

L'art est fait pour troubler

1.

Ladies and gentlemen, the concert starts in exactly five minutes. For all those Pink Floyd fans who don't give a damn about Roger's politics, the bar is already open.

Le ton est donné. Un concert de Roger Waters, ce n'est pas un concert ordinaire. C'est un spectacle total. Pendant plus de deux heures, la musique et les images déferlent. Le rouge, rouge sang, est dominant. Il nous éclate aux yeux, dans un déferlement de riffs plus puissants les uns que les autres. Les images nous agressent. Impossible de rester indifférent.

Surtout, c'est un spectacle engagé, politiquement engagé, comme il y en a peu. Anticapitaliste, antiméricain, antisioniste, profondément pacifiste. Les portraits des présidents des États-Unis qui se sont succédé depuis Richard Nixon défilent, à chaque fois accompagnés des mots *War criminal* et du nombre de morts que les guerres qu'ils ont initiées ou poursuivies ont causés. Et les titres défilent : "Run like hell", "Bring the boys back home", "Another brick in the wall", "Pigs", "Dogs"... Le mot "Resist" s'affiche, cette fois¹, en gigantesques lettres écarlates.

Le point culminant, sans doute, survient quand la gigantesque baudruche en forme de cochon, que tous les fans de Pink Floyd connaissent, survole la salle. La cour d'appel de Francfort décrit ce moment en des termes précis :

Le demandeur (Roger Waters) est un critique avoué de l'État d'Israël et un partisan du mouvement anti-Israélien "Boycott, Désinvestissement et Sanctions" (BDS). Lors de sa tournée "The Wall Live" de 2010 à 2013, il a notamment fait flotter dans (la salle de concert) dans le cadre de son spectacle, un cochon gonflable sur lequel figuraient différents symboles, à savoir l'étoile de David, le marteau et la faucille, le croissant de lune avec une étoile, la croix chrétienne, un signe du dollar et les logos de Mercedes et de Shell. Le cochon flottant a été détruit au cours du spectacle sur scène. En raison de ce spectacle et d'autres déclarations, le demandeur est accusé d'antisémitisme.

Actuellement, le demandeur donne des concerts en Europe dans le cadre de sa tournée "This Is Not a Drill". Dans le cadre du spectacle, le demandeur se présente notamment vêtu d'un long manteau de cuir noir avec un brassard, entouré de longues bannières et de projecteurs anti-aériens stylisés. Sur les bannières et le brassard rouges, on peut voir des marteaux noirs croisés sur un fond blanc rond. Accompagné de deux soldats en uniforme vêtus de noir et portant des casques d'acier, le demandeur tire avec une mitrailleuse en direction d'un cochon gonflable volant, sur lequel se trouvent plusieurs symboles, mais pas l'étoile de David. Au cours de la suite du concert, l'inscription "FUCK THE OCCUPATION" apparaît sur un écran vidéo.

2.

La tournée "This Is Not a Drill", qui sillonne l'Europe au printemps 2023, passe par Francfort. Le chanteur doit s'y produire le 28 mai. Comme à chaque fois, pour ce genre de grands concerts rock, c'est à la *Festhalle*, le plus grand lieu de concert de la ville, qu'il doit avoir lieu. Or cette salle a une histoire. C'est en effet là que des milliers de juifs ont été rassemblés en 1938, lors du pogrom connu sous le nom de la « Nuit de cristal », avant d'être déportés. Quelques pancartes, apposées sur le bâtiment, rappellent d'ailleurs aux visiteurs cet épisode abominable de l'histoire allemande.

¹ Lors de la tournée précédente, il tombait sur les spectateurs en une pluie de grands confettis.

Dénonçant le caractère prétendument « antisémite » du spectacle de la star rock, le mouvement "Frankfurt setzt ein Zeichen gegen Antisemitismus"² s'est opposé à l'organisation du concert et a annoncé des manifestations de protestations. En réaction, le ville de Francfort a invité le propriétaire de la salle à résilier le contrat de location permettant l'organisation du concert dans cette salle historique.

