

Les Journées de LA BRÈDE 

10·11·12
SEPTEMBRE
2021

ENTRÉE GRATUITE
-
TOUT PUBLIC

300 ans
des Lettres
persanes



La Brède - Montesquieu

TABLES RONDES - CONCERT - THÉÂTRE
ANIMATIONS - GASTRONOMIE

TV7
La chaîne Sud Ouest

FONDATION
J. DE CHABANNES

PROGEFIM

la Sauque

mollat
e u o s n o
u o i l o i s

labrede-montesquieu.fr

« *Troisième centenaire des lettres persanes* »

Château de la Brède

11 septembre 2021

Table ronde : éléments et conditions de toute limitation à la liberté d'expression.

Communication de

Monsieur le bâtonnier Bertrand Favreau,

Président de l'institut des droits de l'homme des avocats Européens (IDHAE)

C'est une bonne et même une grande idée à laquelle tout le monde sera sensible que d'avoir voulu commémorer ici ce 300^e anniversaire de la publication (mais aussi de l'impression clandestine) des Lettres Persanes, dont il faut aussi célébrer le succès immédiat réservé à son auteur. Certes ce privilège revenait à la Brède encore a-t-il fallu que quelqu'un y songeât. Et c'est assurément l'insigne mérite du maire de la Brède, Michel Dufranc, qu'il convient de saluer ici car il justifie toute notre reconnaissance, d'autant que sans son initiative cet anniversaire aurait pu passer inaperçu.

Je suis donc particulièrement sensible à l'invitation sur le thème—maintenant largement entamé par les intervenants précédents de cette table ronde qui concerne très précisément les éléments et conditions de toute limitation à la liberté d'expression et qui pourrait s'articuler en une simple question : a-t-on le droit de tout dire librement (ou impunément) ?

Sans doute, n'y trouvera-t-on pas la réponse directement dans les Lettres persanes. Il y a en vérité plusieurs raisons à cela.

Les Lettres persanes —chacun le savait avant de venir mais le saura mieux encore en repartant—ne sont pas un traité mais *prima facie* un roman épistolaire. Il prétend publier la correspondance échangée entre eux ou avec d'autres proches par un jeune homme pétillant, Rica et un autre persan plus âgé et plus sage, Usbek,. Tous deux ont quitté la Perse pour entreprendre un long voyage en Europe, qui les mène à Paris, après un passage par l'Italie. Cependant, même si l'ouvrage contient des éléments personnels, et a peut-être été sous-tendus par une « intention » autobiographique, si contrairement à ce que pouvait suggérer Pierre Barrière, Ispahan n'est pas une description de ...Bordeaux¹, les Lettres persanes sont un ouvrage beaucoup moins « frivole » que ne le croira ou en tout cas ne le dira Voltaire.

¹ Pierre Barrière, *Les Éléments personnels et les éléments bordelais dans les « Lettres persanes »*, in *Revue d'Histoire littéraire de la France*, janv.-mars 1951, p. 17-36.

Au-delà des propos «il n'est pas douteux que la correspondance échangée revêt pour l'époque une connotation séditieuse. Après tout si l'on y regarde de plus près, un ouvrage qui sous couvert d'impressions de voyage décrite au moyen de « l'ingénuité feinte », selon le mot de Paul Valéry, n'en compare pas moins le Pape à une « vieille idole qu'on encense par habitude », vitupère la religion catholique dont il annonce la fin pour dans 500 ans (il en reste donc aujourd'hui 200), qui brocarde les législateurs, daube les juges, promeut le droit au suicide et contient de surcroît la description d'une scène de triolisme, qui même vus d'un « regard persan » avaient à l'époque de quoi « heurter, choquer ou déplaire », quelques années après la mort de Louis XIV. Cela explique-t-il aussi anecdote célèbre rapportée par l'avocat-analyste Pierre Bernadeau, selon laquelle Montesquieu trouvant beaucoup plus tard un exemplaire des Lettres entre les mains de sa fille, lui aurait dit : « *Laissez cela, mon enfant ; c'est un livre de ma jeunesse qui n'est pas fait pour la vôtre.* »

Songez que lorsqu'il écrit cette œuvre, entre 1717 et 1720, Montesquieu a une trentaine d'années, mais qu'il a aussi une riche expérience puisqu'il siège déjà depuis 1716, comme président de la chambre de la Tournelle (c'est-à-dire au grand criminel) du Parlement de Bordeaux et qu'il écrit deux ans après la mort de Louis XIV. C'est-à-dire à une époque où l'on peut considérer qu'il y a un relatif relâchement de la censure.

