

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

« *VALSE (CONTENTIEUSE) AVEC DIEUDONNE* » : LIBERTE OU ORDRE PUBLIC ?

MATHIEU TOUZEIL-DIVINA

Référence de publication : Touzeil-Divina, Mathieu (2014) [*Valse \(contentieuse\) avec DIEUDONNE : liberté ou ordre public? : note sous CE, ord. réf., 9 janv. 2014, CE, ord. réf., 10 janv. 2014 et CE, ord. réf., 11 janv. 2014.*](#) Gazette du Palais (n° 23). p. 5.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

« VALSE (CONTENTIEUSE) AVEC DIEUDONNE » : LIBERTE OU ORDRE PUBLIC ?

Si les ordonnances rendues par le Conseil d'État dans l'affaire « Dieudonné », les 9, 10 et 11 janvier dernier, ont suscité de vives critiques négatives, elles ont par ailleurs pu convaincre une partie de la doctrine, comme ici le professeur Touzeil-Divina.

- CE, ord. réf., 9 janv. 2014, no [374508](#), Min. Intérieur (annulation TA Nantes, ord. réf., 9 janv. 2014)
- CE, ord. réf., 10 janv. 2014, no [374528](#), SARL « Les Productions de la Plume » et a. (rejet requête c/ TA Orléans, ord. réf., 10 janv. 2014)
- CE, ord. réf., 11 janv. 2014, no [374552](#), SARL « Les Productions de la Plume » et a. (rejet requête c/ TA Orléans, ord. réf., 11 janv. 2014)

Au « Mur » de la discorde ? Après un match de football, il est d'usage de reconnaître un sélectionneur et un commentateur en chaque français. Il en est de même avec l'affaire Dieudonné : en un week-end tous les citoyens sont devenus des spécialistes du contentieux administratif ! D'aucuns se sont alors enflammés au nom de la liberté d'expression pendant que d'autres en ont appelé au respect des valeurs républicaines. Aussi, alors que la doctrine a majoritairement condamné les propos du personnage litigieux, pourquoi a-t-elle toujours aussi majoritairement désapprouvé les ordonnances n° 374508, 374528 et 374552 des 9, 10 et 11 janvier ? Nos propos sur cette « affaire », née des interdictions (incitées par la circulaire INTK11400238C dite Valls du 6 janvier 2014) du spectacle Le Mur, se voudront répartis autour de questions aux termes desquelles il nous semble impossible de ne pas être en accord avec la solution de la haute juridiction administrative.

I – Quelle urgence ?

Les faits sont les suivants : un spectacle qui s'est déjà joué à de nombreuses reprises (et dont le contenu principal était connu notamment sur Internet) a été planifié en tournée. Cette dernière était entourée d'un climat sensible : médiatisé, politisé et ponctué de déclarations, de gestuelles (la célèbre « quenelle ») et de propos notamment antisémites. À la suite de la circulaire précitée, les préfets se sont vu confier pour mission de veiller à ce que les maires,

titulaires dans leurs communes – au titre de l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales – du pouvoir de police générale, puissent voir leurs actions encadrées en cas de difficultés. Il a par ailleurs été rappelé aux préfets qu'il leur appartenait de saisir l'autorité judiciaire si des propos devaient être sanctionnés. Par application, plusieurs interdictions du « Mur » ont eu lieu ce qui s'est matérialisé par les arrêtés du 7 janvier du préfet de Loire-Atlantique et du maire de Tours (concernant les représentations du 9 janvier (à Saint-Herblain) et du 10 janvier (à Tours) puis par un arrêté du préfet de police de Paris le 10 suivant et ce, pour des représentations prévues au théâtre de la Main d'Or.

Les deux premiers actes ont été attaqués par l'artiste et sa société de production au moyen de deux référés libertés présentés devant les TA de Nantes puis d'Orléans. Le juge nantais a rendu une ordonnance suspendant l'exécution de l'arrêté contre laquelle le ministre de l'Intérieur a interjeté appel. Alors, le Conseil d'État a rendu sa première ordonnance infirmant la position nantaise et, sans citer dans ses visas la circulaire susénoncée, a confirmé l'action gouvernementale. Assez logiquement, les décisions postérieures ont suivi les lignes et la jurisprudence posées. D'aucuns ont alors décrit une inhabituelle célérité. Ce n'est pourtant pas étonnant au regard de l'article L. 521-2 du Code de justice administrative aux termes duquel le juge se doit de statuer en « temps utile » et dans un délai de 48 heures. Autrement dit, il n'y a rien d'extraordinaire à ce que le juge ait mis en œuvre des moyens d'efficacité (qu'il ne matérialise pas pour la première fois) avant l'heure de début des spectacles litigieux. En répondant ne serait-ce que trois heures plus tard le 9 janvier, le juge aurait dû se résoudre à prononcer un non-lieu.

