

Notice n° 17

La liberté d'expression

La liberté d'émettre, de diffuser et/ou de recevoir des idées, des pensées ou des opinions occupe sur le plan politique une place particulière et privilégiée par rapport aux autres droits et libertés fondamentaux. Elle entretient des liens indissolubles avec le régime démocratique et libéral. Aucune société démocratique ne saurait se concevoir sans que la liberté d'émettre, de diffuser et/ou de recevoir des idées, des pensées ou des opinions ne soit reconnue et garantie. Dans l'arrêt du 7 décembre 1976, Handyside, la Cour européenne des droits de l'homme énonce dans une formule devenue incontournable que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de [la société démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »¹. Dans le même sens, le Conseil constitutionnel considère que la liberté de communication est « une liberté fondamentale d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés »².

Sur le plan juridique, la liberté d'émettre, de diffuser et/ou de recevoir des idées, des pensées ou des opinions se décline autour de différentes notions qu'il convient de clairement identifier et distinguer, telles que « liberté d'expression », « liberté d'information », « liberté de communication » ou encore « libre circulation des idées ». L'ensemble de ces libertés peut être rattaché à la catégorie générique des *libertés de la pensée*. Cette catégorie est cependant plus vaste, à la fois par rapport à la liberté d'expression étudiée ici et la liberté de communication qui sera abordée ensuite³. Les libertés de la pensée regroupent un ensemble de droits et libertés que l'on peut distinguer en fonction de la présence ou de l'absence d'une extériorisation d'une idée, pensée ou opinion. La liberté de conscience ou la liberté d'opinion ou encore la liberté de pensée ne concernent que le for intérieur des individus. Leur exercice ne se matérialise de manière véritable qu'à travers l'expression ou la communication. Les libertés d'expression et de communication constituent la manifestation extérieure des libertés de la pensée. La partie II du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, reprenant les termes de la Charte européenne des droits fondamentaux, distingue en ce sens la liberté de pensée, de conscience et de religion, de la liberté d'expression et d'information.

Le sens des termes d'« expression » et de « communication » doit être précisé. Selon une définition courante, le terme « expression » désigne une « action ou manière d'exprimer ou de s'exprimer » ; celui de « communication », dans un premier sens, l'« action de communiquer

¹ C.E.D.H., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, Req. n° 5493/72, § 49.

² C.C., n° 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *RJC-I*, p. 199, Considérant n° 37.

³ Voir la fiche sur la liberté de communication.

quelque chose à quelqu'un » c'est-à-dire « faire connaître quelque chose à quelqu'un ; faire partager ; rendre commun à, transmettre quelque chose ». L'expression a une dimension individuelle, elle concerne *celui qui exprime quelque chose*. La communication présente une dimension collective car elle suppose au moins deux éléments *quelqu'un qui émet* et *quelqu'un qui reçoit*. La communication s'inscrit dans un mouvement de diffusion du discours de l'émetteur vers le récepteur. Certes, la communication passe par l'expression, mais la réciproque n'est pas forcément vraie, même si l'on peine à imaginer le discours solitaire qui n'aurait pour objet que d'atteindre celui qui s'exprime. La liberté de communication apparaît comme l'instrument permettant d'assurer l'effectivité de la liberté d'expression. Cette seconde liberté se rapporte à la substance de ce qui est exprimé, la première à sa diffusion. Pour emprunter une distinction établie par le Tribunal constitutionnel espagnol, on distinguera la liberté d'expression entendue comme constituant un « *droit primaire* », qui permet de s'exprimer librement, de la liberté de communication qui est un « *droit instrumental* » au service de ce droit primaire. Tel est le cas lorsque la liberté de communication est envisagée comme étant destinée à permettre la création des supports et des moyens de diffusion nécessaires pour la liberté d'expression⁴.

Pour reprendre le triptyque neutre qui a ouvert cette étude, la liberté d'expression est une *liberté d'émettre*, la liberté de communication regroupe la *liberté de diffuser* et la *liberté de recevoir*. En d'autres termes, *ce qui est dit* relève de la liberté d'expression, *les moyens qui permettent de diffuser ce qui est dit* et *la réception de ce qui est dit* s'intègrent dans la liberté de communication. Face à une même opinion, il sera possible de s'intéresser à trois éléments différents : à son *contenu*, sous l'angle de la liberté d'expression, aux *supports* qu'elle emprunte pour être diffusée, comme la presse ou la télévision, c'est-à-dire les *bénéficiaires actifs* de la liberté de communication, et à *ceux qui la reçoivent*, les *bénéficiaires passifs* de la liberté de communication. D'autres expressions permettent de concrétiser la liberté de communication dans ces deux volets. La liberté de la presse et la liberté de la communication audiovisuelle réalisent la liberté de communication dans son volet actif ; le droit à l'information la concrétise dans son volet passif.

La distinction ainsi exposée permet de présenter de manière relativement cohérente le régime juridique de chacune de ces libertés. Sa clarté théorique ne doit pas occulter les éventuelles difficultés pratiques qu'elle génère lorsqu'il s'agit de distinguer ce qui relève de la liberté d'expression et ce qui relève de la liberté de communication. La frontière n'est pas étanche et les interactions sont mêmes évidentes car la communication suppose toujours l'expression. Ainsi, la saisie d'un journal constitue une mesure qui s'élève contre la *liberté d'expression*, lorsque c'est le contenu du discours reproduit dans le journal qui justifie la mesure. Elle porte également atteinte à la *liberté de communication* dans ses deux dimensions, le journal qui est touché par la mesure, comme les lecteurs qui ne pourront disposer du discours. Dans le même ordre idée, toute limitation à la liberté d'expression, c'est-à-dire au contenu du discours, en vue de protéger l'ordre public ou les droits des tiers, ne se conçoit que si le discours est diffusé au public. L'injure ou la

⁴ T.C., n° 206, 17 décembre 1990, *fundamentos* § 6 ; n° 329, 15 décembre 2005, *fundamentos* § 9.

diffamation « solitaires » ne donnent pas lieu à des poursuites, à moins, bien sûr, de se projeter dans 1984.

