HAL
open science

“ Victoire pour la République ” ou défaite de la démocratie ? La décision Dieudonné ne mérite ni cet excès d’honneur ni cette indignité

Danièle Lochak

To cite this version:

Danièle Lochak. “ Victoire pour la République ” ou défaite de la démocratie ? La décision Dieudonné ne mérite ni cet excès d’honneur ni cette indignité. Légipresse : l’actualité du droit des médias, de la communication et des réseaux sociaux, 2014, 315, pp.221. halshs-02448947

HAL Id: halshs-02448947

https://shs.hal.science/halshs-02448947v1

Submitted on 23 Nov 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

« Victoire de la République » ou défaite de la démocratie ?
La décision Dieudonné ne mérite ni cet excès d'honneur ni cette indignité.

par Danièle Lochak,
professeure émérite de droit public de l'Université Paris Ouest - Nanterre La Défense

Légipresse, n° 315, avril 2014

Il est rare qu'une décision de justice suscite autant de réactions que l'ordonnance par laquelle le Conseil d'État vient de clore un épisode de l'affaire Dieudonné, qui en connaîtra certainement d'autres. Particulièrement frappante a été, dans ce contexte, la propension des juristes à prendre la plume, utiliser leurs blogs ou répondre aux questions des journalistes pour diffuser leurs commentaires, majoritairement critiques, en temps réel.

On ne peut comprendre la vivacité de ces réactions sans tenir compte du contexte politique et médiatique dans lequel le juge a été amené à statuer (I). Sur le fond, étaient en jeu à la fois les contours des pouvoirs de police, l'assimilation du discours de haine à une atteinte à la dignité, l'appréciation du contenu d'un spectacle vivant, l'articulation du régime répressif et du régime préventif et bien entendu, en toile de fond, les limites qu'il est légitime d'apporter à la liberté d'expression dans une société démocratique (II). Autant de questions auxquelles il est illusoire de penser que le droit « positif » est en mesure d'apporter des réponses épurées de toute forme de subjectivité politique ou éthique.

I. Le juge dans la tourmente politico-médiatique

C'est au début des années 2000 que Dieudonné, jusqu'alors humoriste reconnu pour son talent, a commencé à apparaître comme un personnage controversé et sulfureux, auteur de propos qui lui ont valu une dizaine de condamnations pénales pour diffamation ou provocation à la haine raciale. Nombreux sont les maires qui ont tenté de l'empêcher de se produire sur le territoire de leur commune. En vain, puisque à chaque fois leur décision a été suspendue ou annulée par le juge[1].

L'emballement

À la fin de l'année 2013, la tension monte encore sous l'effet de plusieurs événements : les nouvelles provocations de l'intéressé, notamment ses propos visant un journaliste de France Inter qui conduisent le parquet de Paris à ouvrir une enquête préliminaire pour incitation à la haine raciale ; la confirmation en appel d'une condamnation pour des propos antisémites et pour avoir chanté « Shoah nanas », parodie d'une chanson d'Annie Cordy ; la perspective d'une tournée dans toute la France, à partir du 9 janvier, pour jouer le spectacle « Le Mur » qui contient notoirement des propos antisémites et des allusions choquantes à la Shoah.

Le 27 décembre, le ministre de l'Intérieur annonce qu'il étudie les voies juridiques permettant d'interdire les réunions publiques de Dieudonné. Les maires concernés, toutes tendances politiques confondues, expriment leur intention d'interdire ou de faire interdire[2] le spectacle prévu les jours suivants dans leur villes.

---

[1] Voir Philippe Cossalter, « Affaire Dieudonné : un cas d'école », chronique de jurisprudence administrative, http://www.revuegeneraledudroit.eu. On y trouve l'inventaire des décisions rendues par les tribunaux administratifs, dont la plus ancienne remonte à 2004.

[2] Sur le fondement des articles L. 2212-2, L. 2214-4 et L. 2215-1 du code général des collectivités territoriales, qui précisent les pouvoirs respectifs du maire et du préfet en matière de police municipale, ce dernier, même lorsque la police n'est pas étatisée, peut agir à la place du maire lorsque certaines conditions sont réunies.

Le 6 janvier, une circulaire ministérielle explicite à l'intention des préfets et, par leur intermédiaire, des maires, les cas dans lesquels, à titre exceptionnel, une interdiction peut être décidée. Ce sont d'abord les hypothèses prévues par la jurisprudence Benjamin : lorsqu'une réunion publique ou un spectacle est de nature à induire des risques graves de troubles à l'ordre public qu'il est impossible prévenir par des mesures moins attentatoires aux libertés que l'interdiction ; mais aussi – faisant cette fois référence à la jurisprudence « Morsang-sur-Orge » – lorsque c'est la seule solution pour mettre fin au trouble à l'ordre public causé par une représentation qui : 1. s'inscrit dans la suite de spectacles ayant déjà donné lieu à des infractions pénales, 2. lesquelles ne peuvent être regardées comme un « dérapage » ponctuel mais sont délibérées, réitérées et constituent un des ressorts essentiels de la représentation, et 3. sont liées à des propos ou des scènes susceptibles d'affecter le respect dû à la dignité de la personne humaine qui est une composante de l'ordre public.