II – Quelle(s) démocratie(s) ?

Soit l'on considère que la démocratie implique que chacun ait le droit de tout dire ; soit l'on part du principe que tout ne peut être dit car l'intérêt général, le contrat social et la République ne sauraient le supporter. C'est la seconde option qu'a choisie la France (ainsi avec l'article 223-13 du Code pénal à propos de la provocation au suicide). On pourra (et c'est d'ailleurs notre cas) le regretter et soutenir qu'au nom d'une démocratie plus pure, il faudrait que les idées de chacun – même et surtout lorsqu'elles dérangent ou lorsqu'elles sont idiotes – puissent être émises mais tel n'est pas l'état de la législation nationale. On pourra de même (et c'est encore notre cas) regretter que parfois les gouvernants ont la prétention de revêtir les atours de l'historien¹. Notre République fonctionne pourtant ainsi et les propos racistes, xénophobes,

sexistes, homophobes ou antisémites ne peuvent s'y diffuser. La volonté générale a décidé de les sanctionner et si l'on peut individuellement regretter ces lois il faut en revanche qu'elles s'appliquent. Souvenons-nous de Rousseau² lorsqu'il écrivait : « Quiconque refusera d'obéir à la volonté générale y sera contraint par tout le corps : ce qui ne signifie pas autre chose sinon qu'on le forcera à être libre ». C'est ce sur quoi repose notre socle républicain et il n'y a pas là d'atteinte à la démocratie car cette dernière est ainsi conçue en France : protectrice et éliminatrice des discriminations. En mettant alors parmi ses visas le Préambule à la Constitution, nous pouvons considérer qu'outre la DDHC, le Conseil d'État a ici fait référence au 1er alinéa du préambule de la Constitution de 1946 lorsqu'il énonce que Le Mur a remis en cause « les valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la DDDHC et par la tradition républicaine ». Aux côtés du professeur de Béchillon³, on pourra considérer qu'il serait préférable en ce sens « que le Conseil d'État, plutôt qu'à la dignité de la personne humaine, recoure à la notion de discrimination, en lui adjoignant des considérations liées à la gravité des propos ou situations visées, notion dont le caractère général lui permettrait de saisir un plus grand nombre d'objets et de devoir utiliser des motivations particulières propres à certains groupes ou situations ». Les arrêts au fond y viendront peut-être et l'égalité, moteur démocratique et antonyme des discriminations (DDHC, art. 1er), pourra alors triompher de la liberté individuelle de parole qui trouve ses limites dans l'existence même des libertés de chacun (DDHC, art. 4). Osons donc rappeler que la démocratie n'est pas uniquement réductible aux libertés et encore moins à l'expression de la liberté absolue⁴. La démocratie et l'État de droit sont avant tout la mise en œuvre du droit.

III – Quel(s) ordre(s) public(s) ?

Personne ne nie le principe suivant (solennellement rappelé) : « 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 » et « les atteintes portées, pour des exigences d'ordre public, à l'exercice de ces libertés fondamentales doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées ». Autrement dit, à aucun moment il n'a été ici fait état d'une situation anodine. Nous sommes bien face à des circonstances exceptionnelles. Il est alors d'usage d'appréhender l'ordre public en deux temps : d'abord, l'on rappelle une conception dite matérielle et extérieure⁵ d'un ordre public séculairement défini en fonction du triptyque suivant : sécurité, salubrité et tranquillité publiques. Autrement dit, une restriction à des droits ou libertés ne peut qu'être justifiée par

