

AUTOUR D'UN RECENT ARRET DU CONSEIL D'ETAT SUR LE RESPECT DE LA DIGNITE HUMAINE

*Jean-Paul Pastorel**

«L'affaire Dieudonné» a réveillé en France un débat que l'on pensait révolu sur la censure. Héritière du message de la Révolution française, la liberté d'expression est la règle et la restriction de police, l'exception. La loi interdit et sanctionne les abus (diffamation, injure, incitation à la haine raciale...) mais seul le risque de trouble à l'ordre public à raison des circonstances locales autorisait l'administration à restreindre préventivement la liberté d'expression. Ce système a cependant trouvé ses limites. En dépit de nombreuses condamnations pénales en raison de provocations répétées à la discrimination raciale, un acteur engagé a poursuivi ses spectacles, suscitant des polémiques et un trouble dans l'opinion publique qui lui assuraient paradoxalement une publicité importante. C'est cet engrenage que la haute juridiction administrative française a voulu arrêter. En interdisant ce spectacle, le Conseil d'Etat renoue avec son souci de prévenir les atteintes à l'ordre public et à la cohésion nationale et, s'inspirant des décisions de la cour européenne des droits de l'homme, elle-même influencée par la jurisprudence de la Cour suprême américaine, il sanctionne les atteintes à la «dignité de la personne humaine». Comme dans l'affaire des «lancers de nains» en 1995, le juge administratif français considère que la liberté d'expression ne peut servir à promouvoir l'antisémitisme et la haine raciale. L'abus de droit qui consiste à utiliser une liberté pour en détruire une autre est ici clairement sanctionné. Si cette affaire a rencontré un tel écho en France, c'est parce que chaque limitation de la liberté d'expression renvoie au débat récurrent sur la conception même de la démocratie (cf interdiction de la liberté pour les ennemis de la liberté?). C'est pourquoi le juge reste très prudent dans l'exercice de son contrôle juridictionnel et attentif à concilier la liberté d'expression avec l'objectif de respect de la dignité de la personne humaine qui est fondé sur une certaine idée de l'égalité entre tous les citoyens qui ont un droit égal au respect de leur dignité.

* Professeur de droit public à l'Université de la Polynésie française.

In January 2014 the French Conseil d'Etat confirmed the banning of the show "Le Mur" of Dieudonné. The decision confirmed a restriction on the freedom of expression. The justification for the ban was both the risk of public disturbances because of the show and the risk of serious harm to the values and principles, particularly the dignity of the individual, which are consecrated in the 1789 Declaration of the Rights of Man and in the republican tradition of France. This article discusses the judgment and considers whether the decision is a departure from tradition or whether it fits with tradition and with the decisions of the European Court for Human Rights.

I INTRODUCTION

«L'affaire Dieudonné» a réveillé en France un débat que l'on pensait révolu sur la censure. En annulant l'ordonnance du 9 janvier 2014 par laquelle le juge des référés du tribunal administratif de Nantes avait suspendu l'exécution de l'arrêté du préfet de la Loire-Atlantique portant interdiction du spectacle «Le Mur», le Conseil d'État a justifié l'interdiction du spectacle de l'artiste engagé Dieudonné non seulement par «des risques de troubles à l'ordre public», conformément à sa jurisprudence traditionnelle¹, mais aussi par le «risque 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»². Intervenu au terme d'une polémique particulièrement vive sur la prévention des provocations répétées à la haine et à la discrimination raciale et des propos portant atteinte à la dignité humaine, l'arrêt du Conseil d'État rompt-il, comme inclinent déjà à y penser certains auteurs³, avec sa jurisprudence traditionnelle ou bien n'est-il qu'un arrêt de circonstances⁴? À y regarder de plus près, on peut se demander si cette jurisprudence ne s'inscrit pas plutôt dans une tradition juridique bien établie et, il faut bien le reconnaître aussi, à l'ombre de la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme.

1 CE 19 mai 1933, *Benjamin*, p 541.

2 CE ord 9 janv 2014, *Ministre de l'Intérieur c/ Soc Les Productions de la Plume et M Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508.