La phase contentieuse

Dans la foulée, le préfet de Loire Atlantique prend le 7 janvier un arrêté interdisant le spectacle qui doit se dérouler le surlendemain à Saint-Herblin. Il relève 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 ; il rappelle que l'intéressé a fait l'objet de neuf condamnations pénales pour des propos de même nature ; il indique enfin que les réactions à la tenue du spectacle 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. Cet arrêté, ainsi que deux autres pris par les maires de Tours et Orléans, vont avoir les suites contentieuses ici commentées.

Une requête en référé liberté est déposée le jour même devant le tribunal administratif de Nantes contre l'arrêté préfectoral. L'affaire est audiencée dans la matinée du 9 janvier, l'ordonnance suspendant l'arrêté est rendue à 14 h 20. Le raisonnement du juge des référés reprend une à une les hypothèses évoquées par la circulaire… mais pour en déduire que les conditions d'une interdiction ne sont pas réunies. En premier lieu, si les propos tenus par Dieudonné à l'occasion des séances précédentes du même spectacle sont susceptibles de constituer des infractions pénales, « il n'est pas établi par les seules pièces du dossier que le spectacle ait été construit autour de cette thématique ni même qu'elle en constitue une partie essentielle », de sorte que le motif tiré de l'atteinte à la dignité humaine ne permet pas de fonder légalement l'interdiction. En second lieu, il n'est pas établi que l'intéressé reprendra les mêmes phrases que celles qui lui ont valu d'être condamné à plusieurs reprises. Enfin, rien ne permet de penser que le préfet ne disposerait pas des moyens appropriés pour faire face à d'éventuels troubles à l'ordre public.

Le Conseil d'État, immédiatement saisi en appel par le ministre de l'intérieur, audience l'affaire à 17 h. L'ordonnance annulant la décision du premier juge est rendue à 18 h 40. Le lendemain et le surlendemain, le tribunal administratif d'Orléans, saisi de demandes de suspension des arrêtés pris par les maires d'Orléans et de Tours, rejette ces demandes en reprenant, à quelques mots près, les considérants de l'ordonnance du Conseil d'État. Sans surprise, le Conseil d'État, saisi en appel cette fois par Dieudonné, confirme le jour même ces décisions.

Un feu nourri de critiques

Aussitôt connue, la décision du Conseil d'État, saluée par le ministre de l'intérieur comme une « victoire de la démocratie », va être soumise à un feu nourri de critiques. Certains dénoncent une procédure expéditive : en fixant l'audience moins de trois heures après qu'ait été connue la décision de première instance le Conseil d'État n'aurait pas permis à l'avocat de Dieudonné d'être présent et aurait donc entravé l'exercice des droits de la défense ; en jugeant

l'affaire dans un laps de temps aussi court, il ne se serait pas donné le temps d'une délibération sereine. Derrière ces griefs explicites on entrevoit le grief implicite d'une décision rendue sous la pression du ministre de l'intérieur, afin que le spectacle ne puisse effectivement pas avoir lieu.

On stigmatise surtout une décision liberticide, sans précédent dans la jurisprudence, et une motivation lourde de dérives : « triste journée pour la liberté d'expression », « atteinte inédite portée aux libertés d'expression et des spectacles », mise en place insidieuse d'une « censure préalable »[3], « jour de deuil pour la liberté »[4]. On reproche au juge d'avoir étendu la notion d'ordre public – et donc les pouvoirs de police – au-delà du périmètre traditionnel de l'ordre matériel et d'avoir inversé les fondements de notre système d'organisation des libertés qui donne la priorité au régime répressif sur le régime préventif. La référence à la dignité et à la cohésion nationale – avec leurs potentialités expansionnistes – inquiète aussi : n'aurait-on pas ouvert la boîte de Pandore ?[5]

La pertinence de ces critiques est très inégale, comme on le montrera plus loin. Disons, à ce stade, que l'accusation de célérité excessive nous paraît être un faux procès. Si on se rappelle que l'arrêt Benjamin a annulé en mai 1933 l'interdiction d'une réunion qui devait se tenir en… mars 1930 et que ces délais de jugement sont restés la norme par la suite, il faut plutôt se réjouir que le référé liberté, cette procédure d'urgence mise en place en 2000, ait joué pleinement son rôle. Le juge disposait d'après les textes de 48 h pour statuer, mais s'il n'avait pas statué dans l'après-midi de sa saisine il aurait été amené à prononcer un non lieu à statuer sur un référé dont l'objet avait disparu. Le seul regret qu'on peut avoir – et qu'il faut avoir – c'est que le juge ne manifeste pas toujours le même empressement dans des affaires qui ont le défaut de concerner des requérants « sans qualités » dont le sort n'émeut ni la classe politique, ni les medias, ni le juge.

Un juge instrumentalisé

On peut juger sévèrement la façon dont le ministre de l'intérieur est littéralement parti en campagne contre Dieudonné, au risque de polariser sur lui un peu plus encore l'attention des medias, au risque de conforter son image de victime du « système » et de susciter une sympathie réactionnelle en sa faveur, au risque, enfin, de donner quelques arguments à ceux qui dénoncent le « deux poids, deux mesures », à savoir la vigueur inégale avec laquelle sont combattues les différentes manifestations du racisme selon qu'elles touchent les Juifs, les Musulmans ou les Roms.

