

## LES NOUVEAUX DÉFIS MÉDIATIQUES

La liberté d'expression, dans la V<sup>e</sup> République, est régie par la loi du 29 juillet 1881, une loi ancienne et souvent modifiée, mais qui reste un pilier de notre État de droit. Ses racines sont les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, qui fait partie du « bloc de constitutionnalité » (décision du 16 juillet 1971 du Conseil constitutionnel). La loi de 1881 constitue un régime à la fois libéral et répressif : elle consacre une liberté fondamentale en excluant toute autorisation administrative préalable à une publication (c'est-à-dire tout système de censure *a priori*) ; et elle précise les abus qui, *a posteriori* donc, sont passibles de sanctions pénales.

97

Le modèle « légaliste » français en matière de liberté d'expression régle celle-ci par la loi, mais reconnaît la spécificité du domaine de l'« expression » par rapport à celui des « actes » relevant du droit pénal général. Ainsi, les délits définis dans la loi de 1881 sont singuliers, aussi bien au regard des délais de prescription (trois mois en général, un an dans certains cas, ce qui est beaucoup moins que dans les procédures pénales ordinaires) que des procédures d'accusation et de défense, et des sanctions. Des peines de prison sont prévues, mais très rarement appliquées.

Sur certains points, pourtant, la loi de 1881 passe le relais au droit commun. Ainsi, en cas d'atteinte à la vie privée, où c'est l'article 9 du code civil qui s'applique (ce qui, par exemple, dans une procédure de diffamation, interdit au défenseur d'utiliser l'une des voies prévues par la loi de 1881 consistant à prouver la vérité des faits). C'est ce qui permet d'ailleurs à la vie privée d'être assez bien protégée en France, puisque, lorsqu'elle est en cause, on sort du régime particulier de la loi de 1881, on retrouve notamment les délais de prescription habituels du droit civil

(cinq ans) et des sanctions financières parfois plus lourdes, et ce, même si la procédure relève du civil et non du pénal. Cette spécificité juridique est peut-être due à une conscience aiguë, dans ce pays, du mal que peut faire la violation de la vie privée – même s’il faut noter que certains des torts traités par la loi de 1881 peuvent eux aussi faire un « mal » médiatique considérable, par-delà les réparations judiciaires ultérieures : ainsi certaines diffamations. Les provocations et injures ont, elles, des effets parfois complexes, causant aussi du tort « médiatique » à celui qui en est l’auteur, surtout si elles ont un caractère offensant envers des personnes à raison de leur ethnie, nation, « race » (pour reprendre le mot utilisé dans la loi), religion, orientation sexuelle, identité de genre ou handicap.

98 Même si le détail peut toujours en être discuté, la loi de 1881 tente d’instituer un fin équilibre entre respect de la liberté d’expression et définition de ses abus. L’exigence d’équilibre s’observe également dans l’intervention possible, mais circonscrite, de la justice administrative en matière de liberté d’expression. Cette intervention est réduite aux atteintes à l’ordre public – ce qui peut permettre, même si c’est devenu rarissime, des suspensions de spectacle ou de publication, mais à partir de critères précis du « désordre ». Par ailleurs, deux domaines de l’expression exigent un contrôle administratif et sont donc dérogoires à la liberté de publication *a priori* : la production cinématographique, nécessitant le visa d’une commission de la classification, et les publications à destination de la jeunesse.

Cependant, cet équilibre général, en raison de sa finesse même, pourrait se révéler fragile si l’on y touchait excessivement<sup>1</sup>. De nombreux problèmes sont déjà visibles, liés à l’évolution même de la loi de 1881 depuis la loi Pleven de 1972, à partir de laquelle n’ont cessé de se développer les délits contre les personnes. Mais le plus frappant, désormais, est le contraste entre ce durcissement manifeste et l’inefficacité dans laquelle cet arsenal légal se trouve plongé depuis qu’il est confronté à un espace, internet, qui ne connaît pas de frontières – rendant donc « présentes » en France des expressions pouvant être produites ailleurs – et qui permet l’anonymat – rendant difficile voire impossible une poursuite judiciaire contre l’auteur des propos incriminés.

Le modèle légaliste français est donc confronté aujourd’hui à des défis sérieux. Or c’est ce modèle qui a été repris par les grands textes internationaux, puisque tant la Convention européenne des droits de l’homme

---

1. Emmanuel Decaux, « Le modèle français : un équilibre fragile », in Géraldine Muhlmann, avec Emmanuel Decaux et Élisabeth Zoller, *La Liberté d’expression*, Paris, Dalloz, 2015, chap. 3.

de 1950 (art. 10) que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 (art. 19) consacrent la liberté d'expression mais dans le cadre de la loi. Le seul modèle démocratique alternatif existant est celui des États-Unis d'Amérique, où le premier amendement interdit toute loi *a priori* encadrant la liberté d'expression, ce qui ne rend possible que des poursuites devant des juridictions civiles, où les « normes » en cours se construisent au fil de la jurisprudence<sup>2</sup>. Modèle qui, bien entendu, a aussi ses inconvénients, mais qui semble être moins profondément défié, dans son principe, par l'apparition d'un espace internet à l'esprit d'autant plus libertaire qu'il en offre les possibilités techniques.

Pour ce qui est du légalisme français – c'est-à-dire l'attitude consistant à régler tous les problèmes par la loi, quitte à la refaire sans cesse –, nous verrons que son efficacité est mise en question par les réseaux sociaux sur internet. Mais aussi qu'indépendamment de cela la loi de 1881, de plus en plus boursoufflée, est en train de créer d'étranges « logiques », contraires à son esprit et non dénuées d'effets paradoxaux ou pervers. Pour autant, ces problèmes n'empêchent pas le légalisme en matière d'expression de demeurer vivace, en France, sans doute aux fins prioritaires d'impressionner l'opinion.