En France, la liberté d'expression est évoquée de manière implicite par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789. Il prévoit en effet que « tout citoyen peut (...) parler, écrire, imprimer librement ». L'identification de l'objet de la liberté d'expression, de ce qui est protégé par cette liberté, n'est pas des plus évidente *a priori*. Il est difficile d'établir positivement ce que le contenu du discours peut contenir ou ne peut pas contenir, quelle forme peut-il ou ne peut-il pas prendre. Les domaines couverts par la liberté d'expressions sont par ailleurs potentiellement vastes de sorte qu'il est ardu d'identifier un champ d'application autonome de la liberté d'expression. Aussi, la détermination de *la substance de la liberté d'expression* soulève certaines interrogations (I). C'est sans doute de manière négative que ses contours sont les plus visibles. Lorsque cette liberté est confrontée à d'autres droits et libertés et qu'il s'agit d'en mesurer les limites, sa portée se dessine. Celle-ci s'apprécie ainsi à partir de l'identification des *limites à la liberté d'expression* (II).

I – La substance de la liberté d'expression

L'expression se rapporte toujours à un objet particulier, idée, pensée, opinion ou information, et donc à un discours dans un sens large. Le discours couvert par la liberté d'expression permet d'en matérialiser la substance selon qu'il est abordé dans sa *forme*, dans son *objet* ou son *domaine d'intervention*. Ce choix de s'intéresser au discours suppose une approche individuelle et non collective de la liberté d'expression. Cette liberté a pu être envisagée de manière collective notamment par le Conseil constitutionnel, qui s'est référé au « droit d'expression collective des idées et des opinions »⁵ à propos de la liberté de manifestation.

A - La forme du discours

En France, la jurisprudence constitutionnelle la plus développée sur la liberté d'expression a été rendue à propos de questions linguistiques et, plus particulièrement, de l'usage du français. La disposition constitutionnelle pertinente en ce domaine est l'article 2 de la Constitution qui dispose que : « *La langue de la République est le français* ». Cet énoncé a été inséré relativement récemment dans le texte suprême puisqu'il a été introduit par la révision constitutionnelle du 25 juin 1992. Dans la décision du 29 juillet 1994, *Loi Toubon*, le Conseil constitutionnel était saisi des dispositions de loi qui visaient à imposer l'usage du français dans un certain nombre de domaines et donc à imposer au discours une forme linguistique particulière. Dans l'exposé des normes de référence, le juge dissocie, pour la première fois de manière explicite, l'objet de la loi déferée s'y

⁵ C.C., n° 94-352 DC, 18 janvier 1995, *Vidéosurveillance*, RJC-I, p. 612, Considérant n° 16.

prêtant, le « droit de libre communication » et « la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer »⁶. Il utilise en ce sens la formule de « liberté de communication et d'expression »⁷, qu'il rattache à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Conciliant cette liberté avec l'article 2 de la Constitution, le Conseil en dégage l'essence : « le droit pour chacun de choisir les termes jugés par lui les mieux appropriés à l'expression de sa pensée »⁸. La liberté d'expression est une liberté portant sur la forme du message exprimé. Une telle concrétisation de la liberté d'expression n'empêche pourtant pas le juge constitutionnel de reconnaître la conformité à la Constitution de l'usage d'une terminologie officielle imposé aux personnes morales de droit public ainsi qu'aux personnes morales de droit privé exerçant une mission de service public⁹. Une telle obligation n'est admise d'un point de vue constitutionnel que pour autant qu'elle concerne l'exercice de la mission de service public. Un tel équilibre se trouve néanmoins modifié selon le domaine dans lequel intervient le discours¹⁰.

Les expressions symboliques devant la Cour suprême américaine

La Cour suprême américaine a reconnu la protection du 1^{er} amendement à des formes d'expression larges et, en particulier, à des formes non verbales dénommées « expressions symboliques ». Tel est le cas par exemple du port d'un brassard noir par les élèves d'un collège afin de manifester leur désapprobation de la guerre du Vietnam¹¹, d'un *sit-in* de noirs dans une zone « réservée aux blancs » pour protester contre la ségrégation¹² ou encore du fait de brûler le drapeau américain pour dénoncer la politique du Président Reagan¹³. Bien qu'incluses dans la protection du premier amendement, ces expressions symboliques jouissent d'une protection moindre que l'expression verbale. D'un point de vue constitutionnel, la réglementation de cette dernière est en principe interdite alors que celle des expressions symboliques est en général autorisée, si un intérêt gouvernemental le justifie.

B - L'objet du discours

Le discours concerné par la liberté d'expression peut porter sur différents objets : idées, pensées, opinions ou informations. Si la protection de la liberté d'expression semble devoir être la même

⁶ C.C., n° 94-345 DC, 29 juillet 1994, *Loi Toubon*, RJC-I, p. 595, Considérant n° 5.

⁷ *Loc. cit.*, Considérant n° 6.

Voir également : C.C., n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, JORF, 18 juin 1999, p. 8964, Considérant n° 8.

⁸ *Ibid.*

⁹ *Loc. cit.*, Considérants n° 8 et 10. Voir également : C.C., n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, précitée*, Considérant n° 8.

¹⁰ Voir *infra* C.