Ces considérations ne sont pas totalement hors sujet dans un commentaire juridique, dans la mesure où la forte implication du ministre de l'intérieur est précisément ce qui a contribué à donner l'impression d'une collusion entre l'Exécutif et le juge. Notons que Manuel Valls aurait parfaitement pu, face à un problème juridiquement embarrassant et politiquement sensible, opter pour une autre voie : à l'instar du ministre de l'Education nationale, confronté au port du foulard dans les établissements scolaires, en 1989, il aurait pu demander un avis au Conseil d'État. Cet avis aurait sans doute beaucoup ressemblé à la circulaire du 6 janvier 2014 – dont il est vraisemblable que le ministre ne l'a pas rédigée sans s'entourer d'avis préalables, y compris du côté du Conseil d'État. Le ministre aurait pu – ou non – en tirer la substance d'une circulaire. Si par la suite un maire – plutôt qu'un préfet… – avait interdit le spectacle, l'affaire serait remontée par la voie de l'appel jusqu'au Conseil d'État qui aurait alors tranché,

[3] Bertrand Seiller, « La censure a toujours tort », *AJDA* 2014, p. 129

[4] Serge Sur, sur le blog Liberté, libertés chéries.

[5] Christophe Tukov, « La République a-t-elle gagné en ouvrant la boîte de Pandore ? », *La Semaine juridique "administration et collectivités territoriales"*, n° 3, 20 janvier 2014. Voir aussi Agnès Tricoire, *Libération*, 9 janvier 2014.

éventuellement dans le sens où il l'a fait, mais sans donner l'impression que sa décision était commanditée d'en haut. En l'espèce, il n'y pas lieu de soupçonner le Conseil d'État de n'avoir pas jugé « en son âme et conscience » ; mais il est clair qu'il a été instrumentalisé, sinon pris en otage, par le ministre de l'intérieur, et cet effet de contexte explique pour une large part le malaise suscité par sa décision.

II. Des questions juridiques complexes et étroitement imbriquées

Si toutes les questions soulevées par la décision tournent finalement autour de l'utilisation des pouvoirs de police, on propose de l'analyser successivement sous l'angle de la justification de cette utilisation : autrement dit la détermination des contours de l'ordre public – puis de son résultat : l'interdiction du spectacle.

L'extension des contours de l'ordre public

Le Conseil d'État s'est placé, pour annuler la décision de suspension, à la fois sur le terrain de l'ordre public matériel et de l'ordre public immatériel.

Une référence peu convaincante aux risques de troubles matériels

Il est acquis, depuis l'arrêt Benjamin, que si des risques de troubles liés soit au spectacle ou à la réunion eux-mêmes, soit – comme c'était le cas dans l'affaire jugée en 1933 – à l'annonce de contre-manifestations, le premier réflexe de l'autorité de police doit être de faire appel aux forces de l'ordre, l'interdiction n'étant envisageable que si cette solution n'est pas suffisante.

En l'espèce, le Conseil d'État a estimé que « la réalité et la gravité des risques de troubles à l'ordre public mentionnés par l'arrêté litigieux [étaient] établies tant par les pièces du dossier que par les échanges tenus au cours de l'audience publique ». Le préfet invoquait des troubles importants à l'échelon local compte tenu du nombre de places vendues – 6 500 – et de l'exacerbation du débat qui risquait de drainer des manifestants en provenance de l'ensemble du territoire. Mais, comme l'avait relevé le juge de première instance, les représentations du spectacle n'avaient jusqu'alors jamais donné lieu à des troubles pour l'ordre public, et les appels à manifester n'étaient pas d'une ampleur telle que le préfet pût prétendre avec suffisamment de vraisemblance ne pas avoir les moyens appropriés pour y faire face. La position du Conseil d'État sur ce point n'emporte guère la conviction et la faiblesse de cet argument fragilise sa décision.

La dignité, élément de l'ordre public immatériel

Se calant sur la circulaire du ministre de l'intérieur, le préfet avait parallèlement motivé son arrêté par le fait que l'accumulation de propos antisémites incitant à la haine raciale ou même faisant l'apologie des discriminations, persécutions et exterminations perpétrées à l'égard des Juifs pendant la seconde guerre mondiale constituait par elle-même un trouble à l'ordre public en raison de l'atteinte portée à la dignité humaine, et que ce trouble ne pouvait être prévenu que par l'interdiction de la représentation. Le Conseil d'État évoque à son tour des propos qui portent « 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 ».

