

CONCOURS ENM 2014**Droit public****Corrigé proposé par Patrick Fraisseix et Raphaël Matta-Duvignau****Question 1**

«Le Président de la République est le chef des armées». *Article 15 de la Constitution*

Attribut traditionnel de la fonction présidentielle française, la direction des armées par le chef de l'Etat sous la V^e République illustre la puissance de la fonction comme les incertitudes relatives à la répartition des prérogatives avec le chef de Gouvernement.

Concernant la force de frappe nucléaire, le décret du 14 janvier 1964 *relatif aux forces aériennes stratégiques* consacre *expressis verbis* le monopole du Président de la République pour engager ladite force. Le ministre de la défense, pour sa part, se voit conféré l'organisation, la gestion et la mise en condition d'emploi de la force de frappe. La détermination d'un tel dispositif par un simple décret a suscité quelques réactions dans la mesure où l'article 34 de la Constitution de 1958 inclut dans le domaine législatif «*les principes fondamentaux de l'organisation générale de la défense nationale*». Ce décret de 1964 a été abrogé par un décret du 12 juin 1996 *portant détermination des responsabilités concernant les forces nucléaires* qui prend en compte l'évolution technologique et politique dans ce secteur (le décret de 1964 ne concernait que les forces aériennes stratégiques mais pas les forces sous-marines ou tactiques). L'article premier dudit décret indique que «*La mission, la composition et les conduites d'engagement des forces nucléaires font l'objet de décisions arrêtées en conseil de défense*» (présidé par le chef de l'Etat en vertu de l'article 15 de la Constitution), le Premier ministre devant prendre «*les mesures générales d'application de ces décisions*» (article 2 du décret), le ministre chargé des armées étant quant à lui «*responsable de l'organisation, de la gestion, de la mise en condition d'emploi des forces nucléaires et de l'infrastructure qui leur est nécessaire. (...) En outre, il détermine la composition, l'organisation et le fonctionnement de ces moyens*» (article 3 du décret). Le Président de la République dispose pour sa part de l'«*ordre d'engagement*» (article 5 du même texte).

S'agissant de l'armée conventionnelle, selon l'article 15 de la Constitution de 1958, le Président de la République est le «*chef des armées*» et «*préside les conseils et comités supérieurs de la défense nationale*» (dont la suppléance est assurée par le Premier ministre). De plus, l'article 5 du même texte fait de lui le «*garant de l'indépendance nationale et de l'intégrité du territoire*». Mais, par ailleurs, le Premier ministre est «*responsable de la défense nationale*» (article 21 alinéa 1^{er}) et le Gouvernement (dont l'action est dirigée par le Premier ministre) «*dispose de l'administration et de la force armée*» (article 20 alinéa 2). L'analyse tendant à l'existence d'un monopole présidentiel paraît de prime abord bien hasardeuse. Au surplus, à ces deux personnalités de l'exécutif vient s'ajouter dans le secteur de la défense, le Parlement qui «*autorise la déclaration de guerre*» (article 35 alinéa 1^{er}), qui autorise le maintien des troupes au-delà d'un délai de quatre mois (article 35 alinéa 3 issu de la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008), et qui proroge au-delà de douze jours l'état de siège décrété par le conseil des ministres (article 36 alinéa 2), «*les principes fondamentaux de l'organisation générale de la défense nationale*» relevant au demeurant du domaine législatif (la défense nationale, outre les domaines militaires et diplomatiques, couvre aussi la défense civile, économique, le renseignement gouvernemental, la recherche scientifique). Il lui revient d'ailleurs de voter la loi de programmation militaire qui fixe le cadre général, les orientations à moyen terme de la politique de défense et le statut des militaires. En période de «*fait majoritaire*», cette ambiguïté relative à la répartition des compétences militaires ne provoque guère de difficultés en raison de la prépondérance présidentielle (par exemple intervention de l'avion française en Libye à compter du 19 mars 2011, envoi d'éléments aériens comme terrestres en Côte d'Ivoire les 4 et 10 avril de la même année, envoi de troupes françaises au Mali à compter du 11 janvier 2013), ce qui n'est évidemment plus le cas en période de cohabitation où le Premier ministre aspire à

recouvrer l'intégralité de ses prérogatives constitutionnelles. Cette renaissance « primo-ministérielle » ne signifie toutefois pas que le chef de l'Etat soit définitivement évincé puisque durant la première cohabitation, celui-ci a déterminé les choix primordiaux au cours de l'élaboration de la loi de programmation militaire et a décidé certaines interventions (Tchad, Liban en 1986). Durant la troisième cohabitation, le chef de l'Etat a veillé tout particulièrement à la professionnalisation des armées. Selon les propos tenus par le Président Mitterrand au camp du Caylus le 13 octobre 1986: « Dans ce domaine là, l'autorité appartient au Président de la République. J'espère que cela est bien compris. C'est un point sur lequel j'engage l'autorité que requiert ma fonction ». Des dissensions peuvent au demeurant surgir en période de « fait majoritaire » dans ce domaine de la défense, avec la même prégnance présidentielle comme l'a clairement laissé entendre Jacques Chirac le 14 juillet 2004: « Il n'y a pas de différend entre le ministre des finances (en l'occurrence Nicolas Sarkozy) et moi, pour une raison simple: c'est que, notamment s'agissant de la défense, je décide, il exécute ».