99

## L'OUTIL LÉGAL DÉFIÉ PAR LES RÉSEAUX SOCIAUX

En théorie, tout espace d'expression relève de la loi de 1881. Techniquement cependant, des problèmes se posent pour certains domaines d'internet. Ils sont liés, pour l'essentiel, à la procédure prévue par la loi de 1881 pour engager des poursuites. Les juristes l'appellent la responsabilité « en cascade » (art. 42 et 43). En cas de propos délictueux, la loi de 1881 désigne comme premiers responsables les directeurs de la publication ou éditeurs (l'article 6 rend obligatoire la déclaration d'un directeur de la publication en presse écrite) ; à leur défaut, les auteurs des propos incriminés ; à leur défaut, les imprimeurs ; à leur défaut, les vendeurs et distributeurs. Lorsque les directeurs de la publication ou les éditeurs sont mis en cause, les auteurs sont alors poursuivis comme complices.

La responsabilité en cascade a été étendue au domaine audiovisuel et à internet par la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique. La première, dans son article 93-2, dit que « tout service de communication

2. Cf. Élisabeth Zoller, « La liberté d'expression aux États-Unis : une exception mal comprise », *ibid.*, chap. 4.

par voie électronique est tenu d'avoir un directeur de la publication » et son article 93-3 ajoute que ce dernier (ou son codirecteur de la publication) sera « poursuivi comme auteur principal [...]. À défaut, l'auteur, et à défaut, le producteur sera poursuivi comme auteur principal. Lorsque le directeur ou le codirecteur de la publication sera mis en cause, l'auteur sera poursuivi comme complice. » Et l'article 6-III de la loi du 21 juin 2004 stipule que « les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication en ligne mettent à disposition du public, dans un standard ouvert », tout ce qui permet de connaître leur identité et leurs coordonnées, qu'elles soient personnes physiques ou morales, ainsi que « le nom du directeur ou du codirecteur de la publication » (c'est, en somme, l'équivalent de l'ours des publications dites papier).

100 Mais le problème se pose sur internet lorsqu'il y a, certes, un « prestataire technique », comme l'appelle le chapitre II de la loi de 2004 (désormais, on parle plus volontiers d'« hébergeur » ou de « plateforme » pour les réseaux sociaux, comme Facebook, ou d'« opérateur » pour les compagnies qui vendent des abonnements à internet en général et celles qui offrent des adresses ou boîtes e-mail, comme Orange), mais pas de directeur de la publication, puisqu'on a affaire à un lieu d'échange libre entre abonnés, et non à un « service de communication » assimilable à un organe de presse. Sur les réseaux sociaux, parfois il n'y a pas non plus d'« auteur » identifiable, en raison de pratiques fréquentes d'anonymat, ou de l'usage de pseudonymes.

Pour les échanges par e-mail, les auteurs sont en général clairs et l'on se retrouve dans le cas classique des expressions « privées », que la loi de 1881 couvre aussi (dans ce cas, la plainte se fait auprès du tribunal de police et peut déboucher sur une contravention). Mais les réseaux sociaux produisent, eux, des échanges visibles par tant de personnes à la fois que cela fait légitimement penser à de l'expression *publique*. S'y diffuse notamment – beaucoup s'en inquiètent – un « discours de haine » (*hate speech*). Il n'est cependant pas du tout aisé de lancer des poursuites judiciaires.

Au fond, on a là affaire à un type d'« espace public » nouveau (peut-être cette expression même est-elle inadéquate), qui favorise extraordinairement le phénomène de la rumeur, avec toutes ses conséquences possibles. La rumeur, traditionnellement, se diffuse d'espaces privés en espaces privés, de salons en chambres à coucher, de dîners en occasions sociales diverses, jusqu'à ce que parfois quelqu'un en parle dans un espace public, dans la presse par exemple, ou sur un média audiovisuel. Mais alors ce « quelqu'un » est identifié, son support aussi, et la logique

de la loi de 1881 peut intervenir. Les réseaux sociaux fonctionnent, eux, dans le confort d'espaces privés comme agglutinés les uns aux autres et particulièrement « gros » (quasi « publics »), où la vitesse de diffusion est inédite et où l'on ne sait qui a *commencé* ni qui a *relayé*. Il arrive qu'une rumeur du Net n'atteigne jamais l'espace public traditionnel – ce qui peut la servir, en raison d'une atmosphère complotiste pour laquelle *les médias traditionnels n'en parlent pas, donc c'est vrai*<sup>3</sup>.

À une certaine impunité judiciaire *de fait* s'ajoute une capacité à se soustraire à toute véritable *discussion publique*. Car les réseaux sociaux fonctionnent de bulle en bulle, d'« amis » en « amis », et un contenu peut donc se diffuser sans rencontrer vraiment d'objection, de « discutant ». Autrement dit, l'outil de la « délibération » publique, parfois préféré par certains courants de pensée à l'arme judiciaire pour réguler l'espace public de l'opinion (outil plus *américain*, si l'on veut) est lui aussi battu en brèche.

101

Pourtant, *a priori* la loi de 1881 n'est pas sans ressources, avec sa responsabilité « en cascade ». Il resterait à examiner l'équivalent de l'« imprimeur » ou du « vendeur » ou « distributeur ». S'agirait-il, finalement, du « prestataire technique » lui-même ? Peut-être. Mais celui-ci résiste âprement, et par la négociation avec le législateur, et par des techniques efficaces : il n'a nullement à être situé sur le territoire français. Légalement parlant, il peut être intouchable.