Nombre de commentateurs ont reproché à la décision de rompre avec la conception traditionnelle des pouvoirs de police qui viseraient exclusivement à maintenir un ordre « matériel et extérieur » : Hauriou n'affirmait-il pas que « la police ne poursuit pas l'ordre moral dans les idées et dans les sentiments, elle ne pourchasse pas les désordres moraux » ? Mais il se trouve que la jurisprudence n'a pas confirmé cette thèse et de nombreux arrêts attestent que la police administrative a aussi pour mission de protéger la moralité publique et de faire cesser

le « trouble des consciences » résultant de faits contraires à la morale ou aux bonnes mœurs. Le commissaire du gouvernement Mayras avait plaidé, dans l'affaire *Sté "Les Films Lutetia",* en 1959, pour le retour à la conception plus restrictive, mais il n'a pas été suivi par le Conseil d'État qui a au contraire admis qu'un maire pouvait interdire dans sa commune un film dont la projection était « susceptible […] d'être, à raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public ». Bien que la jurisprudence se soit par la suite tarie, sans doute en raison de l'évolution des mœurs qui a incité les maires à adopter une attitude plus tolérante, la solution de l'arrêt *Sté « Les Films Lutetia »* n'a nullement été remise en cause, comme l'atteste le fait que des arrêts ultérieurs en aient repris le considérant de principe[6].

La dignité a en commun avec la moralité de se situer sur le terrain de l'ordre public « immatériel ». L'arrêt « Commune de Morsang-sur-Orge »[7], qui a érigé de façon prétorienne le respect de la dignité humaine en composante de l'ordre public, justifiant ainsi l'interdiction d'un spectacle de « lancer de nains » au titre des pouvoirs de police sans même qu'il soit besoin d'invoquer des circonstances locales particulières, se situe donc à cet égard dans le prolongement de la jurisprudence que l'on vient de rappeler.

Pendant plusieurs années, cette jurisprudence n'a pas connu de suites – donnant ainsi raison au commissaire du gouvernement qui, conscient des risques d'une utilisation abusive d'une notion aussi floue et subjective qui mettrait en péril la liberté d'expression, disait faire confiance aux maires pour user de leurs pouvoirs avec la modération requise[8]. Mais en 2007 la notion de dignité a été mobilisée dans une espèce qui présente des similitudes avec celle qui nous retient ici : l'affaire dite de la « soupe au cochon ». Le préfet de police de Paris avait interdit des rassemblements liés à la distribution sur la voie publique d'une soupe populaire contenant du porc, dans le but revendiqué d'en exclure les personnes de confession musulmane – et accessoirement juive[9]. Le Conseil d'État, estimant que la manifestation, en raison de son caractère discriminatoire, était attentatoire à la dignité humaine, aurait pu, sur la base de la jurisprudence « Morsang-sur-Orge », en déduire que de ce fait même elle constituait un trouble à l'ordre public que seule son interdiction pouvait faire cesser. Il a préféré se fonder – à mauvais escient, pensons-nous[10] – sur les « risques de réactions à cette démonstration conçue de porter atteinte à la dignité des personnes privées du secours proposé et de causer ainsi des troubles à l'ordre public ».

Le discours de haine : une atteinte à la dignité humaine

Certains ont cru pouvoir opposer l'affaire des lancers de nains, où l'atteinte à la dignité résultait d'une activité considérée comme physiquement dégradante, et l'affaire Dieudonné où étaient en cause les propos tenus[11]. Cette opposition ne nous paraît pas pertinente, pour plusieurs raisons. La première, c'est que, dans le cas des lancers de nains, l'atteinte à la dignité

[6] CE, 26 juillet 1985, *Ville d'Aix-en-Provence c/ Sté Gaumont Distribution, RFDA* 1986.439, concl. Genevois.

[7] CE, Ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge ; Ville d'Aix-en-Provence*, R. p. 372, *GAJA*, *RFDA* 1995, p. 1204, concl. Frydman.

[8] Voir Marguerite Canedo, « La dignité humaine en tant que composante de l'ordre public : l'inattendu retour en droit administratif français d'un concept controversé », *RFDA* 2008, p. 979

[9] CE, 5 janv. 2007, *Min. d'État, min. Intérieur et aménagement du territoire c/ Assoc. « Solidarité des Français »*, n° 300311.

[10] En faisant l'amalgame entre l'ordre immatériel et l'ordre matériel au lieu de choisir de se placer clairement sur un des deux terrains, le Conseil d'État fragilise ici encore son raisonnement car le risque de désordres paraissait extrêmement virtuel, les précédentes distributions n'ayant jamais donné lieu au moindre incident. Voir le commentaire de Bertrand Pauvert, « A propos de l'interdiction de distribution d'une soupe populaire contenant du porc », *AJDA* 2007, p. 601.

[11] V. Bertrand Seiller, article précité.

n'est pas liée à la dimension physique de l'activité mais bien à l'image qu'elle véhicule d'une personne utilisée comme projectile. La seconde raison, c'est que le « discours de haine » – englobant l'injure, la diffamation et l'incitation à la haine raciales – est considéré par le droit positif comme portant atteinte à la dignité humaine et fait partie à ce titre des motifs légitimes au nom desquels il est admis de restreindre la liberté d'expression.