3 Lang (J) in *Le Monde* 13 janv. 2014: «la seconde chose qui me choque, c'est que cette ordonnance marque un retournement de jurisprudence. Par rapport à l'histoire du Conseil d'État qui a toujours été un gardien vigilant des libertés, c'est un vrai bouleversement, une profonde régression qui tend à instaurer une sorte de régime préventif, voire de censure morale préalable à la liberté d'expression. La boîte de Pandore aux dérivés et aux abus est ouverte».

4 Cossalter (Ph.), *Affaire Dieudonné: un cas d'école*, RGD 12/01/2014. Voir aussi Béchillon (D de), *Affaire Dieudonné: une réponse adaptée à une situation extraordinaire*, *Le Monde* 10 janv 2014.

II LA PERSISTANCE DE LA PRISE EN COMPTE DE CERTAINS ASPECTS DE LA MORALITE PUBLIQUE COMME COMPOSANTE DE L'ORDRE PUBLIC

Si les pouvoirs publics ne sont jamais restés indifférents à l'expression culturelle qui contribue au bouillonnement des esprits, les spectacles vivants⁵ n'étaient pas considérés, en tout cas dans leurs origines, comme socialement dangereux; ils reproduisaient en effet les modes d'expression traditionnels et les gestes de la vie de tous les jours (phénomènes de foire, de fêtes foraines, cirques, bals publics...); c'était essentiellement le monde de l'imitation. Ces spectacles dits de curiosité n'ont donc été soumis qu'à l'autorisation préalable du maire (loi des 16-24 août 1790, titre XI, art. 4). Mais lorsque ces spectacles en vinrent à contrarier l'ordre social, comme le théâtre⁶, les préfets furent chargés de «filtrer» les autorisations préalables (loi du 10 juillet 1850). La «censure dramatique» veilla ainsi à ce l'opinion publique restât préservée de l'exaltation de l'imagination qui, écrira plus tard Hauriou, «habitue les esprits à une vie factice et fictive, au grand détriment de la vie sérieuse, et excitant les passions de l'amour, lesquelles sont aussi dangereuses que celles du jeu et de l'intempérance»⁷. Il fallait en fait éviter le scandale à la générale⁸, éviter «les atteintes publiques au minimum d'idées morales naturellement admises à une époque donnée par la moyenne des individus»⁹, éviter ce qui portait atteinte à la cohésion de la communauté nationale (ce fut la grande époque du théâtre «de boulevard»). La référence du Conseil d'État à la «cohésion nationale» qui apparaît explicitement dans les motifs de l'arrêt Dieudonné n'est donc pas novatrice¹⁰. La police administrative s'est en effet toujours employée à

5 Leroy (D), *Histoire des arts du spectacle en France*, L'Harmattan, 1990; Urrutiaguer (D), *Economie et droit du spectacle vivant en France*, Presses de la Sorbonne nouvelle, 2009.

6 Lang (J), *L'État et le théâtre*, thèse, LGDJ 1968; Hue (J-P), *Le théâtre et son droit*, Librairie théâtrale, 1986; Viala (A) et Bordier (J-P), *Le théâtre en France des origines à nos jours*, (PUF 1997).

7 Note sous CE 7 avr. 1916, *Astruc et soc. du Théâtre des Champs Élysées*, S. 1916, 3, 41.

8 Krakovitch (O), *Hugo censuré: la liberté au théâtre au XIXème siècle*, Calmann-Lévy, 1985. Voir Colliard (C-A), *Libertés publiques* (6^e éd, Dalloz, 1982) p 619.

9 Teitgen (P-H) *La police municipale. Étude de l'interprétation jurisprudentielle des articles 91, 94 et 97 de la loi du 5 avril 1884*, thèse Nancy, 1934. Dans sa thèse, M Teitgen distingue la «pure morale» de la «morale publique» qui sert à protéger le citoyen moyen des atteintes les plus grossières à ses libertés individuelles. Voir aussi : Taugourdeau (J-P), *La moralité publique et la police administrative*, thèse Poitiers 1964; Chérigny (B), *Le juge administratif gardien de la moralité des administrés*, thèse Poitiers 1968; Rolland (P), *La liberté morale et l'ordre public*, thèse Paris 1976, Picard (E), *La notion de police administrative*, thèse, LGDJ 1984.