Pour justifier sa décision, elle a expliqué qu'elle avait récemment été informée de possibles déclarations ou actes anti-israéliens de la part du demandeur, ainsi que de possibles parties de son spectacle critiquant Israël. Le climat actuel au sein de la population est déjà fortement tendu par les crises actuelles et récentes. Ce fait, associé aux déclarations répétées du demandeur, représente un risque considérable pour la sécurité. Il est à craindre que le concert prévu ne donne lieu à des manifestations de grande ampleur. Enfin, la couverture médiatique qui a précédé le concert ainsi que les déclarations répétées du demandeur font craindre que sa musique soit reléguée au second plan et fasse place à des déclarations politiques.

Par le litige soumis à la Cour d'appel (après que son action eut été rejetée par le tribunal d'instance le 24 février 2023), Roger Waters sollicite l'annulation de cette décision. Il fait, notamment, valoir que, « dans le contexte de ses déclarations et des paroles de ses chansons, il apparaît clairement qu'il ne favorise pas les idées d'extrême droite et qu'il ne glorifie ni ne relativise les atrocités commises par les nazis. Au contraire, il les rejette profondément. Ses concerts sont facilement identifiables comme une mise en garde contre des évolutions similaires dans différentes parties du monde »³.

3.

L'arrêt annoté de la cour d'appel de Francfort lui donne raison. Nous avons écarté les développements qui tiennent à la recevabilité de l'action, qui ne présentent guère d'intérêt pour les lecteurs non-allemands. Nous n'avons reproduit que les passages qui concernent la question de fond : la liberté d'expression des artistes.

Commenté [PH1]: À adapter si on publie en sommaire

En matière de liberté d'expression, les principes généraux sont bien connus. La Cour européenne des droits de l'homme les a balisés à plusieurs reprises, notamment dans son célèbre arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976 :

« La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 (art. 10-2), elle vaut non 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. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de "société démocratique". Il en découle notamment que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit être proportionnée au but légitime poursuivi. »⁴.

4.

² "Francfort donne un signal contre l'antisémitisme".

³ Précisons, même si la date de la décision le démontre à suffisance, que tout ceci est bien antérieur à l'abominable attaque du Hamas contre des villages israéliens situés à la frontière de la bande de Gaza et à la terrible riposte toujours actuellement en cours.

⁴ Cour eur. D. H., *Handyside*, 7 décembre 1976. Voyez aussi les arrêts *Stoll*, du 10 décembre 2007, *Animal Defenders International*, du 22 avril 2013, ou *Morice*, du 23 avril 2015.

La liberté d'expression n'est cependant pas absolue. Le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention en fixe les limites. Il ouvre la porte à des restrictions pour autant qu'elles soient « prévues par la loi », dans un « but légitime », et qu'elles soient « nécessaires dans une société démocratique », c'est-à-dire, selon les arrêts précités, notamment « répondant à un besoin social impérieux » et « proportionnées au but légitime poursuivi ».

À cet égard, plusieurs balises sont placées. Une distinction claire doit être faite entre les allégations de fait, spécialement lorsqu'elles visent des personnes en particulier, et les jugements de valeur.

Les jugements de valeur sont plus largement admissibles parce qu'ils se prêtent moins à vérification, tandis que les affirmations de fait sont susceptibles de devoir être justifiées, voire prouvées. S'il s'agit de jugement de valeur, il faut seulement qu'ils s'autorisent d'une base factuelle suffisante, qu'ils ne soient pas trompeurs et ne constituent pas une attaque gratuite. L'arrêt *Morice* parle de base factuelle « suffisante ». Mais, dans d'autres arrêts, la Cour a fait usage d'autres expressions : base factuelle « solide »⁵, « fondements sérieux »⁶, « base factuelle pas inexistante »⁷, « lien suffisamment étroit »⁸, voire « pas entièrement dépourvu de toute base factuelle »⁹ ou, tout simplement, « une base factuelle »¹⁰... Convenons que ces expressions ne sont pas synonymes. L'expression « suffisante » semble suggérer un rapport de proportionnalité entre ce qui est avancé et les éléments qui fondent la déclaration¹¹.

5.