¹¹ C.S., *Tinker v. Des moines School District*, 393 U.S. 503 (1969).

¹² C.S., *Brown v. Louisiana*, 383 U.S. 131, 141-142, (1966).

¹³ C.S., *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), in *Grands arrêts de la Cour suprême des Etats-Unis*, Elisabeth ZOLLER, PUF, 2000, p. 1107.

en présence d'une idée, d'une pensée ou d'une opinion, la situation est différente lorsqu'il s'agit d'une information. La liberté d'expression perd en quelque sorte son autonomie dans la mesure où apparaissent les droits de celui qui reçoit l'information, c'est-à-dire les droits du destinataire du discours. La liberté d'expression lorsqu'elle porte sur l'information tend à se transformer en liberté de communication « passive » et à trouver en conséquence une protection renforcée¹⁴.

La distinction liberté d'expression/liberté d'information par la Constitution espagnole

Le Tribunal constitutionnel espagnol distingue la liberté d'expression (article 20.1 a de la Constitution espagnole) et la liberté d'information (article 20.1 d). Alors que la première a pour objet « les pensées, idées et opinions », ce qui englobe « les croyances et les jugements de valeur », la seconde concerne « les faits ». D'un côté, on trouve les idées, de l'autre, des données et des nouvelles¹⁵. La différence est d'autant plus importante que si la Constitution espagnole protège de manière générique la liberté d'expression, la liberté d'information n'est protégée que si elle concerne une information « véridique ». En pratique, il semble difficile d'imaginer que, dans l'exercice de la liberté d'information, on ne s'en tienne qu'aux faits sans qu'aucun commentaire soutenant une idée, une pensée ou une opinion ne soit émis. Le Tribunal constitutionnel recherche par conséquent l'élément prépondérant dans les propos contestés, qui les placent dans un contexte soit idéologique soit informatif¹⁶.

La diversité des objets du discours

pris en compte par la Cour européenne des droits de l'homme

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'objet de l'expression est large. Selon sa jurisprudence¹⁷, la protection de l'article 10 ne joue pas seulement « *pour certains types de renseignements, d'idées ou de modes d'expression* »¹⁸, mais également pour l'expression artistique¹⁹, les informations à caractère commercial²⁰ ou même la musique légère et les messages publicitaires diffusés par câble²¹. Une telle approche se confond d'ailleurs avec les domaines dans lesquels le discours se développe.

C - Le domaine du discours

¹⁴ Voir la fiche sur la liberté de communication (II, B).

¹⁵ Voir pour une affirmation récente : T.C., n° 47, 25 février 2002, *fundamentos* § 3.

¹⁶ Voir par exemple : T.C., n° 176, 11 décembre 1995, *fundamentos* § 2.

¹⁷ Voir de manière synthétique sur ces différents points : C.E.D.H., 24 février 1994, *Casado Coca c. Espagne*, Req. n° 15450/89, § 35.

¹⁸ C.E.D.H., 20 novembre 1989, *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, Req. n° 10572/83, § 26.

¹⁹ C.E.D.H., 24 mai 1988, *Müller et autres c. Suisse*, Req. n° 10737/84, § 27.

²⁰ C.E.D.H., 20 novembre 1989, *Markt intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c. Allemagne*, précité, § 26.

²¹ C.E.D.H., 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c. Suisse*, Req. n° 10890/84, § 54-55.

a) La diversité des domaines du discours

Les domaines dans lesquels le discours intervient sont variables et tendent à commander une protection plus ou moins large de la liberté d'expression. Le Conseil constitutionnel a pour la première fois évoqué la liberté d'expression en tant que telle dans le domaine universitaire. Dans la décision du 20 janvier 1984, *Liberté universitaire*, il a jugé que « les fonctions d'enseignement et de recherche non seulement permettent mais demandent, dans l'intérêt même du service, que la libre expression et l'indépendance des personnels soit garantie par les dispositions qui leurs sont applicables »²². La liberté d'expression est envisagée du côté d'un titulaire particulier, l'enseignant-chercheur, et s'en trouve renforcée. Sans que les termes de liberté d'expression n'aient été utilisés de manière explicite, le Conseil constitutionnel a également envisagé cette liberté dans le domaine de la publicité commerciale pour l'alcool et le tabac²³ et dans le domaine politique²⁴.

Devant le juge ordinaire, la liberté d'expression trouve à s'appliquer dans le domaine artistique et dans le domaine de la publicité. La jurisprudence administrative sur les interdictions municipales de projection de film est connue. Le Conseil d'Etat, dans l'arrêt de section du 18 septembre 1959, *Société des films Lutecia*²⁵, a admis qu'un maire pouvait, en application de ses pouvoirs de police, légalement interdire sur le territoire de sa commune un film ayant obtenu le visa ministériel d'exploitation lorsque sa projection est susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou s'il est préjudiciable à l'ordre public à raison de son caractère immoral et des circonstances locales. En application de cette jurisprudence, le Conseil d'Etat a été saisi, par exemple, de plusieurs interdictions municipales de projection des *Liaisons dangereuses* de Roger Vadim²⁶ ou de celle du *Pull-over rouge* à Aix-en-Provence²⁷. Le juge civil a pu être saisi par la voie du référé de demandes d'interdiction d'affichage d'une affiche de film²⁸ ou d'une publicité commerciale. Dans un arrêt du 8 avril 2005, par exemple, la Cour d'appel de Paris a ainsi, en se référant à la liberté d'expression garantie par la Constitution et la Convention européenne des droits de l'homme, confirmé une ordonnance rendue en première instance interdisant l'affichage d'une publicité

²² C.C., n° 83-165 DC, 20 janvier 1984, *Libertés universitaires*, RJC-I, p. 171, Considérant n° 19.

