

## LA BANALISATION DU CONCEPT DE « CENSURE »

Dans le contexte d'un ouvrage sur l'état des libertés en France, l'on devrait, en effet, proposer un état de la liberté d'expression et dire si cette liberté est bien ou mal assurée. Or cette question fait déjà l'objet d'une réponse convenue dans la plupart des lieux de sociabilité (journaux, revues, livres) du pouvoir intellectuel : la liberté d'expression se porte mal en France.

17

Les uns soutiennent que les lois mémorielles y sont pour beaucoup, même s'ils ne s'avisent pas, par exemple, de ce que toutes les lois en question ne créent pas des incriminations administratives ou pénales, ni de ce que, d'une certaine manière, la Cour européenne des droits de l'homme légitime en leur principe ce genre de législations en admettant l'existence de « vérités historiques notoires » susceptibles d'être protégées par des polices légales. Plus exactement, dans son arrêt *Zdanoka c. Lettonie* du 17 juin 2004, la Cour soutient qu'elle [la Cour] « doit s'abstenir, dans toute la mesure du possible, de se prononcer sur des questions d'ordre historique qui ne relèvent pas de sa compétence ; toutefois – ajoutait-elle paradoxalement – elle peut accepter certaines vérités historiques notoires et se fonder sur elles dans son raisonnement <sup>1</sup> ».

D'autres font valoir que la faute en incombe au *politiquement correct*, mais ils vont rarement jusqu'à demander l'abrogation pure et simple des législations non permissives (police administrative, répression pénale) des offenses religieuses ou des discours racistes, xénophobes, sexistes, homophobes ; autrement dit, nul ne défend une imitation française de la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis relative au

---

1. Voir Jean-François Flauss, « L'Histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n° 1, 2006, p. 5.

1<sup>er</sup> amendement, une jurisprudence infiniment plus conforme à l'idée selon laquelle la liberté d'expression « vaut même pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent<sup>2</sup> » que, précisément, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>3</sup>.

18 L'on voit ainsi, en première approximation, un certain nombre de contraintes intellectuelles qu'il faut dépasser pour prétendre à un état relativement objectif de la liberté d'expression en France : définition préalable d'un modèle *idéal* de liberté d'expression, cohérence dans la qualification des atteintes à la liberté, évitement de la tentation d'ériger tel ou tel cas en paradigme simplement à partir du « bruit médiatique » dont il a fait l'objet, rigueur juridique minimale, etc. Faute de pouvoir offrir ici une conclusion qui respecte un tel protocole, l'on s'intéressera plutôt à cette manière spécifique de parler de la liberté d'expression qu'est la référence à la « censure ». Comment comprendre, en effet, que les discours contre la censure soient à la fois si prégnants dans le débat public, mais qu'ils semblent quelque peu tourner à vide ? On fait précisément l'hypothèse que ce doit être parce que le concept de censure est devenu un *buzzword*, un mot bourdonnant qui, s'il rend compte de certaines tensions nouvelles caractéristiques de la liberté d'expression, n'aide cependant pas à leur dépassement.

## PHÉNOMÉNOLOGIE DES DISCOURS DE LA CENSURE

### *Variété statutaire*

Un certain nombre de ces occurrences du thème de la censure ne sont pas liées à l'application d'une police légale des discours : l'on pense, par exemple, à la polémique née de ce qu'un article à tonalité critique du *Monde* sur le passe Navigo (le titre électronique de circulation dans le Réseau des transports publics d'Île-de-France) initialement prévu dans le journal gratuit *Direct Matin* dans le cadre d'un contrat de partenariat a finalement été remplacé par une publicité<sup>4</sup>. Dans les occurrences les plus récentes du thème de la censure dans le débat public, l'on peut isoler par ailleurs un certain nombre de cas s'étant distingués par leur résonance judiciaire. Certains de ces cas n'ont pas mobilisé une revendication de modifications législatives. Ainsi, par exemple, des décisions successives

2. CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976.

3. Adam Liptak, « American Exception. Unlike Others, U.S. Defends Freedom to Offend in Speech », *The New York Times*, 12 juin 2008.

