

INTRODUCTION
LES PROPOS QUI HEURTENT,
CHOQUENT OU INQUIÈTENT

PAR

BENOIT FRYDMAN

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES
DIRECTEUR DU CENTRE PERELMAN
DE PHILOSOPHIE DU DROIT

L'affaire des caricatures de Mahomet a remis, une nouvelle fois, au premier plan de l'actualité la question du statut du blasphème et plus largement des discours sacrilèges dans les sociétés laïques et démocratiques contemporaines. La crise internationale suscitée par cette affaire a notamment provoqué, au sein même de ces sociétés, un débat politique présenté, comme souvent, sous la forme d'un dilemme. Faut-il s'accommoder et même protéger, au nom de la liberté et de la démocratie, certains discours qui blessent autrui dans ses convictions, ses croyances, ses souffrances? Faut-il, au contraire, interdire voire réprimer de tels discours, au nom du respect de l'autre et de la sauvegarde de la paix civile?

Il était important que la *Revue de droit de l'U.L.B.* se saisisse de cette question. Notre Université porte la liberté dans son nom. Le libre examen est son principe constitutif, sa raison d'être et sa mission. L'Université libre a été créée en 1834 pour combattre l'emprise de la religion dans la sphère publique et libérer de cette emprise l'activité scientifique et l'enseignement. Depuis lors, elle a souvent été aux avant-postes dans les nombreux combats qui ont opposé les «libres penseurs» aux «bien-pensants». Aujourd'hui, tandis que l'Université s'interroge sur le sens du «libre examen» (1) et que les limites de la liberté d'expression suscitent d'ailleurs la controverse et même

(1) Voyez la page «le libre examen en questions» sur le site de l'U.L.B.: <http://www.ulb.ac.be/valeurs/index.html> (consultée le 4 janvier 2008).

la polémique en son sein (2), il convenait de traiter ici de ces questions, de la manière qui convient à une revue juridique universitaire, c'est-à-dire scientifiquement, sans tabou ni langue de bois.

Ce numéro de la *Revue* a donc pour objet de dresser l'état du droit positif sur la question du blasphème, mais aussi sur d'autres discours qui « heurtent, choquent ou inquiètent » (3), comme les cas de « diffamation collective », les discours négationnistes et les discours politiques contestataires radicaux, dans un contexte marqué par l'explosion de nouveaux médias et le développement de nouveaux modes de communication publique, qui imposent d'en repenser le régime juridique.

*

* * *

Le blasphème est-il finalement permis ou interdit, voire punissable, dans nos sociétés européennes ? Plus généralement, a-t-on oui ou non le droit de choquer et de heurter les convictions et les croyances d'autres personnes, de nier leurs souffrances, de fouler aux pieds les valeurs dominantes et dans quelles limites ? Ainsi formulée, la question peut paraître brutale, voire... choquante. Il s'imposait pourtant à nos yeux de la poser en ces termes inhabituels, non seulement parce qu'il est préférable de nommer clairement les choses, mais aussi pour des raisons de méthode, qui concernent à la fois la pratique et la connaissance du droit et qu'il convient d'exposer ici en quelques lignes.

Du point de vue de la pratique, le juriste se voit rarement, sinon jamais, interroger sur la liberté d'expression en général. On lui demandera plutôt concrètement si tel discours, telle œuvre, film, livre ou dessin, est ou non licite : si on peut les publier sans risque ou, au contraire, s'il est possible d'en interdire ou d'en bloquer la diffusion et d'en punir les

(2) La polémique s'est développée à la suite de l'interdiction sur le campus de l'U.L.B. d'une conférence de Tarik Ramadan. L'affaire a suscité des débats publics, notamment dans la presse, opposant, d'une part, le Recteur de l'Université et sa conseillère aux valeurs, et, d'autre part, le « collectif des 100 valeurs » interne à l'U.L.B., constitué à l'occasion de cette affaire (http://www.ulb.ac.be/valeurs/index_8.html, consultée le 4 janvier 2008).