Cependant, Montesquieu éprouve quant à lui une méfiance pour la censure en vigueur en France depuis 1639 ! Il dira d'ailleurs dans les premières lignes de l'Esprit des lois –en l'occurrence la préface–« Je n'écris pas pour censurer... », ce qui pourrait aussi aisément et rétrospectivement vouloir dire qu'il n'entendait pas davantage écrire pour être censuré... ». C'est effectivement pour éviter la censure préalable qui obligeait tous les ouvrages à être soumis à un examen avant d'obtenir le « privilège du roi » qui leur permettait d'être publié qu'en mai 1721, – il y a 300 ans donc –, Montesquieu avait été contraint de prendre des précautions cumulatives. Non seulement, il a publié son ouvrage anonymement à Amsterdam, (qui était à l'époque avec Bruxelles un des refuges des écrits menacés pour échapper à la censure a priori du pouvoir royal ou en l'occurrence de la régence). Plus encore, il a publié non seulement anonymement mais en dissimulant de surcroît sa qualité d'auteur pour ne se prétendre que simple traducteur des 161 lettres que lui aurait remises ou laissées en dépôt d'authentiques persans. La

prudence ne s'en tenait pas la, en vérité puisque l'éditeur lui-même, la libraire Suzanne de Caux, veuve de Jacques Desbordes, a elle-même publié l'ouvrage sous le pseudonyme de Pierre Marteau (qui était au demeurant un nom d'imprimeur fictif utilisé à l'époque par la corporation pour publier des livres « sensibles »), lui-même déclaré comme éditeur à Cologne. Précautions presque inutiles, à dire vrai puisque—on connaît la fin de l'histoire—l'auteur fut vite démasqué.

Il en reste pas moins vrai que les Lettres persanes illustrent parfaitement un versant de la persécution de la liberté d'expression par la censure toujours en vigueur au XVIIIe siècle et qui allait le rester officiellement jusqu'à 1830 et perdurer beaucoup plus longtemps sous couvert de « morale et de bonnes mœurs ». Montesquieu en a bien été une victime indirecte et illustre même s'il ne fut pas le seul. Dans un haut-lieu de la littérature, comment ne pas rappeler qu'après lui la censure a posteriori n'a jamais désarmé, puisqu'elle devait notamment frapper Alfred de Musset en 1850, sous le second empire, Alexandre Dumas, Victorien Sardou, Gustave Flaubert, Baudelaire. Sous la République encore, 14 procès ont été intentés à des écrivains de Guillaume Apollinaire à Jean Genet entre 1881 et 1949... et Lolita de Nabokov est resté interdit jusqu'à 1959...

au-delà des circonstances mêmes de sa publication, il demeurent hantées par l'idée de liberté qui se confond alors dans la pensée de Montesquieu avec l'idée qu'il se fait de la dignité de l'homme.

Il était particulièrement judicieux, donc, de placer cet anniversaire au niveau qui convient, celui de la limitation de la liberté d'expression par un pouvoir (étatique, religieux ou privé) sur des livres, médias ou diverses œuvres d'art, avant ou après leur diffusion (censure a priori et a posteriori) au public.

Au-delà, il convient maintenant de répondre plus précisément à la question qui est posée : a-t-on le droit de tout dire ? Ce qui permet d'en revenir à titre liminaire aux fondamentaux : la liberté d'expression peut paraître aujourd'hui une des libertés les moins contestés parmi celles qui relèvent de ce qu'il faut bien appeler—on reviendra éventuellement sur les polémiques—les droits de l'homme ou les droits fondamentaux, pour ne chagriner personne.

