

La Revue  
des Droits  
de l'Homme

## La Revue des droits de l'homme

Revue du Centre de recherches et d'études sur les  
droits fondamentaux

Actualités Droits-Libertés | 2017

---

# Tartuffe face à Marie-Madeleine : Retour sur la condamnation d'une ex-Femen pour exhibition sexuelle

Liberté d'expression (CEDH et Code pénal)

Hilème Kombila

---



### Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3041>

DOI : 10.4000/revdh.3041

ISSN : 2264-119X

### Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

### Référence électronique

Hilème Kombila, « Tartuffe face à Marie-Madeleine : Retour sur la condamnation d'une ex-Femen pour exhibition sexuelle », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], Actualités Droits-Libertés, mis en ligne le 05 avril 2017, consulté le 19 avril 2019. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/3041> ; DOI : 10.4000/revdh.3041

---

Ce document a été généré automatiquement le 19 avril 2019.

Tous droits réservés

---

# Tartuffe face à Marie-Madeleine : Retour sur la condamnation d'une ex-Femen pour exhibition sexuelle

Liberté d'expression (CEDH et Code pénal)

Hilème Kombila

---

« Couvrez ce sein, que je ne saurais voir. Par de pareils objets les âmes sont blessées. Et cela fait venir de coupables pensées » Molière, *Le Tartuffe ou l'imposteur*.

- 1 Pour Molière, le refus de porter les yeux sur le torse nu d'une femme est un trait de comportement attribué au personnage du dévot hypocrite<sup>1</sup>. De fait, de nombreux textes religieux recommandent de fuir la séduction de la beauté féminine, en particulier lorsqu'elle est dénudée. En 2015, ce sont les algorithmes aux mœurs puritaines de Facebook qui censurent la vidéo d'une association suédoise de lutte contre le cancer du sein montrant les palpations nécessaires à la détection des tumeurs<sup>2</sup>. En 2016, c'est le fait de cacher le corps de la femme avec un burkini qui choque certains esprits<sup>3</sup>. Une femme peut se dénuder, ou pas, à la plage mais cette liberté ne lui appartient plus dans une église car elle porte atteinte à la pudeur publique. C'est en tout cas ce qu'il ressort de l'arrêt de la Cour d'appel de Paris prononcé le 15 février 2017.
- 2 Comme dans toute affaire correctionnelle, il est crucial de revenir sur les faits, car ils permettent de réaliser une qualification juridique, et potentiellement, de déterminer les éléments constitutifs de l'infraction. En 2013, quatre jours avant Noël, Eloïse Bouton, à l'époque militante Femen, se rend à l'église de la Madeleine, après la messe, pour croiser le moins de monde possible. Elle s'expose alors à l'œil de douze journalistes et photographes, couverte d'un voile bleu et d'une couronne de fleur, debout et seins nus, bras en croix, devant l'autel. Sur sa poitrine est inscrit en lettres rouges « 344e salope ». Ainsi grimée en Marie, la trentenaire mime l'avortement de l'enfant Jésus avec des morceaux de foie de bœuf dans chaque main. Ensuite, elle se retourne afin de montrer le

slogan inscrit dans son dos « Christmas is cancelled »<sup>4</sup> et de s'agenouiller les mains jointes en forme de prière. Elle passe moins de 2 minutes à immortaliser la scène avant d'être interrompue par le maître de chapelle de l'église. Il avait été prévenu qu'il se passait « *quelque chose qui n'allait pas lui plaire* » par un de ses musiciens, alors en répétition dans des salles situées derrière l'autel. A sa demande, toute la troupe quitte l'église dans le calme, sans prononcer la moindre parole. Le maître de chapelle rapporte alors la scène au curé de l'église qui dénonce les faits et dépose plainte.

- 3 Suite à l'enquête de police, Eloïse sera convoquée comme prévenue d'avoir « *imposé à la vue du public une exhibition sexuelle, en l'espèce, en montrant ses seins dans l'enceinte de l'église de la Madeleine* ». Jugée en octobre 2014 elle sera condamnée le 17 décembre 2014, par le tribunal correctionnel de Paris à un mois de prison avec sursis et 2 000 euros de dommages et intérêts à verser à Bruno Horaist, le curé de la Madeleine et 1 500 euros de remboursement de frais de justice. Cette décision fait d'elle la première femme condamnée pour exhibition sexuelle depuis la création de ce délit en 1994. La question qui se pose est celle de savoir si le fait de militer pour le droit à l'avortement, en utilisant sa poitrine nue et en mimant l'avortement de Jésus dans une église, face à un public plus ou moins conquis par la scène, est une exhibition sexuelle au sens de l'article 222-32 du code pénal. La Cour d'appel de Paris répond par l'affirmative en confirmant le jugement du tribunal correctionnel. Cette décision peut être discutée tant en ce qui concerne la reconnaissance des éléments constitutifs de l'infraction (1°) que du contrôle de l'atteinte aux libertés et droits fondamentaux (2°).

## 1°/- Une tartufferie dans la détermination de l'infraction d'exhibition sexuelle

- 4 Sans faire du juge pénal un imposteur ou un dévot, cette décision de la Cour d'appel tente de recadrer sans le dire une mauvaise posture prise par le juge de première instance, concernant la qualification juridique des faits. Cette correction laisse pourtant planer le doute sur l'objectivité de l'évaluation de certains éléments matériels (A) et l'interprétation de l'élément intentionnel de l'infraction d'exhibition sexuelle (B).

### A - Subjectivité des éléments matériels de l'infraction

- 5 L'exhibition sexuelle est pénalement sanctionnée lorsque son auteur impose ce spectacle à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public. Autrement dit, l'exhibition sexuelle est le fait de montrer en public, certaines parties du corps (1) se rattachant à l'acte sexuel ou d'effectuer devant d'autres personnes des gestes sexuels (2)

#### 1) L'exhibition publique de la nudité

- 6 Anciennement connu sous l'expression d'outrage public à la pudeur, le délit d'exhibition sexuelle est assez courant. C'est une infraction qui figure dans une section du code pénal consacrée aux agressions sexuelles, dans laquelle le législateur envisage plusieurs infractions telles que le viol<sup>5</sup>, les autres agressions sexuelles<sup>6</sup>, l'inceste<sup>7</sup>, le harcèlement sexuel<sup>8</sup> ou l'exhibition sexuelle. D'aucuns considèrent que l'exhibition sexuelle, à la différence des autres agressions sexuelles, ne se matérialise pas par un acte sur le corps de cette victime. Pourtant, en tant qu'agression sexuelle, elle devrait constituer une

atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la victime<sup>9</sup>. En fait, cette atteinte existe mais elle est matériellement limitée à l'impression de l'image sexuelle sur la rétine ou dans l'esprit de la victime. La vue, ou tout autre sens, est la porte d'entrée physique d'une atteinte à l'intégrité psychique de la personne qui subit le spectacle de nature sexuelle. A ce stade, le risque de subjectivité dans l'évaluation des éléments constitutifs de l'infraction est patent. En fonction de chaque observateur, le point de vue peut varier au sujet du caractère public, exhibitionniste ou même sexuel du spectacle. Afin de remédier à l'insécurité juridique résultant de cette subjectivité, le droit encadre la détermination de l'infraction avec un premier élément constitutif matériel : la publicité de l'exhibition de la nudité. Les comportements interdits sont multiples. Il peut s'agir d'actes, d'attitudes ou de gestes<sup>10</sup>. Toutefois, depuis un arrêt de la Cour de cassation de 2006, l'exhibition sexuelle doit inclure un élément de nudité corporelle et ne peut se limiter à des propos grossiers ou des gestes vulgaires<sup>11</sup>.