Pour clarifier pareil dispositif abscons, le Comité « Balladur » a avancé l'idée de modifier l'article 21 alinéa 1^{er} précité en ces termes: « Il (le Premier ministre) met en œuvre les décisions prises dans les conditions prévues à l'article 15 en matière de défense nationale ». L'article 8 du projet de loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la V^e République déposé en 2008 a repris cette mesure (article 8) tout en laissant subsister le principe de l'article 20 alinéa 2 précité, « contradiction fondamentale » pour le Professeur Bernard Chantebout. La Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 n'a finalement pas consacré la proposition. En revanche, ce même comité, soulignant que l'engagement des troupes se faisant de plus en plus sans déclaration de guerre, les Chambres assistent, sans être appelées à donner leur sentiment autrement que par le biais de la discussion budgétaire ou de débats généraux, au déroulement d'opérations militaires, a recommandé l'information du Parlement sans délai par le Gouvernement. Le principe a été repris par la Loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 modifiant l'article 35 de la Constitution. La technique a été utilisée la première fois le 22 septembre 2008 à propos du maintien des troupes françaises sur le sol afghan, puis le 28 janvier 2009 à propos du stationnement des troupes françaises dans le cadre de quatre opérations extérieures dont la Côte d'Ivoire, le Kosovo, le Liban et l'opération « E.U.F.O.R » au Darfour (vote acquis à l'unanimité), les 22 mars 2011 et 12 juillet 2011 à propos de l'envoi de troupes en Lybie, le 16 janvier 2013 à propos de l'envoi de troupes au Mali.

Question 2

La Cour européenne des droits de l'homme, censeur de l'administration ou juge administratif ?

En matière de protection des droits de l'homme, la « grande Europe » a depuis longtemps son instrument international : la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales (CESDH), signée à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953. Elle a pour but de protéger les droits de l'homme et les libertés fondamentales en permettant un contrôle judiciaire du respect de ces droits individuels. La Convention se réfère notamment à la Déclaration universelle des droits de l'homme (1948), dont on sait que l'une des principales sources demeure la DDHC de 1789. Pour permettre ce contrôle du respect effectif des droits de l'homme, la Convention a institué, surtout, la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Celle-ci, mise en place en 1959, est chargée de veiller au respect de la Convention par les États signataires. Notons que la France, qui héberge la Cour, n'a ratifié la Convention qu'en 1974 et n'a permis à ses résidents de saisir la Cour qu'en 1981. Les magistrats de la Cour sont totalement indépendants, ils siègent à titre individuel et ne représentent pas l'État au titre duquel ils sont élus.

Les rapports entre le juge administratif français et le droit international sont toujours porteurs de vicissitudes, qu'il s'agisse des relations avec le Cour de justice de l'Union européenne ou, principalement ici, avec la CEDH. Or, qualifier cette dernière de *juge administratif* reviendrait, d'une part, à lui conférer un pouvoir de droit commun en matière de contrôle des activités des administrations (au sens large), d'autre part, à intégrer la CEDH au sein d'un ordre juridictionnel spécifique. Mais la CEDH ni dispose ni de la compétence de juger directement l'administration, ni celle de réformer ou d'annuler les actes de cette dernière. Elle ne s'intègre pas non plus dans une quelconque hiérarchie institutionnelle. De même, qualifier la Cour de *censeur de l'administration* reviendrait à lui conférer une compétence *a priori* exclue pour une institution internationale : déroger au principe de souveraineté étatique et imposer à une institution publique nationale un comportement.

Si elle ne détient pas ce pouvoir, la Cour peut toutefois, par plusieurs biais, influencer les pratiques administratives et l'ordonnancement juridique interne.

Cependant, dans la mesure où la Cour a une compétence obligatoire, c'est-à-dire que tout État contractant doit se soumettre à sa juridiction, il paraît nécessaire de s'interroger sur l'influence de la jurisprudence européenne sur le droit administratif français.