Voilà donc ce qui rend l'outil légal actuel impuissant à beaucoup d'égards. Il est cocasse de noter à quel point cette impuissance est reconnue dans la loi de 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (titre génial !), révélant la pression des « prestataires techniques » sur le législateur. Cette loi en effet ne prévoit d'engagement de la responsabilité civile et pénale des prestataires techniques qu'en cas de « connaissance » d'un contenu illicite et d'absence d'« action prompte » pour le supprimer alors (art. 6, I-2). « Porter à leur connaissance » des propos litigieux suppose une procédure très précise de « notification », avec de nombreux éléments requis (I-5), dont la justification d'un contact pris avec l'auteur ou l'éditeur, ou alors la justification que cela s'est avéré impossible (en raison de l'anonymat, sans doute). En rien, les prestataires techniques ne sont soumis à l'obligation d'exercer sur leur réseau une action de « surveillance » (V-7). Et eux-mêmes ne sont pas susceptibles d'entrer dans la catégorie des « producteurs », qui

---

3. Sur cette idée d'espaces mêlant des aspects publics et privés, favorisant une certaine *maladie du croire* dans nos sociétés démocratiques contemporaines, je me permets de renvoyer à la nouvelle préface de mon ouvrage *Du journalisme en démocratie*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Klincksieck, 2017.

permet d'être poursuivi (I-6). Il leur est certes demandé un « concours à la lutte » contre les propos délictueux (I-7), par un dispositif rendant possible les « notifications » et les conduisant à informer d'eux-mêmes, ensuite, les autorités publiques compétentes. Mais nulle désignation de ces prestataires techniques par l'un des termes de la loi de 1881 pouvant les rendre responsables (un équivalent d'« imprimeur » ne serait-il pas une option possible ?). Et, aussi, une résignation à ce que l'anonymat des auteurs soit protégé, par ces prestataires mêmes.

Ainsi, l'enjeu le plus urgent, aujourd'hui, est de rendre *applicable* la loi de 1881, par une politique générale à l'égard de ces « prestataires techniques » – politique où des aspects légaux nouveaux peuvent intervenir, mais dans le cadre plus large d'un solide rapport de force avec les plateformes et les opérateurs, politique aux facettes multiples donc (cf. l'enjeu de la fiscalité et de la coopération internationales).

Sans quoi ne peuvent être sanctionnés ni les délits contre des personnes (en cas de *hate speech*), ni le délit contre la chose publique dont on reparle aujourd'hui, à propos de la lutte contre les *fake news*, celui spécifié dans l'article 27 de la loi de 1881, qui punit « la publication, la diffusion ou la reproduction, par quelque moyen que ce soit, de nouvelles fausses, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers lorsque, faite de mauvaise foi, elle aura troublé la paix publique, ou aura été susceptible de la troubler ». (Dans sa suite, cet article punit aussi « la publication, la diffusion ou la reproduction faite de mauvaise foi » quand elles sont « de nature à ébranler la discipline ou le moral des armées ou à entraver l'effort de guerre ».) Il ne sert à rien, notamment, de se laisser impressionner par la loi allemande promulguée à l'automne 2017 qui prévoit des sanctions de plusieurs millions d'euros pour les plateformes si l'on n'a pas, d'abord, rendu opérationnel l'outil légal français avec ses caractéristiques propres.

Des réflexions sont en cours dans lesquelles, cependant, on peut s'étonner que l'anonymat des auteurs de propos délictueux demeure si « intouchable ». Notamment, la ministre de la Culture et de la Communication, invitée le 15 mars 2018 à Tours aux Assises du journalisme pour y exposer son projet de loi en préparation sur les *fake news*, a affirmé qu'« il ne s'agit pas de cibler les auteurs des fausses nouvelles mais leurs diffuseurs<sup>4</sup> » Priorité à la « responsabilisation des plateformes » !

---

4. Le même son de cloche se faisait entendre le matin même aux Assises, dans l'atelier « Lutter contre les *fake news* : quelles propositions ? », notamment dans les propos de Divina Frau-Meigs, professeure à l'université Paris 3 Sorbonne-Nouvelle et membre du groupe

Certes, mais encore faudrait-il s'en donner vraiment les moyens en leur appliquant les catégories de la loi de 1881. Quant à préserver des possibilités d'anonymat pour les auteurs, cela serait tout de même une reculade importante par rapport à notre conception de la responsabilité juridique.

#### L'ACHARNEMENT LÉGALISTE ET SES EFFETS ÉTRANGES VOIRE PERVERS

Mais d'autres problèmes se posent aussi, depuis quelques années, à notre arsenal légal en matière de liberté d'expression.

Tout d'abord, l'inflation des délits contre les personnes finit par *placer la loi de 1881 dans une atmosphère de suspicion à plusieurs niveaux (légal lui-même, mais aussi jurisprudentiel)*.

On le sait, aujourd'hui, les qualifications de provocation, de diffamation et d'injure font une place particulière – aggravante – à tout ce qui implique une discrimination ou une violence particulière à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une « race » ou une religion déterminée, ou de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou identité de genre, ou de leur handicap. En outre, ces évolutions législatives successives se sont accompagnées de la reconnaissance dans la loi d'associations qui peuvent « exercer les droits reconnus à la partie civile » (s'il n'y a pas d'opposition des personnes directement concernées par l'infraction) dans les cas recouverts par ces provocations, délits et injures ayant le caractère évoqué ci-dessus (art. 48-1 à 48-6).