Indépendamment même des dispositions de la loi sur la presse qui pénalisent les propos racistes et négationnistes, on peut citer l'article 1er de la loi n° 86-167 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication qui prévoit que l'exercice de cette liberté peut être limitée « dans la mesure requise […] par le respect de la dignité de la personne humaine ». Sur le fondement de cette disposition le Conseil supérieur de l'audiovisuel a infligé une sanction à une station de radio sur l'antenne de laquelle avaient été proférés des propos racistes et antisémites « attentatoires à la dignité de la personne humaine », sanction validée par le Conseil d'État[12] : c'est là la confirmation que les propos antisémites et négationnistes constituent bien par eux-mêmes une atteinte à la dignité humaine.

Les juridictions judiciaires ont également admis que la protection de la dignité de la personne humaine pouvait justifier une restriction à la liberté d'expression et d'information. Saisi par la famille de Ilan Halimi, le juge a ordonné l'occultation des photographies du jeune homme publiées par le magazine *Choc* le représentant bâillonné et entravé, la tête bandée et sous la menace d'une arme, considérant que leur publication était contraire à la dignité humaine[13].

Les mêmes principes guident la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : « La tolérance et le respect de l'égale dignité de tous les êtres humains constituent le fondement d'une société démocratique et pluraliste. Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire, dans les sociétés démocratiques, de sanctionner, voire de prévenir, toutes les formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine fondée sur l'intolérance »[14] – à condition, bien sûr, que les restrictions imposées soient proportionnées au but légitime poursuivi.

Dès lors que, d'une part, les pouvoirs de police – qu'on le déplore ou qu'on s'en félicite – ont attiré dans leur orbite la protection de la dignité et que, d'autre part, il est admis que les discours de haine portent atteinte à la dignité, la motivation de l'ordonnance du Conseil d'État peut être appréhendée – sous réserve des objections que l'on examinera plus loin – comme la résultante d'un simple syllogisme : l'interdiction n'est pas manifestement illégale dès lors qu'elle a eu pour but de prévenir le risque que de graves atteintes soient portées 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 »[15].

Une référence ambiguë à la cohésion nationale

[12] CE, 9 déc. 1996, n° 173073, *Assoc. "Ici et Maintenant"*, *RFDA* 1997, p. 1269.

[13] Cass. 1er ch. Civ., 1er juillet 2010, n° 09-15479

[14] V. notamment CourEDH, 14 juin 2004, *Günduz c. Turquie*, n° 35071/97, § 40 ; 6 juillet 2006, *Erbakan c. Turquie*, n° 59405/00, § 56. Cette phrase est placée en exergue de la fiche thématique intitulée « Le discours de haine », téléchargeable ici : http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_FRA.pdf. Voir aussi la recommandation N° R (97) 20 du comité des ministres aux États membres sur le "discours de haine", 30 octobre 1997, qui rappelle que la liberté d'expression doit être conciliée avec le respect de la dignité humaine.

[15] Ce dernier membre de phrase est directement emprunté à l'avis contentieux *Mme Hoffman-Glemane* (CE, avis, 16 février 2009, n° 315499). Le Conseil d'État y évoque, à propos des persécutions antisémites, « une 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 ».

Le Conseil d'État relève que l'interdiction du spectacle visait à éviter que ne soient à nouveau prononcés des propos « de nature à mettre en cause la cohésion nationale ». Répondant aux commentaires critiques suscités par cette référence, le président du Conseil d'État a expliqué que la notion faisait « écho aux valeurs et principes essentiels de notre société, sans lesquels le lien social serait rompu »[16]. On peut faire l'hypothèse que le Conseil d'État l'a utilisée comme une sorte de référence *a contrario* à la législation de Vichy qui avait exclu les Juifs de la communauté nationale et comme une référence implicite au préambule de 1946 qui a réaffirmé les fondements du « vouloir vivre collectif » de la nation[17] en proclamant que « que tout être humain, sans distinction de race, de religion ni de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés ». Les propos discriminatoires qui visent à cultiver la haine entre les membres ou les groupes qui composent la communauté nationale menacent par conséquent sa cohésion. Même ainsi explicitée, cette référence n'est guère heureuse : outre qu'elle élargit encore la mission de la police administrative, elle pourrait, utilisée dans d'autres contextes, ouvrir la voie à bien des dérives ; dans le même temps et inversement la notion paraît singulièrement restrictive puisque, interprétée au pied de la lettre, elle exclurait les étrangers de la protection due à ce titre…

L'interdiction : la levée d'un tabou ?

Au-delà de l'extension critiquée des pouvoirs de police, le dispositif de la décision, validant l'interdiction du spectacle de Dieudonné, a lui aussi suscité beaucoup d'émotion. La discussion sur son bien-fondé conduit à aborder trois questions distinctes : la faveur de principe accordée au régime répressif pour la garantie des libertés, la sacralisation de la liberté d'expression, la spécificité du spectacle vivant.

Jusqu'où doit aller la présomption favorable au régime répressif ?

Le principe rappelé dans tous les manuels de libertés publiques et inculqué à des générations d'étudiants est que seul le régime répressif est compatible avec la garantie des libertés. Dès lors que les propos de Dieudonné tombaient sous le coup de la loi pénale, c'est donc cette voie qu'il fallait choisir à l'exclusion de toute autre, l'interdiction préalable étant assimilable, s'agissant de la liberté d'expression et de ses corollaires que sont la liberté de réunion et la liberté des spectacles, à une forme de censure. La voie « canonique » consiste à laisser le spectacle se dérouler, le délit s'accomplir et le poursuivre une fois qu'il a été commis : quel que soit le malaise qu'on en éprouve, c'est le prix à payer dans une démocratie où l'on doit se méfier de tout interdiction administrative préventive.