La liberté d'expression est et demeure depuis l'Antiquité une caractéristique inhérente à la démocratie, consubstantielle à la démocratie puisqu'on se souvient qu'à Athènes il n'y avait « presque aucune loi sur la diffamation écrite ou

verbale ». ² Athènes était bien il est vrai, du moins après Solon et Clisthène, la patrie de l'isonomia, l'égalité des droits, et surtout sur le plan politique, de l'iségoria, le "droit égal à la parole", mais en même temps et plus encore de la parrhésia, cette *obligation de dire franchement ce que l'on pense à propos des affaires publiques*, qui permettait aux citoyens d'aller « *le font haut et le langage franc* », comme devait le dire Euripide ³ ? Mais on ne saurait oublier que si l'Antiquité ne connaissait pas la censure, régime donc très libéral, cela n'empêcha pas l'Aréopage de faire brûler les œuvres de Protagoras...

Cet héritage s'illustre aujourd'hui en droit français, dans les quatre membres de phrase de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. On sait que l'article a été adopté par l'assemblée le 24 août 1789, c'est-à-dire très exactement deux jours avant la fin de ces travaux, et la date qui devait être apposée sur la déclaration. C'est un des derniers donc. Deux articles seront adoptés dans la même journée car contrairement à l'article précédent (il a fallu trois jours pour l'article 10 sur la liberté de religion mais qui traite cependant des « opinions, même religieuse »), il n'a donné lieu qu'à de brèves discussions, (au cours desquelles il n'a pas été pas été parlé de liberté d'expression mais pour l'essentiel de liberté de la presse). En vérité, les intervenants qui semblent s'être épuisés dans le débat de la veille (sur la liberté religieuse) se sont bornés à adopter le 24 août, l'article 19 du projet du sixième bureau, dans une rédaction de synthèses proposées, à deux mots et une préposition près, par le duc de La Rochefoucauld.

C'est donc aujourd'hui, en France, l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui fait partie du droit positif français. Il semblerait d'ailleurs que tout le monde le connaisse, mais que tout le monde l'ait oublié...

Qui lit-on en effet ? La liberté s'y exprime dans les quatre membres de phrase articulés ainsi dans l'article:

1. La libre communication des pensées des opinions
2. est un des droits les plus précieux de l'homme
3. tout citoyen peut donc parler écrire imprimer librement
4. sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans le cas déterminé par la loi.

² Cecil M. Bowra, *The Greek experience*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1957. Traduction française : *L'expérience grecque*, traduit par Georges et Françoise Chevassus, Fayard, 1969, p. 95.

³ Euripide, *Hippolyte*, (-428 av. J.-C.), t. 1. v. 424, p. 229.

Certes les esprits critiques ne manqueront pas de relever que s'il s'agit d'un droit qualifié par les auteurs du travail déclaratif de « précieux » contrairement au droit de propriété qui a reçu la qualification de points de suspension « sacré ».

Si l'on se reporte aux divers projets de déclaration soumise à l'assemblée en 1789, on ne pourrait que constater que huit d'entre se prononçaient pour une liberté sans limite (à la grecque), mais que ce n'est pas la voie qui a été finalement adoptée. La simple lecture à haute voix les quatre membres de phrase de cet article 11 DDHC suffit—ou presque—à donner, pour ce qui concerne la France la réponse, à la question qui a été posée par Monsieur le maire de la Brède, dans l'intitulé de cette table ronde : Non, en vertu de la liberté d'expression, on ne peut pas tout dire.

Alors, qu'en est-il d'une nécessité d'instaurer une liste des devoirs—que certains appelleraient aujourd'hui de leurs vœux ? La question, à vrai dire, a été tranchée, il y a deux siècles, le 4 août 1789 — le jour même de l'abolition des privilèges ! Ce jour-là, en effet, l'abbé Grégoire, qui mérite assurément et pour bien d'autres raisons notre considération, c'est rallié à la proposition de Camus, qui était en réalité soutenue par tous les adversaires du principe même d'une déclaration des droits, demandant de faire une « Déclaration des droits et des devoirs de l'homme et du citoyen ». Le débat s'est emparé de l'assemblée et après des discussions aussi intenses que complètes, —et sans doute plus profondes et plus brillantes que leurs résurgences contemporaines— la proposition a été repoussée par 570 voix contre 533. Il s'agira bien d'une « Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ». Mais, la proclamation contient en le principe de leur limitation, l'article 4, affirmant que « l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits » et précise que « ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi ». Les 570 votes du 4 août 1789 vont obliger les siècles suivants.