103

Cette situation a produit une certaine concurrence des « blessures » et des « mémoires », entretenues par ces associations mêmes (qui font aussi de la politique, au sens large du mot).

Pour ce qui est des « mémoires », le problème posé est celui des lois dites mémorielles et des effets qu'elles peuvent entraîner sur la liberté d'expression. Le précédent notoire – en son temps très critiqué par les historiens (cf. par exemple les interventions de Pierre Vidal-Naquet), mais à l'évidence de plus en plus respecté et consolidé notamment par différentes décisions du Conseil constitutionnel – est celui de la loi Gayssot de 1990, qui s'est traduite par l'introduction d'un article 24 *bis* dans la loi de 1881, punissant le fait de contester les « crimes contre l'humanité définis par l'article 6 du statut du Tribunal militaire international annexé

---

d'experts de haut niveau sur les *fake news* de la Commission européenne, groupe dans lequel elle semblait dire que c'était la position dominante.

à l'accord de Londres du 8 août 1945<sup>5</sup> et commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale ». Or, en 2001, deux nouvelles lois mémorielles ont été promulguées, exprimant la « reconnaissance » par le Parlement français du génocide arménien de 1916 (loi du 29 janvier 2001) et de la traite et de l'esclavage en tant que crimes contre l'humanité (loi Taubira du 21 mai 2001). Le législateur a tenté à plusieurs reprises d'inscrire, dans l'article 24 *bis* de la loi de 1881, une pénalisation des contestations de ces crimes, analogue à ce que prévoit la loi Gayssot pour le négationnisme.

104 Le Conseil constitutionnel s'est trouvé dans la situation d'arbitrer. Dans ses décisions du 28 février 2012 puis du 26 janvier 2017, il a souligné qu'on ne peut pénaliser l'expression sur ces sujets de la même manière lorsque la reconnaissance des crimes a été faite par une juridiction internationale (ou éventuellement française, précision ajoutée dans la décision du 26 janvier 2017), ce qui est le cas des crimes de génocide des nazis contre les juifs (notamment), que lorsqu'elle est l'objet d'une simple loi du Parlement français. Depuis le 27 janvier 2017, un ajout a donc été introduit à l'article 24 *bis*, pour permettre de sanctionner le fait de « nier, minorer ou banaliser de façon outrancière [...] l'existence d'un crime de génocide autre que ceux mentionnés au premier alinéa du présent article, d'un autre crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou d'un crime de guerre défini aux articles 6, 7 et 8 du statut de la Cour pénale internationale signé à Rome le 18 juillet 1998 et aux articles 211-1 à 212-3, 224-1A à 224-1C et 461-1 à 461-31 du code pénal », mais en précisant : « *lorsque ce crime a donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale* ».

Tous ces combats législatifs montrent, tout de même, une tension autour des « mémoires ». Cette atmosphère suspicieuse touche aussi l'application de cette loi : la jurisprudence est-elle parfaitement équitable au regard de toutes ces « blessures » que font valoir des associations érigées, par la force des choses, en représentantes de « communautés » ?

---

5. C'est-à-dire « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime ».

La question s'est notamment posée, dans le débat public, à propos de l'équilibre à respecter entre la libre critique de la religion – à laquelle la France, par son histoire, est fortement attachée – et les blessures que cette libre critique peut infliger aux personnes. Un moment essentiel a été 2006-2007, lorsque *Charlie Hebdo*, par solidarité avec le journal danois *Jyllands-Posten*, a publié à son tour les caricatures de Mahomet (il n'a pas été le seul journal français à le faire) et en a ajouté d'autres de son cru, ce qui lui a valu un procès. L'attentat contre *Charlie Hebdo* du 7 janvier 2015 (assassinat de douze personnes revendiqué par Al-Qaïda) n'a pas vraiment fait taire la polémique, puisque ceux qui étaient hostiles « judiciairement » à de telles publications pouvaient encore suggérer : voilà ce qui arrive quand on laisse des choses pareilles s'exprimer... Et le débat international, dans l'enceinte des Nations unies notamment, se poursuit avec ardeur pour promouvoir ce qu'on appelle un « délit de blasphème »<sup>6</sup>.

105

Un authentique délit de blasphème, où des instances religieuses dicteraient au juge ce qui est inadmissible, est irrémédiablement contradictoire avec la liberté d'expression dans une démocratie où le pouvoir politique et des institutions judiciaires sont séparés de toute source religieuse, et où c'est donc le point de vue d'une société profane qui, à travers le juge, exprime ce qui est choquant, et *retraduit donc en ses termes à elle les « chocs » exprimés par certaines religions*. Mais le problème, aujourd'hui, est que les défenseurs d'une telle chose sont assez judicieux pour passer, en fait, par un autre chemin : ils font valoir les « blessures » éprouvées par des communautés voire simplement des « individus » en vertu de leur foi. Et invoquent, du coup, d'éventuelles inégalités de traitement par rapport à d'autres communautés ou individus dont la « dignité », la mémoire et les blessures seraient mieux prises en compte. Délicieuse ambiance...