- 7 A côté de cette nudité, l'élément matériel essentiel du délit d'exhibition sexuelle est la publicité qui est donnée au comportement non consenti. C'est la nature objectivement publique des lieux où l'acte a été commis qui compte<sup>12</sup>. Peu importe si des témoins ont réellement assisté à la scène, il suffit que des personnes aient été susceptibles de voir ou de se rendre compte des actes qui s'accomplissaient. Le délit peut aussi être constitué si l'acte est commis dans un lieu privé où un tiers pouvait l'apercevoir par manque de précautions prises. Un homme a ainsi été condamné par la Cour d'appel de Grenoble parce qu'il bronzaît nu dans sa voiture<sup>13</sup>. Dans un arrêt du 26 mars 1999, la Cour de cassation a également confirmé que le fait de pratiquer le naturisme dans son jardin, exposé au regard des voisins, est une exhibition sexuelle<sup>14</sup>. Dans le cas d'Éloïse Bouton, il est évident que l'église de la Madeleine est un lieu ouvert au public, fréquenté non seulement par la chorale qui y tient ses répétitions, mais aussi par des fidèles et des touristes potentiels. De plus, le maître de chapelle de l'église a clairement manifesté son absence de consentement au spectacle en demandant à Éloïse de se rhabiller et de partir avec sa troupe.
- 8 Objectivement, il y a bien une exhibition publique de la nudité de la poitrine féminine dans cette affaire. Toutefois, il faut noter qu'il y a des dérogations jurisprudentielles à la condamnation de tels faits. Certains spectacles de nu peuvent être tolérés lorsqu'ils s'inscrivent dans une démarche artistique. Par exemple, l'artiste luxembourgeoise Deborah de Robertis, qui s'était allongée nue en janvier 2016 au musée d'Orsay devant le tableau Olympia de Manet, pour reproduire l'œuvre sous les yeux des visiteurs, a eu un simple rappel à la loi après 48 heures en garde à vue. Mais la légalité de ces actions est discutable. Les femmes dénudées font l'objet de nombreuses toiles, exposées parfois dans les églises<sup>15</sup>, au point que certaines se demandent si les femmes doivent être nues pour rentrer au musée<sup>16</sup>. C'est peut-être cette situation qui suscita l'action critique de Deborah de Robertis et l'action féministe d'Éloïse Bouton. L'exhibition publique réalisée par cette activiste Femen est une mise en scène de l'avortement de Jésus. L'actrice, comme les spectateurs, l'ont d'ailleurs reconnu. Ainsi, le maître de chapelle, a rapporté au curé de l'église « *qu'elle voulait faire passer un message* ». Elle mimait « *selon lui, un avortement, avec dans chaque main "des choses sanguinolentes* ». En somme, il « *estimait qu'elle singeait un avortement avec les chairs qu'elle avait dans les mains* ». Le fait de convier des journalistes à prendre des photographies de la scène pour ensuite les diffuser sur internet s'inscrit peut-être dans une démarche politico-artistique. Après tout, les seins d'Éloïse étaient peut-être habillés, au propre comme au figuré, par le message politique pro-avortement.

Certes, l'art n'est pas toujours beau. Il peut aussi avoir un objet et un but politique blasphématoire. Mais, en tant qu'objet détourné de sa fonction sexuelle, la publicité de la nudité du corps féminin est admise. Toutefois, pour la Cour d'appel, si le sein féminin nu est exhibé aux regards du public, le message politico-artistique qu'il revêt ne le couvre pas.

## 2) Le caractère sexuel de la poitrine

- 9 L'infraction d'exhibition sexuelle suppose l'exécution d'actes de nature sexuelle sur soi-même ou la personne d'autrui. Ces actes sexuels peuvent résulter, ou non, d'une action<sup>17</sup>. L'exhibition sexuelle peut ainsi être constituée par le simple fait d'exposer publiquement sa nudité ou ses attributs sexuels sans que l'action soit plus explicite. Pourtant, comme le remarque l'avocat d'Éloïse, s'il s'agit d'une partie du corps, « la nudité, à elle seule, ne saurait constituer l'élément matériel de l'infraction d'exhibition sexuelle ». Or, comme il le remarque, « dans la société d'aujourd'hui, le spectacle de la nudité du corps humain et du sein nu est devenu banal ». En conséquence, la poitrine dénudée de la femme n'est pas nécessairement une « partie sexuelle » du corps. Étant donné que la jurisprudence en la matière date de plus de 50 ans, il était légitime de penser qu'elle était obsolète. En 1965, la Cour de cassation considérait qu'une jeune femme jouant au ping-pong sur une plage les seins nus commettait « une exhibition provocante de nature à offenser la pudeur publique et à blesser le sentiment moral de ceux qui ont pu en être les témoins »<sup>18</sup>. Aujourd'hui, le port du monokini est largement toléré sur les plages quand d'autres sont ouvertes aux nudistes. Malgré cette évolution sociale, l'affaire de la Femen « Marie de la Madeleine » montre que cette jurisprudence n'est pas surannée. En effet, la formule de 1965 est reprise à l'identique dans le jugement querellé dans cette affaire : l'exhibition sexuelle correspond à « une exhibition provocante de nature à offenser la pudeur publique ». C'est dans cette reprise que réside l'imposture. Le caractère sexuel de la partie du corps<sup>19</sup> est assimilé à la provocation offensant la pudeur publique. Le tribunal correctionnel fait passer l'infraction d'exhibition sexuelle pour ce qu'elle n'est plus, selon les termes de la loi : une interdiction d'offense à la pudeur d'autrui.
- 10 Comme le rappelle à juste titre la Cour d'appel, pour caractériser l'infraction, il faut démontrer que l'exhibition publique, est celle d'une partie sexuelle du corps, autrement dit que les seins ont un caractère sexuel. Sans le dire explicitement, la Cour d'appel semble considérer que la simple « provocation offensant la pudeur publique » n'est pas suffisante. Le raisonnement qui permet de démontrer ce caractère sexuel de la poitrine féminine part d'un argument *a contrario*, développé à l'audience par l'avocat du curé de la Madeleine. Si le juge admet que l'exhibition sexuelle n'est pas applicable aux seins, cela signifie potentiellement que le fait de les toucher sans consentement d'autrui n'est pas une agression sexuelle. Selon le Tribunal correctionnel, les seins auraient même « une nature purement sexuelle » qu'on ne peut pas nier car « des attouchements non consentis sur cette partie du corps caractériseraient une agression sexuelle au sens de l'article 222-22 du code pénal ». Cet argument ne suffit pas pour convaincre le sens commun. En effet, les seins n'ont pas toujours, et par nature un caractère sexuel. Ainsi, rien de plus naturel qu'une femme qui allaite en public sans que personne ne pense à l'arrêter pour exhibition sexuelle. De même, si une agression sexuelle peut porter sur la poitrine, elle peut également porter une autre partie du corps, comme la bouche, qui ne sera pas considérée comme sexuelle en cas d'exhibition, même dans une église. Certes, la poitrine peut être l'objet d'une agression sexuelle et l'outil d'une exhibition sexuelle mais la question de

l'absence de consentement à l'acte sur son corps ne peut se confondre avec la volonté d'action par son corps.

- 11 Au lieu de dépasser cette confusion entre éléments constitutifs matériels et intentionnels des infractions d'agressions sexuelles, la Cour d'appel confirme la mauvaise posture du premier jugement sur ce point. La Cour d'appel explique que la Femen, déguisée en Marie, considère elle-même que sa poitrine peut être un objet sexuel. Reprenant à son compte, l'argumentation bancal du tribunal, elle va se focaliser sur le point de vue de la Femen qui affirme « *que le fait de toucher ses seins sans son consentement constitue néanmoins une agression sexuelle* ». Afin de démontrer le caractère sexuel de l'exhibition, la Cour d'appel cherche ensuite, à comprendre s'il y a une nature objectivement sexuelle de la poitrine d'une Femen en action. Selon la Cour « *il ne saurait être sérieusement contesté par la prévenue qu'en exposant à la vue d'autrui sa poitrine, elle a exhibé des parties sexuelles de son corps quand bien même celle-ci dénie le qualificatif de parties sexuelles du corps à ses seins* ». Ainsi, le fait de refuser verbalement de reconnaître le caractère sexuel de sa poitrine n'enlève pas à cette partie du corps son caractère sexuel. Si l'analogie entre l'agression sexuelle et l'exhibition était douteuse, la Cour touche ici du doigt une ambiguïté inhérente à la conception Femen de la poitrine, de la nudité et du sexe féminin. Les Femen dénoncent le sexisme, ou tout autre asservissement, en détournant un symbole du traitement de la femme en tant qu'objet : la poitrine. Indissociable du mouvement, la nudité de leur torse leur permet ainsi de « démoraliser » une partie du corps qu'elles considèrent comme le symbole de l'asservissement des femmes. Eloïse a bien connaissance de l'ambiguïté sexuelle de cette démarche. Or, c'est ce point de vue subjectif qui permet de caractériser l'élément « sexuel » de la partie dénudée du corps. Par conséquent, il semble qu'il y a ici une confusion entre l'élément matériel et moral de l'infraction d'exhibition sexuelle. Le caractère sexuel de la partie dénudée du corps est déterminé à l'aide de la démonstration de la volonté transgressive de l'auteur en matière de sexualité. La détermination de l'élément matériel dépend donc de la démonstration d'un élément intentionnel. C'est la morale de l'auteur qui permet au juge de démontrer la nature sexuelle de la partie du corps dénudée.
- 12 Le personnage de Tartuffe est un imposteur, car l'admiration de la nudité féminine est possible. Cet objet-femme, est le modèle figé qui sublime le désir sexuel dans l'art. Le sein, objet non-sexuel peut être montré sans qu'il y ait exhibition sexuelle. Pour la Cour d'appel, Marie de la Madeleine, à moitié nue, que l'actrice le veuille ou non, elle est un objet sexuel.