Il va de soi que, lorsque l'on aborde la liberté d'expression des artistes, c'est, très généralement¹², dans le domaine du jugement de valeur que l'on se situe. Et tel est évidemment le cas dans le cadre de la décision que nous commentons.

L'incitation à la haine, pour des motifs racistes, sexistes, négationnistes ou antisémites, figure clairement parmi ces limites. Et cette balise est aisément compréhensible. Rappelons-nous qu'au Rwanda, en 1994, la liberté d'expression a été l'un des moteurs directs d'une des pires atrocités que l'humanité ait connues.

Ainsi, à plusieurs reprises, des juridictions ont eu à connaître de poursuites engagées contre des artistes accusés de pareils débordements...

Passons rapidement sur les œuvres qui ont été condamnées pour obscénité¹³. Ce contentieux, qui a fleuri au milieu du XIX^e siècle lorsque le tristement célèbre Ernest Pinaud, se mit en tête de poursuivre

⁵ Cour eur. D.H., arrêt *Karpetas*, 30 octobre 2012, n° 6086/10, § 78.

⁶ Cour eur. D.H., arrêt *Alfantakis*, 11 février 2010, J.L.M.B., 2010, p. 1936, § 27.

⁷ Cour eur. D.H., arrêt *de Lesquen du Plessis-Casso*, 12 avril 2012, n° 54016/09, § 45.

⁸ Cour eur. D.H., arrêt *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa*, 29 mars 2011, n° 1529/08.

⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Kudeshkina*, 26 février 2009, n° 29492/05, § 95.

¹⁰ Cour eur. D.H., arrêt *Bono*, 15 mars 2016, n° 29024/11, § 53.

¹¹ Voyez sur cette question J.-P. BUYLE et P. HENRY, « Dans le prétoire, sur les marches du prétoire, hors du prétoire : la liberté d'expression de l'avocat » ; M. CADELLI et J. ENGLEBERT, « Se taire, c'est mentir », *Rev. trim. D.H.*, 2017, p. 180. Voy. aussi, J. ENGLEBERT, *La procédure garante de la liberté d'information*, Limal, Anthemis, 2014, n° 96.

¹² Même s'il y a quelques exceptions notables. On pourrait penser, par exemple, à la chanson *How do you sleep* (1971) par laquelle John Lennon attaqua violemment son ex alter ego Paul McCartney. Il est vrai qu'il prétendit qu'il s'agissait d'une réplique à la chanson de ce dernier *Too many people* (sur l'album *Ram*, 1971) et que, si les attaques étaient personnelles et, même, méchantes, elles tenaient aussi du jugement de valeur.

¹³ Sur ce sujet, voyez deux contributions importantes de Paul Martens : « Actualité juridique du blasphème », *Revue de droit de l'U.L.B.*, 2007, pp. 19-50 ; « L'art et le droit », in *L'art et le droit*, G. Keutgen (dir.), Conférence du jeune barreau de Bruxelles, 2010, pp. 9-26.

successivement Baudelaire et Flaubert pour atteinte à la morale¹⁴, n'est pas encore éteint, ainsi qu'en témoignent plusieurs décisions de jurisprudence récentes¹⁵.

Plus récemment, c'est sur le terrain de l'appel à la discrimination et de l'incitation à la haine qu'un important contentieux s'est développé. Il déborde très largement le domaine artistique¹⁶.

Mais, pour nous concentrer sur ce dernier, puisque tel est notre propos, relevons que dans la jurisprudence récente, les condamnations d'artistes ont été plutôt rares. Ainsi, le tribunal correctionnel de Liège puis la cour d'appel de Liège rejettent les poursuites dirigées par l'Union francophone des handicapés et des parents d'handicapés contre un humoriste qui évoquait, dans un de ses spectacles, un enfant né avec onze doigts, neuf à une main et deux à l'autre. « Il n'existe aucune raison d'exclure, *a priori*, la possibilité de faire rire en mettant en scène des personnes atteintes d'un handicap physique

¹⁴ Voyez E. PIERRAT, *Accusés, Baudelaire, Flaubert, levez-vous !*, Ed. André Versailles, 2010 ; E. PIERRAT, *1857, La littérature en procès*, Paris, Hermann, 2021. Ce dernier ouvrage relate néanmoins aussi les poursuites du même Pinard contre Eugène Sue, incriminé pour appel à l'insurrection et glorification des idées socialistes à l'occasion de la publication des *Mystères du Peuple*. Nous sommes là plus proches de notre sujet.