Reste à savoir si le dogme est intouchable. On pourrait ironiser au passage sur cette faveur soudaine accordée au régime répressif s'agissant de la liberté d'expression : la pénalisation des propos racistes, antisémites, homophobes ou sexistes est loin de faire l'objet d'un consensus général, et encore moins la loi Gayssot dont on nous dit aujourd'hui qu'elle devrait suffire à faire cesser les propos négationnistes proférés par Dieudonné. Mais on peut également relever que cette dichotomie répression *vs* interdiction n'est pas significative aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme : sur le terrain de l'article 10, une interdiction préalable ou une sanction pénale s'analysent au même titre comme une ingérence et la seule chose qui compte est la proportionnalité de l'ingérence. Il y a certes plus de chances qu'une interdiction préalable soit considérée comme violant la liberté d'expression – d'autant que la condition que l'ingérence soit « prévue par la loi » est plus difficile à satisfaire concernant une mesure

[16] « Affaire Dieudonné : le Conseil d'État réplique aux critiques », *Le Monde*, 13 janvier 2014.

[17] L'expression est de Denys de Béchillon qui suggère que la France a défini son identité, et donc les fondements de la cohésion nationale, après 1945, dans la lutte contre la barbarie nazie et contre l'antisémitisme : « Une réponse adaptée à une situation extraordinaire », *Le Monde.fr*, 10 janvier 2014.

de police ; mais la Cour considère que l'existence de sanctions pénales lourdes, par son effet dissuasif, et alors même qu'aucune peine n'aurait été prononcée, est susceptible d'emporter violation de l'article 10 dès lors qu'elle a pour conséquence, à l'instar d'une interdiction, d'empêcher une personne de s'exprimer[18].

La législation française – qui a à plusieurs reprises passé victorieusement le cap du contrôle de la Cour de Strasbourg – ne punissant pas le « discours de haine » de peines disproportionnées, il est clair que l'interdiction d'un spectacle, dans le cas qui nous occupe, porte une atteinte plus grave à la liberté d'expression que la perspective ou le prononcé de sanctions pénales. Mais ne faut-il pas alors s'interroger sur le manque d'efficacité de ces sanctions ? Le cas de Dieudonné fournit la preuve tangible de ce que les lois réprimant le « discours de haine » ne sont pas dissuasives : il suffit en somme de payer – et en l'espèce l'intéressé n'a même pas payé, ayant réussi à organiser sa propre insolvabilité… – pour pouvoir continuer à proférer des propos délictueux. Certes, l'intégralité de l'arsenal pénal n'a pas été utilisée à son encontre, puisque les auteurs de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence raciales encourent une peine d'un an d'emprisonnement. Mais on ne s'est pas encore résolu, en France, à mettre les Dieudonné en prison ; et quand bien même la mesure serait compatible avec la philosophie du régime répressif, on doute qu'elle serait considérée comme moins attentatoire à la liberté que l'interdiction de son spectacle…

Si la fin ne justifie pas les moyens, on ne saurait pour autant écarter la question d'un revers de main : quelle impression peut-on retirer de ces condamnations restées sans effet sinon que le droit ne sert à rien, au risque de saper la confiance minimale que les citoyens doivent avoir dans l'effectivité des règles juridiques[19] ? Et si les condamnations *a posteriori* restent inefficaces, ne doit-on pas en déduire que seule l'interdiction du spectacle était de nature à empêcher l'intéressé de proférer des propos tombant sous le coup de la loi pénale ?

C'est le raisonnement que semble tenir le Conseil d'État lorsqu'il affirme qu'« il appartient à l'autorité administrative de prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises ». Cet aspect de la décision a suscité peu de commentaires[20] et la question de savoir si la prévention des infractions entre dans la mission de la police administrative n'a pas été tranchée explicitement, à notre connaissance, par la jurisprudence, même si on peut avancer que toute infraction est par hypothèse constitutive d'un trouble à l'ordre public. On peut néanmoins citer l'arrêt - qui portait il est vrai sur une police spéciale - dans lequel le Conseil d'État, pour juger qu'un film aurait dû être inscrit sur la liste des films pornographiques, relève que c'était la seule façon de l'interdire aux mineurs de dix-huit ans et donc d'éviter que des scènes constituant un « message pornographique et d'incitation à la violence » ne soient vues par des mineurs, en infraction avec les dispositions de l'article 227-24 du code pénal[21].

La liberté d'expression est-elle intouchable ?

Dans la conception de la démocratie qui prévaut en France et même en Europe, qui diffère à cet égard de la conception états-unienne, plus absolutiste, la liberté d'expression n'est pas

[18] Cour EDH, 2e Sect. 25 octobre 2011, *Altug Taner Akçam c. Turquie*, Req. n° 27520/07, § 81. En l'espèce, le requérant alléguait – et la Cour l'a suivi sur ce terrain - que la crainte d'être poursuivi pour l'expression de ses opinions sur la question arménienne le soumettait à une angoisse telle qu'il avait cessé d'écrire sur ce sujet.