La CEDH ne peut pas être qualifiée de « juge administratif ». Pour des raisons « organiques » tout d'abord, principalement liées aux conditions de recevabilité des recours. La CEDH ne peut être saisie qu'exclusivement suite à une décision d'une juridiction nationale et non suite à une décision administrative. Par ailleurs, Les conditions de recevabilité sont fondées sur les principes de droit international – coutumier notamment – généralement reconnus, comme l'indique l'article 35 CESDH : l'obligation d'épuiser les voies de recours internes. Ainsi, la Cour entend jouer un rôle subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'homme ; la logique qui sous-tend la règle de l'épuisement des voies de recours internes est de ménager aux autorités nationales, et avant tout aux tribunaux, l'occasion de prévenir ou de redresser les violations alléguées de la Convention. Elle se fonde sur l'hypothèse, reflétée à l'article 13 CESDH, que l'ordre juridique interne assurera une voie de recours effective contre les violations de droits consacrés par la Convention. C'est là un aspect important du caractère subsidiaire du mécanisme instauré par la Convention. Ajoutons, enfin, que la CEDH n'appartient pas à une hiérarchie juridictionnelle au sommet de laquelle trônerait une cour suprême administrative.

Pour des raisons « matérielles » ensuite, principalement liées aux effets et à la réception des arrêts de la CEDH. Conformément aux articles 44 et 46 CESDH, les arrêts rendus par la Cour sont avant tout déclaratoires : elle dit s'il y a eu (ou non) violation des droits protégés par la Convention (CEDH 1979, *Marckx* ; CEDH 1983, *Pakelli*), sans pouvoir par elle-même y mettre fin : elle ne dispose pas de la compétence de réformer les décisions administratives à l'origine du litige interne. Les arrêts de la Cour ont force obligatoire car ils sont définitifs (52 CESDH) et ils sont revêtus de l'autorité de la chose jugée (53 CESDH). En d'autres termes, la force obligatoire des arrêts de la Cour est certaine et générale. Mais l'autorité de la chose jugée est relative puisqu'elle se limite aux parties dans un litige déterminé (donc pas *erga omnes*). En effet, en droit international, l'autorité de chose jugée a pour finalité d'assurer la supériorité du droit international sur le droit interne, celle du juge international sur le juge interne en raison de l'absence de hiérarchie officielle. La chose jugée européenne vient donc assurer la protection de l'individu face à un ordre étatique. Cela permet surtout d'assurer le respect par l'État partie de ses obligations conventionnelles. La spécificité de la chose jugée européenne est la résultante du caractère original du recours : il s'agit moins d'un recours de responsabilité que de « conventionnalité », instauré pour contraindre l'État à respecter l'engagement pris à l'article 1 CESDH, à savoir la garantie des droits conventionnels aux individus résidant sur son territoire. Les arrêts de la Cour n'ont donc pas une autorité de chose jugée absolue, dans la mesure où ils n'obligent pas les autres États à prendre telle mesure où à considérer leur propre droit interne inapplicable. Même dans l'hypothèse où la législation nationale de l'État tiers est formulée de façon identique au droit interne de l'État condamné, l'arrêt européen aurait tout au moins une autorité jurisprudentielle qui s'attache aux motifs. On peut dire que les décisions de la CEDH ne s'imposent pas *de jure* aux juridictions nationales. En outre, dans un arrêt CE 2012 *M. Gilbert Baume*, le Conseil d'État estime que la condamnation de la France pour violation de l'article 6§1 CESDH (CEDH 2007, *Baume*) ne nécessite pas le réexamen des décisions juridictionnelles devenues définitives en l'absence de disposition législative en ce sens. Faisant sien le considérant de principe de l'arrêt *Chevrol* (CE 2004), le CE estime qu'aucune disposition de la CEDH ni du droit interne ne prévoit la réouverture d'une procédure close définitivement devant les juridictions françaises. La Cour adopte d'ailleurs un même positionnement, puisqu'elle rappelle régulièrement que « ses arrêts ont un caractère déclaratoire pour l'essentiel et qu'en général il appartient au premier chef à l'État en cause [...] de choisir les moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de son obligation au regard de l'article 46 de la Convention » (ex. CEDH 2005, *Öcalan c/ Turquie*).

