

LA CONFORMITÉ DE L'ORDONNANCE DU CONSEIL D'ÉTAT DU 9 JANVIER 2014 DIEUDONNÉ M'BALA M'BALA AU DROIT ET À LA JUSTICE

On parle déjà de la « jurisprudence *Dieudonné* ». L'ordonnance du 9 janvier 2014 fera en effet date, car le Conseil d'État a pris position en estimant que n'était pas entachée d'illégalité la mesure de police administrative interdisant un spectacle programmé. Le caractère très certainement antisémite de ce spectacle a justifié son interdiction, seul moyen de prévenir un trouble à l'ordre public, substantiellement défini à travers la notion de dignité de l'être humain.

Plus encore, dans ce référé-liberté, le tribunal administratif, puis le Conseil d'État ont statué très rapidement, avant le moment fixé pour le spectacle.

Intervenant ainsi dans un temps pertinent, le juge a rempli son office : le droit doit être appliqué et se concrétiser ici et maintenant.

Sans ce souci d'effectivité, l'ordre juridique perd son utilité et le droit, art pratique, son sens.

Dieudonné M'Bala M'Bala, plus connu sous son nom d'artiste de « Dieudonné », donne régulièrement des spectacles, au cours desquels il tient des propos antisémites. Ce sont des spectacles humoristiques et satiriques.

Il donne ces spectacles dans un théâtre parisien. Ils sont établis sur une base connue sur laquelle il apporte des variantes et improvisations. Une grande part des spectacles est consacrée aux juifs et à présenter d'une façon favorable, par dérision, la Shoah. Pour prendre un exemple qui eut un retentissement médiatique important, au cours de l'un de ses spectacles, il a évoqué le nom d'un journaliste juif et semble avoir fait une corrélation à son propos avec ce qui serait un regret du fait qu'il n'y ait plus de chambre à gaz.

Par ailleurs, il met en doute l'ampleur des crimes nazis.

Enfin, il prend parti contre Israël et en faveur de la cause palestinienne.

Ainsi, l'on peut considérer que sur le premier terrain, il est antisémite, sur le deuxième, il est négationniste, sur le troisième, il est « antisioniste ».

Sur le terrain du droit, le fait d'être violemment contre Israël et très favorable d'une façon militante à la cause palestinienne relève de la liberté politique, de la liberté d'opinion et de la liberté d'expression.

En revanche, des comportements antisémites sont passibles de sanctions civiles et pénales. Plus particulièrement, le fait de nier les crimes contre l'humanité commis par les nazis, le négationnisme, a été incriminé par la loi du 13 juillet 1990 (dite loi *Gayssot*). Contester leur existence est un délit, qui justifie des sanctions pénales, prononcées par un tribunal correctionnel.

Dieudonné a déjà fait l'objet de multiples condamnations pénales, neuf dont sept passées en force de chose jugée, en raison de comportements qui ont été qualifiés par les tribunaux pénaux comme étant des comportements antisémites. Ces condamnations ont pris la forme d'amendes. Celles-ci n'ont jamais été payées par le condamné, celui-ci affirmant être insolvable. Des procédures sont en cours à ce propos, l'organisation frauduleuse de son insolvabilité étant elle-même un délit.

Par ailleurs, l'artiste affirme qu'il est libre de faire des choix religieux personnels, qu'il est libre d'avoir des opinions politiques publiques, qu'il ne met pas tant en cause les juifs mais qu'il critique le « sys-

tème » du pouvoir et des élites dont le peuple est victime, système dans lequel les juifs ont partie prenante. Ainsi, pour se moquer du système, comme peut et doit le faire tout humoriste satirique (comme le faisait Pierre Desproges, par exemple), il ne pourrait pas ne pas décrire la situation des juifs dans la banque et l'*establishment* notamment : l'empêcher serait lui interdire de se moquer du « système », d'exercer sa liberté de création, son droit fondamental de créer et, à terme, installer par la censure un État totalitaire.

Ainsi, sous couvert de lutte contre l'antisémitisme, c'est bien le système lui-même et ceux qui en profitent au détriment du peuple, qui cherche à écraser et à faire taire celui qui dénonce ce système et ceux qui en font partie, notamment les juifs. Grâce à l'artifice de la lutte contre l'antisémitisme, ce serait la liberté fondamentale de la liberté d'expression qui est attaquée, c'est-à-dire le socle de la démocratie.

Le phénomène Dieudonné prit une nouvelle ampleur lorsque cette revendication d'une « pensée anti-système », distincte d'un antisémitisme reprochable, se manifesta sous la forme d'un geste de reconnaissance et de revendication : la « quenelle », qui semble être un mixte de salut nazi coupé par un bras d'honneur. La nouveauté du geste ne le rend pas automatiquement illicite, le bras d'honneur, si peu civilisé soit-il, n'est pas non plus illicite, le croisement des deux accroissant la revendication d'une pensée « anti-système » (bras d'honneur fait à la société telle qu'elle fonctionne actuellement).

La propagation de ce geste dans de nombreuses circonstances, les troubles autour des spectacles, l'inexécution des condamnations pénales multiples, la popularité grandissante de Dieudonné et l'annonce par celui-ci d'une tournée prochaine dans toute la France de son spectacle « Le Mur » ont fait que le ministre de l'Intérieur, Manuel Valls, a rédigé le 4 janvier dernier une circulaire s'adressant aux préfets pour leur rappeler les pouvoirs dont ils sont titulaires.

