

L'encadrement juridique de la liberté d'expression en France

Anne-Marie LE POURHIET, professeur à l'Université Rennes 1

Les libertés d'opinion et d'expression sont au cœur de l'articulation entre démocratie et libéralisme. La démocratie suppose le suffrage, donc l'option, la liberté de choisir. Pas plus le peuple que l'individu n'est libre face à un sens unique obligatoire. Pour que ces choix puissent exister et ne soient pas purement « formels », pour reprendre le vocabulaire marxiste, il existe un minimum de pré-conditions libérales dans la société dont la liberté d'expression et le pluralisme des médias, de la presse et de la recherche constituent les piliers. Démocratie et totalitarisme, pour reprendre un titre aronien, sont contradictoires.

C'est ce que rappellent aussi en théorie nos textes et nos jurisprudences constitutionnels et conventionnels.

« La libre communication des pensées et des opinions est l'un des droits les plus précieux de l'homme » nous dit d'emblée l'article 11 de la Déclaration de 1789, tandis que la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a rajouté à l'article 4 que la loi « garantit les expressions pluralistes des opinions ».

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme stipule, dans un vocabulaire maladroit, que « toute personne a droit à la liberté d'expression » et que « ce droit comprend la liberté d'opinion et celle de recevoir ou communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ».

Les juges respectifs de ces deux textes ont insisté sur l'importance de cette liberté. Le Conseil constitutionnel pose que la libre communication des pensées et des opinions constitue « *une liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale* »¹. On connaît aussi l'affirmation solennelle de la CEDH, dans l'arrêt Handyside², faisant de la liberté d'expression l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun.

Ces textes français et européen prévoient cependant explicitement les limites possibles à cette liberté. La Déclaration de 1789 ajoute à l'article 11 : « Tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi », tandis que l'article 10 alinéa 2 de la convention énumère son habituel chapelet des restrictions possibles fondées sur la sécurité nationale, la défense de l'ordre, la prévention du crime, la protection de la réputation et des droits d'autrui, etc...

Le contraste est ici évident avec le 1^{er} amendement de la Constitution américaine qui affirme péremptoirement « Le Congrès ne fera aucune loi qui restreigne la liberté de la parole ou de la presse », sans rien ajouter, et donc sans envisager explicitement de limites. Cette différence de rédaction va révéler un véritable fossé de part et d'autre de l'Atlantique, concernant le régime de ces libertés.

L'époque contemporaine ne connaît sans doute pas de nouvelle grande doctrine politique totalitaire comme le communisme ou le fascisme. Force est de reconnaître,

¹ Décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, Entreprises de presse

² Cour plénière, 7 décembre 1976, série A, n°24, GACEDH, n°7

cependant, que l'obsession égalitaire, issue d'une conception sociologique et non plus politique de la démocratie, assortie de son corollaire obligé qu'est le principe dit de « non-discrimination », aboutit à l'imposition autoritaire d'une *doxa* pénalement sanctionnée.

Commencée au début des années 1970 et concentrée à partir des années 1990 sur des revendications ethno- raciales ou religieuses (I) la construction de cet édifice liberticide s'est emballée au début du XXI^e siècle sous l'influence du féminisme et de l'idéologie du genre (II) cette évolution s'accompagne d'un recul parallèle de la protection de l'État et de la chose publique (III).

I. LES REVENDICATIONS ETHNO-CULTURELLES

La recrudescence contemporaine des délits d'opinion de caractère ethno-racial et religieux dans le Code pénal français remonte aux années soixante-dix (A) mais s'est accélérée à partir des années 2000 avec les lois dites « mémorielles » (B) avant de déboucher récemment sur de nouveaux procédés de censure préventive (C).

A. La loi « Pleven »

La loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse incriminait traditionnellement l'injure et la diffamation commises à l'égard de tout individu et pour quelque cause que ce soit.