Évidemment, la défense de la liberté de critique de la religion ne manque pas d'arguments. Elle a souligné, à juste titre, que *Charlie Hebdo* a une « culture » de critique des religions en général, et n'épargne personne. Elle a montré, à propos de nombreuses caricatures incriminées, que celles-ci ciblaient les terroristes agissant au nom de l'islam, et en rien les croyants musulmans. Il reste que quelques dessins étaient moins clairs, ce que le tribunal a reconnu. Et là, il est un peu spécieux et vain, comme on l'a beaucoup entendu, de distinguer la critique de *la religion* de la critique des *adeptes de cette religion*, dans la mesure où l'objection à contrer est

6. Cf. Emmanuel Decaux, « Les Nations unies : le choc des cultures », in Géraldine Muhlmann, avec Emmanuel Decaux et Élisabeth Zoller, *La Liberté d'expression, op. cit.*, chap. 6.

celle de la « blessure » produite et que cet argument revient en quelque sorte à suggérer à des personnes qui se disent blessées qu'elles ont tort de l'être... Pas simple, à notre époque qui a tant les traits d'une ère du *Grand Ressenti* (ou du *Grand Moi souffrant*)...

De manière très sensée (me semble-t-il), le tribunal a d'ailleurs reconnu, lui, cette possible blessure de certains croyants, pour poser le problème à son juste niveau : celui de l'*intention*, et aussi, en filigrane, celui de la nature même de la liberté d'expression, qui, sauf à la vider de tout ce qu'elle est, doit être reconnue comme *pouvant blesser* (dans une certaine mesure). « Attendu ainsi qu'en dépit du caractère choquant voire blessant de cette caricature pour la sensibilité des musulmans, disait le jugement du 22 mars 2007 (confirmé en appel le 12 mars 2008) à propos d'un dessin, le contexte et les circonstances de sa publication dans le journal *Charlie Hebdo* apparaissent exclusifs de toute volonté délibérée d'offenser délibérément et gratuitement l'ensemble des musulmans. »

*Charlie Hebdo* n'a pas été condamné. Mais il reste que c'est sur ce terrain de la « blessure » des personnes que le combat continue, pour des défenseurs de la religion contre tout ce qui la contrarie ou la moque. Et les choses ne sont peut-être pas finies. Or, à ce sujet, on doit noter un paradoxe saisissant : si notre loi de 1881 et son esprit nous protègent encore un peu contre la logique que j'appelle du *Grand Ressenti*, ce qui nous en protège peut-être le plus, dans ce cas d'espèce, c'est notre loi de 1905 de séparation des Églises et de l'État, et particulièrement son article 2, selon lequel l'État ne « reconnaît » aucun culte. Car cela permet au juge français de *ne pas prendre en compte la blessure « religieuse » telle qu'elle est comprise par des représentants officiels du culte en question* – au contraire de pays, comme beaucoup en Europe, où la « sécularisation » (réelle malgré tout) est fondée sur un autre système, celui de la reconnaissance de différentes communautés religieuses, et où la question de leur « respect » est alors plus sensible. C'est ainsi qu'en vertu de l'article 140 du code pénal danois le juge avait dû, lui, examiner plus avant l'éventualité d'un « mépris » du journal *Jyllands-Posten* à l'égard d'une « doctrine religieuse » ou d'« actes » de dévotion de la communauté musulmane – et avait, cela dit, répondu qu'il n'y avait rien de tel, aussi le journal n'avait-il pas été condamné<sup>7</sup>.

Voilà ce qu'on peut dire de cette atmosphère de suspicion autour de la loi de 1881, qui la fragilise. Mais cette situation n'est peut-être pas

7. Pour plus de précisions, cf. mon texte « Les mots et les actes. Retour sur *Charlie Hebdo* », *ibid.*, chap. 1.

étrangère à d'autres déséquilibres qui sont apparus au cours des années 2010, et qui concernent cette fois *la place de la justice administrative dans le dispositif légal régulant la liberté d'expression*.

Car le légalisme, qui fait et refait les lois sans cesse, quand il devient si insistant sur le respect des personnes, n'aime guère observer que cela ne sert pas toujours à grand-chose... Serait-ce cette amertume qui aurait à ce point fait sortir du bois le Conseil d'État dans l'affaire du spectacle de Dieudonné *Le Mur* en janvier 2014 ? Dieudonné est évidemment un multirécidiviste en matière de délits contre des personnes sur le terrain de la liberté d'expression, et l'un de ses précédents spectacles avait beaucoup choqué en présentant le négationniste Robert Faurisson, sur scène, en tenue de déporté. Le 9 janvier 2014, le président de la section du contentieux du Conseil d'État est saisi en urgence comme juge unique en tant que juge des référés, et il confirme l'interdiction du spectacle le soir même (prononcée par le préfet de Loire-Atlantique) en invoquant, cependant, non pas l'atteinte effective à l'ordre public, mais « le risque », un risque en outre défini d'une façon qui relie la considération de l'ordre public à celle d'*atteinte à la dignité*, notion qui normalement n'est pas du ressort du juge administratif : « risque sérieux, dit l'ordonnance, que soient de nouveau portées de graves atteintes au respect des valeurs et des principes, notamment de la dignité de la personne ». Précédent sérieux, en tout cas, qui a inquiété certains juristes.

107

Pour finir, dernier effet pervers ou inquiétant du légalisme : celui-ci *engage parfois des processus qui ne sont pas tout à fait maîtrisables*. Ici, c'est un autre aspect des évolutions de la loi de 1881 qu'on évoquera : l'introduction dans les articles 2 et 2 *bis* d'un droit des journalistes à la protection de leurs sources.