²³ C.C., n° 90-283 DC, 8 janvier 1991, *Lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme*, RJC-I, p. 97.

²⁴ C.C., n° 88-242 DC, 10 mars 1988, *Financement des campagnes électorales*, RJC-I, p. 331.

Voir pour un tableau exhaustif de la mise en œuvre implicite ou explicite de la liberté d'expression, et de communication également, par le Conseil constitutionnel : « Jurisprudence du Conseil constitutionnel et libertés de la pensée », *Rapport du Conseil constitutionnel à la X^{ème} Conférence des Cours constitutionnelles européennes*, Budapest, mai 2006, R.F.D.A., p. 644 et s.

²⁵ C.E., Sec., 18 septembre 1959, *Société des films Lutecia*, *Leb.*, p. 693, un *Grand arrêt de la jurisprudence administrative*.

²⁶ C.E., Ass., 19 avril 1960, onze arrêts concernant ce film, *Leb.*, p. 227.

²⁷ C.E., 26 juillet 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, *Leb.*, p. 236.

²⁸ A propos de l'affiche du film *Larry Flint* de Milos Forman, voir : T.G.I. Paris, 20 février 1997, *L.P.A.*, 24 février 1997, n° 24, p. 10, commentaire F. GRAS ; *L.P.A.*, 23 mai 1997, n° 62, p. 10, commentaire J.-P. DELANNOY. A propos de l'affiche du film *Je vous salue, Marie* de Jean-Luc Godard, voir : T.G.I. Paris, 28 janvier 1985, *Dalloz*, Jurisp., 1985, p. 129, note R. LINDON ; C.A. Paris, 13 mai 1985, *Gazette du Palais*, n° 146-148, 26-27-28 mai 1985, p. 342, note Ph. BERTIN.

parodiant la Cène de Jésus-Christ en raison de l'injure qu'une telle affiche représentait pour la religion catholique²⁹.

b) La protection variable de la liberté d'expression selon les domaines du discours

Il semble cohérent de penser que l'intensité de la protection de la liberté d'expression varie selon le domaine concerné et, qu'en matière publicitaire, elle soit plus faible que dans d'autres domaines. Dans l'arrêt de la Cour de Paris évoqué, le souci de préserver la religion catholique de l'injure dont elle était victime paraît d'autant plus fort que la liberté d'expression était envisagée dans un domaine purement commercial. Dans le même sens, l'obligation d'utiliser le français pour les personnes publiques et privées dans l'exercice d'une mission de service public posée par la décision du Conseil constitutionnel du 29 juillet 1994, *Loi Toubon*, n'est pas non plus absolue. L'équilibre entre la liberté d'expression et l'article 2 de la Constitution se trouve modifié selon le domaine dans lequel la liberté d'expression est exercée. Selon le juge constitutionnel, l'application de l'article 2 de la Constitution « ne doit pas conduire à méconnaître l'importance que revêt, *en matière d'enseignement, de recherche et de communication audiovisuelle*, la liberté d'expression »³⁰. Aussi, le Conseil constitutionnel censure-t-il les dispositions de la loi Toubon imposant une terminologie aux « organismes et services de radiodiffusion sonore et télévisuelle ». L'imposition d'une terminologie aux organismes publics, dans un sens large, trouve sa limite dans le domaine de l'audiovisuel. Une place particulière est également réservée par le juge à la liberté d'expression dans le domaine de l'enseignement et de la recherche, même s'il ne censure pas les dispositions de loi qui posent le droit de s'exprimer en français dans tous les colloques ou congrès organisés en France et imposent une obligation de traduction des programmes de ces manifestations en français, la présence de résumés en français des documents présentés ainsi que la mise en place d'un dispositif de traduction. Dans les deux situations évoquées, la liberté d'expression est renforcée en fonction de « l'éminence » accordée par la Constitution aux domaines dans lesquels elle s'exerce. L'usage d'une terminologie officielle, possible par la seule conciliation de l'article 2 de la Constitution et de l'article 11 de la Déclaration dans son volet « liberté d'expression », ne l'est plus lorsque interviennent d'autres libertés à l'appui de l'expression et en particulier lorsqu'elle tend vers la communication (télévision, enseignement et recherche).

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme
concernant l'étendue de liberté d'expression dans le domaine politique

La Cour européenne des droits de l'homme reconnaît également à la liberté d'expression une étendue plus ou moins importante selon le domaine en question. En matière politique par exemple, l'étendue de la liberté d'expression est maximale. A l'occasion d'un arrêt du 11 avril

²⁹ T.G.I. de Paris, 10 mars 2005, C.A. de Paris, 8 avril 2005, *Dalloz*, Jurisp., 2005, n° 20, p. 1326, note P. ROLLAND, « La critique, l'outrage et le blasphème ». Voir *infra* II, A.

³⁰ Voir également : C.C., n° 99-412 DC, 15 juin 1999, *Charte européenne des langues régionales ou minoritaires*, précitée, Considérant n° 8 (souligné par nous).

2006, *Brasiliér*, qui a vu la condamnation de la France pour violation de l'article 10 de la Convention, la Cour a rappelé les éléments de sa jurisprudence sur cette question. Elle considère que les restrictions à la liberté d'expression prévue par l'article 10 § 2 ne peuvent être que limitées dans le domaine du discours politique. S'appuyant sur l'importance fondamentale dans une société démocratique de la défense du libre jeu du débat politique, la Cour précise qu'elle « accorde la plus haute importance à la liberté d'expression dans le contexte du débat politique et considère qu'on ne saurait restreindre le discours politique sans raisons impérieuses ». Admettre de larges restrictions à ce type de discours « affecterait sans nul doute le respect de la liberté d'expression en général dans l'Etat concerné »³¹.