Les circulaires ne pouvant pas avoir de portée contraignante, ce texte n'a pour enjeu que d'expliquer et d'inciter ceux-ci à prendre des arrêtés d'interdiction des spectacles qui sont programmés, un à un, dans les villes concernées. Les maires étant eux-mêmes titulaires du pouvoir de police administrative sont incités à le faire et le maire de Bordeaux informe qu'il va adopter un arrêté dans ce sens, un spectacle étant programmé dans sa ville pour le 26 janvier.

L'artiste et sa société de production programment un spectacle à Nantes pour le 9 janvier au Zénith de Nantes. Le 7 janvier 2014, le préfet de la Loire-Atlantique prend un arrêté d'interdiction.

L'artiste et la société Les Productions de la Plume forment immédiatement une requête, enregistrée le même jour au tribunal administratif de Nantes, dans une procédure de référé-liberté, pour obtenir la suspension de l'arrêté d'interdiction, demandant que le juge enjoigne au préfet de laisser se dérouler le spectacle.

L'audience de référé débute le 9 janvier à dix heures du matin. À cette heure-là, 90 % des places disponibles ont déjà été vendues pour le spectacle programmé pour le soir même.

À midi, l'audience est levée. À 14 heures, le tribunal administratif de Nantes rend l'ordonnance de référé qui suspend l'exécution de l'arrêté d'annulation du spectacle.

L'ordonnance se réfère à l'article L. 521-2 du Code de justice administrative qui permet au juge d'ordonner « toute mesure nécessaire à la sauvegarde d'une liberté fondamentale » à laquelle une personne de droit public aurait dans l'exercice de ses fonctions fait « une atteinte grave et manifestement illégale ». Ce texte dispose que le juge doit statuer dans les 48 heures.

Le juge relève que l'interdiction repose ici sur le fait que le spectacle comporte « des propos injurieux à l'encontre des personnes de religion ou de culture juive, incitant à la haine raciale et à des expressions apologétiques de l'extermination des juifs pendant la Seconde Guerre mondiale », ce qui constitue « en soi-même » un trouble à l'ordre public « en raison de l'indignité et du trouble des consciences que ces propos provoquent » et sur le fait qu'il est de nature à créer de « sérieuses difficultés au maintien de l'ordre aux abords de la salle... ».

Mais le juge rappelle que, du fait de la loi, la police municipale a pour objet d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publique.

Il considère « qu'il appartient à l'autorité investie du pouvoir de police municipale de prendre toute mesure destinée à prévenir une atteinte à l'ordre public ; que le respect de la dignité humaine est une des composantes de l'ordre public ; que l'autorité investie du pouvoir de police municipale peut, même en l'absence de circonstances locales particulières interdire un spectacle qui, pour l'essentiel, porte atteinte à la dignité humaine » ;

Mais il considère en premier lieu que, « aussi ambiguë que soit l'affiche retenue pour le spectacle de M. M'Bala M'Bala au travers d'une gestuelle connotée, elle ne saurait suffire à faire regarder ce spectacle comme portant atteinte à la dignité humaine » ; que s'il est vrai que des propos choquants et provocants ont été tenus lors des spectacles qui ont eu lieu et peuvent relever de qualifications pénales car leur présentation excède la liberté d'expression, il n'est pas établi que le spectacle ait été construit sur eux ni qu'ils en consti-

tuent la partie essentielle. Le juge en déduit que le principe de dignité humaine n'est pas violé.

En second lieu, le juge affirme que les pouvoirs de police doivent être exercés par des mesures nécessaires, par des interdictions justifiées par des troubles qu'il s'agit de prévenir, l'atteinte faite à la liberté devant être proportionnée à la nécessité de prévenir ces troubles. Or, s'il est vrai que les comportements passés de M. M'Bala M'Bala ont été pénalement sanctionnés, il n'est pas acquis qu'il va commettre les mêmes infractions dans le spectacle programmé, et qu'il faudrait sinon prendre des dispositions pour qu'elles soient constatées et poursuivies devant les juridictions pénales. Il est certes possible que des manifestations aient lieu autour de la salle mais il doit être possible pour le préfet de prendre des dispositions pour assurer le maintien de l'ordre public, mesures moins radicales que l'interdiction.

C'est ainsi que l'ordonnance du tribunal administratif de Nantes estime que l'arrêté préfectoral du 7 janvier 2014 qui interdit la tenue du spectacle « Le Mur » constitue une atteinte grave à la liberté d'expression, atteinte qui n'est pas ici justifiée, ce qui implique que l'arrêté préfectoral doit être suspendu.

Le ministre de l'Intérieur ayant perdu, forme alors un recours. Puisque nous sommes en référé-liberté, le spectacle étant programmé à 20 heures, l'ordonnance de suspension ayant été rendue à 14 heures, soit le recours était examiné dans l'après-midi, soit il était inutile de le former, seule une instance au fond, donnant lieu à un jugement dans un ou deux ans devant alors être attendu.

Le ministre obtient un audiencement à 17 heures devant le Conseil d'État, compétent pour connaître en la forme des référés des recours en la matière.

L'ordonnance du Conseil d'État est rendu le 9 janvier 2014 à 18 h 30.