Il avait fallu s'y prendre à deux fois car la loi du 4 janvier 2010, selon laquelle « il ne peut être porté atteinte directement ou indirectement au secret des sources que si un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie », ne prévoyait aucune sanction et n'avait notamment pas permis de faire condamner le procureur Philippe Courroye pour avoir, dans le cadre d'une enquête préliminaire concernant l'affaire Woerth-Bettancourt, en septembre 2010, recherché et trouvé les sources de deux journalistes du *Monde*, en réquisitionnant leurs facturations téléphoniques détaillées (affaire dite des fadettes)<sup>8</sup>. On notera que Philippe

8. La plainte du *Monde* contre le procureur Courroye en janvier 2012 avait permis sa mise en examen, mais celle-ci avait été annulée par la chambre d'accusation. *Le Monde* s'est pourvu

Courroye n'a pas non plus subi de sanction disciplinaire puisque, à la suite de sa saisie par *Le Monde*, le Conseil supérieur de la magistrature a rendu un avis étrange, le 28 janvier 2014, qui reconnaissait la « gravité » de la « violation de la règle de procédure » de la part du procureur mais ne proposait aucune sanction – avis suivi par la garde des Sceaux.

Cela dit, les ajouts du 14 novembre 2016 ne semblent pas du tout régler certaines questions (notamment celle des sanctions). Par ailleurs, le texte dit toujours, non sans raison, que les journalistes ne peuvent pas prétendre à une protection absolue de leurs sources, et en particulier que dans une instruction judiciaire il peut être justifié d'enquêter sur eux. Mais au moins la loi aurait-elle pu préciser certaines interdictions dans les « enquêtes préliminaires » du parquet...

En revanche, il n'est pas sûr qu'à l'avenir ces textes soient sans coûts. 108 Car c'est une première: une corporation est nommée explicitement, obtenant des droits spécifiques, au sein d'une loi qui concerne pourtant l'expression en général, celle de tout un chacun. Cette particularité ne pourrait-elle pas à l'avenir se retourner contre ceux qui l'ont obtenue ? Connaît-on des droits sans devoirs ? Et les journalistes voudraient-ils qu'un jour certains « devoirs » leur soient spécifiés dans la loi ?

Notamment, ces dispositions pour la protection des sources sont souvent invoquées comme un moyen de garantir l'anonymat aux lanceurs d'alerte (*whistleblowers*), qui prennent des risques en informant les journalistes d'une situation scandaleuse. Certes – quoique la protection des sources soit avant tout une affaire pratique et déontologique pour les journalistes, exigeant prudence dans leurs moyens de communication, et discrétion dans leurs discussions de machine à café. Et puis, si l'information du lanceur d'alerte est grave, et qu'une instruction est (donc) lancée, la protection saute de toute façon. Ce qui rappelle la part « extra-légale » du travail de journaliste (professionnel ou non) : il faut savoir protéger quelqu'un au maximum, quoi qu'il arrive (puisque la source a servi le journaliste en prenant tous les risques, on lui doit bien cela). Sans parler de l'évidence d'une solidarité morale – qui rend consternants les cas où *a posteriori* un journal lâche sa source, comme dans cet éditorial du *Washington Post* paru en septembre 2016 qui condamnait les actions d'Edward Snowden alors que celui-ci avait donné à ce journal et au *Guardian* des documents leur ayant valu le prix Pulitzer en 2014...

---

en cassation, mais le 25 juin 2013 la Cour de cassation a rejeté la démarche – décision liée, aussi, à l'annulation générale de toute la procédure par la cour d'appel de Bordeaux le 5 mai 2011, confirmée en cassation.

En somme, la loi ne peut pas, *a priori*, protéger complètement un lanceur d'alerte, ce dernier ne pouvant qu'espérer après coup être « compris » par une justice clémente (voire faire évoluer certaines lois). Donc ces deux articles 2 et 2 *bis*, pour sympathiques qu'ils soient, sont assez symboliques. Mais peut-être aussi un peu risqués. Mine de rien, quelque chose est écrit dans la loi sur les relations entre un journaliste et sa source, qui est pourtant son affaire à lui (jusque dans l'extra-légalité). Non seulement le législateur pourrait plus tard lui demander un « rendu », mais, dans ce monde où chacun fait valoir son point de vue, et où les chaînes de solidarité fonctionnent parfois mal, on peut imaginer qu'une source, un jour, cherche à adosser des « devoirs » aux « droits » des journalistes à son égard. À quand la poursuite d'un journaliste par sa source lui reprochant de l'avoir mal protégée ? Cauchemar de journaliste...

Cela, juste pour noter que le légalisme est une logique qui peut, aussi, ouvrir des boîtes de Pandore. 109

#### UN LÉGALISME EN PLEINE FORME, POUR IMPRESSIONNER L'OPINION ?

Malgré tous ces problèmes, le légalisme demeure vivace, en France, en matière de liberté d'expression.

D'abord, depuis quelques années, il épouse une singulière logique, suggérant de « sortir » de la loi de 1881 certains délits pour qu'ils rejoignent le droit pénal ordinaire. C'est le cas désormais de l'apologie du terrorisme, mentionnée initialement dans l'article 24 de la loi de 1881, et figurant depuis le 13 novembre 2014 dans l'article 421-2-5 du code pénal. Cela permet de rallonger le délai de prescription et d'alourdir la peine. Il est vrai qu'une apologie du terrorisme peut suggérer une proximité avec des acteurs toujours opératoires. Mais d'autres considérations sont soudain apparues : solenniser certains délits et crimes d'expression (peut-être à défaut de parvenir à les empêcher...). Ainsi en avril 2015 le Premier ministre, Manuel Valls, a-t-il indiqué que les injures, diffamations et provocations racistes ou antisémites pourraient devenir des crimes et délits de droit commun, conformément à l'annonce faite par le président de la République, François Hollande (et ce, malgré la mise en garde de la Commission nationale consultative des droits de l'homme dans son rapport de 2014). Le président Emmanuel Macron n'a pas, pour l'heure, précisé ses intentions sur ces points.