C'est la ratification de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée à l'ONU le 21 décembre 1965, qui devait déclencher une modification du droit français. La rédaction de cette convention, publiée par décret du 2 novembre 1971, reste assez prudente concernant les opinions et leur expression. Les États s'engagent, en effet, en tenant compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et de certains droits énoncés à l'article 5 de la convention (dont le droit à la liberté de la pensée, d'opinion et d'expression), à « *déclarer punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou de provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement* ». L'article 1^{er} précise, en outre qu'il ne s'applique pas « *aux distinctions, exclusions, restrictions ou préférences établis par un État partie selon qu'il s'agit de ressortissants ou de non ressortissants* » et qu'aucune de ses dispositions « *ne peut être interprétée comme affectant de quelque manière que ce soit les dispositions législatives des États parties concernant la nationalité, la citoyenneté, la naturalisation, à condition que ces dispositions ne soient pas discriminatoires à l'égard d'une nationalité particulière* ». On voit donc que la convention ne vise aucunement la nationalité et que c'est uniquement le caractère raciste des idées propagées qui est visé à travers les termes de race, couleur, ou ethnique.

Le gouvernement français avait, de surcroît, assorti sa signature d'une déclaration indiquant que la France interprète la convention « *comme déliant les États parties de l'obligation d'édicter des dispositions répressives qui ne soient pas compatibles avec les libertés d'opinion et d'expression, de réunion ou d'association pacifique* ».

La loi du 1^{er} juillet 1972, dite « Pleven », va déjà très au-delà de ce qu'exigeait la convention puisqu'elle réprime « *la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non appartenance à une ethnique, une nation, une race ou une religion déterminée* ». Alors que la convention ne visait que la « provocation à des actes de violence », la loi sanctionne la « provocation à la haine », beaucoup plus subjective et moins évidente à circonscrire ou définir. On comprend bien qu'un individu ou une association

particulièrement susceptible s'adonnant, comme c'est le cas le plus fréquent, au militantisme sectaire et à la paranoïa identitaire et victimaire, verra une provocation à la haine dans n'importe quel jugement négatif ou péjoratif sur ses actes et comportements.

Mais, de plus, le législateur ne se limite pas du tout à la race, à la couleur de peau ou à l'origine ethnique mais leur ajoute dangereusement l'origine tout court, ainsi que l'appartenance à une nation ou une religion. Or, l'origine est susceptible d'intégrer une infinité de sens (régionale, locale, familiale, sociale, professionnelle, etc ...), tandis que la non-appartenance à une nation est susceptible d'englober toutes les différences inhérentes à la nationalité que la convention de l'ONU a précisément voulu exclure. Enfin la notion « d'appartenance à une religion » est une énormité philosophique et juridique contraire à tous les textes qui affirment la liberté de conscience ainsi que le droit de choisir sa religion et d'en changer. On adhère à une religion, ou on l'embrasse, mais on ne lui appartient certainement pas !

Adoptée en 1972 à l'unanimité, cette loi n'a pas été déférée au Conseil constitutionnel qui venait alors tout juste d'intégrer les droits et libertés du préambule dans ses normes de référence et ne pouvait encore être saisi par l'opposition parlementaire. En 2008 cependant le constituant français a introduit une nouvelle procédure permettant au justiciable qui estime qu'une disposition législative applicable à son procès « porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit », de demander à ce que cette question préjudicielle soit transmise au Conseil constitutionnel, selon le cas, par le Conseil d'État ou la Cour de cassation. La loi organique de 2009 qui organise ce contrôle de constitutionnalité *a posteriori* des lois, dénommé QPC, prévoit que la juridiction suprême renvoie la question au Conseil constitutionnel si elle « présente un caractère sérieux ».

Il était donc prévisible que la loi Pleven fasse l'objet d'une QPC. Mais la chambre criminelle de la Cour de cassation a toutefois jugé, dans une décision du 16 avril 2013 (n°2319) que la question de la conformité de cette loi à la liberté d'expression « *ne présente pas, à l'évidence, un caractère sérieux* ».