Le ministre soutenait que le juge des référés du tribunal administratif de Nantes a entaché son ordonnance d'une erreur manifeste d'appréciation en estimant que les troubles à l'ordre public susceptibles d'être provoqués par le spectacle programmé n'étaient pas suffisants pour justifier une interdiction.

Dans son ordonnance, le Conseil d'État vise avant toute chose trois « décisions » qu'il avait rendues au fil de sa jurisprudence (1).

Le Conseil d'État commence par poser que « l'exercice de la liberté d'expression est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ». Il souligne que les atteintes qui lui sont faites « doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées ».

Il relève que le préfet a pris en compte que le spectacle « tel qu'il est conçu », contient des propos antisémites, incitant à la haine raciale et font, « en méconnaissance de la dignité humaine », l'apologie des « discriminations, persécutions et exterminations perpétrées pendant la Seconde Guerre mondiale », que le préfet souligne en outre que Dieudonné a été condamné neuf fois au pénal pour des propos

(1) CE, 19 mai 1933, Benjamin – CE, 29 oct. 1995, Cne de Morsang-sur-Orge [dit du lancer de nains] – CE, 19 févr. 2009, M^{me} Hoffman-Glemane.

de même nature, que le préfet fait état de réactions à la perspective du spectacle du 9 janvier qui « font apparaître, dans un climat de vive tension, des risques sérieux de troubles à l'ordre public qu'il serait très difficile aux forces de police de maîtriser ».

Le Conseil d'État estime que la réalité et la gravité de ces risques sont établies.

Il considère qu'au regard du spectacle prévu et annoncé, « les allégations selon lesquelles les propos pénalement répréhensibles et de nature à mettre en cause la cohésion nationale relevés lors des séances tenues à Paris ne seraient pas repris à Nantes ne suffisent pas à écarter le risque sérieux que soient de nouveau portées de graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrée par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et par la tradition républicaine ».

Il souligne enfin que l'autorité administrative doit prendre des mesures pour éviter la commission d'infractions pénales.

Ainsi, le préfet en exerçant son pouvoir de police administrative n'a pas commis d'illégalité grave et manifeste.

Dès lors, le Conseil d'État, par cette ordonnance du 9 janvier 2014, annule l'ordonnance du tribunal de Nantes du même jour.

À la lecture de cette décision, à la fois très extraordinaire par le cas sur lequel elle porte mais aussi exemplaire de ce que doit être un juge, on peut mesurer le souci de l'effectivité du droit par la rapidité procédurale, certes prévue par les textes qui organisent le référé-liberté, mais ici concrétisée par le Conseil d'État (I). On doit prendre acte que le Conseil d'État ne fait pas cette sorte de « révolution réactionnaire » qui nous ramènerait vers un État de censure mais continue de mettre des limites à la liberté d'expression, notamment par la considération de l'ordre public dont les préfets et les maires sont les gardiens et qui peut prendre la forme substantielle de la dignité de l'être humain, ici en cause (II). Enfin, et je m'en réjouis grandement, l'Université a joué le rôle que l'on peut attendre d'elle, à savoir débattre, chacun argumentant pour défendre sa position, pour soutenir les opinions prises ou à prendre par les institutions, une Université dans la cité (III).

I. Le souci de l'effectivité du droit par la rapidité procédurale

Le droit est un art pratique. Il ne sert à rien qu'il soit bien élaboré, finement rendu mais ne prenne forme qu'après la cristallisation des situations qu'il a vocation à régir.

Ici, l'exemple est parfait : neuf condamnations pénales et aucun effet produit. Dieudonné ne paye rien, puisqu'il a organisé son insolvabilité. Cela ne diminue pas son train de vie, puisque son argent est confié à des tiers et placé dans ces pays avec lesquels nous n'avons pas d'entraides efficaces ou rapides.

Ainsi, parce que les juges n'ont pas le courage par ailleurs de le mettre en prison, peut-être de crainte d'être qualifiés de liberticides, le droit pleut sur lui comme sur un canard. Il peut continuer comme si de rien n'était, comme si l'interdiction pénale de propos antisé-

mites, de négationnisme et d'incitation à la haine raciale ne coûtait rien, comme si le droit n'existait pas. Dès lors, comment dans l'esprit d'individus la haine ou le mépris du droit ne peut-il naître ? Quand une personne peut méconnaître le droit sans que, de fait, il ne lui arrive rien ?

Arrive la programmation d'un spectacle, dont l'affiche reproduit le geste de la « quenelle », dont la question est seulement de savoir si ce n'est « qu'un » salut nazi inversé ou bien un geste plus globalement « anti-système ».

La première réaction juridique est l'adoption par le ministre de l'Intérieur d'une circulaire à l'attention de ses préfets, qui sont à ses ordres et qui sont sur place dans chaque département et dans chaque région afin de maintenir l'ordre. La circulaire n'a pas de portée normative, elle indique aux préfets — et pour information aux maires — dans quelles conditions ils peuvent faire usage de leurs pouvoirs de police administrative. La circulaire leur rappelle que les spectacles sont, certes, le lieu de la liberté d'expression, dont la liberté artistique est une forme, mais qu'il peut y avoir des limites. Que ces limites peuvent être sanctionnées *a posteriori*. Mais qu'il peut aussi arriver qu'il faille intervenir *a priori*, c'est-à-dire avant la tenue d'un spectacle.