4. Nicolas Scalbert, « Bolloré censure *Le Monde* : le business passe avant l'info », Rue89.com, consulté le 31 janvier 2009.

rendues par les tribunaux judiciaires saisis d'actions formées contre le député Christian Vanneste pour injure homophobe, jusqu'à la décision favorable à M. Vanneste rendue par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 12 novembre 2008.

D'autres cas ont été, en revanche, l'occasion de demandes législatives. Ainsi des poursuites formées par le parquet de Paris contre le chanteur Mohamed Bourokba, dit Hamé, des faits de complicité de diffamation publique envers une administration publique (la police nationale). Cette affaire et d'autres (la condamnation par le tribunal correctionnel de Laval à une amende symbolique d'un militant politique – Hervé Éon – qui avait affiché une pancarte recouverte de la mention « Casse toi pauvre con » au passage de Nicolas Sarkozy, président de la République) sont ainsi devenues paradigmatiques des pétitions tendant à la dépenalisation du délit d'outrage. En réalité, ces demandes tendent au mieux à une abrogation – et *a minima* à une transformation en contraventions – de l'outrage envers une personne chargée d'une mission de service public ou envers une personne dépositaire de l'autorité publique<sup>5</sup>, de l'outrage public au drapeau tricolore ou à l'hymne national au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques<sup>6</sup>, de l'outrage à un magistrat<sup>7</sup>, de l'offense dirigée contre le président de la République<sup>8</sup>, des injures et diffamations envers des corps constitués, les armées, les administrations publiques<sup>9</sup>.

19

De fait, la mobilisation du thème de la censure se fait toujours sur le registre de la dénonciation, même lorsqu'il s'agit pour certains acteurs du débat public<sup>10</sup> de dénoncer *spécialement* le fait pour des défenseurs de la liberté d'expression de ne concevoir précisément cette liberté que pour leurs propres opinions, les opinions dominantes ou des opinions qui ne heurtent, ni ne blessent, ni ne choquent certaines minorités. Surtout l'on ne trouve guère de résonance dans la mobilisation contemporaine de la censure comme repoussoir du point fixe proposé, par exemple, par Alain Finkielkraut lorsque celui-ci soutient : « Je n'ai pas d'hostilité de principe à la censure. Toute société fonctionne sur un certain nombre d'interdits. Il arrive que la censure menace la liberté mais le combat contre

5. Article 433-5 du code pénal.

6. Article 433-5-1 du code pénal.

7. Article 434-24 du code pénal.

8. Article 26 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

9. Articles 30, 31 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

10. Voir Élisabeth Lévy, *Les Maîtres censeurs*, Jean-Claude Lattès, 2002; Robert Ménard et Emmanuelle Duverger, *La Censure des bien-pensants*, Albin Michel, 2003.

toute censure mène au nihilisme et le nihilisme – tout est possible, tout est permis, tout est égal – menace la civilisation. Pourquoi, par exemple, ne pas montrer des films pornographiques à la télévision ? Pour que les enfants et les parents ne regardent pas la même chose ensemble. La télévision est un meuble familial. La pornographie n'a pas sa place dans la famille, sauf à penser que ces distinctions mêmes – parents, enfants, jeunes, vieux, etc. – doivent tomber. La signification ultime du refus absolu de la censure, c'est l'abolition de toutes les distinctions : entre les faits et les opinions, entre les différentes classes d'âge, entre les hommes et les femmes, entre les parents et les enfants. Il est de notre devoir de résister à ce mouvement d'indifférenciation générale<sup>11</sup>. »

### *Paralogismes*

20 Cette appréhension par Alain Finkielkraut de la liberté d'expression en termes théoriques complexes – complexité dont on verra qu'elle est à l'œuvre dans le droit applicable dans ces matières – n'est précisément pas compatible avec cette autre caractéristique primaire des discours anti-censure qui consiste à tenir pour une évidence l'idée d'une omniprésence de la censure, dans la presse, le cinéma, les arts plastiques, les livres, la musique, les jeux vidéo, au théâtre, à la télévision, etc.<sup>12</sup>. Cette opinion courante de l'omniprésence de la censure se décline elle-même souvent en deux propositions secondaires : celle selon laquelle les procès des créateurs (écrivains, artistes, etc.) se seraient remarquablement développés au cours des dernières années et celle qui affirme qu'il existerait une singularité française en matière de liberté d'expression, cette singularité étant supposément vérifiable à travers la négation par les juges français des principes du libéralisme. Or ces différentes propositions sont tout sauf évidentes. Plus exactement, pour accéder à un semblant de pertinence, les auteurs de ces propositions doivent se dispenser de certaines exigences intellectuelles minimales et commettre certains raccourcis.