B. Les lois dites « mémorielles »

La loi Gayssot du 13 juillet 1990 (1°) a ensuite ouvert la boîte de Pandore de la surenchère des mémoires (2°)

1° La Loi Gayssot

Ce texte introduit dans la loi du 29 juillet 1881 « sur la liberté de la presse » un article 24 bis punissant d'un an d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ceux qui auront « *contesté l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale* ».

La Cour européenne des droits de l'homme a cependant jugé, dans son arrêt Garaudy c/ France rendu le 24 juin 2003, que la loi Gayssot n'était pas contraire à la liberté d'expression garantie par la Convention³. Elle a, en effet estimé qu'il « *ne fait aucun doute que contester la réalité des faits historiques clairement établis, tels que l'Holocauste, ne relève en aucune manière d'un travail de recherche historique s'apparentant à une quête de la vérité* », qu'il s'agit de « *réhabiliter le régime national-socialiste et, par voie de*

³ Jean-François FLAUSS, *L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH, 2006, n°65, p. 5

conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes ». Elle a donc conclu que la négation ou la révision des faits visés « *remettent en cause les valeurs qui fondent la lutte contre le racisme et l'antisémitisme et sont de nature à troubler gravement l'ordre public* ». De tels actes sont, selon la Cour, incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs prohibés par l'article 17 de la Convention qui indique « *qu'aucune des dispositions de la Convention ne peut être interprétée comme impliquant un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite convention* ».

L'on s'attendait évidemment à ce que le Conseil constitutionnel soit aussi saisi à l'initiative d'un justiciable en vertu de la nouvelle procédure de question prioritaire de constitutionnalité introduite en 2008.

Or, dans une affaire pénale mettant en cause Jean-Marie Le Pen et le journal Rivarol au sujet de propos tombant sous le coup de la loi Gayssot, la Cour de cassation a, par un arrêt du 7 mai 2010, refusé de transmettre la question au Conseil constitutionnel au motif que l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse « ne porte pas atteinte aux principes constitutionnels de liberté d'expression et d'opinion » et qu'il ne s'agit donc pas d'une question sérieuse⁴. La motivation est fort confuse pour ne pas dire indigente et manifeste clairement que la Cour de cassation s'arroge le contrôle de constitutionnalité qui aurait dû revenir au Conseil constitutionnel.

Mais la loi Gayssot avait amorcé la concurrence victimaire et l'engrenage de la concurrence des mémoires catégorielles.

2° La surenchère mémorielle

Après des mois de harcèlement du Sénat par le *lobby* arménien, le parlement français a fini par adopter, le 29 janvier 2001, la loi « reconnaissant publiquement le génocide arménien de 1915 ». Il s'est, dans un premier temps, contenté de ce texte purement déclaratif dépourvu de caractère normatif.

Puis la loi dite « Taubira » du 21 mai 2001 « reconnaît » à son tour que la traite et l'esclavage, limités à certaines zones géographiques et à certaines populations, constituent un « crime contre l'humanité », sans assortir cette reconnaissance d'un délit de négationnisme. Celui-ci figurait dans le projet de loi initial, mais a été supprimé en cours d'examen en raison d'une objection constitutionnelle.

Puis les associations arméniennes ne se sont pas contentées de la simple « reconnaissance » votée en 2001 et sont revenues à la charge pour exiger, dans un second temps, que l'on incrimine aussi la négation du génocide. L'Assemblée nationale a adopté, le 12 octobre 2006, une proposition de loi socialiste en ce sens, déclenchant des pétitions d'historiens, d'intellectuels et de juristes.

L'inquiétude de ceux-ci a été accentuée par l'adoption d'une décision-cadre de l'Union européenne en date du 28 novembre 2008⁵ imposant aux États-membres de réprimer l'apologie, la négation ou la banalisation grossières publiques des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre tels que définis par le statut de la Cour pénale internationale ainsi que des crimes visés par le statut de Nuremberg⁶.