## B - Désuétude de l'élément intentionnel de l'infraction

- 13 L'exhibition sexuelle est pour le juge comme pour le législateur, une infraction intentionnelle. Plus que l'intention réelle de l'auteur, c'est le comportement lui-même qui est visé et les conséquences choquantes qu'il engendre auprès d'autrui (1). Toutefois, ce comportement doit potentiellement être de nature sexuelle (2).

### 1) L'intention d'atteinte à la pudeur publique

- 14 Le délit d'exhibition sexuelle, prévu à l'article 222-32 du code pénal est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1994, a succédé à l'ancien « *outrage public à la pudeur* », dont on trouve l'origine dans le décret législatif du 19 juillet 1791 et dont la définition avait été jugée trop floue. Le code pénal ne donne pourtant qu'une définition lacunaire de l'exhibition sexuelle : il

doit s'agir d'un acte de nature sexuelle, et cet acte doit être exhibé, c'est-à-dire avoir été accompli aux yeux du public. Le législateur a voulu requalifier les attentats à la pudeur en agression sexuelle, même s'il s'agit simplement de dévoiler son sexe, ou toute autre partie de son corps avec une intention sexuelle, sans le consentement d'autrui. A la base, il ne s'agit pas de mettre en place une infraction visant à protéger la pudeur du public, mais à protéger les victimes d'agression sexuelle. 10 ans plus tard, la question du sens de la loi n'était pas réglée, car le ministre de la Justice a analysé le sens précis de l'infraction, en réponse à une question posée par un député en 2003<sup>20</sup>. Il estime « *que la nouvelle incrimination est plus restrictive que pour le délit d'outrage public à la pudeur, puisqu'elle exige que l'acte soit imposé à la vue d'autrui d'une part et commis dans un lieu accessible aux regards du public d'autre part* ». Pour caractériser l'infraction, il doit être démontré au moins un des deux motifs suivants : « *la personne poursuivie a eu la volonté délibérée de provoquer la pudeur publique* » et « *sa négligence n'a pas permis de dissimuler à la vue des tiers l'acte obscène* ». En fait, l'acte incriminé doit « *constituer un geste ou une attitude déplacés au regard de la pudeur publique* ». Comme le garde des sceaux de l'époque, la Cour d'appel et le tribunal correctionnel considèrent que l'élément moral du délit d'exhibition sexuelle correspond à la « *conscience d'offenser la pudeur publique* ». Comme le rappelle la Cour, « *pour être constitué le délit d'exhibition sexuelle exige la réunion de trois éléments constitutifs : un fait matériel d'exhibition de partie(s) sexuelle(s) de son corps, la circonstance que ce fait ait été commis volontairement et la conscience d'offenser la pudeur d'autrui* ». Il est toutefois bien difficile de donner un contenu juridique à la notion de pudeur, notamment dans cette affaire.

- 15 La pudeur est une disposition à éprouver de la gêne devant ce qui peut blesser la décence, devant l'évocation de choses très personnelles et, en particulier, l'évocation de choses sexuelles. Selon le tribunal correctionnel, il y a en l'espèce une volonté de mettre « *en scène une exhibition provocante de nature à offenser la pudeur publique et à blesser le sentiment moral de ceux qui ont pu en être les témoins, alors que ces derniers pouvaient légitimement s'attendre à ce que les personnes croisées dans un lieu de culte, soient à tout le moins revêtues « d'une tenue correcte* ». Mais qu'est-ce que la pudeur publique ? Le code pénal n'est pas très précis sur ce point. A la différence du tribunal correctionnel, la Cour d'appel ne fonde pas sa motivation sur l'atteinte au « *sentiment moral* » par une « *exhibition provocante* ». Selon elle, la Femen déguisée en Marie « *a exhibé sa poitrine, sans accompagner son action de geste obscène, elle a commis son action dans un édifice religieux, lieu de prière et de recueillement, à l'entrée duquel il est rappelé l'obligation pour toute personne qui pénètre dans les lieux, qu'il soit croyant, athée ou agnostique, d'observer une tenue décente* ». La Cour démontre que cette action est menée dans l'intention de porter atteinte moralement à certaines personnes car Éloïse Bouton « *a d'ailleurs admis lors de l'audience qu'elle avait délibérément choisi ce lieu après des repérages, en raison de « l'image forte » qu'il suscitait et que « des gens pouvaient se sentir directement concernés, visés, voire blessés par cette action* ». Ce changement dans la motivation de la Cour d'appel permet de prendre un certain recul par rapport à la motivation du tribunal correctionnel. Pour la Cour d'appel, c'est la nudité qui porte volontairement atteinte à la pudeur publique dans un lieu de culte. Pour le tribunal correctionnel, c'est aussi l'aspect provocateur de la scène qui porte atteinte au sentiment moral. Sans contredire explicitement le tribunal sur ce point, selon la Cour, la nudité porte atteinte à la pudeur que tout visiteur potentiel, indépendamment de ses convictions religieuses, se doit de respecter dans ce lieu saint.

16 Tout le monde conviendra du fait qu'on ne doit pas se promener à moitié nu dans une église, que l'on soit un homme ou une femme d'ailleurs, par respect envers les personnes qui exercent leur foi dans ce lieu qu'elles considèrent comme sacré. La Cour d'appel s'attache à prendre en compte le contexte afin d'établir l'élément moral de l'infraction. La Femen, qu'il est légitime de considérer comme une Marie-Madeleine, car elle n'a rien d'une sainte vierge, « *n'a pu se méprendre sur l'attitude à observer lorsque l'on pénètre dans un édifice religieux et notamment à l'église de la Madeleine, à l'entrée de laquelle, reposent des pancartes rappelant qu'une tenue décente est de rigueur* ». Le lieu des faits : l'église de la Madeleine, permet de déterminer la conscience de l'atteinte à la pudeur publique. Mais l'atteinte à la pudeur n'est pas simplement une atteinte à la moralité ou à la bienséance. Alors certes, une Femen grimée en vierge Marie, mimant un avortement la poitrine dénudé et taguée d'inscriptions faisant référence à la lutte pour le droit à l'avortement a conscience que « *des gens pouvaient se sentir directement concernés, visés, voire blessés par cette action* ». Mais, comme le remarque l'avocat général, « *Éloïse BOUTON (...) a voulu accomplir un acte politique, au sens étymologique du terme* ». Certes, il est certain qu'« *elle voulait par ce biais "choquer"* ». Or, cette pudeur dont parle le juge est limitée à ceux qui partagent les conceptions dogmatiques catholiques relatives à l'avortement. Puisque le législateur a dépénalisé l'avortement depuis 1971, il est clair que la volonté générale s'est fait l'écho de la lutte pour le droit à l'avortement. Il n'y a plus d'atteinte à la pudeur publique à revendiquer le droit à l'avortement comme à être seins nus sur une plage. Cependant, il est certain que dans une église les choses changent, ou plutôt ne changent pas, comme le rappelle la Cour d'appel. Pourtant, le terme de pudeur peut impliquer plusieurs sens : la discrétion sans rapport direct avec l'acte sexuel ou en lien avec l'acte sexuel. Celui qui est visé par le législateur est consubstantiel au caractère sexuel de l'acte, car l'exhibition est une agression sexuelle