Lorsque le titulaire du pouvoir de police administratif intervient *a priori* et utilise son pouvoir d'interdiction, comme le fit le préfet de la Loire-Atlantique, le Code de justice administrative organise une procédure spécifique de « référé-liberté ». Il s'agit d'une procédure accélérée. Le droit de faire un recours contre l'arrêté préfectoral est un droit de l'Homme, la Déclaration de 1789 implique même que, sans recours, parce qu'il n'y a pas plus alors de garantie des droits, « il n'y a point de Constitution ».

Le juge, ici le tribunal administratif de Nantes, est saisi immédiatement, et doit statuer dans les 48 heures. Il rend son ordonnance le jour même du spectacle programmé, à 14 heures. Le spectacle est à 20 heures. Les spectateurs vont sans doute arriver vers 19 heures. La partie qui perd la procédure de référé a un droit fondamental à contester cette ordonnance devant le Conseil d'État.

Ici, on peut en rester à un certain formalisme juridique et ne pas se soucier de savoir, par rapport à l'objet du litige, quand le Conseil d'État statuera. La question est de savoir si le spectacle doit ou non être interdit, mais peu importerait que le Conseil d'État l'examine une fois le spectacle tenu, trois jours après par exemple... Si l'on avait accepté procéduralement cela, on aurait admis que le droit ne servait à rien, alors que le droit processuel a développé depuis longtemps la notion de « temps utile ».

En effet, en raison de la question qui se posait, puisqu'il existait un droit de contester l'ordonnance du juge administratif de Nantes devant le Conseil d'État, il fallait que celui-ci rende une décision avant l'heure d'arrivée des possibles spectateurs. Sinon, il aurait été inutile d'avoir organisé dans notre système de droit un référé-liberté. Le Conseil d'État l'a fait. Sans doute en admettant un enrôlement rapide du dossier, un audiencement immédiat de l'affaire. L'audience s'est ouverte à 17 heures, l'ordonnance était rendue et disponible à 18 h 40.

Certains y ont vu la marque d'une complaisance à l'égard du ministre de l'Intérieur, puisque celui-ci obtint ainsi immédiatement satisfaction. Mais l'on peut alors soupçonner de tout juge qu'il a voulu plaider à tout gagnant.

Bien plutôt, même s'il avait donné raison à Dieudonné, il aurait fallu qu'il statue avant que les spectateurs ne se présentent et surtout avant que les autres spectacles programmés ne se mettent en place. En effet, sans l'intervention rapide et de fait normative du Conseil d'État, les divers tribunaux administratifs saisis, du fait de la volonté des différents maires d'interdire les spectacles, et les saisines juridictionnelles auxquelles Dieudonné aurait procédé, auraient produit des jugements disparates. Il fallait donc que le Conseil d'État intervienne immédiatement pour donner le la.

Ainsi, la procédure qui, sous l'influence européenne, devient de plus en plus concrète, donne un droit fondamental aux parties d'avoir une décision « en temps utile » pour que, grâce aux juges, les personnes bénéficient de plus en plus d'un droit substantiel effectif.

II. La dignité humaine, limite justifiant *ex ante* l'atteinte à la liberté d'expression

Dans les commentaires pour l'instant disponibles, qu'ils soient rédigés par des juristes ou non, l'ordonnance rendue par le Conseil d'État est souvent critiquée au nom de la liberté d'expression.

Elle l'est, d'une part, d'une façon que l'on pourrait dire « savante », en ce que jusqu'ici le Conseil d'État n'avait jamais admis que l'on interdise un spectacle sur la présomption qu'il allait être antisémite, les trois cas visés par l'ordonnance ne correspondant pas à la situation du « cas Dieudonné » (A).

Elle l'est, d'autre part, d'une façon que l'on pourrait dire « principielle » (et du coup plutôt par des non-juristes, des politistes, des philosophes, des internautes, etc.), en ce que la liberté d'expression aurait dû être préservée, plus encore lorsqu'elle prend la forme de l'humour et de la satire, derniers remparts de la démocratie, le rire étant la marque et le dernier refuge de l'homme libre (B).

A. La pertinence des cas cités par l'ordonnance du Conseil d'État

Le Conseil d'État a posé en tête de son raisonnement trois « décisions ». La première est l'arrêt *Benjamin* du 19 mai 1933, qui visait l'interdiction qu'un maire avait prononcée d'une manifestation organisée autour d'un écrivain d'extrême-droite, Benjamin, du fait de très probables contre-manifestations. Or le Conseil d'État annule l'arrêté car il estime que le principe est la liberté d'expression, qu'elle ne butte que sur la notion de trouble à l'ordre public dont le maire a en charge le maintien et qu'interdire la manifestation est une mesure disproportionnée au regard du principe de la liberté d'expression, qu'il aurait fallu plutôt prévoir des mesures de sécurité pour contenir ces éventuels débordements.

L'on mesure ainsi que l'arrêt canonique est très libéral, qu'il pose que le principe est la liberté d'expression, que ce qui lui est contraire

a statut d'exception et doit se justifier par la menace à la probable survenance d'un trouble à l'ordre public et ne peut prendre la forme que de mesures proportionnées.

Le Conseil d'État entend bien partir de cet arrêt de référence, qui pose la liberté d'expression en principe. Il ne se réfère pas à toute la doctrine et la jurisprudence relatives aux libertés des artistes (mais Benjamin lui-même était un écrivain) et plus encore des humoristes. Il est vrai que cette qualification a surtout été prise en considération dans le cas des actions en diffamation, qui sont des actions pénales et pour lesquelles c'est le juge judiciaire qui intervient *a posteriori*. Soit le Conseil d'État ne veut se référer qu'à sa propre jurisprudence, sans se soucier plus avant des nuances du droit pénal, soit il distingue les critères d'une punition *ex post* avec ceux d'une interdiction *ex ante*.