En 1948 c'est volontairement que les rédacteurs de la Déclaration universelle de 1948 se sont bien gardés d'élaborer une liste des « devoirs de l'homme ». Eleanor ROOSEVELT le jugeait "inutile " car, disait-elle, " à chacun des droits correspond un devoir ".

Quant à René Cassin, il soutenait que l'"homme et société ont chacun vis-à-vis de l'autre des devoirs fondamentaux ce qui s'est traduit dans la rédaction de l'article

29, qui traite de la question des devoirs c'est-à-dire les droits et libertés d'autrui, par la formulation « l'individu a des devoirs envers la communauté dans laquelle seul le libre et plein développement de sa personne est possible ».

La déclaration universelle des droits de a repris cette philosophie : certes il existe bien des devoirs mais ils sont contenus dans la proclamation des droits.

« *Sauf à répondre des abus... dans les cas déterminés par la loi* ». Tel est donc aujourd'hui notre sujet. Ce qui vient bien confirmer que le caractère déclaratif, proclamation d'un droit, implique bien en creux le respect de devoirs. Cela est donc une vérité depuis plus de deux siècles, on peut certes tout dire et tout écrire « sauf à répondre des abus ». La liberté qu'il consacre laisse à la loi le soin de déterminer ses limites.

Il semblerait au demeurant qu'au temps des Lettres persanes, Montesquieu n'ait pas considéré la liberté comme une très bonne chose en un État. Ce n'est qu'après son « expérience anglaise » de 1729 à 1733 - donc postérieure aux Lettres - qu'il verra davantage dans cette liberté « *le bien qui fait jouir de tous les autres biens* » qui deviendra l'âme de sa philosophie politique. Montesquieu semble donc, particulièrement à cette époque, délibérément plus sensible aux devoirs auquel il consacrera un début de traité en 1725 (perdu depuis), plutôt qu'aux droits et libertés, chers à la Révolution française.

Alors les limites de la loi, assurément, mais en vertu de quelle loi ? S'agit-il de celle qui émane de ces législateurs évoqués dans la Lettre 129 : « *hommes bornés, que le hasard a mis à la tête des autres, et qui n'ont presque consulté que leurs préjugés et leurs fantaisies* » ? Ou davantage celle que Montesquieu devait définir dans le *Traité des devoirs*, repris dans les *Pensées*, par la formulation suivante : « *Une chose n'est pas juste parce qu'elle est loi. Mais elle doit être loi parce qu'elle est juste*⁴ ». Ou encore de celle qu'il pourra définir, plus tard au temps de l'Esprit des lois, avec un relativisme plus circonspect quand il évoquera ces États « *où les lois ne sont rien, ou ne sont qu'une volonté capricieuse et transitoire du souverain* »⁵.

⁴ *Cahiers* (posthume), 1006.

⁵ *L'Esprit des Lois*, XXVI, 2.

L'article 11 de la DDHC qui consacre la liberté d'expression a indirectement acquis une valeur universelle aujourd'hui puisqu'il correspond aujourd'hui :

1. à l'article 19 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948 qui proclament le droit « de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit ».

2. À l'article 19, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques onusien de 1966, qui recouvre la « liberté de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, sans considération de frontière, sous une forme orale, écrite imprimée ou artistique ou par tout autre moyen de son choix. » Mais qui admet des restrictions « fixées par la loi » pour le respect des droits de la réputation d'autrui, d'une part, et la sauvegarde de la sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publique, d'autre part.

3. À l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, de 1950, consacrant l'attachement des pays européens à la liberté d'expression à la libre circulation des informations et des idées dans un style plus direct : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Mais qui va prévoir lui « des devoirs et des responsabilités : formalités conditions restriction sanction... »

4. à la liberté d'expression va figurer également dans les 54 articles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de 2000, en retrouvant 211 ans après, le numéro 11 de 1789 puisque l'article 11-1 de la Charte dispose : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend 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 frontières. » Les droits proclamés par la Charte devant s'interpréter dans leur contenu comme dans leur restriction exactement comme ceux consacrés par la Convention européenne.

5. Le Conseil constitutionnel français, par une décision du 10 octobre 1984 a rappelé qu'il s'agissait de *l'une des garanties « essentielles » du respect des autres droits et libertés...*⁶

⁶ Cons. const., n° 84-181 DC du 11 octobre 1984 (Loi visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse).