Une telle *sortie* introduirait un déséquilibre majeur de la loi de 1881, venant contrer son esprit même, qui, prêtant une valeur spéciale à

l'expression, implique de distinguer les agressions par des *dires* des agressions par des *actes*, et de conserver un traitement singulier de ces premières par rapport à ces dernières – ce qui n'empêche pas, bien entendu, de penser parfois les deux catégories en même temps, dans certaines situations.

À ce titre, on peut s'interroger sur « l'outrage sexiste », nouvelle catégorie juridique qui devrait naître prochainement, contravention du tribunal de police – comme, notons-le, les délits d'expression dans le cadre privé. Qu'apportera-t-elle *conceptuellement* (la notion n'est-elle vraiment pas couverte par le droit actuel, droit pénal ordinaire et loi de 1881, que l'on peut évidemment faire jouer ensemble ?) et *pragmatiquement* (facilitera-t-elle vraiment les plaintes, les verbalisations et les sanctions ?).

110 Ensuite, *pour ce qui est d'internet, le légalisme demeure là aussi très déterminé* : contre les discours de haine et contre les *fake news*.

Les projets de loi annoncés début 2018, puis la proposition de loi de lutte contre les fausses informations, examinée à l'Assemblée à partir du 7 juin 2018, comportent un volet probant : établir des rapports de force nouveaux avec les plateformes internet – pour remédier aux problèmes évoqués plus haut. Ainsi le délégué interministériel à la lutte contre le racisme, l'antisémitisme et la haine anti-LGBT, Frédéric Potier, a-t-il annoncé que la loi à venir obligerait les plateformes à avoir une « représentation juridique en France » ainsi que des « dispositifs » pour « faciliter » les signalements de contenus illicites<sup>9</sup>. Il ajoute : « Nous devons pouvoir fermer des comptes anonymes qui, de manière massive et répétée, diffusent des contenus de haine » – point qui, lui, n'est juridiquement pas si clair, car la logique juridique est d'appliquer les sanctions prévues par la loi de 1881, ce qui peut, ou non, conduire à des fermetures de compte, décision par nature délicate puisqu'une liberté fondamentale est en jeu. Il reste surtout à espérer que toutes les dispositions prévues par les lois à venir pour « responsabiliser » les réseaux sociaux seront en harmonie.

La volonté déterminée de légiférer pour lutter contre les *fake news* a, quant à elle, engendré des problèmes sérieux. Le projet de loi initial, préparé par la ministre de la Culture et de la Communication, conformément au désir du Président de la République, s'est tellement embourbé – la ministre Françoise Nyssen semblait d'ailleurs éviter autant que possible le débat public sur ce sujet, comme lors de sa présentation aux Assises

---

9. *Le Monde*, 19 mars 2018.

du journalisme le 15 mars 2018 – qu’il a fini par être abandonné pour laisser place à la proposition de loi évoquée ci-dessus, portée par des députés de la majorité. Or, alors que l’enjeu essentiel dans le projet de loi initial était de garder l’esprit de l’article 27 de la loi de 1881 sur les « nouvelles fausses » en ajoutant quelques dispositions supplémentaires, la « solution » finalement choisie par la proposition de loi a mis brutalement fin aux difficultés : elle est carrément sortie du cadre de la loi de 1881 ! Ce qui posait des problèmes autrement plus graves.

Dans la première mouture du projet de loi, le caractère rarissime des condamnations au titre de l’article 27 de la loi de 1881 depuis la guerre d’Algérie<sup>10</sup> montrait évidemment un obstacle fondamental : il est parfois plus difficile de prouver qu’une nouvelle est fausse que de prouver qu’une nouvelle est juste. La nouvelle juste peut être avérée par des documents, des faits tangibles ; la fausse ne livre pas toujours de preuve formelle de sa fausseté. Obstacle auquel ne devait rien changer, évidemment, l’introduction prévue d’une procédure de référé, permettant d’ordonner la suspension de certaines *fake news* dans les quarante-huit heures.

111

Certes, en référé, l’enjeu n’est plus de juger au fond, mais d’éviter une situation qui, en perdurant, risque de créer une injustice grave. Mais le juge du référé est en général plus à l’aise pour prendre une décision lorsque l’inaction risque de mettre en péril une liberté fondamentale que lorsque c’est sa décision même qui porte atteinte à une liberté fondamentale (en l’occurrence, la liberté d’expression). Pour autant, il est vrai que des ouvrages faisant l’objet de plaintes pour diffamation ont pu être, par le passé, suspendus par référé<sup>11</sup>.

Quoi qu’il en soit, pour consolider cette nouvelle procédure de référé, le projet de loi présentait des conditions la justifiant : 1. que la nouvelle soit manifestement fausse ; 2. que sa diffusion soit massive ; 3. que sa diffusion soit artificielle, c’est-à-dire corresponde à des achats d’audience. Il y avait quelque chose d’étrange à dire qu’une nouvelle « manifestement fausse » exige une procédure judiciaire d’urgence pour la suspendre, puisque tout le monde voit sa fausseté (c’est la définition de « manifestement »). En

10. C’est ce que souligne le professeur de droit privé Emmanuel Dreyer, cité par Baudouin Eschapassee, « Faut-il sanctionner la propagation de fausses nouvelles ? », *Le Point*, 5 février 2018.