¹⁵ Voyez, par exemple, Cour eur. D. H., arrêt *Müller / Suisse* du 24 mai 1988, n° 10737/84, qui admet la condamnation pour atteinte à la morale et la confiscation de toiles « représentant crûment des relations sexuelles, en particulier entre hommes et animaux », la Cour jugeant qu'il n'est « pas déraisonnable » de juger qu'elles étaient de nature à mettre à mal la « décence sexuelle des personnes douées d'une sensibilité normale » (§ 36) ; Cour eur. D. H., arrêt *Otto Preminger Instituut / Autriche* du 20 septembre 1994 (validation de la saisie du film *Das Liebeskonzil* parce qu'il constituait une attaque injurieuse contre la religion catholique romaine « qui est celle de l'immense majorité des Tyroliens ») ; Cour eur. D. H., arrêt *Wingrove / Royaume-Uni* (validation du refus du visa d'exploitation au film *Vision of ecstasy*, qui donnait une version érotique de la vie de Sainte Thérèse d'Avila, parce qu'il était de nature à choquer « quiconque connaît, apprécie ou fait siennes l'histoire et la morale chrétiennes »). Mais la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a, depuis, évolué. Voyez Cour eur. D. H., arrêt *Vereinigung Bildender Künstler / Autriche* du 25 avril 2007 : condamnation de l'Autriche à la suite d'arrêts interdisant une œuvre d'Otto Mühl, intitulée *Apocalypse*, qui représentait diverses personnalités autrichiennes ou étrangères, dont un cardinal ou Jorg Haider, dans des positions obscènes. La Cour estime qu'il s'agit d'une œuvre satirique et que la satire est « une forme d'expression artistique et de commentaire social qui, par l'exagération et la déformation de la réalité qui la caractérisent, vise naturellement à provoquer et à agiter » ; Cour eur. D. H., arrêt *Mâtăsaru et Savitchi / Moldavie* du 15 janvier 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 510 : la condamnation pour obscénité d'un artiste qui avait exposé deux sculptures en bois de deux mètres de hauteur représentant un phallus et un sexe féminin, sur lesquels avaient été fixées des photographies d'un homme politique et de procureurs de haut rang, est jugée contraire à l'article 10 de la Convention. Voyez aussi le contentieux généré, en France, par la diffusion d'une publicité pour une marque de sous-vêtements féminins représentant une version modifiée du célèbre tableau, de Léonard de Vinci, *La cène*, remplaçant Jésus et ses apôtres par des femmes et un homme au dos nu et dans une position évocatrice. Sur ces questions, voyez M. LEROY, « Le droit au blasphème », *Liber amicorum Paul Martens*, Larcier, 2007, p. 383 et P. MARTENS, « L'art et le droit », *op. cit.*, pp. 20-22.

¹⁶ Parmi les décisions publiées dans cette revue, nous citerons Liège, 4 mai 2017, *J.L.M.B.*, 2019, p. 1421 (condamnation des auteurs d'un livre diffamatoire à l'égard de curateurs de faillite) ; Trib. adm. Clermont-Ferrand, 24 janvier 2020, *J.L.M.B.*, 2020, p. 571 (validation de l'interdiction d'une manifestation négationniste en raison des risques de troubles graves qu'elle pourrait entraîner) ; Corr. Bruxelles, 13 avril 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 1132 (injures racistes contre une présentatrice de la télévision) ; Corr. Bruxelles, 29 juin 2021, *J.L.M.B.*, 2021, p. 2026 (acquiescement d'un journaliste qui aurait crié « à poil » lors de la présentation d'un film par une femme). Ajoutons, sans la moindre prétention à l'exhaustivité, Cour eur. D. H., arrêt du 2 septembre 2021, n° 46.883/15 (condamnation d'un élu qui n'avait pas supprimé de son compte Facebook des propos antisémites) ; Cour eur. D. H., arrêt *Canal 8 / France* du 9 février 2023 (validation de la condamnation d'une émission de télévision pour propos méprisants à l'égard des femmes et des homosexuels) ; Corr. Flandre orientale, division d'Audenarde, 6 novembre 2023, inédit à notre connaissance, *J.L.M.B.* 2024/xx (condamnation d'un mouvement identitaire flamand pour négationnisme et racisme) ;