Il existe donc bien, en Europe, des limites à la liberté d'expression qui seront reprises analysées, ciselés par toutes les cours suprêmes européennes, la Cour fédérale allemande, le tribunal fédéral suisse, et bien sûr, en France, et le conseil constitutionnel et le conseil d'État qui est notamment la consacrée comme un *principe général du droit* dans un arrêt (néanmoins assez récent) du 29 juillet 2004 et bien sûr par la Cour de cassation⁷.

Avant d'en cerner davantage les limites, il conviendrait toutefois de s'entendre sur ce que recouvre l'étendue –particulièrement vaste– de ce que recouvre la liberté d'expression (c'est-à-dire non limitativement) :

- l'expression parlée ou écrite
- la pensée
- l'opinion
- l'information (que sous-tend une réciprocité c'est-à-dire une liberté de communiquer mais aussi de recevoir les informations et des idées)
- la liberté de la presse et les médias (et à ce titre elle inclut avec l'arrêt Goodwin c. Royaume-Uni de 1996, la protection des sources journalistiques qualifié de l'une des pierres angulaires de la liberté de la presse ... qui lui permet de jouer son rôle indispensable de « chien de garde »

La protection des sources du journaliste est une part intégrante de la liberté d'expression, (même quand celles-ci sont illicites⁸.

Elle concerne donc le droit à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sur Internet, les messages commerciaux ou professionnels et « ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art [et] contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensables à une société démocratique »⁹(

La liberté d'expression c'est aussi le droit de dessiner, peindre, sculpter, composer, danser, improviser, c'est-à-dire le droit de toute création intellectuelle qui s'applique en photo, du cinéma, de la radio, de la télévision, voire d'Internet. En France, la création artistique est protégée par une loi spéciale indépendamment de la liberté d'expression. (Loi n° 2016-925 du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine aujourd'hui intégré dans le code de

⁷ Cons. const., n° 2004-500 DC, 29 juill. 2004, Autonomie financière des collectivités territoriales, Rec. 116.

⁸ CEDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, § 39). *Tillack c. Belgique*, 27 novembre 2007, n° 20477/05), *Jecker c. Suisse*, 6 octobre 2020.

⁹ CEDH, *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988,

la propriété intellectuelle et dans divers autres codes. Elle énonce que la diffusion de la création artistique doit se faire dans le respect des principes de la liberté d'expression.

Enfin, contrairement à la Convention des droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne a quant à elle voulu protéger la liberté artistique dans un article distinct de la liberté d'expression.

Ainsi, au-delà des supports et des vecteurs, la liberté d'expression se trouve toujours très précisément délimitée et encadrée.

Toutefois nulle de ce reste lié que la liberté d'expression concerne toutes les informations et les idées, c'est-à-dire

1. celles qui sont accueillies avec faveur ou considérée comme inoffensives ou indifférentes
2. mais aussi celles *qui heurtent choquent ou inquiètent*.

La formule est ancienne et désormais bien connue, bien que l'on ignore assez souvent aujourd'hui son origine : un des beaux arrêts de la CEDH, l'arrêt *Handyside* de 1976¹⁰. La formule, toujours à juste titre psalmodiée, est devenue une norme, reprise aujourd'hui pratiquement par toutes les juridictions en Europe et au-delà.

À vrai dire, envisagée du point de vue des défenseurs de la liberté d'expression, – que vous êtes tous ici je présume – la –désormais– célèbre formule de l'arrêt *Handyside* est particulièrement heureuse ce qui suffirait à expliquer que depuis plus de 40 ans, elle ait connue un succès justifié. L'expérience montre en effet qu'un premières réflexe, humains, trop humains, consiste trop facilement à considérer dans une première intention qu'une idée qui vous touche personnellement, vous heurte vous indigne, choque, vous inquiète, devrait appeler à une interdiction et à une sanction c'est-à-dire tomber sous le coup d'une interdiction. C'est justement ces idées là que nous aurions tendance à trouver inacceptables, intolérables et que nous voudrions sans doute dans un réflexe

¹⁰ *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976.

primaire interdire, dont il faut justement assurer la protection. Et c'est bien là que nous sommes au cœur de la défense de la liberté d'expression.

Il en découle notamment que toute "formalité", "condition", "restriction" ou "sanction" imposée en la matière doit relever d'une liste exhaustive et pour le surplus doit toujours être proportionnée au but légitime poursuivi. ».