10 Pastorel (J-P), *De la police administrative des activités culturelles*, RDP 2005, p 395.

prévenir les atteintes au «*consensus de société entre les hommes de ce temps*»¹¹. Elle renvoie à l'idée d'une certaine «normalité»¹² dans la régulation des rapports sociaux. La censure dramatique ne disparut progressivement qu'à mesure que le théâtre perdait de son «venin» au profit de nouveaux médias¹³. Seule perdura l'autorisation préalable du maire que consolida l'ordonnance du 13 octobre 1945. Le maire ne renonça jamais, en tant qu'autorité de police administrative, à soumettre les spectacles forains à son autorisation «*dans l'intérêt du bon ordre, de la moralité et de la sûreté publiques*»¹⁴. En tout cas jusqu'à la loi du 18 mars 1999 qui supprima le régime de l'autorisation préalable. Le professeur Picard a exposé dans sa remarquable thèse sur la police administrative combien «*sous couvert de bon ordre, de décence, voire d'hygiène morale, il arrive que la police municipale elle-même vise bien en réalité la moralité publique*»¹⁵. Comment expliquer autrement les jurisprudences du début du XX^e siècle qui validaient des mesures de police administrative destinées à préserver une certaine idée de la décence¹⁶? Le maire est ainsi resté le rempart contre les atteintes à la moralité publique, ainsi qu'en atteste la fameuse jurisprudence *Sté des films Lutetia*¹⁷ qui a validé, compte tenu «des circonstances locales», l'interdiction d'un film licencieux. Mais le commissaire du gouvernement Mayras s'était attaché à préciser dans ses conclusions, que si l'atteinte à la moralité publique pouvait être retenue comme un motif légal d'intervention d'une mesure de police, c'était exclusivement à raison des troubles matériels qu'elle était susceptible de produire¹⁸. Autrement dit, la moralité publique s'en trouvait intégrée à la notion de «bon ordre»¹⁹ ainsi que le Conseil d'État l'admettait en précisant que le maire pouvait user de son pouvoir de police en

11 Soudet (P), *Nécessités et limites du contrôle cinématographique*, EDCE 1978-1979, n° 30, p 57.

12 Ost (F) et Van de Kerchove (M), *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique. Essai d'analyse critique* Publ Facultés univ St-Louis, Bruxelles, 1981, p 107.

13 La loi de finances du 7 juin 1906 supprima d'abord le crédit de l'inspection des théâtres, puis l'ordonnance du 13 octobre 1945 abolit définitivement ce système.

14 CE 13 fév 1953, *Hubert de Ternay*, D 1953, p 753, note Morange. Voir aussi Bon (P), *La police municipale*, thèse Bordeaux 1975.

15 Picard (E), *La notion de police administrative*, LGDJ 1984, t 1, n° 117.

16 CE 19 mai 1905, *Juvenon*, rec p 448 (à propos de l'interdiction faite au tenancier de débits de boissons de cacher ou rendre obscur l'intérieur des débits); CE 30 mai 1930, *Baugé*, rec p 582 (sur la tenue des baigneurs sur les plages); CE 29 janv 1937, *Sté Zed*, rec p 131 (sur l'interdiction d'exposer au public certaines revues). Voir Chérigny (B), *Le juge administratif, gardien de la moralité des administrés*, thèse Poitiers, 1968.