Au titre de l'article 53 CESDH, l'État devra éventuellement adopter des mesures générales pour respecter l'obligation de cessation de la violation des normes européennes et surtout l'obligation de garantie de non-répétition de l'illicite (*infra*). On qualifiera ces effets d'autorité de chose jugée renforcée, dans la mesure où cette autorité s'attache au dispositif de l'arrêt mais déborde le cas d'espèce, puisqu'elle considère tous les individus susceptibles d'être dans une position identique. En effet, la conséquence *sine qua non* de la reconnaissance de l'autorité (relative) de la chose jugée est que le plaideur peut se prévaloir du jugement et de

ses avantages. Mais en droit européen des droits de l'homme, le requérant individuel qui a obtenu une décision en sa faveur avec autorité de la chose jugée ne peut pas s'en prévaloir, du moins directement, dans l'ordre national. Il résulte de ce qui précède que l'État partie au litige doit se conformer à la décision de la CEDH mais que le particulier ne peut pas se prévaloir du jugement au niveau judiciaire national alors qu'il peut obtenir réparation au niveau européen par le biais de la demande de *satisfaction équitable*. En effet, au titre de l'article 50 CESDH, la Cour peut condamner l'État concerné au versement d'une somme d'argent destinée à réparer le préjudice matériel et moral subi ainsi qu'à compenser les frais de procédure engagée. En définitive, ce qui manque aux arrêts de la Cour c'est l'aspect positif de l'autorité de la chose jugée — la possibilité de se prévaloir du jugement et de ses avantages dans l'ordre interne — qui s'identifie à la force obligatoire. Autrement dit, la force obligatoire des arrêts de Strasbourg peut être qualifiée de force passive car l'autorité même de ses arrêts est altérée et sans effet positif réel.

Une situation paradoxale naît cependant. En déclarant reconnaître la juridiction obligatoire de la Cour européenne, l'État s'est engagé à se conformer à ces décisions (46 CESDH) et à adopter les mesures internes nécessaires afin de se conformer à ces décisions. Il s'agit d'une obligation de résultat pesant sur l'État ayant enfreint la Convention et condamné par la CEDH. Mais l'État a le libre choix des moyens pour exécuter la décision. Et dans cette obligation de résultat que l'on peut déceler l'influence croissante de la CEDH sur le droit interne français : indirectement, la CEDH va conduire l'Administration à réformer ses pratiques.

La CEDH peut apparaître comme un « censeur par procuration » de l'Administration, notamment par un renforcement du dialogue entre les juridictions nationales et conventionnelles. A titre liminaire, si l'on entend l'expression *censeur* comme l'autorité qui inflige à autrui un *cens*, c'est-à-dire une condamnation financière, alors il est tout à fait possible de qualifier ainsi la CEDH vis-à-vis de l'administration. En effet, en toute matière, lorsque les règles nationales ne suffisent pas à faire cesser le trouble qui résulte de la violation par l'État de la Convention, la CEDH peut accorder à la partie lésée une « satisfaction équitable ».

Bien que la CESDH s'abstient d'imposer aux États des obligations de moyens, les États condamnés ont le libre choix des moyens de se conformer aux arrêts de la Cour et pour prendre les mesures d'exécution des arrêts de cette dernière (46 CESDH) : la jurisprudence de Strasbourg est extrêmement intégratrice et utilise différents instruments juridiques. L'État condamné doit réparer lui-même, au niveau national, la violation alléguée : soit en procédant à la réformation, selon les procédures internes, de la décision juridictionnelle, soit, plus sûrement, en procédant à une annulation de la décision administrative contestée, soit, enfin, en modifiant l'ordonnancement juridique. Sur ce dernier point par exemple, la loi du 10 juillet 1991 sur les écoutes téléphoniques administratives a mis la législation française en conformité avec la CESDH, à la suite d'une condamnation (CEDH 1990, *Kruslin et Huvig*). De même, à la suite de plusieurs condamnations prononcées par la Cour en 2010, la loi du 14 avril 2011 a modifié en profondeur le régime de garde à vue (assistance de l'avocat, droit au silence) afin de se conformer à la Convention.

La Convention exerce une influence croissante sur le droit administratif français. L'imbrication croissante des normes de droit interne et de droit international impose un dialogue des juges au nom du principe de sécurité juridique. La reconnaissance (CE 1989 *Nicolo*) d'un contrôle de conventionnalité a conduit le juge administratif français à renforcer les échanges avec la CEDH. Nombreuses sont en effet les jurisprudences qui illustrent le fait que le juge administratif français écoute l'interprétation réalisée de la Convention par la Cour, ce qui a toutefois été ralenti par les conceptions juridiques, autonomes et ne tenant pas compte des qualifications juridiques propres à chaque État, développées par la CEDH. La décision *Didier* (CE 1999) reconnaissant l'application de l'article 6 CESDH aux sanctions administratives, l'arrêt du *Magiera* (CE 2002) faisant suite aux condamnations de la France pour la durée excessive des procédures contentieuses (cf. aussi CEDH 2000, *Kudla*), sont quelques exemples de cette écoute réciproque. De même, si l'arrêt *Arcelor* (CE 2007), dans le souci d'une protection maximale des droits des justiciables, permet au juge national d'apprécier la validité d'une directive par rapport aux traités de l'Union européenne, le Conseil d'État a également admis qu'il était compétent pour confronter le contenu d'une directive européenne à la Convention européenne des droits de l'homme (CE 2008 *CNB*). En matière de mesures d'ordre intérieur, sous l'influence de la CEDH, le CE a réduit le champ d'application de ces décisions qui ne peuvent pas faire l'objet d'un recours contentieux. Désormais, ne sont plus des mesures d'ordre intérieur : le règlement intérieur d'un établissement scolaire (CE 1992, *Khérouaa*), la punition de cellule infligée à un détenu (CE 1995, *Marie*), la mise aux arrêts d'un militaire (CE 1995, *Hardouin*), la mise à l'isolement d'un détenu (CE 2003, *Said Remli* ; CEDH 2005 *Ramirez Sanchez*), la mise à l'isolement à titre préventif d'un détenu (CE 2008, *Section française de l'OIP*) – (Cf. également CE 2007