II – Les limites à la liberté d'expression

La question des limites à la liberté d'expression conduit à aborder deux questions différentes : celle des motifs valables pouvant justifier une limite à cette liberté et celle de la conciliation opérée par le juge dans la confrontation entre ces deux éléments.

A - Les motifs valables justifiant une limite à la liberté d'expression

En France, si l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen prévoit la compétence législative pour sanctionner les abus à la liberté qu'il énonce, aucun motif susceptible de limiter la liberté d'expression n'est explicitement proposé. Le Conseil constitutionnel considère, selon une formule constante dans sa jurisprudence, qu'« il appartient au législateur de concilier (...) l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, avec d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression sociaux culturels »³². Cette formule ne concerne explicitement que la liberté de communication. Néanmoins, elle est transposable à la liberté d'expression dans deux des limites énoncées : la sauvegarde de l'ordre public et le respect de la liberté d'autrui. Il est en effet possible de faire entrer dans chacune de ces deux catégories, entendues dans un sens large, toutes les limites prévues par le législateur ou établies par la jurisprudence qui viennent limiter la liberté d'expression.

³¹ C.E.D.H., 11 avril 2006, *Brasiliér c. France*, Req. n° 71343/01, § 41.

³² C.C., n° 82-141 DC, 27 juillet 1982, *Communication audiovisuelle*, RJC-I, p. 126, Considérant n° 5.

Pour des formulations récentes intégrant de légères modifications au considérant de principe : C.C., n° 2000-433 DC, 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Rec., p. 121, Considérant n° 10 ; n° 2001-450 DC, 11 juillet 2001, *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*, Rec., p. 82, Cons. n° 16.

Au premier titre des limites imposées par le législateur doivent être évoquées ce qui est appelé, non sans ambiguïté, les « infractions » ou « délits de presse ». La formule est trompeuse car si elle désigne bien les délits prévus par la loi du 29 juillet 1881 *sur la liberté de la presse*, ces délits ne sont pas seulement constitués lorsqu'ils empruntent le support de la presse. Le chapitre IV de la loi de 1881 est ainsi intitulé « des crimes et délits commis par la voie de la presse ou *par tout autre moyen de publication* »³³. La formule « tout autre moyen de publication » désigne, selon l'article 23 de la loi : les « discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics », les « écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics », les « placards » ou « affiches exposés au regard du public » ainsi que « tout moyen de communication au public par voie électronique ». L'énumération conduit à ce que, au-delà de la presse, tout moyen d'expression soit visé. Ce n'est plus alors le seul support de la presse qui est concerné par le chapitre IV de la loi de 1881, mais bien l'expression dans son ensemble. Les différents « délits » prévus peuvent être regroupés autour du diptyque ordre public/droits d'autrui.

a) La sauvegarde de l'ordre public

Du côté de la *sauvegarde de l'ordre public*, sont incriminés la provocation aux crimes et délits (articles 23 à 24 bis), les délits contre la chose publique (articles 26 et 27), intégrant notamment « l'offense au Président de la République », les délits contre les chefs d'Etat et agents diplomatiques étrangers (articles 36 et 37). La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes*, a supprimé les peines d'emprisonnement, sans supprimer les incriminations, pour certains des délits comme celui d'offense au Président de la République et envers les chefs d'Etats et membres du gouvernement étrangers et d'outrage envers les représentants diplomatiques étrangers. Par ailleurs, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, *portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité*, a abrogé l'article 36 de la loi, sur le délit d'offense publique à un chef d'Etat étranger, suite à la condamnation de la France à propos de cette disposition par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt du 25 juin 2002, *Colombani et autres*³⁴. En conséquence, des « délits contre les chefs d'Etat et agents diplomatiques étrangers » ne subsiste que « l'outrage commis publiquement envers les ambassadeurs et ministres plénipotentiaires, envoyés, chargés d'affaires ou autres agents diplomatiques accrédités près du gouvernement de la République » (article 37). Il est d'ailleurs permis de douter de la compatibilité de ce dernier délit, comme d'ailleurs de la compatibilité du délit d'offense au Président de la République, avec la Convention européenne des droits de l'homme. Ces deux délits sont très proches du délit qui a fait l'objet d'une condamnation de la Cour de Strasbourg. Avec la loi du 9 mars 2004, l'intervention conciliatrice du législateur s'est limitée au *ratio decidendi* de l'arrêt *Colombani*.

³³ Souligné par nous.

³⁴ C.E.D.H., 25 juin 2002, *Colombani et autres c. France*, Req. 51279/99.