La deuxième référence posée en visa par le Conseil d'État est celle de l'arrêt dit du « lancer de nains », l'arrêt du 27 octobre 1995, *Morsang-sur-Orge*. C'est par cet arrêt que le Conseil d'État a fait évoluer sa jurisprudence. En effet, alors que les lois *bioéthique* de 1994 n'avaient pas encore inséré dans le Code civil un article 16 visant le principe de « dignité de la personne », le Conseil d'État a admis que ce spectacle [car la qualification de « spectacle » était ici incontestable alors que dans le « cas Dieudonné », le ministre affirmait qu'il s'agit de rassemblement politique] consistant à utiliser des nains, consentants et rémunérés, ayant contractuellement consentis à se prêter au jeu, comme projectiles pour atteindre des cibles, pouvait être interdit *ex ante* par le maire car contraire à leur dignité.

Cet arrêt peut effectivement servir de précédent (car la technique de précédent existe de fait pour asseoir l'autorité d'une décision). En effet, l'ordre public est « substantiellement » troublé, alors même qu'il n'y aurait pas de manifestation et de trouble matériel, s'il y a atteinte à la dignité de la personne humaine. Dès lors, la présence des forces de l'ordre ne sert à rien, le seul moyen proportionné est l'interdiction. En faisant référence à cet arrêt qu'il associe immédiatement à l'arrêt *Benjamin*, le Conseil d'État indique qu'il se base donc sur le primat de la liberté d'expression (arrêt *Benjamin*), mais que l'ordre public dont le maire a la garde est défini substantiellement à travers la notion de dignité de la personne (arrêt *Morsang-sur-Orge*).

La difficulté tient alors dans la solidité de l'analogie entre l'atteinte à la dignité lorsque l'on lance des nains comme spectacle et l'atteinte à la dignité lorsque l'on profère des propos antisémites, racistes et négationnistes au cours d'un spectacle. En effet, dans le premier cas, il était acquis que des nains seraient lancés (c'est le principe même du spectacle : le « lancer de nains »), dans le second cas, cela n'était pas acquis, d'abord parce que Dieudonné soutenait que cela n'était pas le « cœur » du spectacle et ensuite parce qu'il avait dit qu'il s'abstiendrait de tenir ces propos et ferait le reste de son spectacle, ainsi nettoyé, le spectacle ne devait donc plus poser problème, la présomption de licéité d'une chose non encore advenue devant donc lui bénéficier.

Ici, intervient une double appréciation car n'oublions pas que nous sommes sur le terrain juridique de l'erreur manifeste d'appréciation

qui peut seule entacher d'illégalité la décision de police administrative. En premier lieu, le préfet a estimé que, même s'il était moins net que l'antisémitisme était la structure même du spectacle alors que le lancer de nains était le spectacle même, s'il était moins net qu'il s'agissait d'un rassemblement politique plutôt que d'un spectacle alors que les réunions autour de Benjamin étaient des rassemblements de l'extrême-droite, il a considéré que cela était consubstantiel au spectacle.

En second lieu, le juge du recours, c'est-à-dire le Conseil d'État, pendant l'audience, a considéré que l'affirmation à l'audience selon laquelle les propos antisémites et négationnistes ne seraient pas tenus le soir ne suffit pas à éteindre la perspective d'atteinte à la dignité de la personne.

Ainsi, le Conseil d'État a considéré que l'ordre public n'était pas seulement troublé par la perspective de manifestations (que l'on peut contenir par des moyens appropriés — arrêt *Benjamin*), mais encore par l'atteinte à la dignité (dont on ne peut arrêter le trouble que par l'interdiction — arrêt *Morsang-sur-Orge*).

Il faut donc considérer qu'il y a atteinte à la « dignité de la personne » lorsqu'il y a des propos systématiquement antisémites et négationnistes. Ce caractère systématique a été établi par le fait que l'artiste a été condamné neuf fois au pénal pour en avoir tenu dans ses spectacles, que le spectacle programmé et qui s'est déjà tenu à Paris en contient, et que sa promesse de les expurger pour le spectacle devant se tenir deux jours après — puis deux heures au moment de l'audience — n'est pas crédible non seulement en raison de sa personnalité mais encore parce que, sans ces propos, le spectacle n'a plus d'ossature, que l'affiche n'a plus de sens et que tout s'écroule.

Il en aurait été différemment d'un spectacle qui aurait eu une structure autonome, dans laquelle se seraient logés, comme des piques, de tels propos d'une part, et que, d'autre part, il y aurait eu promesse de les retirer dans le spectacle qui devait se tenir, cela devenant crédible puisque l'ossature du spectacle demeurant, et ce, d'autant plus, si la promesse était faite par quelqu'un n'ayant pas été condamné de multiples fois pénalement pour antisémitisme. Les trois circonstances n'étaient pas ici réunies. Les trois présomptions inverses étaient au contraire présentes.