(3) Selon la formule célèbre de la Cour des droits de l'homme de Strasbourg, citée plus complètement et discutée ci-dessous.

auteurs ou encore d'obtenir réparation pour le préjudice qu'ils causent. Et si l'affaire est portée devant la justice, ce sont ces mêmes questions concrètes que les juges devront trancher.

De même, du point de vue scientifique, la connaissance juridique ne peut se contenter des proclamations générales et des déclarations de principe qui nourrissent nécessairement les débats politiques et parfois aussi les textes législatifs. Au-delà de ces «règles de papier», il lui importe de déterminer les règles réelles, c'est-à-dire celles qui conditionnent ou influencent effectivement les conduites sociales. Pour ce faire, il convient de se placer dans la position de celui qu'Oliver Wendell Holmes appelait, il y a plus d'un siècle, «*the bad man*» (4). Ce *bad man* n'est pas «l'homme mauvais», comme le suggère une traduction littérale, mais plutôt l'homme qui détermine sa conduite uniquement en fonction des risques qu'il encourt selon le droit en vigueur, plutôt que d'après des valeurs morales. Autrement dit, c'est «l'homme économique» (*homo œconomicus*), bien connu de la science économique et des sciences sociales, c'est-à-dire l'homme en tant qu'il est déterminé par son intérêt (5). Cet homme-là ne désigne pas un individu déterminé. Il définit un point de vue pragmatique sur le droit qui permet de déterminer l'état réel du droit positif, c'est-à-dire des règles juridiques, telles qu'elles sont effectivement appliquées dans une société donnée à un certain moment. Les réquisits de la méthode rejoignent ainsi les exigences de la pratique.

Cette approche pragmatique, que privilégie depuis longtemps la Faculté de Droit de l'U.L.B., sur le plan tant de la pratique que de la théorie du droit (6), se révèle particulière-

(4) O.W. HOLMES, «The Path of the Law», 10 *Harvard Law Review* 457 (1897).

(5) Pour une étude approfondie de l'histoire de ce concept, on lira le beau livre de Ch. LAVAL, *L'homme économique : essai sur les racines du néolibéralisme*, Paris, Gallimard, 2007.

(6) Cette approche pragmatique est d'abord le fruit de la composition du corps académique et scientifique de la Faculté de Droit qui comprend un très grand nombre de praticiens du droit, magistrats ou avocats, qui enseignent à temps partiel. Mais il a débouché sur l'élaboration d'une véritable théorie du droit, qui a fait école sous la conduite de Ch. Perelman et de P. Foriers et que l'on connaît sous le nom d'École de Bruxelles. Sur cette école et ceux qui contribuèrent à la développer, on lira avec profit le livre de G. VANNIER, *Argumentation et droit : introduction à la nouvelle rhétorique de Perelman*, Paris, P.U.F., 2001.

ment précieuse pour résoudre les «cas difficiles» (7), comme celui du blasphème. Selon Herbert Hart, toute règle se présente, quant à son champ d'application, comme un noyau de clarté, entouré d'une zone de pénombre (8). C'est dans cette zone de pénombre que l'on trouve les cas difficiles, que le célèbre théoricien anglais qualifie de «cas limites» (*borderline cases*) car il s'agit précisément, dans ces affaires, de préciser où passe la limite de la règle, du droit ou du principe (9). Mais Ronald Dworkin a raison d'ajouter que ces cas limites ne posent pas que des problèmes marginaux de frontières. Ce sont, pour parler comme le philosophe américain, des «cas pivots» (*pivotal cases*), car la façon dont on les résout définit ou révèle souvent le sens profond et la portée véritable de la règle, du principe ou du droit en question (10). Ainsi, pour reprendre l'un de ces exemples, la question de savoir si la photographie est ou non un art n'est pas seulement une question marginale ou frontalière; mais la réponse qu'on lui apporte contribue de manière centrale à définir comment on comprend l'art en général.