Sans doute liberté d'expression (dont on sait qu'elle a été parfois chèrement conquise) est un des piliers et même une condition sine qua non de l'existence d'un gouvernement démocratique. Force est de le dire, quitte à déplaire,—mais c'est au nom de la liberté d'expression—ce sont quand même les cours internationales et surtout la Cour européenne des droits de l'homme qui ont apporté une interprétation, souvent contestée parce que mouvante, mais c'est une bonne foi on la considérera cependant comme positive.

Au regard de la Convention européenne de sauvegarde de la charte des droits fondamentaux, l'exercice de la liberté d'expression comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, dès lors qu'elles sont prévues par la loi et qu'elles constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique,

1. à la sécurité nationale,
2. à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique,
3. à la défense de l'ordre et à la prévention du crime,
4. à la protection de la santé ou de la morale,
5. à la protection de la réputation ou des droits d'autrui,
6. pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles
7. ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

L'état, notamment par la répression à laquelle il a le pouvoir c'est vrai, exerce une ingérence sur le droit à la liberté d'expression d'un individu. De même toute personne (autrui) en s'opposant à la liberté d'expression d'un de ses contemporains va en s'adressant à l'État auquel un imparti elle appartient, venir exercer une entrave ou imposer une limitation.

Schématiquement on dira que depuis 1986 la liberté d'expression permet plus largement de critiquer des institutions les hommes politiques que n'importe quel particulier. (Lingens 1986). Ce qui explique la raison la fin des protections spécifiques (ainsi en est-il en France de l'offense au président de la république en France supprimé la suite de la condamnation pour violation de la liberté d'expression, le 14 mars 2013, dans l'affaire *Eon c. France*). Ce qui n'aurait pas été sans plaisir à Montesquieu qui qualifiait le délit de lèse-majesté de « *crime que le plus faible commet contre le plus fort* » dans la Lettre 104, (avant ailleurs d'y consacrer, le livre XII de L'Esprit des lois).

En Europe, la Cour européenne des droits de l'homme dispose de plusieurs instruments pour délimiter le champ de la liberté d'expression lorsqu'elle a été violée dans un des États membres :

- la marge d'interprétation des États
- le principe de proportionnalité
- l'article 17 de la convention

Toutefois, si la Cour reconnaît une marge nationale d'appréciation à tous les pays – elle limite strictement la liberté d'expression dans certains domaines et notamment en ce qui concerne le racisme et l'apologie du terrorisme. Il en est de même pour tous les droits qu'elle concerne comme non négociable.

La Cour va alors recourir à deux méthodes :

- Les limitations de la protection, prévue par l'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme

Les libertés d'expression, d'opinion, de recevoir ou de communiquer des informations, nous dit-il, comportent des devoirs et des responsabilités : ce qui signifie que sans entamer ou entraver ces libertés elle-même, elles peuvent être soumises à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, à condition que celle-ci soit « prévues par la loi » et qu'elle constitue des « mesures nécessaires, dans une société démocratique ».

Toutefois, ces dispositions énumérées par le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention ne sont appliquées qu'à la condition impérative que le discours, bien

que haineux, ne soit pas destructeur des valeurs fondamentales sur lesquelles repose la Convention. Par exemple, l'apologie du terrorisme et de la violence constituent une incitation à la haine.

Car, la Cour estime que la démocratie est un élément fondamental de l'ordre public européen. C'est pourquoi la cour – malgré la marge nationale l'appréciation qu'elle reconnaît tous les pays – limite strictement la liberté d'expression en ce qui concerne le racisme et l'apologie du terrorisme. Et tous les droits qu'elle considère comme « non négociables ».

Elle dispose à cette fin d'une arme juridique.

- L'article 17 de la Convention concernant l'interdiction de l'abus de droit.

Il dispose que l'on ne peut pas invoquer les droits consacrés par la Convention pour revendiquer un droit contraire aux principes de la Convention : c'est-à-dire qui constituent l'ordre public de la Convention ou un patrimoine commun d'idées, des traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit.