En effet ici, — et c'est tout le statut de l'avenir en droit qui est en jeu —, le juge peut appréhender le futur : le spectacle ne pouvait se tenir qu'en intégrant de tels propos, parce que l'artiste est antisémite et négationniste (neuf condamnations pénales, ce que souligne l'ordonnance du Conseil d'État) et parce que, s'il enlève la partie antisémite du spectacle, il n'y a pas plus de spectacle.

Ainsi, le préfet et le juge peuvent intervenir *ex ante* parce qu'en raison de ces circonstances très particulières, ils connaissent l'avenir, ce qui se passera s'il n'y a pas d'interdiction : à savoir, un spectacle comprenant la commission des délits que constituent des propos antisémites et négationnistes. Or, comme le souligne le Conseil d'État, la prévention d'infractions pénales est un motif suffisant pour une interdiction, ce qui s'ajoute au motif substantiel de protection de la dignité de l'être humain.

Quant à la dignité de la personne, notion qui se superpose ici au constat qui aurait été suffisant de la commission certaine d'infractions pénales, il ne s'agit pas, comme on le dit dans beaucoup de commentaires, d'une notion incertaine et non juridique.

Après l'arrêt *Morsang-sur-Orge*, les lois du 29 juillet 1994 ont inséré un article 16 dans le Code civil qui pose le droit de chacun à la dignité. De nombreux travaux juridiques ont été consacrés à la dignité de la personne. Ainsi, et parce que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme a souvent été évoquée et qu'elle est également présente dans l'esprit des magistrats du Conseil d'État (que l'on a, au passage, qualifiés d'ignorants alors qu'ils sont les auteurs d'ouvrages sur le droit européen des droits de l'Homme, aussi bien le vice-président Jean-Marc Sauvé que le président Bernard Stirn), la dignité de la personne est préservée par le droit.

Si l'on cherche à résumer les textes, la jurisprudence et la doctrine, la dignité d'une personne, c'est sa reconnaissance par tous qu'elle est un être humain en tant que tel et quoi qu'il arrive, l'idée (occidentale) qu'en chacun réside l'Humanité toute entière dans sa liberté, sa rationalité et sa sensibilité. C'est pourquoi utiliser un être humain comme un projectile, parce qu'il est, par sa nature physique une corporéité de petite dimension, est une atteinte à la dignité car il n'est plus considéré comme un être mais comme un objet, de bonne taille pour être lancé.

Ainsi, concrètement, dire que les chambres à gaz n'ont pas existé, que les juifs sont des parasites, etc., c'est les traiter comme des insectes, c'est nier dans le premier cas qu'on a exterminé des êtres humains comme on nettoie une charpente des termites qui l'auraient envahie. C'est une atteinte à la dignité. Soutenir que les juifs sont les « étrangers de l'intérieur », etc., qu'ils sont des êtres humains inférieurs constituant une race inférieure à la race dite aryenne, etc., c'est méconnaître l'idée universelle d'Humanité, et c'est, à travers l'antisémitisme, porter atteinte à la dignité de l'être humain. Que l'on considère cela comme une conception occidentale, certes, mais notre droit l'ancre ainsi dans notre société et pour l'instant les juges en sont les gardiens.

À partir de cette notion générale et abstraite de la dignité de la personne, liée à la notion d'humanité telle que notamment la philosophie des Lumières l'a conçue, c'est aux titulaires de l'autorité publique et aux juges, au cas par cas, de subsumer si les circonstances font qu'il y a dans la situation donnée une négation portée à une personne ou à une catégorie de personnes de leur statut même d'être humain. Par exemple, pour en faire des objets (lancer de nains) ; par exemple, pour en faire des parasites ou des êtres naturellement inférieurs (antisémitisme, racisme).

Cela est relatif, puisque le droit dépend de la société dans laquelle on vit. Ainsi, ceux qui ont vu le film « Le loup de Wall Street » ont assisté à un lancer de nains, puisque le droit nord-américain, très libéral, ne voit pas d'obstacle à traiter des humains comme des choses. On y voit les puissants se demander comment rendre plus amusant le lancer, etc. Pourquoi pas ? Ce n'est pas notre culture juridique. La Seconde Guerre mondiale nous a rendus sans doute moins rigolos dans les soirées.

C'est pourquoi le Conseil d'État met en troisième visa de son ordonnance l'avis qu'il rendit le 16 février 2009, *M^{me} Hoffman-Glemane*. Cet avis avait été sollicité par un juge administratif saisi par cette personne qui avait été déportée à Auschwitz avec son père et qui demandait au juge l'engagement de la responsabilité de l'État français à ce titre. Par cet avis, le Conseil d'État a affirmé que l'État français pouvait être déclaré responsable de déportations dans les camps de concentration.

Il est remarquable que le Conseil d'État qui a opéré sous ce visa, ait mis en place ce triptyque de trois décisions (l'avis étant donc qualifié de « décision »), car cela constitue implicitement une motivation.

Pour résumer, en premier lieu, figure le principe de liberté d'expression auquel seul et par exception le trouble à l'ordre public peut justifier qu'une limite soit apportée (arrêt *Benjamin*), mais le trouble à l'ordre public peut se définir non seulement matériellement mais encore substantiellement (arrêt *Morsang-sur-Orge*) et l'État français est responsable sans prescription possible car ce sont des crimes contre l'humanité des déportations vers les camps nazis d'extermination (avis *Hoffman-Glemane*).

Ces seuls visas permettent de déduire le reste de la décision.