Payet, Boussouar et Planchenault). Mais cela n'exclut pas un dialogue parfois tendu en raison de conceptions juridiques distinctes. Il est possible de prendre pour exemple le rôle et la place du commissaire du gouvernement, devenu rapporteur public (Cf. CEDH 2001 *Kress*, CEDH 2006 *Martinie*) suite à l'adoption du décret d'août 2006 « validé » par la CEDH (2009, *Etienne*).

Il existe surtout un cas où la CEDH peut être qualifiée de *censeur* de l'administration, c'est-à-dire d'autorité ayant le pouvoir de critiquer une conduite particulière tout en proposant – imposant plutôt – un comportement plus adapté. Ainsi, dans certaines situations particulières, la Cour peut estimer *utile* d'indiquer à un État le type de mesures à prendre pour mettre un terme à la situation – souvent structurelle – qui avait donné lieu à un constat de violation. C'est la procédure dite de l'*arrêt pilote*. A partir de l'arrêt *Broniowski c. Pologne* (CEDH 2004), la Cour a mis en place une nouvelle procédure destinée à lui permettre de traiter plus efficacement les requêtes répétitives, trouvant leur origine dans une même difficulté d'application de la Convention. Elle a estimé que « *bien qu'en principe il ne lui appartienne pas [...] de définir quelles peuvent être les mesures de redressement appropriées pour que l'État défendeur s'acquitte de ses obligations au regard de l'article 46 de la Convention* », elle peut néanmoins, à titre exceptionnel, indiquer le type de mesures à prendre pour mettre un terme à « *la situation* » qu'elle constate pour aider l'État défendeur à remplir lesdites obligations. Afin de remédier à cette situation, la Cour peut donc formuler *plusieurs options dont le choix et l'accomplissement restent à la discrétion de l'État concerné* » (CEDH 2006, *Popov c. Russie*). Il peut néanmoins arriver « *en raison de la nature même de la violation constatée qui n'offre pas réellement de choix parmi différentes sortes de mesures susceptibles d'y remédier* » que la Cour soit conduite à indiquer exclusivement l'une de ces mesures (CEDH 2004, *Assanidzé c. Géorgie*). Cette procédure fonctionne ainsi : lorsque la Cour est saisie d'un nombre important de requêtes découlant de la même cause, elle en sélectionne une ou plusieurs afin de les traiter par priorité. L'« *arrêt pilote* » qu'elle rend dans cette affaire vise : à déterminer s'il y a eu violation de la convention dans le cas particulier qu'elle examine ; à identifier le dysfonctionnement de la législation interne qui est à l'origine de la violation ; à donner des indications claires au Gouvernement quant à la manière d'éliminer ce dysfonctionnement ; à susciter la création d'un recours interne apte à s'appliquer à toutes les affaires similaires (y compris celles qui sont déjà pendantes devant la Cour), ou au moins conduire au règlement de toutes les affaires de ce type pendantes devant la Cour. La procédure de l'arrêt pilote vise donc à aider les autorités nationales à éliminer le problème systémique ou structurel mis en évidence par la Cour. Elle conduit toutefois à l'ajournement de toutes les autres affaires apparentées pendant un délai qui peut être important : son utilisation doit donc être subordonnée à la condition que l'État défendeur prenne rapidement des mesures effectives pour mettre en œuvre les indications données par la Cour dans l'arrêt pilote. A cet égard, la Cour se réserve la possibilité de fixer, dans le dispositif de l'arrêt pilote, un délai déterminé pour l'adoption des mesures qu'elle préconise. En tout état de cause, elle peut à tout moment examiner une requête ajournée si l'intérêt d'une bonne administration de la justice l'exige. Les arrêts pilotes constituent, au plan procédural, une traduction du principe de subsidiarité qui fonde le mécanisme de défense des droits de l'homme, aux termes duquel il est préférable qu'une personne s'estimant victime d'une violation de la Convention obtienne réparation du préjudice subi au niveau national. La procédure de l'arrêt pilote a été formalisée en février 2011 par son insertion dans l'article 61 du Règlement de la Cour.