ou mental, aussi longtemps que ne sont pas tenus des propos qui encourageraient la moquerie ou l'exclusion, ou laisseraient transparaître du mépris ou une intention méchante »¹⁷.

De même, le contentieux engendré par la diffusion du film *Grâce à Dieu*, de François Ozon, où la liberté d'expression de l'artiste a été contestée au nom de la protection de la vie privée de certaines des personnes mises en cause dans le film, dont les identités réelles étaient révélées, a tourné en faveur du cinéaste¹⁸.

C'est évidemment le contentieux suscité par l'humoriste Dieudonné M'Bala M'Bala qui, à cet égard, a le plus nourri la jurisprudence. On sait que, sous le couvert d'humour, cet « artiste » tient des discours violemment racistes, voire négationnistes. L'annonce de ses spectacles provoque souvent des mouvements de protestation, pouvant se traduire par des manifestations d'opposition et des contre-manifestations de soutien. C'est donc d'abord sur le terrain de la préservation de l'ordre public que le contentieux s'est développé. Dans un premier temps, les juridictions administratives ont prononcé des décisions favorables à l'humoriste controversé, essentiellement assises sur le fait que le risque d'atteinte à la sécurité publique n'était pas motivé à suffisance de droit¹⁹. Mais la tendance s'est progressivement inversée, trois arrêts successifs du Conseil d'État de France ayant validé des interdictions de spectacles adoptées par des préfets en raison du « risque sérieux que soient de nouveau portées de graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine ; qu'il appartient en outre à l'autorité administrative de prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises ; qu'ainsi, en se fondant sur les risques que le spectacle projeté représentait pour l'ordre public et sur la méconnaissance des principes au respect desquels il incombe aux autorités de l'État de veiller, le préfet de (...) n'a pas commis, dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative, d'illégalité grave et manifeste »²⁰.

Le débat s'est ensuite déplacé au fond. Le 25 novembre 2015, le tribunal correctionnel de Liège prononçait un jugement exemplaire condamnant l'humoriste en des termes nets :

« Le droit à la liberté d'expression ne peut être invoqué pour justifier des propos portant atteinte aux valeurs qui sous-tendent non seulement la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales mais, d'une manière plus générale, l'harmonie entre les êtres humains. L'incitation à la haine ou à la violence ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ni à un autre acte délictueux dès lors que les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant ou en diffamant certaines parties de la population et des groupes spécifiques de celle-ci ou l'incitation à la discrimination suffisent pour que la lutte contre le discours raciste prime une liberté d'expression utilisée

¹⁷ Liège, 13 janvier 2011, *J.L.M.B.*, 2011, p. 519, *A&M*, 2012, p. 122. Sur cet arrêt, voyez S. HOEBEKE, *La liberté d'expression, Pour qui, pour quoi, jusqu'où*, Anthemis, 2015, p. 17. Dans le même sens, à propos d'écrits qualifiés de satiriques, publiés sur un blog, Civ. Dinant, 13 novembre 2012, *J.L.M.B.*, 2013, p. 1180.

¹⁸ Voyez T.G.I. Paris (référés), 18 février 2009, *J.L.M.B.*, 2019, p. 519 et T.G.I. Lyon (référés), 19 février 2019, *J.L.M.B.*, 2019, p. 524.