Cette dernière observation vaut d'abord pour l'exigence d'une définition préalable de la censure, d'où le mélange dans la dénonciation de la censure d'un nombre considérable de situations qui n'ont pas toujours de lien les unes avec les autres. C'est le cas lorsque, par exemple, certains analysent des litiges plus ou moins classiques de propriété intellectuelle

---

11. Alain Finkielkraut, « Je n'ai pas d'hostilité de principe à la censure » (entretien), *Médias*, n°2, 2004, p. 9.

12. Voir notamment : Arnaud-Aaron Upinsky, *Enquête au cœur de la censure*, Éditions du Rocher, 2003 ; Emmanuel Pierrat (dir.), *Le Livre noir de la censure*, Seuil, 2008.

(droit moral ou droit patrimonial) sous le label de la censure. Dans la période récente, tel fut le cas, par exemple, avec les scrupules qui conduisirent régulièrement Irène Lindon, directrice des Éditions de Minuit et ayant droit de Samuel Beckett, à refuser des « trahisons de la volonté » du dramaturge<sup>13</sup> ; avec l'affaire *Comédie-Française c. Koltès*, soit une action formée par la Comédie-Française contre le frère et ayant droit de l'écrivain Bernard-Marie Koltès, après son refus d'accepter la prolongation des représentations du *Retour au désert* au-delà de la trentième, faute pour le Théâtre-Français d'avoir respecté « la volonté de Bernard-Marie Koltès de voir le personnage d'Aziz interprété par un comédien arabe<sup>14</sup> » ; ou bien encore avec l'affaire *Centre Georges-Pompidou c. Pinoncelly*, ainsi que d'autres affaires comparables<sup>15</sup>.

De la même manière, l'opinion courante d'une omniprésence de la censure se dispense de l'exigence d'une définition *libérale* du concept de censure, une définition qui exclut du champ d'application de cette catégorie politico-morale un certain nombre d'affaires dont, par exemple : les situations dans lesquelles l'ingérence des pouvoirs publics dans la liberté d'expression n'a pas consisté en un empêchement du public d'accéder à une œuvre ou en une condamnation de l'auteur mais en une restriction de la présentation de l'œuvre au jeune public<sup>16</sup> ; les situations où ce n'est pas l'expression publique d'une idée ou d'une opinion qui est proprement en cause, comme cela peut être le cas lorsque des artistes contemporains exigent des musées et des pouvoirs publics en général qu'ils « légitiment [leurs] transgressions systématiques des frontières de l'art » (Nathalie Heinich), au prix d'une confusion entre la liberté artistique proprement dite et la liberté d'expression<sup>17</sup>.

Deux raccourcis – ou plus exactement deux erreurs logiques – sont imputables à l'opinion courante d'une omniprésence contemporaine de la censure. Le premier consiste à inférer une tendance sociétale à partir d'actions formées par des justiciables – bien plus souvent que par les parquets – et non à partir des décisions rendues par les juges à l'issue de procès. Il y a raccourci ici dans la mesure où un procès est par définition

13. Nathaniel Herzberg, « Les tragédies du droit d'auteur », *Le Monde*, 28 mai 2007.

14. *Ibid.*

15. Sur ces affaires, voir l'intéressante (mais, pour le moins, unilatérale) chronique d'Harry Bellet dans *Le Monde* du 25 janvier 2007, « Le droit d'auteur devant la justice ».

16. Voir Pascal Mbongo, « Artistes au tribunal ? Sur l'exposition *Présumés innocents* », *Esprit*, février 2007, p. 154-157.

17. Nathalie Heinich, *Le Triple Jeu de l'art contemporain*, Éditions de Minuit, 2006, spécialement les développements relatifs au « paradoxe permissif de l'art contemporain » (p. 338-350).

un conflit de prétentions, la légitimité de ces prétentions étant sanctionnée par une décision de recevabilité du juge qui arbitre ensuite ce conflit. À quoi il faut ajouter que rien ne prouve que, statuant au fond, les juges français, pris dans leur globalité, ont plutôt une inclination liberticide. Au demeurant, l'autre erreur logique usuellement commise dans la discussion publique de la censure consiste à inférer une tendance sociétale à partir de deux ou trois décisions de justice effectivement discutables, mais sans considération des centaines d'autres décisions annuellement et banalement rendues, par exemple, par la 17<sup>e</sup> chambre (« chambre de presse ») du tribunal correctionnel de Paris.