B. La limite du principe même de la liberté d'expression

Les commentaires qui ont plu sur l'ordonnance du Conseil d'État, généralement critiques, ont insisté sur le fait que le Conseil d'État avait piétiné la liberté d'expression et la liberté des artistes, en opérant une censure *a priori* (1.). Ils ont en outre insisté sur les effets pervers d'une telle décision, qui va exciter l'artiste pour lequel l'ordonnance est une aubaine, une publicité gratuite et une incitation pour ces fans, qui découvrent au passage l'existence d'un dénommé Dreyfus, d'aller plus nombreux regarder ses prestations sur internet (2.).

1. Le sort de la liberté d'expression

La liberté d'expression vient en premier. Le Conseil d'État lui-même l'a affirmé, en se référant avant toute chose à l'arrêt *Benjamin*, qui adopte dans la jurisprudence du Conseil d'État la conception la plus libérale, et donc la plus restrictive, de la façon dont les titulaires du pouvoir de police administrative peuvent exercer leur pouvoir d'interdiction.

En outre, on aurait pu surenchérir en affirmant que cette liberté d'expression prend une force particulière lorsqu'il s'agit d'artiste exerçant un métier satirique, selon l'expression « l'on peut rire de tout ». Mais nous ne sommes pas aux États-Unis et la liberté d'expression portée par le premier amendement (qui connaît d'ailleurs aussi des limites) n'a pas la même puissance. Ainsi, l'incitation à la haine raciale ou l'antisémitisme sont prohibés en France, certains peuvent le regretter mais c'est ainsi et le Conseil constitutionnel l'admet.

Le Conseil d'État a fixé comme limite à ce principe non pas le trouble matériel à l'ordre public (car alors il aurait suffi d'envoyer des policiers lors de la tenue du spectacle pour contenir les troubles), mais ce principe substantiel qu'est la dignité de la personne, évoqué précédemment. Des commentateurs de l'ordonnance ont protesté à propos du considérant n° 6 en ce que la dignité de la personne humaine y est présentée comme « consacrée par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ». Et de se gausser des conseillers d'État, pointant ce qui serait leur absence de culture historique et de philosophie politique, puisque Rousseau et les rédacteurs de la Déclaration n'ont pas pensé à une telle notion, qui n'est pas mentionnée dans le texte.

Sans même aller chercher la querelle entre les « activistes » et les « originalistes » telle qu'on la trouve au sein de la Cour suprême des États-Unis, un texte juridique est vivant. Son sens se développe à partir de sa lettre dans l'application qui en est faite. Les droits de l'Homme au fil du temps se sont transformés, qu'on en soit content ou pas, en droits des êtres humains, précisément pour éviter les effets pervers du formalisme juridique qui ferait des droits de l'Homme des droits « vides ». Ainsi, les droits de l'Homme devenant les droits des êtres humains, il en résulte que la dignité de la personne humaine, des êtres concrets, morts ou vivants, est rétrospectivement contenue dans la Déclaration de 1789.

D'ailleurs, le considérant n° 6 vise plus largement (car on cite souvent d'une façon tronquée) : « Le risque sérieux que soient de nouveau portées de graves atteintes au respect des valeurs et principes, notamment de dignité de la personne humaine, consacrées par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen et par la tradition républicaine ». Précisément, la tradition républicaine est de préserver les droits des êtres humains, concrets, ici et maintenant. Le Conseil d'État veut que le droit soit effectif, ici et maintenant, pour les personnes concrètes. En cela, le Conseil d'État a été exemplaire de ce que doit toujours être un juge.

Si l'on n'adopte pas cette conception pragmatique du droit, le droit ne sert pas à rien. Il regarde passer les trains, des personnes injurier les autres, piétiner les mémoires. Les juges arrivent quelques années après, pour prononcer de-ci de-là quelques amendes qui ne sont jamais payées de toute façon. Pour ma part, je ne veux pas d'un droit qui n'est garant des personnes que sur le papier. S'il doit y avoir quelques limites à la liberté d'expression, dans les conditions très strictes de l'arrêt *Benjamin* et à travers l'exception de l'arrêt *Morsang-sur-Orge*, il ne doit l'être que d'une façon effective.

2. La considération des effets pervers de la sanction

C'est précisément sur le terrain de l'effectivité que se situe toute une autre batterie de critiques faites à l'ordonnance.

En effet, il est affirmé que le Conseil d'État dans les faits s'est transformé en *manager* gracieux de Dieudonné et que, grâce à cette publicité flamboyante, celui-ci pourra sur internet, espace que le juge ne pourrait atteindre, faire tout ce qu'il veut, tandis que tous ses supporters lui enverront de l'argent afin que la lutte « anti-système » progresse.

Sans aller jusqu'à se demander, dans le cas précis, d'où viennent les fonds dont dispose cette personne, qui sont les personnes qui vont le regarder, etc. Le débat est éternel. De la même façon que l'on affirme que l'on devrait ne mettre aucune barrière à la liberté d'expression, permettre à quiconque de dire tout ce qu'il veut, appeler à l'extermination ou se louer de celles qui ont été faites, le sens critique de l'opinion publique suffisant à faire le tri entre le bon grain de l'ivraie, les Français étant particulièrement fins et perspicaces et n'ayant pas à recevoir de leçons de juges qui encouragent le crime.

Cette discussion n'est pas nouvelle. Pour prendre un exemple, lorsqu'on fait un procès à un criminel, cela crée des vocations. Les *serial killers* ont notamment pour motivation le fait d'avoir un procès public qui les rendra célèbre avant leur exécution, le temps d'attendre celui-ci leur permettant de recevoir une multitude de demandes en mariage.