¹⁹ Voyez, notamment, C.E., arrêt 128.544 du 25 février 2004 ; C.E., arrêt n° 146.226 du 17 juin 2005 ; C.E., arrêt 191.742 du 23 mars 2009 : un considérant de ce dernier arrêt doit être épinglé : « Considérant que, indépendamment même du fait que le requérant se défend d'avoir jamais tenu des propos antisémites – se déclarant antisioniste, ce qui n'est pas la même chose –, cette circonstance n'est pas de celles qu'aurait pu retenir la partie adverse pour fonder sa décision ; que le collègue des bourgmestre et échevins, en effet, n'a pas reçu pour mission de veiller préventivement à la correction politique ou morale, voire même pénale, des spectacles et moins encore à celle, supposée, des artistes qui en donnent la représentation ; qu'à supposer que des propos tombant sous le coup de la loi du 30 juillet 1981 tendant à réprimer certains actes inspirés par le racisme ou la xénophobie risquent d'être tenus au cours du spectacle interdit par l'arrêt attaqué, ceux-ci ne pourraient justifier que des poursuites répressives, mais non une mesure préventive de police ».

²⁰ C.E. Fr., arrêts n° 374.508 du 9 janvier 2014, n° 374.528 du 10 janvier 2014 et 374.552 du 11 janvier 2014.

de manière irresponsable et portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité de ces parties ou groupes de la population.

Sous une forme qui se prétend humoristique, le prévenu, humoriste professionnel, banalise les comportements inhumains les plus abjects. Il se fait le chantre de la haine, il fait l'apologie du mal, de la discrimination et de la ségrégation. Ses propos contiennent des éléments qui, clairement, à l'occasion implicitement, incitent parfois à la violence, souvent à la haine, systématiquement à la discrimination à l'égard de groupes ou communautés et de leurs membres en raison de leur prétendue race, de leur handicap ou de leur orientation sexuelle. Ses propos sont inévitablement de nature à susciter parmi le public, et particulièrement parmi le public le moins averti, des sentiments de mépris, de rejet voire, pour certains, de haine à l'égard des juifs, des homosexuels et des handicapés mentaux.

Les discours qui incitent à la discrimination, à la haine ou à la violence fondée sur des préjugés religieux, ethniques, biologiques ou sexuels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les États démocratiques. Ils doivent dès lors être réprimés. Un État démocratique ne peut faire l'économie d'une condamnation pénale lorsqu'il est confronté à ce type de délinquance réfléchie et réitérée. La protection du genre humain et l'harmonie de la vie en société est à ce prix »²¹.

6.

C'est à l'aune de ces principes que l'arrêt de la Cour d'appel de Francfort annoté doit être examiné.

La cour pose tout d'abord que, selon l'article 5, alinéa 1^{er}, de la Loi fondamentale, la liberté de l'art, comme la liberté de la science, de la recherche et de l'enseignement prime la liberté d'opinion et que ceci vaut aussi lorsque l'art vise à transmettre une opinion, comme c'est le cas pour l'art « engagé ». « La manière dont les créateurs d'art rencontrent la réalité et façonnent les processus qu'ils expérimentent dans cette rencontre ne doit pas leur être imposée si le processus de création artistique doit pouvoir se développer librement. Seuls les créateurs artistiques peuvent décider de la "justesse" de leur attitude face à la réalité. Dans cette mesure, la garantie de la liberté artistique implique l'interdiction d'influencer les méthodes, les contenus et les tendances de l'activité artistique ».

La cour insiste ensuite sur l'importance des droits qui étaient invoqués par ceux qui s'opposaient au concert : « Compte tenu des meurtres de masse de juives et de juifs commis par l'État allemand pendant la Seconde Guerre mondiale dans le but d'exterminer le peuple juif, il peut faire partie de l'identité personnelle de chaque juive et de chaque juif d'être considéré comme faisant partie d'un groupe de personnes se distinguant par cette inconcevable injustice, particulièrement vulnérable et envers lequel il existe une responsabilité morale particulière de tous les autres Allemands ; cette identité doit être comprise comme faisant partie de leur dignité. Le respect de cette identité est pour chaque juive et chaque juif l'une des garanties contre une répétition de la discrimination et de la persécution ; c'est une condition fondamentale de leur vie juive en Allemagne ». Elle ajoute que « Tant la dignité humaine que le droit de la personnalité *post mortem* ne peuvent faire l'objet d'une mise en balance ».

