667**