Question 3

Les limites à la liberté d'expression (6 points)

Quel est le dénominateur commun entre deux phrases *a priori* inconciliables, l'une attribuée à Voltaire : « *Je ne suis pas d'accord avec ce que vous dites, mais je me battrai jusqu'à la mort pour que vous ayez le droit de le dire* », l'autre à Dieudonné M'bala M'bala dans son spectacle intitulé *Le Mur* « *Quand je l'entends parler (...), je me dis, tu vois, les chambres à gaz... Dommage* » ? La liberté d'expression. Si la première citation la consacre dans le marbre comme liberté fondamentale de l'homme, la seconde justifie, au contraire, certaines limites à son exercice.

La liberté d'expression s'entend de la liberté de révéler sa pensée à autrui. Pour Louis Favoreu, elle « prolonge (...) la liberté de pensée dont elle n'est autre que la manifestation extériorisée ; la divulgation de la pensée, l'extériorisation des opinions ou des croyances constituent de aspects indissociables de la liberté de pensée ». Soulignons à titre liminaire qu'il s'agit de l'une des plus fondamentales des libertés car elle apparaît comme la clé de voûte des sociétés démocratiques. Ainsi, la Cour suprême des États-Unis, dans son arrêt *Cohen v.*

California (1971), énonce que la garantie de la liberté de parole et d'expression dérive de « la conviction qu'aucune autre attitude ne serait cohérente avec le principe de la dignité et de la liberté de choix de chaque individu, sur lequel repose notre système politique ». En outre, l'article 11 de la DDHC de 1789 (de valeur constitutionnelle, cf. CC 1971, *Liberté d'association*) affirme que « la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». Le Conseil constitutionnel a donné à cette disposition sa plus large portée : elle s'applique à la presse comme à la communication audiovisuelle et permet à chacun de choisir les termes exprimant sa pensée (CC 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*). Aussi, l'article 10 de la CESDH aborde le problème de la liberté d'expression sous un angle plus concret : « la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ». La CEDH a ainsi développé une jurisprudence pragmatique, l'arrêt *Handyside* (1976) précisant que la liberté d'expression « vaut non seulement pour les informations ou idées accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population ».

On le constate, la Liberté d'expression jouit d'un régime juridique protecteur. Dès lors, ce qui fait la particularité des régimes démocratiques, c'est leur capacité à proclamer la liberté d'expression comme une liberté fondamentale éminente, tout en fixant des limites. En effet, si l'article 4 DDHC définit la liberté comme consistant « à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui », la loi assure l'arbitrage entre intérêts concurrents, ce qui conduit à limiter la liberté d'expression. Ces limites doivent veiller à un juste équilibre et demeurer strictement contenues. L'article 11 DDHC semble considérer que les seules limites envisageables sont répressives et font l'objet d'un contrôle *a posteriori* : l'expression est libre, sous la seule réserve des abus auxquels elle donnerait lieu. En réalité, les limites de la liberté d'expression sont plus variées et ne se bornent pas au régime répressif.

Il existe, tout d'abord, différents régimes juridiques particuliers limitant la liberté d'expression afférents à la protection des droits d'autrui. Il est possible de citer, en premier lieu, le régime des incriminations pénales de la diffamation et de l'injure publiques, précisé en partie par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. Si, par nature, la diffamation et l'injure sont distinctes, la loi de 1881 prévoit un régime répressif adapté. A ce titre, il convient de souligner que tant les juridictions nationales que la CEDH ont eu l'occasion de se prononcer sur les limites à la liberté d'expression dans le cas de caricatures. La CA de Paris a confirmé en mars 2008 le jugement relaxant Philippe Val et *Charlie Hebdo* poursuivis pour « injure envers un groupe de personnes en raison de sa religion » après la publication de caricatures de Mahomet. La cour a considéré que ces caricatures, « qui visent clairement une fraction et non l'ensemble de la communauté musulmane, ne constituent pas l'injure, attaque personnelle et directe dirigée contre un groupe de personnes en raison de leur appartenance religieuse et ne dépassent pas la limite admissible de la liberté d'expression ». Dans son arrêt, la cour a estimé que les trois caricatures ne visaient pas la communauté musulmane dans son ensemble, mais « certains de ses membres qui, au nom de l'Islam, pratiquent des actes terroristes à répétition ». Aucun risque de confusion n'est créé. De même, dans un arrêt *Leroy c/ France* (2008), la CEDH a rappelé que le « langage inhérent à la caricature (...) est par définition provocatrice », même si ce mode d'expression connaît des limites. En effet, la CEDH estime que l'expression politique ou militante n'échappe pas à toute possibilité de restriction. Il est également possible de citer, en second lieu, la protection de la vie privée assurée conjointement par le Code pénal (art. 226-1) et le Code civil (art. 9) et dont l'application ressortit aux juges civils et pénaux.