17 CE Sect 18 sept 1959, rec p 693.

18 S 1960, p 94.

19 Lochak (D), *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs*, in «Les bonnes mœurs», CURAP, PUF 1994.

matière de spectacles forains «*dans l'intérêt du bon ordre, de la moralité et de la sûreté publiques*»²⁰. La protection de la dignité de la personne humaine est cependant devenue progressivement un objectif en tant que tel de la police administrative²¹. Ce n'était pas encore tout à fait le cas dans l'affaire de la radio Skyrock dont la suspension d'émission avait été justifiée, après la mort d'un policier, par des propos attentatoires à la fois à l'ordre public et à la dignité humaine²². C'est dans la fameuse affaire des «lancers de nains»²³ que l'Assemblée plénière du Conseil d'État a considéré qu'une attraction de ce type portait atteinte, par son objet même, à la dignité de la personne humaine. Le commissaire du gouvernement P. Frydman précisa toutefois : «*Le risque d'une éventuelle déviation vers l'ordre moral ne naîtra pas avec votre décision, mais lui préexistait en fait de longue date*». Il répondait ainsi par avance aux interrogations d'une partie de la doctrine sur le risque de retour une forme plus ou moins avouée d'ordre moral²⁴. Le fait de qualifier «*d'atteinte à la dignité de la personne humaine*» l'attraction qui consiste à utiliser comme projectiles des personnes affectées d'un handicap physique, s'inscrit donc dans une tradition juridique propre à sanctionner les infractions à certains aspects de la moralité publique. La sauvegarde de la dignité de la personne humaine «*contre toute forme d'asservissement ou de dégradation*»

20 CE 13 fév 1953, *Hubert de Ternay*, rec p 66.

21 Borella (F), *Le concept de dignité de la personne humaine*, Mélanges CI Bolze, *Économica*, 1999, p 29; Bioy (X), *Le concept de personne humaine en droit public. Recherche sur le sujet des droits fondamentaux*, (Daloz, 2003) et *La protection renforcée de la liberté d'expression politique dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme*, *Rev Les Cahiers du droit*, vol 53, n° 4, Laval, Québec, 2012, p 738; Pontier (J-M), *La dignité*, PUAM, 2004; Abikhzer (F), *La notion juridique d'humanité*, PUAM, 2005; Girard (Ch) et Hennette-Vauchez (S), *La dignité en 3D: analyses* in «*Voyage au bout de la dignité. Recherche généalogique sur le principe juridique de dignité de la personne humaine*» Mission de recherche Droit et justice 2004, p 2; Dreyer (E), *Les mutations du concept juridique de dignité*, RRJ-Droit prospectif, PUAM, 2005-1, p 19 et *Droits fondamentaux et dignité* in «*Dictionnaire des droits fondamentaux*» s/d Chagnollaude (D) et Drago (G), Daloz, 2006, p 252; Andriantsimbazovina (J), *La dignité et le droit international et européen. Quelques considérations sur le traitement de la dignité de la personne humaine par le droit positif*, in «*Justice, éthique et dignité*» (s/d H Pauliat et S Gaboriau), Presses univ Limoges, 2006; Burgorgue-Larsen (L), *La dignité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in «*La dignité saisie par les juges en Europe*», Bruylant, 2010, p 55.

22 CE 20 mai 1996, *Soc Vortex*, n° 167694.

23 CE 13 oct 1995, 2 esp, *Commune de Morsang-sur-Orge, Ville d'Aix-en-Provence*, RFDA 1995, p 1204; AJDA 1995, chron Stahl (J-H) et Chauvaux (D), p 875; RDP 1996, p 536, notes Gros (M) et Fromont (J-Ch).

24 Lebreton (G), *Le juge administratif face à l'ordre moral*, Mélanges G Peiser, PUG 1995, p 363; Theron (J-P), *Dignité et libertés. Propos sur une jurisprudence contestable*, in *Pouvoir et libertés*, Mélanges J Mourgeon, (Bruylant, 1998) p 295; Canedo (M), *Le Conseil d'État, gardien de la moralité publique?* RFDA, 2000, p 1282; Morange (J), *Censure, liberté, protection de la jeunesse*, RFDA 2000, p 1311.

avait déjà été élevée l'année précédente au rang de principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel²⁵. Elle n'apparaissait pourtant ni dans la Déclaration de 1789, ni dans le préambule de la Constitution de 1946²⁶. Mais cette construction purement prétorienne ne consiste pas à reconnaître un droit nouveau; elle sert à graver dans l'ordre constitutionnel un droit déjà reconnu²⁷. La notion de dignité est donc non seulement un élément de l'ordre public, mais elle est désormais utilisée comme source de contrôle de la légalité administrative par le juge administratif français en dehors même du domaine de la police administrative²⁸.