une atteinte ou un risque d'atteinte à la sécurité, à la salubrité ou à la tranquillité publiques. Normes et jurisprudence valident cette acception à laquelle il faut ajouter que la liberté doit toujours être la règle et la restriction de police matérialiser l'exception⁶. Ainsi, la mesure de police (notamment depuis CE, 19 mai 1933, Benjamin : Lebon, p. 541) doit toujours être proportionnée face à l'atteinte à l'ordre public dénoncée. La conséquence est qu'une interdiction générale et absolue est toujours sanctionnée par le juge⁷. Une partie de la doctrine a précisément cru déceler une telle atteinte mais cette hypothèse ne nous convainc pas. Tout est ici très circonstancié : il s'agit d'un lieu, d'un horaire et d'un spectacle donnés. Cela rappelé, la jurisprudence nous a aussi appris qu'il existait exceptionnellement une autre porte d'entrée à la protection de l'ordre public. Il s'agit de ce que d'aucuns nomment « la moralité publique ». Il est évident que cette acception choque (et doit choquer) car il ne peut appartenir au juge de décider de ce qui est moral sauf à nous remémorer les heures les plus sombres de notre Histoire⁸. Toutefois, deux éléments sont à prendre en compte. D'abord, il s'agit de l'intégration dans le triptyque traditionnel d'une notion aux contours effectivement vaporeux⁹ et d'influence européenne : la dignité de la personne humaine. Cette notion a été reçue notamment de la Conv. EDH puis du droit de l'Union et a été intégrée par le juge administratif dans un célèbre arrêt de 1995 (CE, ass., 27 oct. 1995, Comm. Morsang-sur-Orge : Lebon, p. 372) à propos de l'interdiction d'un spectacle de « lancer de nains ». On notera d'ailleurs que le Conseil d'État a (ce qui est peut être une première) visé sa propre jurisprudence Morsang-sur-Orge aux côtés de l'arrêt Benjamin ainsi que la Conv. EDH et ce, comme pour signifier que nous nous trouvions hors du cadre habituel. Pourtant, s'il est évident que la dignité de la personne humaine fait partie intégrante de l'ordre public et peut à elle seule justifier une mesure de police, nous demeurons convaincus que cela n'inclut heureusement pas la moralité publique. Ainsi, à chaque fois qu'une mesure de police est légitimée par le juge et qu'elle interdit la tenue d'un événement ce n'est jamais ladite morale qui a permis au juge de se prononcer. Évidemment, ce n'est pas ce que diront les artistes concernés qui crieront à la censure mais ce que sanctionnent ici les juges c'est l'éventualité de trouble à la tranquillité et à la sécurité publiques. Ainsi est-ce rarement le contenu des œuvres mais davantage les risques de manifestations, débordements et autres atteintes à la sécurité et à la tranquillité publiques que leurs tenues engendreraient qui sont l'objet des justifications d'interdictions. Il en va cependant autrement – il est vrai – avec le recours à la dignité humaine. On retiendra alors que l'ordre public ne peut plus¹⁰ « être défini comme purement matériel et extérieur » car il « couvre une conception de l'Homme que la société doit respecter, et les pouvoirs publics, faire respecter ». Pourquoi avoir alors ravivé cette sulfureuse dignité de la personne humaine en 2014 ? Nos hypothèses sont les suivantes : en

recourant au seul ordre matériel et extérieur, il y a fort à parier que l'utilisation de l'interdiction eut pu paraître disproportionnée. D'aucuns auraient en effet pu faire remarquer que l'envoi de nombreuses forces de police auraient pu suffire. Autrement dit, le fait que des troubles à la sécurité publique et concrètement des manifestations aient été prévues ou imaginées a certainement pu compter mais cela ne suffisait objectivement pas. Il appartenait cela dit à l'autorité administrative « de prendre toute mesure pour prévenir une atteinte à l'ordre public » (ce que rappelait déjà explicitement l'arrêt de 1995) et, à ce titre, cela incluait donc la protection des atteintes à la dignité de la personne humaine. Or, comme les y incitait la circulaire, les autorités administratives ont désiré mettre en avant cette protection et conséquemment s'en remettre à un examen plus approfondi des propos tenus par l'artiste dans son spectacle litigieux. Alors, les juges de l'urgence n'ont pas bâillonné l'artiste a priori. Ces mesures s'inscrivent en effet dans un contexte de précédents volontaires de la part de l'intéressé. Sa démarche était revendiquée en dépit de condamnations définitives. C'est pourquoi les ordonnances font mention explicite des « propos de caractère antisémite et infamants envers des personnalités de la communauté juive » contenus dans ledit spectacle qui décrit « de façon indigne la Shoah ». Alors, les juges n'ont pas censuré a priori un individu mais justement, ils ont condamné a posteriori un citoyen dont les propos sont hors-la-Loi et ce, de manière préventive afin que de nouvelles infractions ne soient pas commises et il s'agit précisément du rôle de la police administrative. En aurait-il été autrement si le spectacle en question avait été une œuvre d'improvisation ? Assurément, oui ! En ces trois espèces, c'est le spectacle Le Mur, son contenu (connu par de nombreuses vidéos, déclarations, etc.) et sa tenue qui sont sanctionnés et non l'artiste de façon généralisée ou toutes ses paroles puisqu'on ne saurait prédire ce qu'il va dire. D'ailleurs le Conseil d'État en 2010 (CE, 26 févr. 2010, n° 336837, Comm. d'Orvaux) avait suspendu une décision de ne pas produire l'intéressé au motif que le contenu du spectacle n'était pas certain. C'est donc bien « au regard du spectacle prévu » que les interdictions ont été prononcées. On relèvera en ce sens la mention dans la première ordonnance du visa de l'avis contentieux relatif à la responsabilité de l'État du fait de la déportation (CE, ass., avis, 16 févr. 2009, n° 315499) : c'est la virulence des propos tenus et répétés qui ont convaincu. En outre, les interdictions ici commentées ne sont pas des protections circonstanciées du bien-être d'une seule communauté. La jurisprudence Morsang-sur-Orge a d'ailleurs déjà été appliquée pour interdire les « soupes aux cochons » qui avaient été organisées au profit des sans-abris mais avec un but explicite de discriminations des personnes de confessions notamment musulmane (cf. CE, ord., 5 janv. 2007, n° 300311). De surcroît, les propos ici visés ne sont pas de simples traits d'humour. Ils contiennent des appels aux meurtres et des incitations à la haine. Il est alors