Le Sénat ayant cependant réussi à enterrer ce premier texte, une nouvelle initiative a encore été lancée par des députés relayant à nouveau leur clientèle et débouchant cette fois sur l'adoption, le 23 janvier 2012, d'une loi punissant des mêmes peines que la loi Gayssot ceux

⁴ Cass., QPC, 7 mai 2010, n°12008

⁵ 2008/913/JAI

⁶ Pierre NORA et Françoise CHANDERNAGOR, *Liberté pour l'histoire*, CNRS Editions, 2008

qui « ont contesté ou minimisé de façon outrancière, quels que soient les moyens d'expression ou de communication publiques employés, l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide défini à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française ».

Dans sa décision du 28 février 2012 (n°2012-647 DC) le Conseil constitutionnel a censuré la loi au motif « qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication ».

Le commentaire de la décision fait par le service juridique du Conseil précise que celui-ci n'a pas voulu préjuger la conformité à la Constitution de dispositifs répressifs visant d'autres formes de « négationnisme », notamment la loi Gayssot du 13 juillet 1990.

Bien entendu, certaines associations d'Outre-mer ont encore surenchéri à leur tour en demandant de nouveau la pénalisation d'un introuvable négationnisme de la traite et de l'esclavage transatlantiques.

Une mission parlementaire d'information sur les questions mémorielles a estimé, dans son rapport rendu en novembre 2008, qu'il ne faudrait pas remettre en cause les lois existantes, mais qu'il ne faudrait plus en voter de nouveau à l'avenir, le procédé de la résolution parlementaire, récemment introduit dans notre constitution, étant plus approprié aux exigences de reconnaissance⁷.

Ces recommandations n'ont pas empêché le dépôt de plusieurs nouvelles propositions de lois mémorielles en attente de discussion.

C. La censure préventive : l'affaire Dieudonné

L'on ne saurait conclure ce catalogue sans terminer par l'épisode qui a récemment encore agité les publicistes français, à savoir l'affaire Dieudonné, dans laquelle le Conseil d'État a indiqué que lorsque les lois pénales précédemment décrites se révèlent insuffisantes, rien ne vaut l'interdiction administrative préventive des réunions publiques sur ordre du ministre de l'intérieur. Le ministre ayant, en effet, adressé aux préfets une circulaire leur ordonnant de faire interdire le nouveau spectacle de M. Dieudonné, partout où il était annoncé, l'humoriste et son producteur ont introduit des procédures de référé-liberté devant le juge administratif. Le Conseil d'État a rendu en urgence trois ordonnances des 9, 10 et 11 janvier 2014 dont la première était motivée de façon si contestable que les deux suivantes ont été rédigées différemment⁸.

Le Conseil d'État énonce, en effet « qu'au regard du spectacle prévu (...) les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles et de nature à mettre en cause la *cohésion nationale* ne seraient pas repris, ne suffisent pas pour écarter le 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* ». Il juge donc que le préfet n'a pas commis d'illégalité grave et manifeste en interdisant purement et simplement le spectacle.

Ces ordonnances ont été vivement débattues en doctrine, tant du point de vue de l'admission jurisprudentielle d'un régime de contrôle préventif en matière de spectacle, que de la motivation retenue. Il est vrai qu'invoquer la tradition républicaine pour justifier une censure préalable était passablement « osé », à tel point d'ailleurs que cette motivation de la première ordonnance a disparu dans les suivantes qui n'invoquent plus que l'ordre public et la provocation à la haine et la discrimination raciales.

⁷ Assemblée nationale, XIIIe législature, rapport d'information n°1262, 2008, p. 181

⁸ n° 374508, n° 374528, n°374552, SARL Les productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala, RFDA, n° 2014, n°1, p. 92, note Olivier Gohin

Une nouvelle initiative communautaire tendant à faire interdire administrativement l'exposition « Exhibit B » pour cause de « négrophobie », a encore été menée récemment, mais sans succès cette fois.