Il existe, ensuite, plusieurs dispositifs limitant la liberté d'expression au nom de la sauvegarde d'un certain ordre public. On observe, en premier lieu, l'instauration de plusieurs régimes dits *préventifs*. Ainsi, des régimes d'autorisation et d'interdiction administrative en matière de presse et de communication audiovisuelle. Le décret-loi du 6 mai 1939 sur les publications étrangères pose un véritable régime d'interdiction administrative. Ce texte autorise le ministre de l'Intérieur à interdire la circulation, la distribution ou la mise en vente en État de journaux ou écrits, périodiques ou non, rédigés en langue étrangère et des journaux ou écrits de provenance étrangère rédigés en langue française. Ce régime, *a priori* peu compatible avec les exigences de l'article 10 CESDH, a pourtant été validé par le Conseil d'État, lequel a jugé que les dispositions nationales

n'étaient pas incompatibles avec les exigences de la Convention, compte tenu du renforcement du contrôle juridictionnel opéré par l'arrêt *Association Ekin* (CE 1997). Toutefois, la CEDH a limité l'analyse du Conseil (CEDH 2001 *Ekin c/ France*), lequel a été contraint de suivre l'interprétation donnée par la Cour (CE 2003 *Gisti*). Ainsi, également, de régime publications présentant un danger pour la jeunesse. La loi du 16 juillet 1949, modifiée par la loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, comporte en réalité un régime préventif qui concerne les publications de toute nature, y compris celles qui n'ont pas ordinairement pour destinataires les enfants et adolescents. Il est désormais précisé que ces publications « ne doivent comporter aucun contenu présentant un danger pour la jeunesse (...) ». Cette définition se rapproche des articles du code pénal relatifs à la protection des mineurs. La protection de la jeunesse peut servir de prétexte à des mesures incompatibles avec la liberté d'expression. Ainsi, encore, de la communication audiovisuelle. Les textes internationaux qui garantissent la liberté d'expression permettent dans certaines hypothèses une limitation ou un contrôle a priori des médias. Par exemple, les autorisations d'émettre sont attribuées par une autorité administrative indépendante. Par exemple, le Conseil constitutionnel a considéré dans une décision du 27 juillet 1982 relative à la *loi de communication audiovisuelle* que la liberté d'expression doit être conciliée avec les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication audiovisuelle et 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 socioculturels auxquels ces modes de communication sont susceptibles de porter atteinte. C'est dire que les limites apportées par le législateur à la liberté d'expression doivent être motivées de façon précise et font l'objet, en tout état de cause, d'un contrôle de proportionnalité. Ainsi, enfin, du régime d'autorisation préalable des films au niveau national existant depuis 1916. Les décisions d'interdiction totale sont soumises au contrôle entier du Conseil d'État et demeurent exceptionnelles.

On observe, en second lieu, l'existence de plusieurs limites tendant à la sauvegarde de l'ordre public, défini traditionnellement comme la combinaison de la tranquillité, de la sécurité et de la salubrité publiques, triptyque auquel est désormais associé, depuis 1995 (CE *Morsang sur Orge*), la dignité humaine. Ainsi, d'abord, de la mise en œuvre des pouvoirs généraux de police administrative en matière de projections cinématographiques. Le Conseil d'État accepte que les maires puissent interdire un film dans leur commune, dès lors que « la projection est susceptible d'entraîner des troubles sérieux ou d'être, en raison du caractère immoral dudit film et de circonstances locales, préjudiciable à l'ordre public » (Cf. notamment Ce 1959 *Films Lutetia* et CE 1985, *Ville d'Aix en Provence*). Ensuite, parmi les limites à la liberté d'expression, figurent celles concernant la diffusion d'informations judiciaires (protection du secret de l'instruction, cf. art. 10 CESDH) et, par extension, les limites afférentes à la liberté d'information et au secret professionnel. Puis, une loi du 13 juillet 1990, dite Loi Gayssot, a prévu des sanctions pénales contre ceux qui contestent, au moyen de publications, l'existence des crimes contre l'humanité définis par l'article 6 du Statut du tribunal de Nuremberg. Cette loi a été reconnue conforme à l'article 10 CESDH par les juridictions françaises. La CEDH (1998 *Lehideux et Isorni*), si elle a estimé disproportionnée la condamnation pénale des requérants en l'espèce, a cependant jugé que la négation ou la révision de « faits clairement établis tel l'holocauste » échappait à la protection de l'article 10. De plus, la Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC formée par le journal *Rivarol* mettant en cause la constitutionnalité de ces mesures (Cass. QPC 2010, *Mme X c/ fédération nationale des déportés et internés, résistants et patriotes*). En outre, précisons que l'actualité relative à la liberté d'expression est très riche. Elle concerne par exemple les limitations de la liberté d'expression et de réunion des usagers de l'enseignement supérieur (CE 2011 *École normale supérieure*). Il conviendra ensuite de revenir sur les limites à la liberté d'expression qui, comme le rappelle la Cour de cassation, sont d'interprétation étroite, qu'il s'agisse de l'injure à raison de l'orientation sexuelle (Crim. 12 novembre 2008) ou de la diffamation et de l'injure contre les harkis (Crim. 31 mars 2009). Rappelons également l'arrêt CE 2011 *Ligue des droits de l'homme* de 2011 validant un décret créant une nouvelle contravention (outrage au drapeau) et emportant ainsi une restriction à l'exercice de la liberté d'expression.