important au nom de la « cohésion nationale » relève le Conseil d'État, que la République fraternelle et solidaire s'offusque de toute atteinte à la mémoire des crimes contre l'Humanité ou à la négation ou à la minimisation de ces derniers. Cette affaire ne concerne donc pas que la communauté juive et il nous appartient à tous de veiller. Ici encore on ne peut que partager les justes propos de notre collègue de Béchillon lorsqu'il constate qu'il y a « beaucoup de justesse et d'intelligence à avoir fait de la lutte contre l'antisémitisme une part de notre cohésion souhaitée ». Et de rappeler (à propos du visa constitutionnel), qu'une Constitution est effectivement « le vecteur premier de la cohésion d'un pays. Il est donc très judicieux de rappeler que notre existence contemporaine, comme nation, s'est définie aussi dans la lutte contre la barbarie nazie, dans la conscience du génocide des juifs d'Europe, et donc dans le principe de la lutte contre l'antisémitisme (et a fortiori le négationnisme) ». Aussi, avant de crier au retour à l'ordre moral (et même s'il est bon que la doctrine s'offusque d'un retour qui serait aussi dangereux et nauséabond), osons comparer le plus sereinement possible les situations. Il ne s'agissait pas de « simplement » dire ici si la liberté d'expression était conciliable dans l'absolu et a priori avec l'ordre public mais de constater qu'un récidiviste tenant des propos répréhensibles condamnables et condamnés continuait en toute impunité à les exprimer. Autrement dit, la question juridique ici posée n'était pas « peut-on tout dire ? », « peut-on rire de tout ? » mais bien la République a-t-elle eu tort de faire interdire un spectacle contenant des propos légalement et pénalement répréhensibles ? Comment oser répondre par la négative à cette question ? Par ailleurs, dans une conférence à la presse donnée le 11 janvier 2014, l'intéressé reconnaissait lui-même : « Je ne jouerai plus le spectacle Le Mur », précisant même que « dans un État de droit (sic) (...), il faut se conformer à la loi ». C'est donc un nouveau spectacle que présente M. M'Bala M'Bala et il est évident que pour cette manifestation, l'interdiction a priori ne peut plus être jugée légale. Nous n'étions pas et ne serons pas demain dans une France de censure et d'ordre moral. Réjouissons-nous en.

IV – Quel(s) juge(s) administratif(s) ?

Lorsqu'on veut noyer son juge, on dit qu'il a la rage. Il en est de même pour le Conseil d'État dont l'histoire témoigne de plusieurs périodes aux cours desquelles il fut la cible des invectives. Souvenons-nous ainsi de Béranger lorsqu'il écrivit que le Conseil d'État 11 « tout à la fois politique et judiciaire », était « une espèce d'usurpation qui menace trop nos libertés pour ne pas être l'objet d'une protestation continuelle ». Et l'on pourrait multiplier les exemples