#### SIGNIFICATION DES DISCOURS DE LA CENSURE

- 22    Analysée d'un point de vue sociologique, cette résurgence du discours sur la censure doit être rapportée au développement de nouveaux supports de communication (télévision et Internet). La démultiplication des supports induit nécessairement une extension du champ d'application des polices des discours – sauf à considérer que ces supports doivent être des espaces de « non-droit » – et donc nécessairement les possibilités de conflits de droits, de conflits de prétentions.

#### *Transparence paradoxale*

La résurgence du thème de la censure s'inscrit dans un contexte caractérisé par ailleurs par le développement du thème de la transparence avec son corollaire qu'est la tendance de l'édition ou de la presse (et notamment de ce qu'il est convenu d'appeler le journalisme d'investigation) à annihiler les différents textes de loi protégeant certains secrets étatiques (secret de la défense nationale, secret du travail juridictionnel, etc.) ou non étatiques (secret des affaires, secret des avocats, secret médical, etc.).

Une double curiosité caractérise le débat français sur la transparence, plus exactement certains discours journalistiques sur ce thème. En premier lieu, il est paradoxal que la transparence soit analysée par certains comme une justification de la suppression du principe même de secrets étatiques ou non étatiques mais que cette justification ne s'applique pas pour le secret des sources des journalistes, un secret que l'on s'obstine par ailleurs à présenter comme étant sous la menace du pouvoir politique, alors que dans la quasi-totalité des cas dans lesquels ce secret prête à débat, c'est à la faveur d'actions du pouvoir judiciaire (des enquêtes préliminaires et, plus souvent, des auditions, des réquisitions ou des perquisitions diligentées par la police judiciaire sur commissions rogatoires de juges

d'instruction). En second lieu, l'on fera observer que les termes du débat public français sur l'accès des journalistes aux informations étatiques peuvent paraître curieux au juriste lorsque, par exemple, certains acteurs de ce débat invoquent le *Freedom of Information Act* (FOIA) américain sans s'aviser de ce qu'ils invoquent en réalité une *mythologie française* de ce texte plutôt que sa portée juridique réelle<sup>18</sup>. Le fait est que la « doctrine » du FOIA des administrations et des agences fédérales était devenue à ce point restrictive que l'une des premières décisions de Barack Obama en tant que président des États-Unis a consisté précisément à définir une nouvelle doctrine juridico-administrative de ce texte, à travers son *Memorandum for the Heads of Executive Departments and Agencies* du 21 janvier 2009.

### « Élite-artiste » et « élite-journaliste »

23

Cette résurgence du thème de la censure doit encore être mise en rapport avec deux caractéristiques paradoxales du statut contemporain des écrivains et des artistes d'une part, des journalistes d'autre part.

En effet, dans les deux cas, l'on est en présence d'une extrême démocratisation du label d'écrivain ou d'artiste, et de celui de journaliste. S'agissant des artistes, cette démocratisation se manifeste notamment à travers le volume considérable de romans désormais publiés à chaque rentrée littéraire ou, symétriquement, à travers la littérature critique de « l'État culturel » ou de la « déculturation »<sup>19</sup>. La démocratisation du label journalistique se retrouve pour sa part dans l'explosion des blogs et des sites d'information. Cette explosion a d'ailleurs entraîné de la part des propriétaires et/ou des rédacteurs de ces sites une double et intéressante critique : la critique de l'article L761-2 du code du travail<sup>20</sup>, dont la définition du « journaliste professionnel » – et non du « journaliste » – a pendant longtemps (c'est-à-dire aussi longtemps que le journalisme a été vu comme constituant *nécessairement* une « occupation principale, régulière et rétribuée ») été considérée comme tautologique ; la critique des conditions, à leurs yeux restrictives, de délivrance de la carte de presse

18. Voir, par exemple, « L'Appel de la Colline », lancé le 24 novembre 2008 par Médiapart et Reporters sans frontières.

19. Marc Fumaroli, *L'État culturel. Essai sur une religion moderne*, Le Livre de Poche, « Biblio essais », 1999 ; Renaud Camus, *La Grande Déculturation*, Fayard, 2008.