b) Le respect de la liberté d'autrui

Du côté du *respect de la liberté d'autrui*, sont sanctionnées la diffamation et l'injure (articles 29 à 35 bis) et sont instituées ce que la loi dénomme les immunités de défense qui visent à protéger les personnes, notamment les mineurs, faisant l'objet de poursuites ou de procès judiciaires et à préserver le secret des procédures judiciaires (articles 38 à 41-1). La loi du 15 juin 2000, déjà évoquée, a encore supprimé les peines de prison pour les délits de diffamation et d'injure, sauf lorsqu'ils présentent un caractère discriminatoire. Ce caractère est reconnu dès lors que la diffamation ou l'injure est commise envers une personne ou un groupe de personne en fonction de l'appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée et, depuis la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, *portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*, en fonction du sexe, de l'orientation sexuelle ou du handicap (articles 32 et 33). Le discours discriminatoire, en fonction des différents critères suspects légalement énoncés, est sanctionné de manière plus forte que les autres types de discours. La prise en compte spécifique du discours discriminatoire, fondé sur les mêmes critères, est encore notable pour la provocation aux crimes et aux délits (article 24), même si les peines prévues sont les mêmes que pour les autres discours. La sanction spécifique du discours discriminatoire, pour ce qui concerne l'appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, résulte de la loi « Gayssot » n° 90-615 du 13 juillet 1990 *tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*. La répression des discours discriminatoires relève à la fois de la protection de l'ordre public et du respect des droits d'autrui en se rangeant de manière plus large dans la volonté du législateur de lutter contre les discours qui heurtent de manière radicale les valeurs de la République et, en particulier, le principe d'égalité de tous les citoyens, qui rend la République aveugle à l'origine, la race ou la religion, selon les termes de l'article premier de la Constitution du 4 octobre 1958. Doit être rangé sous cette même orientation, l'article 24 de la loi de 1881 qui incrimine « l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité », issu de la loi n° 87-1157 du 31 décembre 1987, *relative à la lutte contre le trafic de stupéfiants et modifiant certaines dispositions du code pénal*, et l'article 24 bis qui réprime la contestation de « l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité », institué par la loi Gayssot du 13 juillet 1990.

La différence entre la diffamation et l'injure mérite d'être rapidement exposée. La diffamation est définie par l'article 29 de la loi de 1881 comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ». La spécificité de la diffamation réside dans l'existence d'un fait précis, qui est absent de l'injure. Cette dernière est en effet constituée par « toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ». Avec la diffamation, puisqu'un fait est présent, la véracité de celui-ci peut être utilisée par le défendeur, sous certaines conditions, pour échapper aux poursuites. La bonne foi du diffamateur peut également être avancée à l'appui de sa défense. Tant en ce qui concerne la véracité des faits que la bonne foi, il appartient au diffamateur d'en apporter la preuve.

Les « délits de presse » institués par la loi de 1881 posent le droit commun de la répression de l'expression sous toutes ses formes. De la sorte, la répression, relevant de la compétence du juge pénal, est organisée autour d'un régime procédural particulier. Néanmoins, le droit commun, c'est-à-dire le droit civil, s'est introduit dans l'exercice de la liberté d'expression. Deux dispositions du Code civil sont traditionnellement invoquées devant le juge civil afin de faire obstacle à cette liberté : les articles 9 et 9-1. Le premier énonce le droit au respect de la vie privée et confère une compétence importante au juge dans la mesure où il peut, « sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propre à empêcher ou faire cesser une atteinte à l'intimité de la vie privée ». En cas d'urgence, ces mesures peuvent « être ordonnées en référé ». Le respect de la vie privée, comme le droit à l'image d'ailleurs, apparaissent comme une limite à l'expression qui peut peser fortement sur le support de cette expression³⁵. Le juge peut prononcer une interdiction de publication d'un ouvrage par exemple³⁶. L'article 9-1 concerne le droit à la présomption d'innocence qui, dans sa rédaction issue de la loi du 15 juin 2000, permet de protéger les personnes présentées publiquement comme coupables avant toute condamnation.

Le contrôle du respect de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme

L'article 10 de la Convention européenne prévoit un dispositif précis quant aux ingérences permises à l'Etat dans l'exercice de la liberté d'expression. Le contrôle de la Cour s'articule autour de ce dispositif. Toute restriction aux libertés consacrées par cette stipulation doit d'abord être prévue par la loi, même si la Cour retient une conception large et non littérale de cette notion. Elle doit ensuite être nécessaire « dans une société démocratique ». Pour la Cour, trois éléments sont caractéristiques de la société démocratique : « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture »³⁷. Une telle société « ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante »³⁸. La Cour procède ici à un contrôle de proportionnalité qui impose que les mesures restrictives soient strictement indispensables pour répondre à la protection de l'intérêt évoqué. Enfin, les motifs qui justifient une ingérence de l'Etat ne peuvent concerner que la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, la protection de la réputation ou des droits d'autrui, ou empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou encore garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. En application de ces critères, la

³⁵ Voir la fiche sur la liberté de communication (I, A).

³⁶ Voir par exemple, pour une affaire concernant la France soumise à la Cour européenne des droits de l'homme : C.E.D.H., 18/05/2004, *Editions Plon c. France*, Req. n° 58148/00.

³⁷ C.E.D.H., 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, précité, § 49.

³⁸ C.E.D.H., 13 août 1981, *Young, James et Webster c. Royaume-Uni*, Req. n° 7601/76 et 7806/77, § 63.

France a fait l'objet de huit condamnations pour violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme³⁹.

B - La conciliation des intérêts protégés avec la liberté d'expression

Une fois les motifs légitimes justifiant une atteinte à la liberté d'expression reconnus, encore faut-il déterminer la manière dont sont conciliés les deux intérêts en présence. Sur ce point, ce qui est moins manifeste du côté des seuls motifs légitimes, la différence entre les Etats et, plus précisément, entre les différents juges chargés d'opérer cette conciliation est importante. Même si elles sont toutes ancrées dans une logique occidentale et libérale, les valeurs défendues par les Etats sont variables tant sur la place accordée à la liberté d'expression en elle-même que dans ses rapports avec le respect de l'ordre public ou des droits d'autrui. Tel est le cas en particulier de l'insulte au drapeau et du délit de blasphème. En revanche, une certaine unité peut être constatée autour de la répression du discours raciste et xénophobe.