II. LES REVENDICATIONS SEXUELLES

La répression de ce que l'on pourrait résumer par le terme de « l'offense au genre » constitue le dernier avatar de la tournure anti-libérale de nos sociétés dites « progressistes ». La loi du 30 décembre 2004 portant création de la Halde et pour l'égalité contient un volet pénal consacré « à la lutte contre les propos discriminatoires » à caractère sexiste, homophobe et handiphobe (A). Cette loi a ensuite été complétée par la répression de la « transphobie » et la mise en place d'un arsenal sans précédent de ré-éducation de la jeunesse (B).

A. La répression du sexisme et de l'homophobie.

Le terme « lutte contre » est devenu incontournable dans le langage du législateur français et qu'il témoigne déjà, à lui seul, d'une inquiétante obsession purgative de même que le suffixe « phobie » qui érige la pensée dissidente en maladie mentale.

Le projet de loi, tendant à réprimer les provocations à la haine, à la violence et à la discrimination ainsi que les injures et diffamations commises à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur le handicap⁹, avait fait l'objet de critiques sévères de la part du Conseil d'État et de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH).

À ces avis négatifs s'ajoutaient les inquiétudes de la presse française ainsi que des représentants des grandes religions, voyant soudainement leurs commandements érigés en délits par la loi française. Mais harcelé par le *lobby* homosexuel, le gouvernement semblait cependant incapable de faire marche arrière.

Les débats parlementaires ont révélé le fort degré d'assujettissement au politiquement correct de la classe politique française mais aussi, plus profondément, son défaut de formation et de rigueur juridiques. Le législateur ne semble, en effet, plus capable de procéder au travail premier qu'exige la confection d'une norme c'est-à-dire la définition des termes. On cherchera en vain, dans les travaux préparatoires, la définition des termes de discrimination, d'homophobie ou de dignité. Aucun approfondissement non plus des notions de « provocation à la haine » et d'« injure », ni d'essai de comparaison de ces deux notions avec celle de « provocation à la discrimination », alors qu'il s'agissait pourtant du cœur du sujet.

On ne trouvera pas non plus d'interrogation sur ce que d'aucuns ont appelé « l'absence de hiérarchie entre les discriminations » qui semblait faire l'unanimité. Il a paru tout à fait évident aux élus présents que l'orientation sexuelle devait être mise sans discussion sur le même plan que la race, le sexe et le handicap. Plusieurs députés ont déclaré sans sourciller que le texte avait surtout une « vocation pédagogique » et qu'il s'agissait de « forcer les mentalités à évoluer ». Le fait que cette pédagogie et cette ré-éducation mentale se fassent pénalement à coup de peines d'emprisonnement ne semblait pas les interpellier. Nul ne s'est non plus inquiété de l'usage liberticide du terme éminemment subjectif et fourre-tout de « dignité »¹⁰. Hormis les tentatives éparses de quelques parlementaires plus lucides et

⁹ Les injures et diffamations à caractère sexiste n'étaient pas sanctionnées dans le texte initial et le handicap a été rajouté par la suite de façon à camoufler l'influence trop évidente du *lobby* LGBT

¹⁰ - Anne-Marie Le Pourhiet, *Le Conseil constitutionnel et l'éthique bio-médicale*, Études en l'honneur de Georges Dupuis, LGDJ, 1997, p. 213

exigeants que la moyenne, les échanges ont été complètement plombés par le politiquement correct.

Le gouvernement a tenu compte de certaines objections en limitant le délit de provocation à la discrimination à celles qui sont « prévues par les articles 225-2 et 432-7 du code pénal » c'est-à-dire pratiquées dans le domaine économique et social (refus d'embauche ou de fournir un bien ou service, etc...), de façon à ne pas interdire le débat sur des sujets de société comme le mariage ou l'adoption homosexuels. Mais bien entendu, il ne s'est trouvé aucun président d'assemblée, ni soixante députés ou sénateurs, pour déférer ce texte au Conseil constitutionnel¹¹.