Mais, pour apprécier si un message artistique « affecte l'inviolable dignité humaine », il faut se fonder sur une « motivation particulièrement rigoureuse » et « lors de cette interprétation, les particularités de la forme d'expression artistique doivent être prises en compte ». Et, se référant à un arrêt de Cour constitutionnelle du 10 octobre 1995²², la cour conclut qu'en matière d'art, « dans le cas de déclarations qui laissent place à plusieurs interprétations il convient de choisir la lecture qui ne doit pas être considérée comme illégale sous quelque forme que ce soit, ni même comme justifiant une sanction.

²¹ Corr. Liège, 25 novembre 2015, *J.L.M.B.*, 2015, p. 359.

²² Cour constitutionnelle fédérale, décision du 10 octobre 1995 - 1 BvR 1476 -, *BVerfGE* 93, 266, juris, point 126.

Ce principe doit en tout cas être appliqué à la liberté artistique, garantie sans réserve, lorsque l'art est destiné à transmettre une opinion ».

Dès lors, même si Roger Waters utilise dans son spectacle une symbolique largement inspirée de l'imagerie nazie et des symboles antisémites associés à des logos de grands groupes internationaux, ce qui peut paraître « de très mauvais goût »²³, ce qui est déterminant, « c'est que le spectacle sur scène et la prestation du requérant ne permettent pas, dans leur ensemble, de conclure que le requérant glorifie ou relativise les atrocités nazies ou qu'il s'identifie à l'idéologie raciale nazie », d'autant que d'autres parties de son spectacle plaident clairement en faveur de l'interprétation selon laquelle il doit être interprété « comme un avertissement et une mise en garde - même s'ils sont particulièrement provocateurs - contre des évolutions similaires dans différentes parties du monde »²⁴.

7.

Admettons néanmoins que ce seul critère ne sera pas toujours facile à manier. Car il faut bien admettre que, dans certaines hypothèses, il est à craindre que des artistes, à l'instar par exemple de Dieudonné, fassent preuve d'une certaine mauvaise foi en prétendant que leur œuvre peut être interprétée d'une façon anodine, voire *a contrario*, comme dénonçant les comportements qui sont mis en évidence, le cas échéant par le seul caractère révoltant du message diffusé. « On sait que les artistes sont des roublards », écrivait Richard Conte²⁵.

Il paraît dès lors difficile de se contenter, comme ce fut le cas en l'occurrence, d'une analyse purement objective (car, dans le cas de la tournée de Roger Waters, il était manifeste que l'intention n'était pas de glorifier le régime nazi mais bien, au contraire, de dénoncer des excès qui pourraient mener à des comportements comparables et de mettre en garde contre les atrocités qu'ils pourraient engendrer). Dans certaines hypothèses, l'intention réelle de l'artiste doit pouvoir être scrutée et appréciée, nécessairement en fait et moyennant due motivation, par le juge.

8.

À cet égard, un procès actuellement pendant devant la Cour d'appel de Nîmes, retient l'attention. Le caricaturiste Letko y est poursuivi pour avoir réalisé sur le mur d'un grand parking d'Avignon, une fresque représentant Gepetto sous les traits de Jacques Attali, manipulant une marionnette ressemblant à Pinocchio mais qui a les traits du président Macron. Letko dit vouloir attirer l'attention sur les déclarations de Jacques Attali lui-même, se présentant comme faiseur de rois, mais d'autres, et notamment la LICRA, y voient la symbolique antisémite de la grande finance juive dirigeant en secret le monde. En première instance, devant le tribunal correctionnel d'Avignon, Letko a été acquitté, le tribunal, après une longue analyse en fait (constatant que l'image du marionnettiste avait été très souvent utilisée en caricature, sans, loin de là, être généralement associée à un discours antisémite, si bien que les dénégations du graffeur incriminé ne pouvaient être contredites avec certitude)²⁶. Il a d'ailleurs immédiatement « récidivé » en réalisant une nouvelle fresque montrant le même président

²³ Mais comme l'indiquait Rik Torfs sur les antennes de la RTBf ce 12 février 2024, « Le mauvais goût fait partie des risques de la liberté » ([Le parti pris - Le parti pris - Auvio \(rtbf.be\)](#), circ. 8.30)

²⁴ On pourrait ajouter que certains des symboles toujours utilisés par Roger Waters (spécialement la symbolique inspirée de l'imagerie nazie ou le cochon volant) étaient déjà utilisés lors des concerts de Pink Floyd dans les années '70 et '80 sans que jamais personne ait cru y voir un discours antisémite.