en passant par l'affaire Canal (CE, ass., 19 oct. 1962, Canal, Robin et Godot) ou à chaque fois qu'une décision sensible est prise et qu'elle déplaît. On peut ne pas comprendre la décision prise. On peut même juridiquement la trouver étonnante mais il est – en 2014 – particulièrement déplacé de présenter la juridiction administrative comme étant commise du Gouvernement (ce dont les habitués du contentieux peuvent aisément et statistiquement témoigner). Autant l'on comprend certaines critiques faites à la juridiction (à titre personnel nous n'avons d'ailleurs pas manqué de faire état de certaines d'entre elles¹²), autant il nous semble impossible de remettre en cause – comme d'aucuns l'ont fait ces derniers jours avec des procédés nauséabonds et des raccourcis malsains – l'impartialité et l'indépendance de cet ordre. C'est quotidiennement que l'ensemble des juridictions administratives annule des actes illégaux de l'administration et matérialisent une protection des libertés. Cela dit, on pourrait moins bien comprendre la troisième ordonnance. En effet, prenant acte des deux confirmations des arrêtés d'interdiction du Mur, son interprète a proposé d'y substituer un nouveau spectacle dégraissé des propos condamnables. Alors, comment le Conseil d'État a-t-il cette fois pu justifier sa confirmation d'annulation ? Formellement, la réponse est évidente : le juge avait pour mission de dire si l'acte attaqué devait être suspendu. Or, ce dernier ne concernait que l'interdiction du Mur. Certes, le Conseil d'État a pu entendre et même comprendre que l'artiste était prêt à proposer un autre spectacle vidé des illégalités du précédent mais la mission du juge n'est pas là. Il n'est pas l'administrateur. Il revenait (et revient) en revanche aux autorités administratives de décider d'une autorisation ou d'une abrogation de l'interdiction eu égard à des éléments nouveaux. N'intervertissons pas les rôles.¹³

Notes de bas de page

1-

Nous nous sommes exprimés en ce sens in « De Koubi ... à Koba. Quelques voyages constitutionnels et coloniaux aux pays de GK » in *Voyages en l'honneur du Professeur Geneviève Koubi. Un droit à l'évasion ... circulaire*, Le Mans, L'Épilogue – Lextenso, 2012, p. 193 et s.

2-

Rousseau J.-J., « Du contract social ou principes du droit politique », Livre I, Chapitre VII « Du souverain » in *Œuvres de J.-J. Rousseau (...)*, Genève, Marc-Michel Rey, 1772, Tome II, p. 21.

3-

« Affaire Dieudonné : « Une réponse adaptée à une situation extraordinaire » » : lemonde.fr, 10 janv. 2014.

4-

Sur cette dérive : « 1848 et le(s) démocratie(s) ; de l'abandon de la « démocratie réelle » au triomphe du démo-libéralisme » in *La démocratie : du crépuscule à l'aube ?*, Mare & Martin, 2014.

5-

L'expression d'un ordre « matériel et extérieur » est celle d'Hauriou dans son précis. On pense également à la note du susdit sous CE, 30 nov. 1923, Couiteas in Sirey 1923.III.57 et récemment reproduite in M. Touzeil-Divina (dir.), *Miscellanées Hauriou*, L'Épilogue, 2013, p. 335 avec une éclairante note du professeur Bioy.

6-

Selon la formule de Corneille sur CE, sect., 10 août 1917, Baldy : Lebon, p. 638.

7-

CE, sect., 04 mai 1984, Guez : Lebon 164 ; AJDA 1984, p. 393.

8-

On renverra sur cette question à l'excellente thèse de M. Marc Boninchi, *Vichy et l'ordre moral*, PUF, 2005.

9-

On notera toutefois que l'ensemble du droit public s'est construit autour de notions « délicates » à cerner et à définir (mais que l'on ne peut comme en l'espèce qu'identifier) et dont celles de service public et d'intérêt général. Il est donc inutile de mettre au ban de la société juridique la seule notion de dignité de la personne humaine.

10-

Commentaire au Gaja sous Morsang-sur-Orge (GAJA, 18e éd., n° 96.).

11-

De la Justice criminelle en France, Paris, L'Huillier, 1818, p. 55 et s.

12-

Notamment : « (...) un plaidoyer contre le retour programmé du juge-administrateur » in *Le plagiat de la recherche scientifique*, LGDJ, 2012, p. 163 et s. – « Maîtrise ou « masterisation » du temps et des effets contentieux », in *JCP A*, 2012, n° 28, p. 40 et s.

13-

« Heureux soient ceux qui croient, et comme le seigneur roi Manuel, finissent revêtus très dignement de leur foi » (« Manuel Comnène » (1915) in *Cavafis Constantin, Poèmes*, 1999, p. 87).