## 2) Le caractère sexuel de la volonté de l'auteur

17 En intervenant dans l'église de la Madeleine, Éloïse souhaitait provoquer une prise de conscience. Elle se servait de son corps comme « d'un étendard ». Le caractère transgressif d'une telle démarche consiste donc à nier le caractère sexuel et impudique de la poitrine dans le but de lutter contre cette même conception du corps de la femme. Pourtant, selon la Cour d'appel, le caractère sexuel d'une poitrine nu ne disparaît pas avec le message politique qui s'y trouve, en raison justement de cette intention sexuelle détournée. La poitrine d'une femme est un objet sexuel, peu importe sa volonté politique d'agir contre cette conception du corps féminin. De plus, cette volonté transgressive est la preuve de l'intention d'atteinte à la pudeur publique. A l'inverse, aux yeux des Femen, le fait de considérer les seins des femmes comme une « partie sexuelle » est une conception morale discriminatoire contre laquelle elles se battent. Leur nudité politique n'est pas érotique. En fait, leur intention, n'est pas de heurter par leur nudité le « père la pudeur » sur le plan sexuel mais sur le plan moral. La transgression volontaire n'annule-t-elle pas la nature sexuelle de l'intention de l'atteinte à la pudeur ? Comme, l'indiquait l'avocat de d'Éloïse, concernant cet élément intentionnel « *l'état de nudité n'était nullement accompagné d'une volonté d'imposer un acte de nature sexuelle à un tiers (...) sa cliente ayant utilisé sa poitrine pour véhiculer une opinion sur la position de l'Église à l'égard de l'avortement en dehors de toute connotation sexuelle et sans aucune mise en scène de nature sexuelle et obscène* ». Ni la victime ni l'auteur n'ont vu d'action sexuelle dans cette scène. La poitrine dénudée portait une inscription faisant référence au « Manifeste des 343 salopes » publié dans Le Nouvel



Observateur en 1971 pour défendre le droit à l'avortement<sup>21</sup>. A l'inverse de cette défense, pour la Cour d'appel, une femme ne peut échapper, pour des raisons politiques, au caractère sexuel de sa poitrine et à l'intention sexuelle qui résulte de sa nudité. Pourtant, c'est bien sur le fondement de ce raisonnement que trois Femen ont déjà été relaxées en première instance à Lille, en mars 2016, du délit d'exhibition sexuelle. Elles avaient mené une action lors de l'arrivée de Dominique Strauss-Kahn au procès de l'affaire dite du Carlton. Pour le juge dans cette affaire, « *le fait de se couvrir le torse d'inscription et de scander un message ne traduit pas une intention ou la volonté d'une mise en scène à caractère sexuel* »<sup>22</sup>. De même, devant la Cour d'appel de Paris dans l'affaire de la destruction de la statue de cire de Vladimir Poutine au musée Grévin à Paris en 2015, l'avocat général s'en était remis « *à la sagesse de la cour* »<sup>23</sup> pour le délit d'exhibition sexuelle reproché à Iana Zhdanova. La Cour d'appel de Paris avait également relaxé huit membres du mouvement pour la dégradation d'une cloche de Notre-Dame de Paris en 2013.

- 18 Pourquoi, dans cette affaire, les seins ne sont plus politiques mais uniquement érotiques ? Sans le dire explicitement, l'argumentaire de la Cour d'appel laisse penser que c'est le fait de mimer un avortement dans une église qui prouve l'intention d'atteinte à la pudeur. Comme cette pudeur est nécessairement sexuelle, au sens de l'infraction visée, c'est cette mise en scène blasphématoire qui fonde la démonstration de l'intention de l'auteur. Selon la Cour d'appel, Éloïse a voulu « *offenser la pudeur d'autrui et notamment des catholiques, opposés à l'avortement et menant dans certains pays des campagnes anti-avortement* ». Il y aurait donc un lien entre la scène de l'avortement et la pudeur sexuelle catholique. L'avortement est nécessairement la conséquence d'un rapport sexuel qui a eu lieu sans contraception. Or, selon l'Église catholique, ce type de rapport sexuel est prôné, uniquement dans le cadre du mariage. L'avortement est quant à lui réprimé car il porte atteinte à la vie de l'enfant à naître. En dehors de ces circonstances, la morale catholique prône la chasteté et l'abstinence. Dans cette optique, tout acte sexuel hors mariage porte donc atteinte à la pudeur de type sexuelle. Les conséquences de cet acte : enfants adultérins, abandon d'enfant, double vie, homosexualité, etc., portent également atteinte à la pudeur de type sexuel car elles renvoient à l'acte sexuel originellement défaillant, immoral ou « contre-nature », au sens dogmatique du terme. Ajouter à cela le fait que c'est la vierge Marie qui avorte de Jésus et il est clair que l'outrage à la pudeur est constitué. Est-il nécessaire de rappeler que Marie, la mère de Jésus, est la seule femme à enfanter sans avoir eu de rapports sexuels ? La mise en scène de l'avortement renvoie nécessairement au tabou catholique de l'acte sexuel par l'atteinte portée au dogme de l'immaculée conception. Cette atteinte est la conséquence de la mise en scène plus que de la nudité de la poitrine. Si l'action avait été menée poitrine couverte, la pudeur catholique aurait été également choquée. En soi, le sein nu n'est qu'un élément accessoire à la mise en scène globale. C'est l'ensemble du tableau qui pose problème. Il connote un rapport sexuel impensable par le dogme religieux, et un acte « para-sexuel » ou « post-sexuel », interdit par la loi religieuse. L'atteinte au sentiment moral catholique, à la bienséance sociale, à la discrétion est l'objet même de l'action politique pro-avortement des Femen.
- 19 Dans le spectacle blasphématoire qui confronte Tartuffe à Marie-Madeleine, l'utilisation de la poitrine se fait de manière, certes transgressive, mais dépourvu d'érotisme. La possibilité de choix concernant la destination de son corps, n'est pas donnée aux femmes qui s'exhibent torse nu, selon la Cour d'appel. En outre, en niant le lien direct entre l'atteinte à la pudeur et le message politique, elle ignore ce message. En fait, elle refuse la confrontation, et la nécessaire conciliation, entre liberté d'expression et liberté

religieuse. Face à l'obsolescence programmée de la répression pénale des Femen pour exhibition sexuelle, la Cour d'appel semble faire de la résistance afin de protéger les lieux saint de l'Église catholique.

## 2°/- Un contrôle discutable de l'atteinte aux libertés et droits fondamentaux

- 20 Dans cette affaire, la Cour d'appel opère une conciliation limitée voire inexistante des libertés fondamentales qui heurteraient certainement la position de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) (A). Surtout, elle interroge sur la protection de la liberté d'expression face à la liberté religieuse, étant donné qu'aucun contrôle n'a été fait sur la constitutionnalité de l'infraction d'exhibition sexuelle (B).

### A - Restriction du contrôle de conventionnalité

- 21 Afin de résoudre la confrontation entre liberté religieuse et liberté d'expression, il convient parfois de protéger la liberté d'expression, « *fondement essentiel d'une société démocratique* »<sup>24</sup> et d'autres fois de faire prévaloir la liberté d'expression qui est « *l'une des assises d'une société démocratique* »<sup>25</sup>. Dans cette affaire, la Cour d'appel va opter pour la seconde option (1) en niant l'atteinte à la liberté d'expression d'Éloïse Bouton (2).