a) L'insulte au drapeau

Concernant ce que l'on peut désigner de manière large comme « l'insulte au drapeau »⁴⁰, le juge constitutionnel français a été saisi de la conformité à la Constitution d'une disposition de loi qui a introduit dans le Code pénal un article 433-5-1. Selon cette disposition, « le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7500 euros d'amende. Lorsqu'il est commis en réunion, cet outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 7500 euros d'amende ». La conciliation opérée entre, d'une part, la liberté d'expression et la liberté d'opinion et, d'autre part, les dispositions constitutionnelles sur le drapeau et l'hymne national et les exigences de l'ordre public conduit le Conseil constitutionnel à ne pas déclarer contraires à la Constitution les dispositions contestées, même si des réserves d'interprétation sont émises. Selon le juge, la conformité à la Constitution n'est reconnue que parce que sont exclus du champ d'application de la disposition pénale « les œuvres de l'esprit, les propos tenus dans un cercle privé, ainsi que les actes accomplis lors de manifestations non organisées par les autorités publiques ou non réglementées par elle ». Par ailleurs, l'expression « manifestations réglementées par les autorités publiques » doit « s'entendre des manifestations publiques à caractère sportif, récréatif ou culturel se déroulant dans les enceintes soumises par les lois et règlements à des règles d'hygiène et de

³⁹ C.E.D.H., 27 avril 1995, *Piermont*, Req. n° 15773/89 et 15774/89 ; 23 septembre 1998, *Lehideux et Isorni*, Req. n° 24662/94 ; 21 janvier 1999, *Fressoz et Roire*, Req. n° 29183/95 ; 3 octobre 2000, *Du Roy et Malaurie*, Req. n° 34000/96 ; 17 janvier 2001, *Association Ekin*, Req. n° 39288/98 ; 25 juin 2002, *Colombani et autres*, Req. n° 51279/99 ; 31 janvier 2006, *Ginienski*, Req. n° 64016/00 ; 11 avril 2004, *Brasilier*, Req. n° 71343/01.

⁴⁰ La Cour suprême américaine a été saisie de la conformité à la Constitution fédérale de la loi du Texas incriminant la profanation d'un objet sacré, telle qu'elle avait été appliquée à l'encontre d'un citoyen, Monsieur Johnson, qui avait brûlé le drapeau américain au cours d'une manifestation (C.S., *Texas v. Johnson*, précité). Elle a jugé la loi contraire au 1^{er} Amendement en considérant notamment que « le gouvernement ne peut pas interdire une expression simplement parce qu'il n'est pas d'accord avec son contenu ».

sécurité en raison du nombre de personnes qu'elles accueillent»⁴¹. La réserve est restrictive et importante. Elle n'en permet pas moins de valider le principe du délit d'outrage au drapeau et à l'hymne nationaux. De plus, si les manifestations dans la rue semblent exclues du domaine d'application de l'article 433-5-1 du Code pénal, celles qui se tiennent dans des lieux publics tels que les cafés, bars et restaurants tombent sous le coup de cette disposition, à moins qu'ils ne soient considérés comme des « cercles privés ». La position adoptée est d'autant plus problématique qu'en donnant les critères d'interprétation de la loi, elle soulève de nouvelles difficultés d'interprétation quant au domaine d'application de la loi pénale.

b) La sanction du blasphème

La sanction du blasphème marque le lien fort pouvant exister entre un Etat, même laïque, et la religion. La « parole qui outrage la divinité, la religion ou quelque chose de sacré », selon une définition courante du blasphème, ne semble devoir être réprimée que parce que l'Etat entend protéger de manière particulière les valeurs religieuses. Une fois engagée dans une telle voie, la sanction du blasphème apparaît dangereuse dans la mesure où la marge d'appréciation est grande, notamment quant à la détermination du degré d'outrage susceptible d'appeler une sanction et des « religions » protégées. La subjectivité domine dans un domaine qui relève de la conscience de chacun. La loi sur la presse de 1881 contient des dispositions susceptibles de sanctionner le blasphème. En effet, le discours discriminatoire est sanctionnée notamment lorsqu'il vise un individu ou un groupe en raison de son appartenance à « une religion » dans le cadre de la diffamation et de l'injure. L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 8 avril 2005 offre une illustration éclairante de la sanction du « blasphème »⁴². Elle était saisie en appel d'un jugement en référé du Tribunal de grande instance de Paris, qu'elle confirma, interdisant l'affichage en tous lieux publics d'une photographie utilisée pour la publicité d'une marque de vêtements. Cette publicité représentait la Cène de Jésus-Christ. L'association requérante dénonçait une injure, au sens des articles 29, alinéa 2, et 33, alinéa 3, de la loi de 1881, « aux sentiments religieux et à la foi des catholiques » et soutenait que « cette représentation outrageante d'un thème sacré détourné par une publicité commerciale » leur causait « un trouble manifestement illicite qu'il importe de faire cesser par la mesure d'interdiction sollicitée ». Les justifications avancées par la Cour et par le Tribunal pour faire droit à la demande font preuve d'une certaine prudence à reconnaître le « fait blasphématoire ». Les éléments soulevés par la Cour et le Tribunal, même si certains sont plus visibles devant l'une que l'autre de ces juridictions, semblent pouvoir être regroupés de manière synthétique autour de quatre points. Tout d'abord, l'élément religieux représenté, la Cène, est un « évènement fondateur du christianisme », qui « fait incontestablement partie des éléments essentiels de la foi catholique ». Ensuite, l'affichage est prévu dans des lieux de passage du public

⁴¹ C.C., n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, *Loi pour la sécurité intérieure*, JORF, 19 mars 2003, p. 4789, Cons. n° 104.