20. « Le journaliste professionnel est celui qui a pour occupation principale, régulière et rétribuée l'exercice de sa profession dans une ou plusieurs publications quotidiennes ou périodiques ou dans une ou plusieurs agences de presse et qui en tire le principal de ses ressources [...] »

par la Commission de la carte d'identité des journalistes professionnels (cette commission vérifie l'effectivité d'une occupation principale et régulière attestée par trois mois consécutifs d'exercice pour une première demande et par le fait que cette occupation procure au postulant l'essentiel de ses ressources – soit plus de 50 %).

D'un autre côté, ces deux groupes socio-professionnels (artistes et écrivains d'une part, journalistes d'autre part) revendiquent chacun une préséance juridico-sociale de type aristocratique<sup>21</sup>. D'où, s'agissant des écrivains et des artistes, la revendication dans l'ordre de la police des discours d'une « exception juridique pour les artistes et les écrivains<sup>22</sup> » qui passe, *hypothétiquement*, par une « abrogation » de l'article 14 de la loi de 1881<sup>23</sup> et de l'article 14 de la loi de 1949 sur les publications destinées à la jeunesse, et par « l'exclusion expresse des œuvres du champ d'application des articles 24 de la loi de 1881, et 227-23 et 227-24 du code pénal<sup>24</sup> ». Or cette revendication est d'autant plus logique ou d'autant plus paradoxale – c'est selon – que la « présence à la politique<sup>25</sup> » des artistes et des écrivains contemporains se fait avec une « radicalité » renouvelée<sup>26</sup> qui brouille considérablement la frontière entre l'essayisme et le pamphlétisme d'une part, la création littéraire ou artistique d'autre part. Cela s'est vérifié par exemple dans l'affaire Lindon, soit la condamnation pour diffamation de Mathieu Lindon et de l'éditeur P.O.L à la suite de la publication du *Procès de Jean-Marie Le Pen*, pourtant présenté par l'auteur et son éditeur comme étant un roman. Cette affaire a été portée devant la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans son arrêt *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France* du 22 octobre 2007, a conclu à l'absence de violation par la France de l'article 10 de la Convention.

21. Voir Nathalie Heinich, *L'Élite artiste. Excellence et singularité en régime démocratique*, Gallimard, 2005.

22. Pétition lancée en 2003 par la Ligue des droits de l'homme et signée par diverses associations et diverses personnalités des arts et des lettres (voir « La fiction et la loi », *L'Humanité*, 29 avril 2003 ; voir également le Livre blanc du Syndicat national de l'édition, *Justice et Édition. Plaidoyer pour une justice adaptée*, SNE, 2003).

23. Cette disposition a implicitement été abrogée par le décret du 4 octobre 2004 portant abrogation du décret-loi du 6 mai 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère.

24. Pétition précitée de la Ligue des droits de l'homme. Sur cette pétition, voir notamment Pascal Mbongo, « Réflexions sur l'impunité de l'écrivain et de l'artiste », *Légipresse*, n° 213, 2004, p. 85-89 ; Nathalie Heinich, « Les limites de la fiction », *L'Homme*, n° 175-176, juillet-septembre 2005, p. 57-76.

25. Benoît Denis, *Littérature et Engagement de Pascal à Sartre*, Seuil, « Points Essais », 2000.

26. Justyne Balasinski et Lilian Mathieu (dir.), *Art et Contestation*, Presses universitaires de Rennes, 2006.



Les journalistes ne revendiquent donc pas moins une préséance juridico-sociale comparable à celle des artistes et des écrivains. On le voit dans l'ordre du droit à travers la revendication d'une exception journalistique dans les polices légales de la liberté d'expression. À la vérité, comme cette exception journalistique existe déjà en matière de diffamation et en matière de droit à la vie privée, de droit à l'image ou d'autres droits de la personnalité (les journalistes et les éditeurs sont en effet les sujets privilégiés de l'excuse légale de « bonne foi » en matière de diffamation et du critère jurisprudentiel de « l'intérêt pour le débat d'intérêt public » ou de la poursuite par la publication litigieuse d'un « débat d'intérêt général digne de la curiosité des lecteurs » dans les autres cas), les revendications afférentes tendent donc plutôt à en agrandir la portée.