#### 1) La protection de la liberté religieuse

- 22 Dans cette affaire, la Cour d'appel se place sur le terrain de la liberté religieuse et de culte quand elle estime que l'action, menée au sein de l'église de la Madeleine, avait pour but de choquer « *les fidèles catholiques et protester avec violence et brutalité contre les positions anti-avortement de l'Église catholique* ». Il s'agit en fait d'une diffamation religieuse c'est-à-dire « *l'expression d'opinions anti-religieuses prenant la forme de railleries, de dénigrement, d'offenses, d'attaques, d'insultes, d'injures, de propos blasphématoire* »<sup>26</sup>. La diffamation trouve ses sources dans la notion de blasphème<sup>27</sup>, c'est-à-dire une « *parole qui outrage la divinité ou qui insulte la religion* »<sup>28</sup>. En France, aucune loi ne sanctionne pénalement le blasphème car ce délit n'existe plus depuis la Révolution<sup>29</sup>. S'ils ne pénalisent pas le blasphème, les tribunaux sanctionnent l'injure et l'incitation à la haine raciale ou religieuse. L'injure constitue ainsi une attaque personnelle et directe dirigée contre une personne ou un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse peut être poursuivi pénalement. En France, « *société laïque et pluraliste, le respect de toutes les croyances va de pair avec la liberté de critiquer les religions quelles qu'elles soient et avec celle de représenter des sujets ou objets de vénération religieuse* »<sup>30</sup>. Pour la Cour d'appel, il ne s'agit pas seulement d'une scène qui outrage la religion catholique et son dogme (idée de blasphème) par la mise en scène de l'avortement de la vierge Marie. Au contraire, l'action dénudée, en raison du lieu où elle est exécutée, offense la pratique religieuse des fidèles de la Madeleine, et particulièrement de ceux présents dans l'église (idée d'injure). En effet, la Femen n'hésite pas « *à défier des individus de confession catholique dans l'une de leurs églises et en un lieu central, c'est à dire l'autel, qui renferme une pierre dans laquelle repose un morceau de relique d'un saint* ».
- 23 Pourtant, dans cette affaire, le but d'Éloïse était clairement de critiquer les positions anti-avortement de l'Église catholique et pas d'offenser les fidèles. Ainsi, comme le montre

l'enquête, le site internet du journal Le Nouvel Observateur, publiait un autre article le 23 décembre 2013 à 16h13, intitulé « *une Femen mime un avortement : cette Femen, c'était moi. Voici ma version des faits* », dans lequel Éloïse Bouton s'adressait directement au Père Bruno Horaist. Elle précisait que : « *Femen a mené cette action dans le cadre d'une campagne internationale « Christmas is canceled » pour dénoncer les positions anti-avortement de l'Église catholique à travers le monde et son intrusion dans des débats laïcs, qui portent atteinte à l'intégrité des femmes* ». Comme elle le reconnaîtra devant les enquêteurs de police, l'idée « *était de faire une sorte de relais international du 19 au 24 décembre 2013 depuis le Vatican jusqu'à Cologne en Allemagne. En tout, il devait y avoir des actions dans cinq pays différents, dont la France* ». Concrètement, « *il s'agissait de simuler l'avortement de l'enfant Jésus dans des lieux saints de chaque pays. Il était prévu une activiste par pays et il avait été décidé dans le cadre d'une décision collective que pour la France, ce serait elle* ». La mise en scène de Marie, la vierge abortive, à l'église de la Madeleine, était une attaque politique contre le dogme de l'immaculée conception et le lobbying anti-avortement de l'Église catholique. Ce type d'acte blasphématoire n'est pas pénalement réprimé. L'intention de l'auteur n'était pas non-plus d'attaquer personnellement les fidèles catholiques de la Madeleine et ainsi de les injurier. Est-il possible que l'infraction d'exhibition sexuelle permette la condamnation d'une femme en raison d'une mise en scène blasphématoire ?

- 24 Selon l'avocat d'Éloïse, puisqu'elle est poursuivie « *à l'occasion d'une manifestation féministe (...) les poursuites engagées constituent une ingérence dans l'exercice par la prévenue de son droit à la liberté d'expression* » garanti par le paragraphe 1<sup>er</sup> de l'article 10 de la CEDH<sup>31</sup> Cette liberté est si fondamentale dans la conception européenne de la démocratie qu'elle appelle normalement un contrôle strict de la nécessité et de la proportionnalité des ingérences dans ce droit. Toutefois, comme le rappelle la Cour d'appel, la liberté d'expression peut être limitée, en application du paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH. Ainsi, la liberté d'expression n'est pas absolue. L'Etat peut, sous des conditions strictes, interférer à cette liberté. En plus des habituelles justifications des textes européens, fondées sur l'ordre public, la sécurité publique et la santé publique, viennent s'ajouter des considérations liées à la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui. En application de cette disposition, selon l'avocat du curé, la liberté d'expression « *ne saurait justifier des expressions gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices, une action menée au sein d'une église (...), réalisée dans le dessein de "choquer" par l'exhibition des seins, l'opinion publique et les fidèles catholiques* ». Sur ce point, la jurisprudence de la Cour EDH est claire. En matière religieuse, comme en matière de morale, elle prend en compte le fait qu'il n'existe pas en Europe de conception uniforme de la place de la religion dans la société. Elle ne peut donc s'appuyer sur un consensus européen pour contrôler les décisions nationales à partir de critères communément acceptés. En conséquence, sur le fondement de la théorie de la marge d'appréciation<sup>32</sup>, elle a conclu dans l'affaire *Otto-Preminger Institut*<sup>33</sup> qu'il était impossible de parvenir 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 sentiments religieux d'autrui* »<sup>34</sup>. Suivant un principe de subsidiarité, il appartient donc aux autorités nationales, mieux placées que le juge international, d'évaluer la nécessité des mesures de lutte contre la diffamation religieuse, à la lumière de la situation qui existe au plan local. C'est le juge national qui est investi du rôle de garant de la paix religieuse. Le juge judiciaire français semble donc le seul à pouvoir dire si la condamnation de la Femen, déguisée en Marie abortive, à moitié nu, est une atteinte nécessaire à la liberté d'expression afin de protéger la liberté de culte contre la diffamation religieuse. L'avocat général peut donc tout à fait estimer que la liberté d'expression, en droit français, «

*n'autorise nullement quiconque à porter atteinte à l'exercice du culte dans un lieu destiné à cet effet* ». La décision de la Cour d'appel comme la jurisprudence de la Cour EDH ne s'oppose à une forte répression de la diffamation religieuse, notamment par le biais de l'interdiction, pour la femme, d'une exhibition pro-avortement torse nu dans une église. Néanmoins, pour que la liberté d'expression ne perde pas toute sa substance, la répression de la diffamation ne satisfait à l'exigence de proportionnalité

## 2) La négation de la liberté d'expression

- 25 Les libertés de religion<sup>35</sup> et d'expression ayant toutes les deux la même valeur juridique, l'œuvre de conciliation revient au juge. Ce dernier il privilégiera tantôt la liberté d'expression sur la liberté de religion, tantôt l'inverse, sans pour autant établir une hiérarchie. La répression de la diffamation religieuse, bien que licite, doit aussi obéir à l'exigence de proportionnalité. Dans la mise en œuvre de ce contrôle de proportionnalité, la Cour EDH fait une distinction entre les propos portant atteinte aux convictions intimes des croyants d'une part, et les propos participants d'un débat historique ou politique impliquant des questions religieuses, d'autre part. Dans le premier cas, la Cour EDH fait un rappel des principes qui protègent la liberté d'expression, tout en énonçant les limites à cette liberté. Cette formulation est reprise par le tribunal correctionnel et la Cour d'appel. Ensuite, en cas de non-respect du cadre formel de l'article 10 § 2, la Cour peut constater une violation de la convention. Le plus souvent, à ce stade, en raison du caractère subsidiaire de son rôle, elle limite son évaluation aux raisons invoquées par les autorités nationales pour justifier la restriction de la liberté d'expression du requérant. Il s'agit d'un contrôle formel de la nécessité de la mesure nationale. Enfin, la Cour procède au contrôle concret de la proportionnalité au sens strict du terme, de type bilan coût-avantage. Ce test se concentre principalement sur la proportionnalité des sanctions infligées au requérant. Là encore, la décision de la Cour d'appel opère ce type de contrôle. En effet, « *ainsi que les premiers juges le rappellent, " les droits de la prévenue trouvent leur limite d'exercice au besoin social impérieux de protéger autrui de la vue dans un lieu de culte, d'une action exécutée dénudée que d'aucuns peuvent considérer comme choquante. L'action du Ministère Public était donc proportionnée au but légitime visé"* ». En confirmant le jugement de première instance, la Cour d'appel prend manifestement en compte la situation financière, militante et l'absence d'antécédent judiciaire de l'ex-Femen. La peine choisie par le tribunal correctionnel est relativement symbolique et, de ce fait, considérée par le juge d'appel comme proportionnée<sup>36</sup>. Toutefois, même si le contrôle de la Cour EDH est restreint en matière de répression de la diffamation religieuse, sa jurisprudence illustre aussi un encadrement plus strict dans les cas liés aux débats politiques.
- 26 Dans le domaine des débats d'intérêt commun, la jurisprudence de la Cour EDH montre sa volonté de ne pas totalement déléguer son contrôle aux autorités nationales. Dans certains cas, les restrictions à la liberté d'expression appellent donc une interprétation étroite. La marge d'appréciation de l'État doit alors être réduite et, de ce fait, le contrôle de proportionnalité renforcé<sup>37</sup>. L'intensité du contrôle de proportionnalité doit varier « *en fonction des circonstances. Dans des cas [...] où il y a eu ingérence dans l'exercice des libertés garanties au paragraphe 1 de l'article 10 [...], ce contrôle doit être strict, vu l'importance des libertés en question* »<sup>38</sup>. La conciliation de ces deux libertés est extrêmement difficile à mettre en œuvre. Dans les cas qui mettent en jeu un débat de société, la Cour EDH peut même faire primer la liberté d'expression sur la liberté de pensée, de conscience et de religion. Par exemple, dans la décision *Aydin Tatlav contre Turquie*<sup>39</sup>, la Cour a considéré

que « ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion, qu'ils appartiennent à une majorité ou à une minorité religieuse, ne peuvent raisonnablement s'attendre à le faire à l'abri de toute critique. Ils doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi ». Le simple rejet de croyances religieuses ou de propagation de doctrines hostiles à la foi d'autrui n'est donc pas suffisant pour faire primer la liberté de religion sur la liberté d'expression. Or, la position de la Cour d'appel conduit à nier l'existence même de la liberté d'expression afin d'opérer un contrôle restreint de proportionnalité. Ainsi, pour l'avocat général, « il ne saurait être sérieusement allégué qu'une condamnation de Mme BOUTON violerait la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la CEDH ». Surtout, comme le précise la Cour d'appel, la procédure pénale dans cette affaire ne vise « en aucun cas, à la priver de sa liberté d'expression et de son droit de manifester ses opinions politiques, mais bien à réprimer une exhibition sexuelle, inadmissible dans un lieu de culte et à protéger la sensibilité religieuse des fidèles directement visés par cette action ». En cas d'exhibition sexuelle, la liberté d'expression semble disparaître. Quand une femme montre sa poitrine nue et mime un avortement, le message politique qui figure sur son torse et dans son action disparaît-il ? Oui, selon la Cour d'appel, qui poursuit en expliquant que « ce que la prévenue estime comme étant sa liberté d'expression a eu pour effet de porter gravement atteinte à la liberté de penser d'autrui comme de la liberté religieuse en général ». Il n'y a donc liberté d'expression que dans la tête de Marie-Madeleine et « une prétendue violation de la liberté d'expression (...) ne saurait être retenu ». A partir de là, la vérification du respect de la proportionnalité est assez simple.

- 27 Le tribunal correctionnel et la Cour d'appel sont bien conscients que « dans la mise en œuvre et du contrôle de l'article 10 de la Convention (...), il appartient aux juridictions, de concilier la liberté d'expression avec d'autres libertés d'égale valeur, telle que la liberté religieuse ». Mais, si la liberté d'expression d'une Femen n'existe pas dans une église, la conciliation peut se limiter à deux éléments. D'une part, une vérification formelle de la nécessité pénale de la poursuite, et d'une part, une vérification concrète de la proportionnalité de la sanction. Sauf que dans cette affaire il y a clairement un débat de société entre une position pro-avortement face à la position anti-avortement de l'Eglise catholique. En principe, dans ce type de situation, le juge devrait opérer son contrôle de proportionnalité plus approfondi. La Cour EDH peut par exemple prendre en compte le caractère malveillant de l'expression, sa gravité et son utilité afin d'évaluer la capacité de l'atteinte à la liberté d'expression à protéger la liberté de religion. Par exemple, si l'utilisation de la liberté d'expression crée un lien général entre un groupe religieux (les musulmans) et un acte terroriste<sup>40</sup>, ou cherche à faire haïr tout un peuple<sup>41</sup>, le requérant ne peut plus bénéficier de la protection de l'article 10 car son expression est contraire aux valeurs proclamées et garanties par la Convention. Dans l'affaire de la Madeleine, il semblerait que la Cour d'appel a très bien compris le propos politique d'Éloïse et, donc potentiellement, l'existence d'un « débat d'intérêt commun » au sens de la jurisprudence européenne. Ainsi, la Cour d'appel note que « l'exhibition de la prévenue, partiellement nue, et son attitude provocante non autorisée (mains en croix avec un morceau de viande crue sanguinolente dans chaque main, jambes écartées, porteuse d'un voile de couleur bleue symbolisant la Vierge Marie, se prêtant à plusieurs poses sur l'autel pour permettre la lecture d'une première inscription peinte sur le ventre et la poitrine "la 344ème salope" (en référence au manifeste des 343 initié par des féministes pro-avortement en 1971, et une seconde inscription dans le dos : "Christmas is canceled") constituent nécessairement une atteinte à l'affectation culturelle de l'édifice et au respect des fidèles qui viennent chercher, dans une église, un lieu de prière et de recueillement ». Le terme sexuel a disparu de l'exhibition pour laisser la place à la provocation par la mise en scène de

l'avortement. La provocation est certes choquante mais elle invite au débat politique concernant les positions dogmatiques anti-avortement de l'Eglise catholique. Ce débat est parfaitement en accord avec les valeurs de la CEDH car, comme le note la Cour EDH dans l'arrêt *Wingrove*<sup>42</sup> : « *De puissants arguments militent en faveur de la suppression des règles sur le blasphème, par exemple leur caractère discriminatoire* »<sup>43</sup>.

- 28 Dans un pays dans lequel l'avortement est dépénalisé mais à une époque où cette légalisation est remise en cause en Europe, il aurait été judicieux, afin de respecter la Convention EDH, d'opérer un contrôle renforcé de la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression. Cette négation de la liberté d'expression est d'autant plus regrettable qu'elle s'accompagne d'une absence de contrôle de constitutionnalité de l'infraction d'exhibition sexuelle.

## B - Réticence au contrôle de constitutionnalité

- 29 Dans cette affaire Éloïse et son avocat ont contesté la légalité du délit d'exhibition sexuelle qui n'est pas suffisamment défini dans le code pénal (1). La mise en œuvre de cette infraction afin de poursuivre la diffamation religieuse créée potentiellement une rupture d'égalité devant la loi entre les hommes et les femmes (2).

### 1) Le respect du principe de légalité

- 30 L'avocat d'Éloïse a soutenu que l'article 222-32 du code pénal, définissant le délit d'exhibitionnisme sexuel, était contraire aux dispositions des articles 5,8 et 16 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789 et à l'article 34 de la Constitution, en ce que les éléments matériels et l'élément moral du délit prévus par ce texte n'étaient pas clairs et précis. En effet, il y a une atteinte au principe de légalité des délits et des peines en cas d'absence de définition, d'imprécision et de d'imprévisibilité de la loi. En l'espèce, l'article 222-32 du code pénal qui punit l'exhibition sexuelle, ne donne aucune définition de cette infraction. Cette lacune pouvait laisser supposer un manquement à la clarté et à la lisibilité de la loi mais le ministère public s'est opposé à la transmission de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) à la Cour de cassation. Il a estimé, qu'il n'était pas nécessaire « *de se livrer à une analyse sémantique de ces dispositions pour cerner avec clarté et précision le comportement incriminé, défini à maintes reprises par les juridictions* ». Sur ce point, s'il est vrai que l'infraction d'exhibition sexuelle est courante, il est aussi certain que les condamnations de femmes sont très rares. La jurisprudence en la matière n'est pas bien définie car elle est rarissime, ancienne et discutable. Le ministère public semble ignorer totalement le fait que d'autres juges estiment que la nudité politique n'est pas érotique. Éloïse est en fait la seule Femen condamnée sur ce fondement pour des faits qui touchent à la diffamation religieuse (atteinte à la pudeur morale). Cette position est d'autant plus troublante qu'elle repose sur une capacité d'interprétation qui est laissée au juge. La mise en œuvre de l'infraction dépendrait de « *chaque espèce, au regard d'un contexte particulier, variable selon les époques et les milieux* ». Pourtant, selon la Cour d'appel, la conception de la nudité féminine dans une église ne saurait varier de la sorte.
- 31 Afin de refuser la transmission de la QPC, il était également rappelé que la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 9 avril 2014<sup>44</sup> avait déjà considéré que cette question ne présentait pas, à l'évidence, un caractère sérieux. Selon elle, l'article