On observe, en troisième et dernier lieu, une nouvelle justification des limites apportées à la liberté d'expression. Cette nouveauté apparaît au regard de l'affaire dite *Dieudonné* (CE ordonnance de référé du 9 janvier 2014). A plusieurs reprises, le Conseil d'État a validé l'interdiction du déroulement du spectacle *Le Mur* en se fondant sur les risques pour l'ordre public mais également sur l'obligation de l'administration d'éviter que des infractions pénales soient commises. Précisons qu'une circulaire du 6 janvier 2014 du ministre de l'intérieur avait placé le cadre juridique de l'interdiction de ces spectacles sous les auspices de deux jurisprudences célèbres : l'arrêt *Benjamin* (CE 1933), qui précise qu'une manifestation ne peut être interdite que lorsqu'il existe

des risques graves de troubles à l'ordre public et la jurisprudence *Morsang-sur-Orge* (CE 1995), étendant le champ de l'ordre public de la police administrative générale au respect de la dignité de la personne humaine. L'ordonnance du 9 janvier 2014 précise « qu'au regard du spectacle prévu, tel qu'il a été annoncé et programmé, les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles et de nature à mettre en cause la cohésion nationale relevés lors des séances tenues à Paris ne seraient pas repris à Nantes ne suffisent pas pour écarter le risque sérieux que soient de nouveau portées de graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrés par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par la tradition républicaine ; qu'il appartient en outre à l'autorité administrative de prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales soient commises ; qu'ainsi, en se fondant sur les risques que le spectacle projeté représentait pour l'ordre public et sur la méconnaissance des principes au respect desquels il incombe aux autorités de l'État de veiller, le préfet n'a pas commis, dans l'exercice de ses pouvoirs de police administrative, d'illégalité grave et manifeste ». L'ordonnance rappelle tout d'abord qu'une mesure de police doit être « nécessaire, adaptée et proportionnée » ce qui permet justement de réaliser l'équilibre des principes. Elle précise ensuite que le spectacle en cause a déjà été donné et porte bien atteinte à la dignité humaine. Cette analyse est incontestable : le Préfet n'a pas ici interdit la première représentation de ce spectacle de telle sorte qu'il était en effet possible d'apprécier son contenu. Il n'y a donc pas d'interdiction préventive, générale et absolue de ces spectacles, l'ordonnance du Conseil d'État s'inscrit donc dans la jurisprudence classique sur ce point. L'ordonnance pose donc une grille de lecture du contenu du spectacle : d'une part, le caractère intrinsèque du spectacle porte atteinte à la dignité humaine (cf. TA Montpellier 2013 *Société Chrystel Camus Productions et M. D.*). Pour que les propos tenus soient considérés comme attentatoires à la dignité humaine, encore faut-il prouver que le spectacle en lui-même consiste en la tenue de tels propos. Le rappel de la jurisprudence « soupe au cochon » (CE ord. 2007, *Ministre de l'intérieur c./ l'association « solidarité des français*) est à cet égard pleine d'enseignements. Mais c'est surtout sur le dernier point que l'interdiction du spectacle constitue une nouveauté au regard des limites à la liberté d'expression. Le motif de la *cohésion nationale*. Il est à peu près certain que c'est la première fois que le terme apparaît dans la jurisprudence administrative. Selon une analyse de la présente décision, la nation ne pourrait exister que par l'effacement, aux yeux de l'État, de toute différence ethnique. Les propos antisémites prononcés opposent au contraire un groupe à un autre. Sur la cohésion nationale seule peut se construire le principe d'unité de l'État.