#### JURIDICITÉ DISTANTE DES DISCOURS DE LA CENSURE

25

Analysée d'un point de vue juridico-institutionnel, la prospérité des discours sur la censure rend compte du développement de nouveaux droits concurrents de la liberté d'expression ou de nouvelles polices du discours induites par de nouvelles hygiènes sociales. La première catégorie – les droits concurrents de la liberté d'expression – recouvre principalement : le développement, parallèle à l'avènement de la presse-magazine dans les années 1960, du droit à la vie privée et du droit à l'image ; le développement, parallèle à la prospérité de la démocratie des identités, du droit au respect de l'appartenance ou de la non-appartenance d'une personne ou d'un groupe de personnes à une ethnie, une nation, une race, une religion déterminée, un sexe, une orientation sexuelle, un handicap<sup>27</sup>. La seconde catégorie – les polices du discours induites par de nouvelles hygiènes sociales – comprend notamment les législations non permissives de la publicité ou de la propagande pour l'alcool, pour le tabac et, hypothétiquement, pour l'anorexie<sup>28</sup>.

Mais, outre ce qu'ils disent des évolutions du contexte formel de la liberté d'expression, les discours de la censure révèlent en même temps le rapport particulier – souvent un rapport d'indifférence, voire de défiance – que certains de leur acteurs entretiennent avec le droit et ses rationalités.

27. Sur ces polices, voir notre étude « Démocratie des identités et police des discours », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2009, p. 403-423.

28. Voir à ce sujet nos notes, « Entre hygiénisme social et liberté d'expression : la lutte contre l'anorexie », [blog.dalloz.fr](http://blog.dalloz.fr), 26 janvier 2009 ; « Jean-Paul Sartre, Jacques Tati et le spectre de la "loi Évin" », [blog.dalloz.fr](http://blog.dalloz.fr), 20 avril 2009.

*Du secret des sources des journalistes*

Ainsi, le juriste avisé de ce que dans les choses juridiques « le mieux est souvent l'ennemi du bien » peut difficilement être à son aise dans le débat sur le secret des sources des journalistes. Sur le plan des principes, l'on peut discuter l'idée que le secret des sources des journalistes ne soit véritablement une garantie fondamentale de la liberté de la presse que pour autant qu'il est absolu et qu'il doit ainsi l'emporter sur d'autres droits et libertés que l'on veut par ailleurs « fondamentaux » ou sur d'autres exigences jugées nécessaires à la préservation du lien politique et social (l'ordre public, la sécurité nationale, etc.). On comprend mal que le secret des sources journalistiques doive être le seul secret à prétendre à cette propriété que n'ont ni le secret de la défense nationale, ni le secret médical, ni le secret des avocats. La seconde raison pour laquelle les termes du débat sur le secret des sources sont quelquefois surprenants est que cette expression de « secret des sources » sert souvent à désigner des contextes juridiques très différents les uns des autres : poursuites de journaux pour recel de violation de secret de l'instruction – des problèmes très classiques en droit de la presse –, des auditions de journalistes comme témoins, des réquisitions judiciaires, des perquisitions judiciaires.

Et puis il y a cette prégnance dans le débat sur le secret des sources d'un certain nombre de mythologies. Une « mythologie strasbourgeoise » d'abord, soit l'idée que la Cour européenne des droits de l'homme « sanctuarise » le secret des sources, une interprétation que n'autorise pourtant pas une lecture *juridique* et *réaliste* des arrêts de référence. Une « mythologie suédoise » ensuite, soit cette idée que le secret des sources est d'autant mieux garanti qu'il est énoncé par la Constitution de l'État suédois (et que l'on serait donc avisé de faire pareil en France). Or cet investissement très français de propriétés quasi magiques à « l'inscription dans la Constitution » du secret des sources (mais aussi du Conseil supérieur de l'audiovisuel, de la « diversité », etc.) est sans considération de cette évidence que le niveau d'affirmation d'un principe juridique n'induit pas par lui-même la substance normative dudit principe (ce qui vaut précisément du secret de sources en Suède). Une « mythologie belge » enfin, soit une exaltation de la loi belge de 2005 sur la protection des sources. Or, si la loi belge est libérale, il faut bien voir que non seulement le législateur belge partait de presque rien (en France les premières améliorations législatives de la garantie du secret des sources remontent à 1993), mais qu'en plus la loi belge contient un certain nombre de non-dits, de clairs-obscurs et de standards juridiques qui seront *in fine* précisés... par les juridictions belges.