222-32 du code pénal était rédigé en termes suffisamment clairs et précis pour permettre son interprétation, laquelle relevait de l'office du juge pénal, sans risque d'arbitraire. La réponse de la Cour de cassation est donc lacunaire dans une situation où elle n'avait pas à arbitrer un conflit entre plusieurs interprétations de la disposition en cause. En effet, avant l'affaire de la Madeleine, les autres juridictions judiciaires françaises ont toutes estimé que l'infraction d'exhibition sexuelle n'était pas constituée. Plus qu'un problème général d'illisibilité de la loi, cette affaire est peut-être un cas isolé d'incompréhension de son sens par une juridiction particulière. Dans ce cas, il reviendra à la Cour de cassation de trancher le conflit d'interprétation afin de stabiliser les choses. Pour se faire, elle peut faire application de la Convention EDH sans avoir à trancher une quelconque question de constitutionnalité. L'intention de porter atteinte à la pudeur publique doit-elle être sexuelle (érotique) ou peut-elle être simplement morale (religieuse) ? Si cette deuxième option était retenue, l'infraction d'exhibition sexuelle pourrait servir à poursuivre, uniquement des femmes, pour des faits de diffamation religieuse. Or, si la répression de la diffamation religieuse est encouragée au niveau international<sup>45</sup>, quand elle emprunte la voie pénale elle est discutable. La conventionnalité de la pénalisation de la diffamation religieuse n'est pas contraire à l'article 10 de la Convention EDH<sup>46</sup>. Toutefois, quand il s'agit d'un débat de société, le contrôle du juge doit être renforcé afin d'assurer un plein respect de la liberté d'expression. En outre, si cette loi pénale entraîne une discrimination indirecte en raison du sexe, il pourrait y avoir matière à soulever la non-conformité avec l'article 14 de la Convention EDH. Pour le moment, la question du respect du principe d'égalité n'est soulevée par les requérants que sur le fondement de la Constitution.

## 2) Le respect du principe d'égalité

- 32 Selon les Femen le délit d'exhibition sexuelle a caractère discriminatoire puisqu'il ne touche que les femmes militantes. Les Hommen, mouvement anti-mariage homosexuel dont ses membres masculins manifestaient torsés nus, n'ont jamais été poursuivis pour exhibition sexuelle. Cette infraction serait donc contraire au principe constitutionnel d'égalité. Constitution française contient de nombreuses références à l'exigence d'égalité<sup>47</sup>. Certains textes indiquent précisément quelles sont les discriminations que le législateur ne peut établir sans justification<sup>48</sup>, alors que d'autres se contentent de définir des domaines dans lesquels l'égalité a vocation à s'appliquer. Depuis la décision du Conseil constitutionnel du 27 décembre 1973, dite Taxation d'office<sup>49</sup>, le principe d'égalité intervient dans le contrôle de constitutionnalité des lois. Le Conseil constitutionnel, peut se référer à ces dispositions ou au principe général d'égalité sans que soient précisés les domaines dans lesquels cette norme a vocation à être mise en œuvre ou les motifs de dérogation interdits. Le juge constitutionnel utilise alors une formule standard qui est censée exprimer sa conception globale du principe. En effet, depuis une décision du 9 avril 1996, le Conseil constitutionnel estime que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* »<sup>50</sup>. A travers cette formule, il est clair que l'égalité n'est pas un droit fondamental absolu et inconditionnel. Il existe en fait des différenciations législatives de traitement qui ne sont pas expressément interdites par la Constitution et qui n'ont pas non plus pour effet de remettre en cause l'exercice de droits fondamentaux. Par conséquent, puisque l'égalité est une norme relative et contingente, l'intensité du contrôle de son respect sera variable.

- 33 Deux tendances, en termes d'intensité de contrôle du respect du principe d'égalité dans la jurisprudence constitutionnelle, sont mises en évidence par la doctrine<sup>51</sup>. D'une part, un contrôle strict apparaît lorsque sont examinées soit des discriminations expressément interdites par la Constitution, soit des discriminations ayant pour effet de remettre en cause l'exercice de droits fondamentaux. En la matière, les différences de situation ne justifient pas de différence de traitement, ou n'en justifient que s'il est démontré qu'une exigence constitutionnelle impérieuse impose une modulation. Dans tous les autres cas, d'autre part, un contrôle normal semble prévaloir. Il s'agit alors de différences de traitement entre situations de droit ou de fait comparables. Le contrôle exercé s'apparente alors à un contrôle de proportionnalité limité à la vérification de l'adéquation entre les moyens employés et les fins poursuivies ou à celui de l'erreur manifeste d'appréciation. Ces différenciations de traitement seront jugées inconstitutionnelles seulement en cas d'absence de rationalité du choix du législateur. Cette autolimitation du juge est théoriquement une condition de sa légitimité dans une société fondée sur le principe démocratique<sup>52</sup>. En pratique, tous les choix effectués par le Parlement dans son activité législative ont pour objet l'établissement de différenciations de traitement selon les catégories<sup>53</sup>. Par conséquent, le contrôle de constitutionnalité peut potentiellement remettre en cause l'ensemble de ces choix. Dans ce contexte, d'aucuns remarquent que le Conseil a tendance à restreindre l'intensité de son évaluation, même dans des cas où le contrôle est théoriquement plus poussé. Cette restriction du contrôle se manifeste, par exemple, sous la forme d'un contrôle « abstrait » qui limite sérieusement l'identification des discriminations<sup>54</sup>. Cette abstraction du contrôle permet au Conseil constitutionnel de « *décerner à cette disposition restrictive, explicitement discriminatoire, un brevet de constitutionnalité* »<sup>55</sup>.
- 34 Dans cette affaire, la discrimination qui frappe les Femen est indirecte car la loi pénale est la même pour tous, peu importe le sexe. Toutefois, derrière cette neutralité apparente, les femmes militantes sont les poursuivies pour exhibition sexuelle alors que les hommes ne le sont pas. Si le juge se fonde sur le principe général d'égalité, et qu'il adopte un contrôle « abstrait », il est probable que le juge constitutionnel refuserait de reconnaître le caractère discriminatoire de l'infraction. Si la poitrine féminine est considérée comme différente de la poitrine masculine, de par son caractère sexuel, il n'y a pas de rupture d'égalité. Formellement, « *le législateur règle de façon différente des situations différentes* ». Toutefois, s'il adoptait une analyse concrète, il pourrait considérer que ce caractère érotique de la poitrine disparaît en cas de militantisme, où sur la plage. Il y aurait alors une dérogation à l'égalité. La différence de traitement ne sera alors justifiée que si elle est « *en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit* ». Or, l'objet de la loi pénale n'est pas très clair. L'élément intentionnel de l'atteinte à la pudeur publique est-il d'ordre moral, au sens large, ou uniquement lié à l'aspect sexuel ? Dans le premier cas, poursuivre une Femen pour exhibition sexuelle en cas de diffamation religieuse n'est pas contraire à la constitution. Dans le second cas, la loi pénale est contraire au principe général d'égalité. Au demeurant, le Conseil constitutionnel pourrait considérer que c'est l'égalité devant la loi pénale qui est touchée et être plus enclin à renforcer son contrôle. En effet, le principe d'égalité est souvent utilisé pour conforter un autre droit fondamental. Dans l'affaire de la Madeleine, cette méthode d'analyse conjointe du principe constitutionnel d'égalité et de celui de la lisibilité de la loi ne pourrait pas aboutir si le juge adopte un contrôle « abstrait ». Cela étant, le Conseil constitutionnel n'aura pas l'occasion d'exercer son contrôle dans cette affaire puisque la QPC n'a pas passé le filtre de la juridiction pénale.



Toutefois, les libertés dont il était question pouvaient être protégées par un contrôle de conventionnalité à la hauteur du débat de société qu'elles supposent.

- 35 A l'heure où le délit d'entrave à l'IVG vient d'être étendu, l'ignorance de la lutte féministe pro-avortement qu'induit cette décision laisse songeur. Cette pénalisation de la liberté d'expression, dans le but de garantir les droits d'autrui, réduit la possibilité de débat entre des points de vue opposés. La société est-elle incapable de débattre sur ce qui est moralement admissible ? Sur le plan juridique, la confiscation juridictionnelle de la possibilité de conciliation des intérêts est critiquable. Au regard de la Convention EDH, elle semble même nuisible à la tempérance de la société démocratique.