11. Par exemple, le 27 avril 1998, la suppression de quatre pages d’un livre d’Antoine Gaudino (*La Mafia des tribunaux de commerce*, Paris, Albin Michel, 1998), ou encore deux ans plus tard la saisie du livre du docteur Claude Gubler sur François Mitterrand (*Le Grand Secret*, Paris, Plon, 1996). Cf. Dominique Simonnot, « Le référé contre la liberté d’expression. Cette procédure d’urgence ne permet pas à la défense de prouver sa bonne foi », *Libération*, 7 mai 1998.

somme, la justification de la procédure tendait à argumenter en faveur de son inutilité même.

112 Finalement, la proposition de loi des députés de la majorité, en juin 2018, a permis de prendre plus directement à bras-le-corps l'un des enjeux clés de ce projet : protéger avant tout les périodes électorales. S'accroissait, du coup, le décalage entre les annonces sur le mal que font les *fake news* à « la démocratie » en général et l'outil qui, en définitive, devait défendre essentiellement la classe politique. Sachant que, de leur côté, les journalistes étaient soucieux de se prémunir contre les risques que ces intentions législatives comportaient *pour eux* – invoquant notamment, lors du premier projet de loi, la protection de leurs sources (art. 2 et 2 *bis* de la loi de 1881) –, tout cela créait une atmosphère propre à nourrir le climat anti-« élites » (politiques, médias « officiels »...), c'est-à-dire le terreau même des *fake news* !

Pour échapper aux difficultés du projet de loi initial, qui étaient notamment posées par le cadre même de la loi de 1881, la proposition de loi de juin 2018 a purement et simplement contourné cette loi. C'est au code électoral qu'elle s'est attaquée, s'en remettant donc à un juge civil, et non plus pénal, avec une possibilité de référé. Et ce, en désignant une nouvelle cible : les « fausses informations », différentes, semble-t-il, des « nouvelles fausses » de l'article 27 de la loi de 1881<sup>12</sup>. On ne peut présumer de la manière dont le juge concerné appliquerait un tel dispositif, aussi embarrassé peut-être par cette nouvelle notion que l'est le juge pénal avec celle de « nouvelle fausse », voire se déclarant peut-être incompétent dans certains cas et renvoyant à la loi de 1881 (par exemple, pour les journalistes invoquant la protection des sources ?).

Mais le problème de fond – sortir la liberté d'expression en périodes électorales de son régime habituel, et légiférer carrément hors loi de 1881 – est sérieux. C'est la cohérence même de notre État de droit, et de la conception qu'il comporte de la liberté d'expression, qui serait touchée par la création de ce qu'il faut bien appeler un *état d'exception* pour les périodes électorales.

La même ruse a été appliquée, dans cette proposition de loi, pour permettre au Conseil supérieur de l'audiovisuel de suspendre des informations venant de chaînes et sites « sous contrôle » ou « sous influence » d'un « État étranger », « portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation ». La loi de 1881 est contournée, elle qui depuis peu traitait

---

12. Ces lignes sont écrites à la mi-juin 2018, pendant l'examen de cette proposition de loi. Des évolutions sont donc probables.

les « publications étrangères » tout à fait comme les nationales. Car on avait fini par abroger, par décret du 4 octobre 2004, l'article 14 visant les publications étrangères qui datait du 6 mai 1939 et qui avait servi, après la guerre, à des interdictions abusives (comme en avait jugé le Conseil d'État à plusieurs reprises<sup>13</sup>). La Cour européenne des droits de l'homme avait condamné la discrimination implicite de cet article 14, rappelant que l'esprit de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme est que les droits qui y sont reconnus valent « sans considération de frontière »<sup>14</sup>. Avec la nouvelle proposition de loi, grâce à une catégorie plus floue que celle de « publications étrangères » et à la spécificité de la période électorale, cet obstacle semblait lui aussi franchi.

Il reste à savoir si un tel état d'exception pour les périodes électorales serait du goût du Conseil constitutionnel, s'il était saisi.

On voit à quoi peut conduire la frénésie de légiférer à tout prix (pour montrer qu'on *agit*). Au passage, cela permet de faire oublier l'enjeu essentiel : rendre parfaitement applicable la loi de 1881 aux réseaux sociaux. Rendre possibles, dans tout espace d'expression reconnu comme tel, les mêmes plaintes et les mêmes sanctions (éventuelles). Bref, harmoniser au lieu de fragmenter notre régime juridique de la liberté d'expression.

113

13. Cf. arrêts *Librairie François Maspero* du 2 novembre 1973 et *Poniatowski* du 9 juillet 1982.

14. Arrêt *Association Ekin c. France* du 17 juillet 2001. Cf. Emmanuel Decaux, « Le modèle français : un équilibre fragile », chap. cité.

R É S U M É

---

*La loi de 1881 sur la liberté d'expression est toujours un pilier de notre État de droit, dans la V<sup>e</sup> République. Cette loi installe un équilibre entre une liberté d'expression première, ne nécessitant aucune autorisation administrative préalable, et la définition d'abus de type pénal, sanctionnés a posteriori, donc. Cet équilibre légal est cependant défié et fragilisé : par le fonctionnement des réseaux sociaux, ou encore par l'atmosphère de suspicion qui entoure les délits contre les personnes (concurrence des mémoires et des souffrances). Cependant, le légalisme – attitude consistant à régler tous les problèmes par la loi – se porte bien (peut-être aux fins d'impressionner l'opinion), malgré les problèmes qu'il pose sur des sujets comme le hate speech ou les fake news.*