C'est dire que l'on aurait peut-être évité un enlèvement parlementaire du projet de loi relatif au secret des sources des journalistes (la discussion a commencé en mars 2008 et elle n'était toujours pas close en juillet 2009) si, plutôt que de rechercher la solennité de grandes affirmations, l'on avait privilégié une approche d'entomologiste consistant à penser de nouvelles garanties substantielles ou procédurales à l'intérieur de *chacun des contextes normatifs* dans lesquels le travail journalistique peut entrer en conflit avec le travail judiciaire, voire policier.

### *Chassé-croisé du cadre légal*

Ce dont ne rendent pas compte les discours de la censure, c'est du fait qu'en réalité l'on assiste depuis une vingtaine d'années à un chassé-croisé en matière de droit de la liberté d'expression. D'un côté, outre une régulation de nouveaux supports de communication<sup>29</sup>, l'on a vu naître de nouvelles polices légales du discours : l'incrimination de la révélation de l'identité de certains fonctionnaires de la police nationale, de certains militaires de la gendarmerie nationale ou de certains agents des douanes ; la protection civile du droit à la présomption d'innocence ; l'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore et au drapeau national dans le cadre de manifestations réglementées par les autorités publiques ; l'incrimination des discours sexistes, homophobes ou handiphobes ; l'interdiction de publier, sans l'accord de l'intéressé, l'image d'une personne portant des menottes, mise en cause à l'occasion d'une procédure pénale mais n'ayant pas fait l'objet d'un jugement de condamnation ; l'interdiction de réaliser un sondage sur la culpabilité d'une personne mise en cause ; l'incrimination de l'atteinte à la dignité de la victime d'un crime, d'un délit ou d'une agression sexuelle ; l'interdiction de publier des renseignements sur l'identité d'un mineur victime d'une infraction ; le pouvoir judiciaire d'injonction à une personne condamnée pour crimes ou délits d'atteintes volontaires à la vie, d'agressions sexuelles ou d'atteintes sexuelles, aussi bien de diffuser en tant qu'auteur ou co-auteur tout ouvrage ou œuvre audiovisuelle portant sur l'infraction commise que de faire quelque intervention publique relative à cette infraction<sup>30</sup>, etc.

Dans la même période, un certain nombre de restrictions légales ont pour leur part été abrogées (ou assouplies<sup>31</sup>), ce qui fut le cas, par exemple,

29. Voir notamment la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

30. Pierre Assouline, « Cantat interdit d'écrire », *La République des livres*, consulté le 30 octobre 2007.

31. Ces assouplissements peuvent être législatifs – comme dans les exemples ici donnés – ou

avec la suppression de la peine d'emprisonnement durablement attachée à différentes infractions de presse relevant de la loi de 1881, la suppression du délit d'offense envers un chef d'État ou un chef de gouvernement étranger, l'abrogation du décret-loi du 6 mai 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère, l'abrogation de la police du colportage de la loi sur la presse de 1881, la possibilité d'arrêter l'exécution provisoire d'une ordonnance de référé limitant la diffusion de l'information, lorsque cette décision risque d'entraîner des conséquences excessives, etc.

28 Rapportée à cette idée d'un chassé-croisé légal, la dépénalisation de la diffamation, proposée par la commission Guinchard sur la simplification de procédures, en 2008, et envisagée par le président de la République dans son discours de rentrée de la Cour de cassation, le 7 janvier 2009, soulève des questions spécifiques : sur le champ d'application de cette dépénalisation ; sur le régime procédural de substitution ; sur les « barèmes » de la réparation civile de substitution. Dans cette mesure, l'on s'explique assez mal que, sans un projet de loi ou une proposition de loi qui réponde à ces questions, cette dépénalisation ait initialement été analysée par certains comme un progrès et par d'autres comme une régression des libertés.