L'ampleur de la réaction de la société civile au projet de loi sur le mariage gay fût ensuite telle que les associations LGBT ont été débordées et se sont bornées à dénoncer en permanence l'homophobie sans pour autant prendre d'assaut les tribunaux. Il est vrai que ceux-ci auraient sans doute éprouvé quelques difficultés à juger des millions d'homophobes

B. La répression de la « transphobie » et l'éradication des « stéréotypes de genre »

Dès l'installation en 2012 du nouveau ministre des droits des femmes, l'on a pu vérifier que c'était essentiellement l'idéologie du genre dans sa version *queer* qui allait dorénavant infiltrer les normes sociales et pénales françaises.

La loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, votée juste après la nomination du nouveau gouvernement et destinée à remédier au « vide juridique » laissé par une censure du Conseil constitutionnel¹², s'est enrichie de la création de nouveaux délits de presse ajoutant le critère de l'identité sexuelle à celui de l'orientation sexuelle dans la définition des délits précédemment examinés de provocation à la haine et à la discrimination, injure et diffamation, individuelle ou collective). Il s'agissait, selon des débats parlementaires d'une rare confusion intellectuelle, de réprimer la transphobie en plus de la seule homophobie, sans parvenir toutefois à fixer un critère convaincant et sérieux de distinction entre identité et orientation sexuelles.

Mais partant du principe que la prévention est aussi nécessaire sinon plus efficace que la répression, le nouveau ministre, aidé de son collègue de l'Éducation nationale s'est attaché à planifier l'éradication de stéréotypes de genre, non seulement à l'école maternelle et primaire mais même dès la crèche. C'est ainsi tout un programme de ré-éducation mentale des enfants qui a été mis en place, soulevant de vives contestations de la part de certains parents.

Le juge administratif a cependant dû, par un retour de bâton, sanctionner les excès les plus criants du dispositif en invalidant l'agrément délivré à certaines associations homosexuelles intervenant en milieu scolaire et en annulant la circulaire du ministre de l'Éducation nationale invitant les recteurs à « relayer énergiquement » auprès des enfants un site Internet incitant ouvertement à la débauche et présentant même sous un jour favorable certains actes de délinquance¹³.

- Olivier Cayla, *Le coup d'Etat du droit*, Le Débat, 1998, n° 100, p. 108 ; *La négation de toute possibilité d'identité européenne par la Charte européenne des droits fondamentaux*, in Regards critiques sur l'évolution des droits fondamentaux de la personne humaine, dir. Gilles Lebreton, « L'Harmattan », 2002, p. 103

- Guy Carcassonne, *Devoir de mémoire et droit à la sensiblerie*, in « Frontières du droit, critique des droits,- Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, LGDJ, 2007, p.171

¹¹ Bertrand Mathieu, précité

¹² Ccel, n° 2012-240 QPC du 04 mai 2012 (abrogation pour définition insuffisante des éléments constitutifs de l'infraction)

¹³ TA, Paris, n°1211193/6-1, 23 novembre 2012, Confédération des Associations familiales catholiques et autres

III. L'offense à l'État et aux institutions

Malgré une initiative tendant à réprimer l'offense aux symboles nationaux (A) force est de constater que la protection juridique de l'État et des institutions publiques a plutôt régressé, dans un mouvement général aisément observable de recul des valeurs communes et collectives au détriment des valeurs individuelles et communautaires (B)

A. L'outrage aux symboles nationaux

L'ultime sursaut de la raison d'État en matière de liberté d'expression s'est produite en France après que *La Marseillaise* fût abondamment huée, lors d'un match de football France-Algérie puis d'un match de coupe de France Bastia-Lorient.

La loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure introduit, en effet, un nouvel article 433-5-1 du Code pénal punissant de 7500 euros d'amende et six mois d'emprisonnement l'outrage public à l'hymne national et au drapeau tricolore commis au cours de manifestations organisées ou réglementées par les autorités publiques, Le Conseil constitutionnel saisi n'a pas censuré la loi et l'a simplement entourée de quelques réserves d'interprétation¹⁴. L'on sait que la Cour suprême américaine s'est, à l'inverse, montrée absolument intransigente sur la même question et a refusé toute incrimination pénale de l'outrage au drapeau¹⁵.

Cette question a encore rebondi récemment à la suite d'un concours de photographies organisé en mars 2010 par la FNAC de Nice. Un candidat a, en effet, présenté, dans la catégorie « politiquement incorrect » une photographie d'un individu s'essuyant les fesses avec le drapeau tricolore. Cet agissement ne tombant pas sous le coup de la loi de 2003, le garde des sceaux a fait adopter un décret du 23 juillet 2010 faisant de l'outrage simple au drapeau une contravention de cinquième classe assortie d'une peine d'amende de 1500 euros.

Mais hormis ce léger sursaut de défense des symboles nationaux, force est de constater que la protection de l'État et de la chose publique en général, contre les outrages a plutôt reculé en France.

B. Une protection amoindrie de la « chose publique »

La Cour européenne des droits de l'homme a condamné en 2002 la disposition du Code pénal français instituant le délit d'offense envers un chef d'État étranger¹⁶, qui a donc été abrogée en 2004. Mais le délit d'offense au Président de la République française, rangé par l'article 26 de loi de 1881 parmi les « délits contre la chose publique », distincts des délits contre les personnes, avait cependant été maintenu et restait puni d'une amende de 45 000 euros.

Souvent utilisé sous les mandats du général de Gaulle, cet article était depuis tombé en désuétude, avant d'être récemment réactivé. Un individu ayant brandi sur le passage du président Sarkozy une affiche reproduisant une insulte qu'il avait lui-même proférée « Casse-toi, pov'con ! », le ministère public avait engagé des poursuites et l'auteur de

CE, n°369-965, 15 octobre 2014, Société Confédération des associations familiales catholiques, concl. Rémi Keller

¹⁴ Ccel, n°2003-239, 13 mars 2003

¹⁵ *Texas v. Johnson*, 491, U.S. 397, 21 juin 1989 confirmé par *United States v. Eichman*, 486, U.S. 310, 11 juin 1990, Grands arrêts de la Cour suprême des USA, Élisabeth Zoller, PUF, n°67

¹⁶ CEDH, Colombani et al. c/France, 25 juin 2002, RTDH, 2003, p. 982

l'affichette été condamné à 30 euros d'amende avec sursis par un jugement du tribunal correctionnel de Laval confirmé en 2009 par la Cour d'appel.

La recevabilité de la requête à Strasbourg, pour 30 € d'amende avec sursis, a de quoi surprendre d'autant que la Cour se fonde sur la « perception subjective » de son préjudice par le plaignant. Mais, surtout, dans un raisonnement particulièrement confus, la Cour se borne à condamner la France, non pas pour la présence même dans son ordre juridique d'une disposition pénale potentiellement liberticide, mais seulement pour son application « disproportionnée » au cas d'espèce ! On peine raisonnablement, dès lors que le délit existe et n'est pas condamné en lui-même par la Cour, à apercevoir de la disproportion dans une condamnation à 30 euros d'amende avec sursis.

Quoiqu'il en soit, la loi du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne a abrogé ce délit spécial d'offense au chef de l'État pour le remplacer par une protection identique à celles des ministres, parlementaires et fonctionnaires contre les injures et diffamations (article 31).

En conclusion de ce panorama des délits d'opinion en France, l'on se référera à l'arrêt Handyside de 1976 dans lequel la Cour européenne pose que la liberté d'expression « *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* »¹⁷.