\*

Les Lettres « Actualités Droits-Libertés » (ADL) du CREDOF (pour s'y abonner et se désabonner) sont accessibles sur le site de la Revue des Droits de l'Homme (RevDH) – Contact

## NOTES

1. Voir Jean de La Fontaine, « L'Ermite », *Recueil contenant quelques discours libres et moraux*, 1667
2. *Cancerfonden*
3. Voir en ce sens la suspension de l'arrêté de Villeneuve-Loubet dit « anti-burkini » par le Conseil d'État : CE, ord., 26 août 2016, n° 402742, 402777 : JurisData n° 2016- 015886
4. Noël est annulé.
5. Art. 222-23 et s. CP.
6. Art. 222-27 et s. CP.
7. Art. 222-31-2 CP.
8. Art. 222-32 et s. CP
9. De même, selon l'article 222-22 de ce code, une agression sexuelle correspond à « toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ».
10. Les injures verbales, les écrits ou les images à caractère sexuel tombent sous le coup d'autres textes d'incrimination tels que la contravention de l'article R. 624-2 du Code pénal relative à la diffusion de messages contraires à la décence ou le délit de publication d'images obscènes susceptibles d'être perçues par des mineurs.
11. Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 4 janvier 2006, 05-80.960
12. Par exemple, des places, rue, jardins publics ou encore des plages.
13. *CA Grenoble*, 27 août 1997, *Jurisdata* n° 043082)
14. **Cour de Cassation, Chambre criminelle, du 26 mai 1999, *Jurisdata* n° 98-84.733**
15. « Le seul œil du soleil », une toile cubiste représentant une femme allongée et dénudée qui semble bronzer devant un tournesol, a été retirée face à la réaction des « âmes pieuses » puis remplacée par le curée de la paroisse lors d'une exposition, organisée dans le cadre d'un festival multiculturel du sud-ouest de la France.

16. Le nombre d'artistes femmes est dérisoire par rapport nombre de tableaux de femmes nues. Pour reprendre une réflexion d'une œuvre des « Guerrilla Girls » de 1989, exposée à la Tate Moderne à Londres, "Do Women Have To Be Naked To Get Into the Met. Museum ? *Less than 5 % of the artists in the Modern Art Sections are women, but 85 % of the nudes*".
17. Par exemple, l'exécution active comprend la masturbation, les gestes obscènes ou les rapports sexuels alors que l'exécution passive comprend l'exhibition d'une partie du corps à caractère sexuel si elle est volontaire.
18. C. Cass, crim., 22 décembre 1965, n° 65-91 997. Voir aussi T. corr. Grasse, 20 mai 1965.
19. Selon l'article 222-32 du code pénal, « *l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 d'amende* ».
20. JO publié le 30 juin 2003, p. 5244.
21. L'enquête a aussi permis de retrouver, sur le site internet français des Femen, la publication la photographie de la scène, sous -titrée : « *Noël est annulé du Vatican à Paris. Sur l'autel de l'Église de la Madeleine, la Sainte Mère Éloïse a avorté de Jésus* ».
22. <http://www.la-croix.com/France>
23. *Ibid.*
24. CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, Req. 5493/72.
25. CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, Req. 14307/88.
26. R. DIJOUX, « La liberté d'expression face aux sentiments religieux : approche européenne », *Les Cahiers de droit*, n° 534 (2012), pp. 861-876.
27. *Ibid.*
28. « Blasphème », *Dictionnaire de l'Académie française*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, Éditions Imprimerie nationale, 1992.
29. Sauf en Alsace-Moselle selon l'article 166 du code pénal local d'Alsace-Moselle. Autrement, le délit a été supprimé du droit français par les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, avant d'être réinstauré sous la Restauration puis de nouveau définitivement supprimé par la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse.
30. TGI de Paris, 22 mars 2007 dans l'affaire qui opposait le journal satirique, Charlie Hebdo à l'association de la Mosquée de Paris et l'Union des organisations islamiques de France.
31. À la lecture de cette disposition, il est possible d'identifier trois composantes de la liberté d'expression. La liberté d'expression comprend la liberté d'opinion, la liberté de recevoir des informations et des idées et, enfin, la liberté de communiquer des informations et des idées.
32. Qui fixe la nature du contrôle du juge européen par rapport aux décisions nationales qui peuvent porter atteinte à cette liberté.
33. CEDH, 20 septembre 1994, *Otto-Preminger Institut c/ Autriche*, Req. 13470/87.
34. *Ibid.*, § 50.
35. La liberté de pensée, de conscience et de religion, quant à elle, est consacrée à l'article 9 de la Convention EDH.
36. Cette évaluation est discutable au regard de l'absence de condamnation d'autre femme militante ou artiste pour exhibition sexuelle. La peine semble ici plus forte en raison du lieu de l'action : une église, ce qui confirme le but des poursuites : réprimer une diffamation religieuse.
37. CEDH, 4 décembre 2003, *Gündüz c/ Turquie*, Req. n° 35071/97.
38. *Ibid.*
39. CEDH, 2 mai 2006, *Aydın Tatlav c/ Turquie*, Req. n° 50692/99
40. CEDH, 16 novembre 2004, *Norwood c/ Royaume-Uni*, Req. n° 23131/03.
41. CEDH, 20 février 2007, *Pavel Ivanov c/ Russie*, Req. n° 35222/04.
42. CEDH, 25 novembre 1996, *Wingrove c/ Royaume-Uni*, Req. n° 17419/90.
43. *Ibid.* § 57.
44. C. Cass, crim. 9 avril 2014, arrêt n° 2377 (14-80.867).

45. Voir l'étude de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), *recueil des législations nationales européennes en matière de blasphème, insultes religieuses et incitations à la haine religieuse*, CDL-FR (2007) 003, strasbourg, 8 mars 2007.

46. Commission EDH, 7 mai 1982, *Gay news Ltd. et Lemon c/ Royaume-Unis*, Req. n° 8710/79, § 12.

47. Dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, aux articles premier (égalité en général), 6 (égalité dans l'accès aux emplois publics) et 13 (égalité devant les charges publiques). Dans le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, aux alinéas premier (non-discrimination), 3 (égalité entre les femmes et les hommes), 11 (égalité dans la protection de la santé), 12 (égalité devant les charges résultant de calamités nationales), 13 (égalité d'accès à l'instruction), 16 (égalité avec les peuples d'outre-mer) et 18 (égal accès aux fonctions publiques pour les peuples d'outre-mer). Dans la Constitution du 4 octobre 1958, dès le Préambule (égalité avec les peuples d'outre-mer) et aux articles premier (non-discrimination), 2 (devise de la République) et 3 (égalité du suffrage).

48. Il en résulte des une série de motifs de discrimination expressément interdits par la Constitution comme ceux fondés sur l'origine, la race, la religion, les croyances ou le sexe.

49. C. Constit, 27 décembre 1973, Déc. n° 73-51 DC.

50. C. Constit, 9 avril 1996, Déc. n° 1996-375 DC, *Rec.*, p. 60.

51. F. MELIN-SOUCRAMANIEN « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 29, octobre 2010.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*

54. P. RRAPI, « Le « contrôle abstrait » de constitutionalité comme obstacle à l'identification des discriminations », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 9 | 2016, mis en ligne le 04 mars 2016.

55. *Ibid.*

---

## RÉSUMÉS

Dans un arrêt du 15 février 2017, la Cour d'appel de Paris estime que l'action d'une Femen dans l'église de la Madeleine est bien constitutive d'une exhibition sexuelle. Cette décision illustre l'ambiguïté de cette infraction qui, tout en assurant l'interdiction d'une agression sexuelle, permet au juge de se faire le censeur des atteintes à la morale religieuse. L'aveuglement du juge pénal concernant le caractère militant de la démarche, le conduit même à négliger le contrôle de l'atteinte à la liberté d'expression, au sens de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. La conséquence d'un tel positionnement, sur la conciliation des libertés fondamentales, est d'autant plus dérangeante qu'aucun contrôle de constitutionnalité ne semble pouvoir régulariser cette situation.

## AUTEUR

### HILÈME KOMBILA

Docteur en droit public, chargée d'enseignements à Paris 1 et qualifiée aux fonctions de maître de conférences