### *Élaborations juridictionnelles*

Les juges peuvent avoir de bonnes raisons de se formaliser de ce que le travail complexe et délicat d'élaboration auquel ils doivent se livrer en matière de liberté d'expression n'apparaisse pas dans les discours sur la censure. Le Conseil d'État et la Cour de cassation ne commettent pas moins ce travail que la Cour européenne des droits de l'homme, bien qu'une croyance soit enracinée dans les médias et dans une partie de la doctrine juridique que les juges français ont moins de considération pour la liberté d'expression que la Cour de Strasbourg, qui n'en finirait plus de déjuger les juridictions françaises. Or cette opinion courante est indifférente à plusieurs considérations : le fait que le volume de condamnations de la France au titre de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme n'a précisément rien d'extravagant comparé aux condamnations d'autres États membres sur ce même fondement ; le fait que si certaines restrictions légales de la liberté d'expression prévues par le droit français ont pu être considérées comme étant *dans leur principe*

---

jurisprudentiels, comme avec l'arrêt *Genka* du Conseil d'État en 2005 sur les publications destinées à la jeunesse (voir Pascal Mbongo, « Police des publications destinées à la jeunesse et « mauvais genres » littéraires », *Rec. Dalloz*, 29 septembre 2005, p. 2360-2364).

ou dans leur énonciation formelle incompatibles avec l'article 10 de la Convention, c'est désormais plus souvent à propos de l'interprétation et de l'application des restrictions légales dans des situations données que peuvent apparaître des dissensus entre les juridictions françaises et la Cour de Strasbourg. On s'interdira d'autant plus d'exagérer – au désavantage des juges français – la portée de ces dissensus entre la Cour de cassation (ou le Conseil d'État) et la Cour de Strasbourg que : d'une part, ils reflètent généralement un dissensus initial dans l'ordre interne entre les juges de fond, puis entre les juges de fond et le juge de cassation ; d'autre part, ils sont en résonance avec les divergences d'opinions au sein de la Cour de Strasbourg elle-même, ce dont témoigne la récurrence d'opinions dissidentes dans les arrêts de la Cour intéressant la liberté d'expression.

Autrement dit, ces dissensus sont nécessairement induits par les contraintes argumentatives très spécifiques qui pèsent sur les juges français et européens dans le contentieux de la liberté d'expression : nécessité d'une élaboration juridique (pour dire par exemple si les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis) ; nécessité d'une élaboration sociologique ou de psychologie sociale (pour dire par exemple si une police des discours est toujours pertinente au regard de l'évolution des mœurs et des représentations) ; nécessité d'une élaboration politique (pour dire par exemple si un discours ou une œuvre contribue ou non à un débat « d'intérêt public » ou « d'intérêt général »<sup>32</sup>) ; nécessité d'une élaboration esthétique (pour dire par exemple la part de « provocation » constitutive d'une démarche authentiquement littéraire ou artistique). Or ces contraintes sont elles-mêmes induites par le *modèle européen de la liberté d'expression* dans ce qu'il postule – et ce postulat a été renforcé au xx<sup>e</sup> siècle par l'« écriture génocidaire »<sup>33</sup> – que cette liberté est à la fois *un idéal* et *un problème*.

29

32. Voir par exemple CEDH, 15 janvier 2009, *Orban et autres c. France*, à propos de la condamnation en France, déjugée par la Cour de Strasbourg, de l'éditeur de *Services spéciaux Algérie 1955-1957* du général Aussaresses.

33. Voir notamment Michaël Prazan, *L'Écriture génocidaire. L'antisémitisme en style et en discours*, Calmann-Lévy, 2005.

R É S U M É

---

*Après avoir identifié un certain nombre d'exigences intellectuelles et méthodologiques d'un état relativement objectif de la liberté d'expression en France, cet article s'intéresse à cette manière spécifique de parler de la liberté d'expression qu'est la référence à « la censure ». Comment comprendre que les discours contre la censure soient si prégnants dans le débat public mais qu'ils semblent tourner à vide ? L'auteur fait l'hypothèse que ce doit être parce que le concept de censure est devenu un buzzword, un mot bourdonnant qui, s'il rend compte de certaines tensions nouvelles caractéristiques de la liberté d'expression, n'aide cependant pas à leur dépassement.*