III LA PREVENTION DE L'ANTISEMITISME ET DE L'INCITATION A LA HAINE RACIALE

Dans son ordonnance de référé, le Conseil d'État a visé plusieurs de ses décisions passées et notamment son avis sur la responsabilité de l'État français du fait de la déportation résultant des persécutions antisémites pendant la seconde guerre mondiale²⁹. Cet avis intervenu à propos de l'affaire Hoffmann-Glemane a précisé «*qu'en rupture absolue avec les 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, les persécutions antisémites ont provoqué des dommages exceptionnels et d'une gravité extrême*». Le commissaire du gouvernement F. Lénica dans ses conclusions avait averti : «*le contentieux de l'holocauste est parfaitement irréductible au droit commun. Les raisonnements que nous allons mener seront donc largement inédits dans leur objet, leur portée et leurs effets*». On retrouve aussi dans l'affaire Dieudonné cette particularité liée à la prévention de l'antisémitisme et de l'apologie de l'incitation à la haine raciale. Le Conseil d'État mentionne que le spectacle de M. Dieudonné «*a fait l'objet de neuf*

25 Décision n° 94-343/344 DC, 27 juil. 1994, p 100. Voir Edelmann (B), *La dignité de la personne humaine, un concept nouveau*, D 1997, chron p 185; Saint-James (V), *Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique en droit français*, D 1997, chron, p 61.

26 Rousseau (D), *Sur le Conseil constitutionnel. La doctrine Badinter et la démocratie*, Descartes et cie, 1997, pp 107-134. La proposition du Rapport Vedel «pour une révision de la Constitution» (fév 1993) d'inscrire la «dignité» dans la loi fondamentale n'a jamais eu de suite.

27 Favoreu (L) et Philip (L) *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 1997, p 874.

28 CE 3 déc 2010, *Mme A*, n° 334683 (à propos d'un décret d'extradition qui doit respecter le principe de dignité de la personne humaine).

29 CE Ass Avis, 16 févr 2009, *Mme Hoffman-Glemane*, n° 315499, RFDA 2009, p 316 et obs Delaunay (B), p 525 et Roche (P.) p. 536, AJDA 2009, p 589, chron Liéberet (S-J) et Botteghi (D) p 592, Dr adm. avr 2009, n° 4.47, note Melleray (F). Voir aussi: Lochak (D), Lochak (D), *Le droit et les Juifs* (Daloz, 2009) et *Le droit, la mémoire, l'histoire. La réparation différée des crimes antisémites de Vichy devant le juge administratif*, RDH 2012/2.

condamnations pénales, dont sept sont définitives, pour des propos de même nature». Jusque là les tribunaux administratifs considéraient que la circonstance qu'un artiste ait déjà fait l'objet de condamnations pénales ne prouvait pas qu'il s'apprêtait à en commettre de nouveau³⁰. Le Conseil d'État a toutefois estimé «*qu'au regard du spectacle prévu, tel qu'il a été annoncé et programmé*», les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles ne seraient pas repris ne suffisaient 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. C'est le spectacle lui-même qui est donc visé. Dans une espèce différente, la distribution d'aliments contenant du porc aux indigents musulmans ou juifs a été considérée en tant que telle comme une «*démonstration susceptible de porter atteinte à la dignité des personnes privées du secours proposé*»³¹. Dès lors, seule l'interdiction du spectacle était de nature à l'empêcher de proférer à nouveau des incitations à la haine raciale ou religieuse. La décision de la haute juridiction administrative dans l'affaire Dieudonné s'inspire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui admet des ingérences dans le droit au respect de la liberté d'expression lorsqu'elles sont «*nécessaires dans une société démocratique*»³². Les États peuvent donc se prémunir contre les actes incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme, ainsi qu'avec les objectifs de la Convention des droits de l'homme. Dans sa recommandation 97/20 du 30 octobre 1997, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a ainsi condamné «*toutes les formes d'expression qui incitent à la haine raciale, à la xénophobie, à l'antisémitisme et à toute les formes d'intolérance car elles minent la sécurité démocratique*». La Cour européenne a ainsi jugé que l'ouvrage de Garaudy («*Les mythes fondateurs de la politique israélienne*») qui lui a valu des condamnations pour diffamation raciale et provocation à la haine raciale «*ayant, dans son ensemble, un caractère négationniste marqué, va à l'encontre des valeurs fondamentales de la Convention, à savoir la justice et la paix*» et sanctionne «*l'abus de droit*» qui consiste à exciper de la liberté de communication à