[19] Plusieurs commentateurs ont insisté sur ce point : Mathieu Touzeil-Divina, « Valse (contentieuse) avec Dieudonné : liberté ou ordre public ? », *Gaz. Pal.* 23 janvier 2014, p. 5 ; Denys de Béchillon, Affaire Dieudonné : « Une réponse adaptée à une situation extraordinaire », précité ; Marie-Anne Frison-Roche, « La conformité de l'ordonnance du Conseil d'État du 9 janvier 2014 au droit et à la justice », *Les Petites Affiches*, 20 janvier 2014, n° 14, p. 3.

[20] Voir toutefois Xavier Dupré de Boulois, « Les ordonnances *Dieudonné*, entre continuité jurisprudentielle et choix politique du juge », *RDLF* 2014, chron. n° 9 : www.revuedlf.com.

[21] CE, Section, 30 juin 2000, n° 222194, 222195, *Association Promouvoir*.

intouchable. Les propos racistes, xénophobes, antisémites, mais aussi homophobes ou sexistes, ne sont pas tolérés. L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme lui-même précise que son exercice comporte « des devoirs et des responsabilités ». Et si la Cour rappelle constamment que la liberté d'expression vaut aussi pour les idées « qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population » (*Handyside c. Royaume-Uni*, 1976), elle n'en a pas moins admis que soit interdit et réprimé le discours de haine. On pourrait aussi évoquer la sévérité dont elle a à plusieurs reprises fait preuve envers les œuvres qui risquaient de heurter le sentiment de la morale ou les convictions religieuses d'une fraction majoritaire de la population[22].

Même si l'on recentre la question sur l'utilisation des pouvoirs de police, prétendre que la décision Dieudonné porte une atteinte inédite à la liberté de réunion et à la liberté d'expression, c'est avoir la mémoire courte. Certes, l'application de la jurisprudence Benjamin a débouché dans une majorité de cas sur l'annulation ou la suspension des mesures d'interdiction prononcées par l'autorité de police. Mais le Conseil d'État n'en a pas moins validé à de nombreuses reprises l'interdiction de réunions ou de manifestations, qu'elles soient le fait de l'extrême-droite ou de l'extrême-gauche dans les années précédant la guerre, du parti communiste pendant la guerre froide ou de mouvements indépendantistes avant la décolonisation[23]. Dans sa décision *Action Française*, en 1935, le tribunal des conflits, tout en décidant qu'en l'espèce la saisie de journaux était constitutive d'une voie de fait, n'en a pas moins reconnu la faculté pour l'autorité de police de prendre des mesures restreignant la liberté de la presse, et l'invocation de troubles a l'ordre public a justifié à plusieurs reprises, aux yeux du Conseil d'État, la saisie de journaux ou la lacération d'affiches[24]. Enfin, il est arrivé à plusieurs reprises que des spectacles soient interdits, y compris au cours des dernières années, le plus souvent sur le fondement de l'incitation à la haine raciale ou homophobe[25].

L'appréciation du contenu d'un spectacle vivant : entre prévisibilité et préjugé

La question de savoir si les spectacles et, d'une façon générale, les activités relevant de la sphère artistique doivent bénéficier d'un régime particulièrement favorable au nom de la liberté de l'art ne reçoit pas de réponse claire et univoque en droit positif[26]. En l'espèce, cet aspect de la question a été peu mis en avant dès lors qu'il n'était guère contesté que les « spectacles » de Dieudonné, tels qu'il les concevait désormais, tenaient plus de la réunion politique que de la performance artistique.

En revanche le fait que le contenu d'un spectacle vivant n'est pas figé puisqu'il comporte une large part d'improvisation, posait un véritable problème : peut-on interdire un spectacle sur la base de propos antérieurement tenus dont il n'est pas certain qu'ils le seront à nouveau ? Contrairement aux spectacles de lancers de nains ou à la distribution de « soupe au cochon » dont le contenu ou l'intention étaient clairement affichés, les spectacles de Dieudonné ne s'annoncent pas comme « antisémites ». L'intéressé n'a du reste pas manqué

[22] CourEDH, 24 mai 1988, *Müller c. Suisse* ; CourEDH, 20 septembre 1994, *Otto Preminger Institut c. Autriche*. Ajoutons que la Cour ne considère pas comme contraire à la liberté d'expression les législations qui répriment l'outrage aux bonnes mœurs ou même le blasphème.

[23] Voir Katia Weidenfeld, « L'affirmation de la liberté d'expression : une œuvre de la jurisprudence administrative », *RFDA* 2003, p. 1074.

[24] TC, 19 mai 1954, *Office publicitaire de France*, *JCP* 1954.8382, note Rivero.