Nous venons de voir précisément que si la répression des outrages à l'État et à la chose publique a globalement reculé en France, nous assistons en revanche à une explosion des délits d'offense à des « fractions » de la population que les juridictions constitutionnelles et conventionnelles ne semblent pas vouloir condamner, à la différence de la Cour suprême américaine. Celle-ci, on le sait n'admet pratiquement aucune forme de censure et a jugé encore récemment, à propos d'une manifestation anti-gay organisée lors des obsèques d'un soldat américain : « *Notre nation a fait le choix de protéger le discours même blessant sur des questions publiques pour assurer que le débat public ne soit jamais étouffé* »¹⁸.

Le phénomène de censure est très largement aggravé en France par le fait que le législateur accompagne tous ces nouveaux délits de la possibilité reconnue aux associations de défense communautaires de se constituer partie civile et donc de déclencher l'action pénale, de telle sorte que l'action dite « publique » se privatise, que le ministère public se féodalise et que le penseur, le journaliste, le chercheur ou n'importe quel citoyen vit désormais sous la menace d'une multitude de *lobbies* faisant régner une sorte de terreur judiciaire. Il faut également ajouter que même lorsque ces plaintes n'ont aucun fondement et que les associations les retirent en cours de procédure ou sont déboutées *in fine*, la personne incriminée est toutefois exposée à des tracasseries judiciaires et à des frais de procédure qui ne disparaîtront pas. La menace est d'autant plus arbitraire et de nature à provoquer la crainte et l'auto-censure que ces associations « choisissent » discrétionnairement de porter plainte dans un cas et pas dans un autre, pour des propos similaires, de telle sorte que l'égalité devant la loi et la justice est également bafouée.

Ce sont ainsi de véritables privilèges au sens étymologique de lois privées qui sont reconstitués au mépris, non seulement de la liberté, mais aussi de l'égalité républicaine. Le Conseil constitutionnel a plusieurs fois jugé, pour censurer la notion de « peuple corse » ou la parité sexuelle coercitive ou encore la Charte sur les langues régionales, que nos principes constitutionnels « s'opposent à ce que soient reconnus des droits collectifs à quelque groupe

¹⁷ Cour plénière, série A, n°24, GACEDH, n°7

¹⁸ Snyder v. Phelps et al. 2 mars 2011 - No. 09-751.

que ce soit, défini par une communauté d'origine, de culture, de langue ou de croyance »¹⁹. Il est regrettable qu'il n'ait jamais été amené à sanctionner aussi le « communautarisme pénal » qui s'est répandu dans notre législation.

Ce constat rejoint celui qu'effectuait de façon générale le doyen Jean Carbonnier sur la « pulvérisation du droit objectif en droits subjectifs » et que l'on retrouve encore dans le rapport Kaspi sur les commémorations qui constate que « *les commémorations sont de moins en moins nationales, de plus en plus particularistes* », l'unité spirituelle de la France se perdant ainsi dans « *un agrégat plus ou moins lâche de compassions* »²⁰.

Le philosophe Pierre Manent apporte une réponse ferme aux questions ici posées : « *Parce que notre régime est un régime de liberté et pour qu'il puisse le rester, nous n'avons pas le droit d'exiger de nos concitoyens qu'ils approuvent nos styles ou nos contenus de vie : ce serait tyrannie. Que la dignité de chacun puisse être respectée, c'est le moins que l'on puisse demander, mais c'est aussi le plus* »²¹. Il complète ainsi le « billet d'humeur » de notre regretté collègue Guy Carcassonne selon lequel le triomphe d'une conception subjective de la dignité fait aujourd'hui de celle-ci, non plus la sœur jumelle ou siamoise de la liberté, mais son potentiel bourreau²².

¹⁹ Ccel, n°99-412 DC, 15 juin 1999

²⁰ Commission de réflexion sur la modernisation des commémorations publiques, La documentation française, novembre 2008

²¹ Gallimatd, Tèl, 2001, p. 326

²² Frontières du droit, critique des droits, précité, p. 172