30 TA Montpellier, 23 mai 2013, *Société Chrystel Camus Productions et M D*, n° 132275.

31 CE 5 janv 2007, *Ministre de l'Intérieur c/ Assoc «Solidarité des français*» n° 300311.

32 Flauss (J-F) *La Cour européenne des droits de l'homme et la liberté d'expression*, in «La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe», Zoller (E.) (s/d), Dalloz, 2008, p 98; Wachsmann (P), *Liberté d'expression*, Juriscl, Fasc 800.

des fins contraires à la Convention³³. La Cour européenne a confirmé sa jurisprudence dans des espèces qui concernaient l'usage de la liberté d'expression pour promouvoir l'intolérance y compris religieuse³⁴, ou dans un but islamophobe³⁵, antisémite³⁶ ou xénophobe et homophobe³⁷. La Cour européenne n'en range pas moins la liberté d'expression au cœur de ses priorités comme en témoignent encore l'affaire du drapeau litigieux des «Árpád»³⁸ qui ayant «*de multiples significations*» en ce qu'il pouvait «*être regardé à la fois comme un symbole historique et comme un symbole rappelant le régime des Croix fléchées*», «*n'était ni intimidant, ni susceptible de favoriser la violence en insufflant une haine profonde et irrationnelle envers certaines personnes*», ou l'arrêt *Perinçek c/ Suisse* de 2013³⁹ qui a jugé contraire à la Convention la sanction pénale infligée à un ressortissant turc ayant publiquement déclaré que le génocide arménien était un «*mensonge international*» tout en reconnaissant les massacres et les déportations d'arméniens pendant les années en cause et sans jamais manifester de mépris à l'égard des victimes. Mais la Cour européenne exclut du bénéfice de la protection conventionnelle les discours qui «*incitent à la haine fondée sur les préjugés religieux, ethniques ou culturels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les États démocratiques*»⁴⁰. Lorsque c'est la haine qui envahit le discours, la liberté de débattre trouve ses limites⁴¹. Ainsi que le rappelle

33 CEDH 24 juin 2003, *Garaudy c/ France*, Req n° 65831/01. Voir: Feldman (J-P), *Peut-on dire n'importe quoi sur la Shoah?* Rev int dr comp 1998, n° 4, p 229; Wachsmann (P), *Liberté d'expression et négationnisme*, RTDH 2001 (n° spéc «Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie»), p 585; Imbleau (M), *La négation du génocide nazi, liberté d'expression ou crime raciste? Le négationnisme de la Shoah en droit international et comparé*, LHarmattan, 2003 et Hervieu (N), *Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à lutte contre l'extrémisme*, in Lettre «Actualités Droits-Libertés» du CREDOF, 13 janv 2014. Voir aussi: Losurdo (D), *Le révisionnisme en histoire. Problèmes et mythes*, Albin-Michel, 2006.

34 CEDH 4 déc 2003, *Gündüz c/ Turquie*, n° 35071/97, 2003-XI. Voir aussi: CEDH 6 juil 2006, *Erbakan c/ Turquie*, n° 59405/00.

35 CEDH 16 nov 2004, *Norwood c/ Royaume-Uni*, n° 23131/03.

36 CEDH 20 fév 2007, *Ivanov c/ Russie*, n° 35222/04.

37 CEDH 23 oct 2012, *Molnar c/ Roumanie*, n° 16637/06.

38 CEDH 24 juil 2012, *Tatár et Fáber c Hongrie*, Req n° 40721/08.

39 CEDH 17 déc 2013, *Perinçek c/ Suisse*, Req n° 27510/08.

40 CEDH 16 juil 2009, *Féret c/ Belgique*, Req n° 15615/07, § 46 et § 73.

41 Errera (R), *Sur les justes limites de la liberté d'expression*, Esprit 1990/12, p 82; Martin (P), *La haine, origine du droit*, Mélanges J Mourgeon, Bruylant, 1998, p 229; Maurer (B), *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Doc Frse, 1999; Tulkens (F), *Liberté d'expression et racisme dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in «Lutter contre le racisme tout en respectant la liberté d'expression», Conseil