⁴² C.A. Paris, 8 avril 2005, *précité*. Voir sur la question du « blasphème » devant la Cour européenne des droits de l'homme : 20 septembre 1994, *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, Req. n° 13470/87 ; 25 novembre 1996, *Wingrove c. Royaume-Uni*, Req. n° 17419/90 ; 13 septembre 2005, *I.A. c. Turquie*, Req. n° 42571/98. Voir également l'arrêt du Tribunal correctionnel de Paris du 22 mars 2007 sur la publication des caricatures de Mahomet par le journal *Charlie Hebdo*.

ce qui fait qu'il « expose ainsi à cette injure faite à leur croyance religieuse les catholiques qui en ont été inévitablement les spectateurs, sans qu'ils aient le libre choix de se procurer ou d'aller voir l'œuvre litigieuse ». La « gratuité » de l'affiche est encore évoquée. Il convient d'entendre sous ce terme que l'affiche n'a qu'une vocation publicitaire et commerciale, qu'elle ne s'inscrit pas dans un débat d'idée. Enfin, pour caractériser l'« expression outrageante, termes de mépris ou invective » de l'injure, plusieurs éléments sont retenus : l'« utilisation dévoyée » « d'un des principaux symboles de la religion catholique, à des fins publicitaires et commerciales », la « pose équivoque » de l'un des personnages, la « représentation saugrenue de la Cène ainsi travestie », « tableau délibérément provocant », le « dévoiement caractérisé d'un acte fondateur de la religion chrétienne avec un élément de nudité racoleur, au mépris du caractère sacré de l'instant ». Si les trois premiers critères n'appellent pas de réflexion particulière, on peut pour le moins s'étonner de lire dans un arrêt rendu par un juge les termes de « sacré », « dévoyé » ou « dévoiement », tels qu'ils sont utilisés par la Cour d'appel. Les termes retenus par le juge de première instance sont plus neutres : « dénaturation de l'image de la célèbre fresque de la Cène », l'existence d'un « motif de dérision inutilement provocateur » ou la dérision. La Cour de cassation n'a pas suivi la Cour d'appel et le Tribunal de grande instance. Dans un arrêt du 14 novembre 2006, elle a considéré que « la seule parodie de la forme donnée à la représentation de la Cène (...) n'avait pas pour objectif d'outrager les fidèles de confession catholique, ni de les atteindre dans leur considération en raison de leur obéissance »⁴³. La Cour juge que « l'existence d'un trouble manifestement illicite (...) ne constitue pas l'injure, attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse ». L'arrêt de la Cour d'appel est cassé et l'association requérante déboutée.

c) La sanction du discours raciste et xénophobe

La convergence des points de vue se fait plus grande lorsqu'il s'agit de sanctionner le discours raciste et xénophobe. L'Etat libéral lutte alors contre les discours niant les valeurs qui le sous-tendent. On retrouve le paradoxe de la tolérance tel qu'il a été développé par Karl POPPER selon lequel, pour assurer la pérennité d'une société tolérante, il est nécessaire de revendiquer « le droit de ne pas tolérer l'intolérant »⁴⁴. La plupart des Etats européens, dont la France avec la loi Gayssot, ont mis en place des dispositifs législatifs de lutte et de répression contre ce type de discours⁴⁵. Il s'agit de lutter contre les ennemis de la liberté, c'est pourquoi un tel discours est soustrait par la Cour européenne des droits de l'homme à la protection de l'article 10 de la Convention sur le fondement de son article 17 qui proscrit l'abus de droit. Elle a ainsi jugé qu'il « ne fait aucun doute qu'à l'égal de tout autre propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention, la justification d'une politique pronazie ne saurait bénéficier de la protection de l'article 10 » et qu'il

⁴³ C. cass., civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, n° 05-15822.

⁴⁴ K. POPPER, *The Open Society and Its Enemies*, Princeton University Press, 1971, Vol. I, Chap. 7, n° 4, p. 265.

⁴⁵ Voir sur cette question le numéro spécial de la *Revue trimestrielle des droits de l'homme* sur *Le droit face à la montée du racisme et de la xénophobie*, n° 46/2001.

existe « une catégorie [de] faits historiques clairement établis - tels que l'Holocauste - dont la négation ou la révision se verrait soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10 »⁴⁶. Le juge européen ajoute que « la négation ou la révision de faits historiques de ce type 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. Portant atteinte aux droits d'autrui, de tels actes sont incompatibles avec la démocratie et les droits de l'homme et leurs auteurs visent incontestablement des objectifs du type de ceux prohibés par l'article 17 de la Convention »⁴⁷.

La place fondamentale de la liberté d'expression dans un régime démocratique appelle une remarque conclusive sur l'attitude qu'elle requiert de la part de l'Etat. En des termes généraux, il est possible de soutenir que la liberté d'expression exige *principalement* de l'Etat une abstention, la préservation d'une sphère de liberté au bénéfice du citoyen. Lorsque le citoyen s'exprime, l'Etat n'a pas vocation à intervenir. Cette présentation classique mérite toutefois d'être nuancée. En effet, si la liberté d'expression s'oppose en principe à son intervention, l'Etat doit néanmoins prévoir un régime juridique garantissant son exercice. Il peut lui être imposé d'intervenir dans l'exercice de cette liberté pour la limiter dès lors que sont en cause d'autres droits et libertés constitutionnels dignes de protection. La même logique libérale impose en conséquence à la fois une abstention et une intervention de l'Etat afin de protéger et de garantir la liberté d'expression.

Xavier MAGNON
Professeur à l'Université Via Domitia

⁴⁶ C.E.D.H., 23 septembre 1998, *Lebidoux et Isorni*, Req. 24662/94, respectivement § 53 et § 47.

⁴⁷ C.E.D.H., 24 juin 2003, *Garaudy c. France*, Req. 65831/01, en droit § 1 (décision sur la recevabilité).