²⁵ R. CONTE, « L'art a-t-il tous les droits ? », in *L'art et le droit*, M. Deguerge (dir.), Paris, Sorbonne, 2022, pp.91-95. Il y décrit un certain nombre de démarches artistiques extrêmes, comme, notamment, celle de ces jeunes qui, au printemps 1999, s'encagoulèrent et se munirent d'armes factices pour braquer une pharmacie dans le but d'obtenir ... un coton-tige, revendiquant le caractère artistique de leur démarche, ou celle de cette jeune femme qui s'induisit volontairement un œdème de Quincke – potentiellement mortel – pour pouvoir filmer les flemlements et déformations que celui-ci allait engendrer sur sa personne.

²⁶ Tribunal judiciaire d'Avignon, 14 septembre 2023, inédit à notre connaissance, *J.L.M.B.* 24/xx.

Macron, cette fois avec l'inscription 49 III (l'article de la Constitution qui permet au gouvernement de faire passer ses projets de loi les plus controversés en forçant ses opposants à faire tomber le gouvernement s'ils veulent s'y opposer) lui formant une moustache qui lui donne le sinistre aspect d'Adolph Hitler. Et un nouveau procès en suit... (même si, objectivement, l'imagerie nazie est ici utilisée en sens inverse puisque, au-dessus et en-dessous de la caricature, apparaît l'inscription « NON MERCI »).

9.

« L'art est fait pour troubler », disait Georges Braque.

Il a, depuis longtemps, quitté le domaine de la forme pour s'emparer de celui des idées²⁷. Il ne se prête guère, c'est le moins que l'on puisse écrire, à une interprétation objective. Il est souvent susceptible de plusieurs interprétations. Et d'ailleurs polysémique. L'ambiguïté en est le propre.

Dans une société où le conformisme et la censure populaire, tout particulièrement par le biais des réseaux sociaux, ne cessent de progresser, ne doit-il pas, dans la plupart des cas, être considéré comme une nécessaire bouffée d'air ? Et il faut vraiment que cet air soit intentionnellement (« méchamment » selon la phraséologie du Code pénal) chargé de parfums nauséabonds pour qu'il puisse être question d'y mettre le holà.

Dans tous les autres cas, comme l'écrivait Paul Martens en 2010²⁸, il faut impérativement protéger l'art contre le droit. Les juristes ne doivent se mêler des œuvres des artistes que lorsque ceux-ci les font dégénérer en appel à la haine.

Sinon, nous donnerons raison aux maîtres chanteurs anonymes des réseaux sociaux contre ceux qu'ils persécutent, aux censeurs contre les artistes, aux tueurs fanatisés contre *Charlie-Hebdo*.

²⁷ Paul Martens en fait une brillante démonstration dans son article précité, « L'art et le droit ». Il donne notamment l'exemple des œuvres de Daniel Spoerri et de ses tableaux-pièges, qui ne contiennent de lui que sa signature, le reste étant délégué à des inconnus, sans contrôle aucun de l'artiste (ce qui suscita un contentieux quand un amateur d'art se rendit compte que l'œuvre qu'il avait achetée avait été réalisée par un enfant de onze ans – voyez Cass. Fr., 5 février 2002, *J.C.P.*, 2002, II, 10193 et note S. CREVEL). Mais que penser de la banane scotchée de Maurizio Cattelan, vendue 120.000 dollars avant d'être dévorée par un étudiant coréen (qui revendique aussi le caractère artistique de son action), ou du tableau de Banksy qui s'est autodétruit juste après sa vente aux enchères ?

²⁸ P. MARTENS, « L'art et le droit », *op. cit.*, p. 22.