N. Hervieu⁴², la jurisprudence de la Cour suprême américaine n'est pas sans influence sur les arrêts de la Cour européenne⁴³. L'inspiration réciproque des jurisprudences nationales et internationales en matière de droits fondamentaux est flagrante⁴⁴. Le juge européen s'inspire ainsi du critère américain du «*clear and present danger*» («*danger manifeste et pressant*»), initié par le juge Oliver Wendell Holmes⁴⁵, qui seul est susceptible de restreindre la liberté d'expression⁴⁶. Sans préjuger des suites d'une éventuelle saisine de la Cour européenne des droits de l'homme, celle-ci, tout en s'attachant à protéger la libre expression, n'en demeure pas moins attentive à borner l'exercice de cette liberté lorsqu'elle est utilisée pour faire l'apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la Seconde Guerre mondiale⁴⁷. Comme le disait jadis le commissaire du gouvernement Corneille, dans des célèbres conclusions, «*la liberté doit rester la*

de l'Europe, 2007, p 63; Oetheimer (M), *La Cour européenne des droits de l'homme face au discours de haine*, RTDH 2007/69, p 70.

42 Hervieu (N), *La tolérance européenne envers les manifestations et symboles de l'intolérance*, in *Lettre «Actualités Droits-Libertés» du CREDOF*, 8 août 2012.

43 Loveland (I), *Importing the First Amendment: freedom of expression in American, English en european law*, Evanston, (Northwestern Univ Press, 1999); Flauss (J-F), *La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis dans le contentieux européen des droits de l'homme*, RTDH 2005 n° 62, p 313; Docquir (PF), *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux États-Unis* (Bruylant, 2007).

44 Genevois (B), *L'inspiration réciproque des jurisprudences des juridictions suprêmes nationales et internationales en matière de droits fondamentaux*, Petites Affiches 2008, n° 112, p 15; Allard (J) et Waeyenberge (A Van), *De la bouche à l'oreille? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et la montée en puissance de la fonction de juger* (Bruylant, 2008) p 77.

45 *Schenck v United States*, 249 US 47, 52 (1919). Voir Masson *De la possible influence d'OW Holmes sur la conception de la liberté d'expression dans la convention européenne des droits de l'homme*, RDIC 2006/3, p 245.

46 Cour suprême, *Schenck v United States*, 249 US 47, 52 (1919); *Dennis v United States*, 341 US 494 (1951); *Snyder v Phelps*, 562 US (2011). Voir: Fiss (OM), *The irony of free speech*, (Harvard Univ Press, 1998); Sadurski (W), *Freedom of speech and its limits*, Dordrecht, (Kluwer Academic Publishers, 1999) p 217; Schauer (F) *Speech, behaviours and the interdependence of fact and value* in "Freedom of speech and incitement against democracy" Kretzmer (D) et Hazan (FK) (Boston, Kluwer Law International 2000) p 43; Larry Alexander *Is there a right of freedom of expression?* (Cambridge Univ press 2005); Barendt (E) *Freedom of speech* (2e éd. Oxford Univ press, 2007); Heyman (SJ) *Free speech and human dignity* (Yale Univ press 2008); Chemerinsky (E) *Not a Free Speech Court*, in "Arizona Law Review" Vol 53, n° 3, 2011 p 723; Schauer (F) *Harm(s) and the First Amendment*, in "Virginia Public Law and Legal Theory", Research Paper n° 2012-23; Waldron (J) *The harm in hate speech*, (Harvard Univ press, 2012).

47 Josende (L) *Liberté d'expression et démocratie* (Bruylant, 2010).

*règle et la restriction de police, l'exception*⁴⁸». L'apologie de l'incitation à la haine raciale fait partie de ces exceptions⁴⁹.