[25] On peut citer, l'interdiction, en mars 2011, dans le Doubs, de concerts de groupes dont le répertoire comportait « des paroles ou des titres de chansons qui constituent des incitations à la haine raciale, à l'apologie de crimes de guerre ou de crime contre l'humanité » ou, en octobre 2013, l'interdiction par le préfet du Rhône, du concert d'un groupe britannique à qui il était reproché de véhiculer des symboles nazis. D'autres concerts ont été annulés par décision du maire ou des directeurs de salles en raison de leur caractère homophobe.

[26] Agnès Tricoire, *Petit Traité de la liberté de création*, La Découverte, 2011, p. 7

d'arguer devant le juge des référés qu'il ne tiendrait pas nécessairement les propos litigieux et deux des référés qu'il a gagnés l'ont été notamment pour ce motif.

Le préfet avait pour cette raison pris soin de souligner que le contenu du spectacle était désormais parfaitement connu pour avoir été joué à plusieurs reprises à Paris dans des termes identiques. Le Conseil d'État, à son tour, déclare que, « 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* [etc.] »

On a reproché au Conseil d'État d'avoir validé une « condamnation préventive »[27] de Dieudonné sur la base d'un soupçon, dès lors qu'il n'était pas *prouvé* qu'il réitérerait ses propos. C'est oublier que non seulement une mesure de police n'a pas le caractère d'une sanction mais que, justement parce qu'elle vise à prévenir une menace qui par hypothèse ne s'est pas encore réalisée, elle intervient toujours en fonction de troubles « prévisibles » et non pas « prouvés » (c'est du reste une des raisons de son caractère potentiellement dangereux pour les libertés). On ne peut donc pas critiquer l'arrêté d'interdiction au motif qu'il n'était pas *prouvé* que les paroles litigieuses seraient prononcées, on peut seulement discuter du point de savoir si les indices inclinant à penser qu'elles le seraient étaient suffisamment précis et concordants. À cet égard, pouvait-on prêter foi aux assurances de l'intéressé ? Ses antécédents pénaux et plus encore son indifférence aux condamnations prononcées à son encontre faisaient pour le moins peser un doute sérieux sur leur crédibilité.

Certains avaient pronostiqué que, sur la base de la circulaire puis des ordonnances du Conseil d'État, on s'orienterait inéluctablement vers l'interdiction générale de tous les spectacles de Dieudonné sur l'ensemble du territoire. Pour l'instant, l'interdiction est restée limitée au spectacle « Le Mur » et Dieudonné a pu présenter en tournée son spectacle sous un autre titre après en avoir retranché ou atténué les propos et les scènes les plus choquants.

*

Que la décision Dieudonné ait été prise librement et qu'elle soit fondée en droit ne lui retire pas son caractère politique. Comme il l'a été à d'innombrables reprises dans le passé, le Conseil d'État s'est trouvé placé en situation d'arbitre, appelé à donner une solution contentieuse à une question éminemment politique. Ce rôle politique, il l'a toujours joué[28], mais il acquiert une visibilité accrue lorsque, par le jeu des procédures d'urgence, la justice est rendue en temps réel et non plus, comme naguère, une fois les passions éteintes et les enjeux émoussés. Le juge a fait un choix, un choix influencé par sa perception du contexte, par l'état de l'opinion, par l'anticipation des répercussions de sa décision ; mais s'il avait opté pour la solution inverse, sa décision aurait été tout autant politique.

La décision sera-t-elle amenée à « faire jurisprudence » ? Le vice-président du Conseil d'État a insisté sur le caractère « inédit » de la situation à laquelle le juge avait été confronté et plusieurs commentateurs ont pointé qu'il s'agissait d'une jurisprudence de circonstances destinée à répondre à « une situation extraordinaire »[29]. D'autres, à l'inverse, ont exprimé la crainte que cette décision n'ouvre la boîte de Pandore et ne soit appliquée à toutes les formes de racisme, de sexisme ou d'homophobie. Dans l'affaire de la soupe au cochon le Conseil d'État a du reste rappelé que les provocations qu'on qualifierait aujourd'hui d'islamophobes étaient

[27] Dominique Rousseau, « Les tourments juridiques des ordonnances *Dieudonné* », *Gaz. Pal.*, 20 février 2014 n° 51, p. 9.

[28] V. Danièle Lochak, *Le rôle politique du juge administratif*, LGDJ, 1972 ; « Le Conseil d'État en politique », *Pouvoirs*, n° 123, 2007.

[29] Philippe Cossalter, « Affaire Dieudonné : un cas d'école », précité ; Denys de Béchillon, entretien précité.

elles aussi attentatoires à la dignité humaine : il n'y a pas lieu de le déplorer, car une « jurisprudence Dieudonné » qui resterait cantonnée à l'antisémitisme ne pourrait qu'attiser une concurrence des victimes peu propice à la préservation de la « cohésion nationale ».

Reste que le risque de voir s'étioler une liberté d'expression prise en étau entre la répression pénale et les interdictions préventives n'est pas fantasmatique : compte tenu de la libération de la parole, de la prolifération et de la radicalisation des discours de haine, on ne peut exclure que la jurisprudence Dieudonné soit promise à un certain avenir. Ce qui n'empêchera évidemment pas ces discours de continuer à prospérer sur internet où l'on ne dispose d'aucun outil pour les combattre efficacement.