Aucun individu, aucun groupe ou aucun un État, un groupement ou un individu, ne disposent d'un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits consacrés par la Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues par la Convention elle-même. En un mot, nul ne saurait invoquer un des droits que lui confère la Convention des droits de l'homme pour justifier des propos ou des actes dont le but ou la conséquence serait de limiter ou de mettre à néant les droits indivisibles et interdépendants garanties par la convention. La liberté de s'exprimer de chacun ne peut être utilisée dans le but de promouvoir ou de permettre l'anéantissement des autres libertés et notamment des libertés des autres¹¹. ()

ainsi, il faut bien comprendre que ceux qui veulent exprimer leur volonté de mettre fin, au droit à un procès équitable, à la liberté et à la sûreté, à ne pas subir de peines constituant un traitement inhumain, à la liberté de religion, à la liberté d'opinion des autres, voire à la propriété privée, droits protégés par le protocole numéro 1 à la convention) se trouvent soustraits par l'article 17 à la protection instaurée par l'article 10 de la Convention.

¹¹ *Seurot c. France*, décision sur la recevabilité du 18 mai 2004

Dès lors, sauf exception d'espèce, il y a pas de droit de la liberté d'expression pour les propos qui relèvent de :

1. la haine ethnique, raciale ou religieuse
2. l'incitation à la violence et le soutien d'activités terroristes
3. la menace pour l'ordre démocratique (requêtes dont les auteurs s'inspirent d'une doctrine totalitaire ou expriment des idées représentant une menace pour l'ordre démocratique et risquant de conduire à la restauration d'un régime totalitaire.).
4. Le négationnisme et le révisionnisme. Tel fut le cas pour les affaires concernant les propos concernant l'histoire qui ont été déclarées irrecevables puisqu'elles ne bénéficient pas de la protection de l'article 10¹². Pour la France ; on rappellera notamment le refus du droit liberté d'expression proposée par la Cour dans les affaires *Garaudy c. France*, en 2003, *Gollnisch en 2011* ou encore *M'Bala M'Bala* (Dieudonné) en 2015

Il est bien évident toutefois, l'article 17 ne trouve à s'appliquer qu'à titre exceptionnel et dans des circonstances extrême et le respect pour la liberté d'expression est tel que dans beaucoup d'arrêts (regrettables au demeurant) la Cour a choisie de ne pas appliquer l'article 17 (c'est-à-dire exclusion du droit à la liberté d'expression) mais a retenu au contraire contre les états concernés une violation de l'article 10 au profit d'auteurs de propos révisionnistes : (apologie du régime de Vichy mais les requérants s'étaient toutefois explicitement démarqués des « atrocités » et des « persécutions nazies ») (par quinze voix contre six)¹³ ou contestation du génocide arménien au sein de l'Empire ottoman en 1915 par un homme politique turc (par dix voix contre sept).¹⁴

Qu'ajouter en conclusion ? Rappelez, faute de temps, que la raison d'être de la liberté d'expression, bien « précieux » mais qui devrait être aussi considéré au même titre que tel autre, comme « sacré », garantit « *le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique* », selon

¹² Voir sur les affaires relatives à l'histoire : Bertrand Favreau (dir.), *La loi peut-elle dire l'histoire ? Droit, Justice et Histoire*. Bruylant, 2012

¹³ *Lehideux et Isorni c. France*, 23 septembre 1998, § 58

¹⁴ *Perinçek c. Suisse* (Grande Chambre) 15 octobre 2015, § 241.

une formule prétorienne aujourd'hui célèbre. Cela exigera toujours qu'elle ne soit limitée qu'à titre exceptionnel et que l'équilibre le plus pointilleux puisse être apprécié dans la rigueur et l'indépendance, entre une expression sans entrave et l'amplitude de l'atteinte que justifie la préservation d'une société libre et pluraliste. La réception des idées qui heurtent, des propos qui choquent et des déclarations qui déplaisent, comme leur traitement dans une société juridique reste et demeurera donc toujours le meilleur baromètre de son niveau démocratique et de la possibilité d'épanouissement de ses citoyens. Il ne s'agit peut-être après tout que la mise en œuvre de la morale de vie et de la maxime d'action que Montesquieu aurait voulu que tout être libre retire de son œuvre, telle que Jean Starobinski l'a condensée en une formule: « *se vouloir lui-même à travers la médiation de la loi* ».

Bertrand FAVREAU

La Brède

11 septembre 2021