Les procès, les condamnations, les sanctions comme moyens de se revendiquer comme victime, le droit présenté comme le bras armé de castes secrètes et ignobles, le juge plat serviteur du pouvoir en place, qu'on le dise dans un bar ou dans des revues de sociologie sous la plume de Pierre Bourdieu, sont des faits qui ont toujours prospéré, et qui consistent à nier le droit.

Nier le droit consiste à dire que, du fait du caractère démocratique de l'État de droit, les punitions, les sanctions, les interdictions, etc., ne pouvant se faire sans droits de la défense, publicité et débat contradictoire, cela offre nécessairement un instant de gloire à celui qui doit répondre de ses agissements. Le moyen d'éviter ces effets liés à l'État de droit, sous la forme de la procédure notamment, serait de faire taire le droit et d'admettre l'impunité. Le veut-on ?

Quant à l'extension de ce qui va se passer sur internet, là non plus la question n'est pas nouvelle. Pour prendre un exemple, *MeinKampf* est interdit à la vente mais facile à trouver sur internet. C'est un souci pour ceux qui pensent que l'idéologie hitlérienne est une atteinte à la dignité de la personne humaine. Les moyens de lutter sont difficiles à mettre en place. Mais, là encore pour prendre un exemple, l'association Prévention de la haine a passé un accord avec Facebook pour que le livre ne soit plus trouvable sur une seule page.

De semblables accords peuvent être trouvés concernant des spectacles antisémites ou négationnistes, en application de la jurisprudence judiciaire, là aussi très libérale et très protectrice des libertés, rendue par la première chambre civile de la Cour de cassation du 17 février 2011, *Dailymotion*.

Il convient donc d'arrêter de ricaner devant ce qui serait l'impuissance des juges et du droit, mais plutôt d'aider à l'effectivité du droit.

III. L'existence d'un débat auquel juges et universitaires participent

On doit se réjouir d'une chose : un débat universitaire se construit à propos du « cas Dieudonné » dans le même temps que celui-ci se déroule et ce débat universitaire a lieu sur la place publique.

En effet, lorsque la circulaire *Valls* a été prise le 4 janvier dernier, le professeur Danièle Lochak a, dès le 6 janvier, fait un article dans *Le Monde* pour dire qu'elle doutait de sa pertinence juridique, article d'opinion mais article juridique citant la jurisprudence, etc. Cela est particulièrement remarquable car il est important que les universitaires s'expriment plutôt avant que les décisions ne soient prises qu'après, sous la seule forme de critiques, art toujours plus aisé.

Pendant la journée du 9 janvier, des juristes et des non-juristes sont intervenus pour dire, suivant leurs conceptions et leurs connaissances — juridiques et non juridiques — si le tribunal administratif de Nantes devait suspendre l'arrêté préfectoral, puis si le Conseil d'État devait annuler l'ordonnance du tribunal de Nantes. Leur discussion était facilitée par le fait que les propos d'audience étaient reproduits en direct *via* des blogs.

Après l'ordonnance du Conseil d'État, Dieudonné M'Bala M'Bala a écrit sur son blog que selon lui le Conseil d'État n'était pas impartial du fait que Bernard Stirn, président de la section du contentieux, était descendant de Dreyfus (un inconnu de ses fans, qui sont allés faire des recherches sur internet). Le vice-président du Conseil d'État, Jean-Marc Sauvé, a immédiatement donné un entretien au journal *Le Monde* pour justifier l'ordonnance et dire qu'il était scandalisé des propos tenus à propos du président Bernard Stirn.

Par ailleurs, de nombreux professeurs de droit ont immédiatement commenté l'ordonnance dans la presse générale, souvent en la critiquant — par exemple du fait de la précipitation, comme celle du professeur Marie-Laure Basilien-Gainche dans *Libération* ou le plus souvent au nom de la liberté d'expression, comme le soutient le professeur Serge Slama —, d'autres en la défendant, par exemple le professeur Denys de Béchillon dans *Le Monde* du 10 janvier. Certains ont écrit dans la presse juridique, par exemple au *Dalloz* qui a publié un article du professeur Frédéric Rollin dans les 24 heures, soutenant la décision rendue. Des billets de blog sont sortis immédiatement, parfois très critiques, estimant que c'était un « jour de deuil » pour la liberté d'expression, pour reprendre le titre utilisé par le professeur Serge Sur, dans un billet du 10 janvier 2014.

Peu importe dans quel sens les juristes se sont exprimés ; ils se sont exprimés.

Cela est d'autant plus satisfaisant que la bataille juridique n'est certainement pas finie, Dieudonné ayant indiqué qu'il allait donner un « nouveau » spectacle.

On doit se réjouir grandement de cela, parce que les juristes estiment enfin en France qu'il est de leur devoir de participer très activement au débat lorsqu'un cas met au cœur de l'actualité une question de société : la liberté d'expression, la liberté artistique, l'antisémitisme, le rôle de la police et des maires, la dignité de la personne, la Shoah, le pouvoir du juge.

Que ne reviennent plus des tribunes écrites par des professeurs de droit et dont le titre était : « Juristes, taisez-vous ! ».

Marie-Anne FRISON-ROCHE
Professeur de droit à Sciences Po (Paris)