Au bout du compte, plus qu'une révolution jurisprudentielle, l'ordonnance du Conseil d'État du 9 janvier 2014 n'apporte, selon les explications de son vice-président, intervenues dès le lendemain pour répondre au déchainement des passions suscitées par cette affaire, qu'une réponse à une «*situation inédite d'articulation entre la liberté d'expression et ses limites nécessaires dans une société démocratique*»⁵⁰. Elle traduit, toujours selon son vice-président, «*le souci de prévenir des provocations répétées à la haine et à la discrimination raciale et des propos portant atteinte à la dignité humaine*». Constituant «*l'essence même de la convention européenne des droits de l'homme*»⁵¹, la «*dignité de la personne humaine*» sert donc de curseur à l'exercice des libertés publiques. Si l'affaire Dieudonné a rencontré un tel écho en France, c'est parce que chaque limitation de la liberté d'expression renvoie au débat récurrent sur la conception même de la démocratie (cf. interdiction de la liberté pour les ennemis de la liberté?)⁵². Qui n'a en mémoire la formule fameuse de Castoriadis qui fait de la démocratie le seul régime qui affronte ouvertement la possibilité de son autodestruction? C'est pourquoi le juge reste très prudent dans l'exercice de son contrôle juridictionnel et attentif à concilier la liberté d'expression avec l'objectif de respect de la dignité de la personne humaine qui est fondé sur une certaine idée de l'égalité entre tous les citoyens qui ont droit à la protection de leur dignité parce qu'elle est, disait Simone Weil, «*dans chaque homme quelque chose de Sacré qui n'est pas sa personne, qui n'est pas non plus la personne humaine en général mais qui est lui, cet homme tout simplement.*»

CONSEIL D'ETAT

N° 374508

MINISTRE DE L'INTERIEUR c/ Société Les Productions de la Plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala

Ordonnance du 9 janvier 2014

Vu la Constitution, notamment le Préambule;

48 Concl sur CE 17 août 1917, *Baldy*, rec p 638.

49 Heyman (S-J), *Free speech and human dignity* (Yale University Press, 2008).

50 Voir les explications de M J-M Sauvé, sur le site du Conseil d'État.

51 CEDH 22 nov 1995, *SW c/ Royaume Uni*, 20166/92.

52 Goyard (Cl), *État de droit et démocratie*, Mélanges R Chapus, Montchrestien, 1992, p 299.

Vu la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales;

Vu le code pénal;

Vu le code général des collectivités territoriales;

Vu la loi du 30 juin 1881 sur la liberté de réunion;

Vu la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse;

Vu les décisions du Conseil d'Etat, statuant au contentieux, *Benjamin* du 19 mai 1933, *commune de Morsang-sur-Orge* du 27 octobre 1995 et *Mme Hoffman-Glemane* du 16 février 2009;

«4. Considérant que l'exercice de la liberté d'expression est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés; qu'il appartient aux autorités chargées de la police administrative de prendre les mesures nécessaires à l'exercice de la liberté de réunion; que les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice de ces libertés fondamentales doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées;

5. Considérant que, pour interdire la représentation à Saint-Herblain du spectacle «Le Mur», précédemment interprété au théâtre de la Main d'Or à Paris, le préfet de la Loire-Atlantique a relevé que ce spectacle, tel qu'il est conçu, contient des propos de caractère antisémite, qui incitent à la haine raciale, et font, en méconnaissance de la dignité de la personne humaine, l'apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées au cours de la Seconde Guerre mondiale; que l'arrêté contesté du préfet rappelle que M. Dieudonné M'Bala M'Bala a fait l'objet de neuf condamnations pénales, dont sept sont définitives, pour des propos de même nature; qu'il indique enfin que les réactions à la tenue du spectacle du 9 janvier font apparaître, dans un climat de vive tension, des risques sérieux de troubles à l'ordre public qu'il serait très difficile aux forces de police de maîtriser;

6. Considérant que la réalité et la gravité des risques de troubles à l'ordre public mentionnés par l'arrêté litigieux sont établis tant par les pièces du dossier que par les échanges tenus au cours de l'audience publique; qu'au regard du spectacle prévu, tel qu'il a été annoncé et programmé, les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles et de nature à mettre en cause la cohésion nationale relevés lors des séances tenues à Paris ne seraient pas repris à Nantes 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; qu'il appartient en outre à l'autorité administrative de

prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises; qu'ainsi, en se fondant sur les risques que le spectacle projeté représentait pour l'ordre public et sur la méconnaissance des principes au respect desquels il incombe aux autorités de l'Etat de veiller, le préfet de la Loire-Atlantique n'a pas commis, dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative, d'illégalité grave et manifeste».