Ces considérations épistémologiques trouvent parfaitement à s'appliquer au problème de la liberté d'expression et justifient le choix de se focaliser ici sur un certain nombre de discours limites et sur le statut juridique qui leur est donné par la jurisprudence contemporaine, afin de saisir la manière dont nos sociétés en comprennent et en appliquent le principe. La liberté d'expression, nous le savons, constitue un droit de l'homme fondamental et l'une des conditions essentielles de la démocratie. Elle est garantie en Europe, outre par les constitutions nationales, par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui prévoit également les conditions dans lesquelles elle peut être limitée. Dans une formule excellente et maintes fois reprise, la Cour des droits de l'homme de Strasbourg, qui veille à l'appli-

(7) Cette expression, déjà utilisée par la scolastique médiévale (*casus perplexis*) et encore par Leibniz, a été remise à l'honneur par la théorie du droit contemporaine de langue anglaise, sous les termes de *hard case*, notamment par Hart et Dworkin (v. réf. ci-dessous).

(8) H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Clarendon, 1961, pp. 119-120.

(9) *Idem*, p. 123 et s.

(10) R. DWORKIN, *Law's Empire*, Cambridge, Harvard University Press, 1986, pp. 41-43.

cation et à l'interprétation de la Convention, a clairement affirmé que cette liberté «vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour *celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population*. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique'» (11).

Cependant le juriste ne peut limiter son examen à cette formule. Il sait, par expérience, que le diable est dans ce que d'autres appellent «les détails» et qu'il qualifie lui de «cas particuliers» ou «cas d'espèce». Il a appris que, de même que la valeur d'un médecin se révèle au pied du lit du malade, la force d'un principe s'éprouve dans les applications qui en sont données, en particulier dans les cas difficiles. C'est là aussi que se mesure sa force de résistance aux exceptions et aux principes concurrents que l'on ne manquera pas de lui opposer, selon la logique dialectique du procès.

Sur la question du blasphème précisément, un examen attentif des décisions de la Cour de Strasbourg vient nuancer sensiblement la portée de la formule à laquelle elle se réfère pourtant systématiquement sur la nécessité de tolérer les propos «qui heurtent, choquent ou inquiètent». Dans une jurisprudence critiquable et d'ailleurs largement critiquée (12), y compris par une minorité active au sein même de la Cour (13), mais néanmoins remarquablement constante et qui s'enrichit régulièrement de nouvelles décisions, la Cour des droits de l'homme refuse pratiquement toujours de condamner les États lorsque ceux-ci préviennent le blasphème par la censure ou le sanctionnent, y compris pénalement (14). En d'autres termes, dans l'état actuel de cette jurisprudence, il ne peut être affirmé qu'il existe, en Europe, un «droit de blasphémer»,

(11) CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, §49 (souligné par nous).

(12) Voyez, par exemple, dès la publication de l'arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, les critiques de François RIGAUX («La liberté d'expression et ses limites») et de Guy HAARSCHER («Le blasphémateur et le raciste») publiées dans la *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 1995, respectivement pp. 401-415 et 417-422.

(13) Lisez l'opinion minoritaire dissidente de 3 juges (dont l'actuel Président de la Cour) dans l'arrêt *I.A. c. Turquie*.

(14) Voyez ci-après l'examen de cette jurisprudence par P. MARTENS, «Réflexions sur l'actualité juridique du blasphème», §6.

garanti au titre de la liberté d'expression. A l'inverse, c'est la liberté de religion et de culte qui est mise en avant et réinterprétée, de manière assez stupéfiante, comme incluant un droit pour les fidèles à ne pas être heurtés dans leurs convictions religieuses. On est dès lors bien obligé de mesurer ici et de prendre acte de la distance qui sépare actuellement les déclarations de principe sur la défense de la laïcité et de la liberté de la presse de la réalité du droit européen des droits de l'homme, tel qu'il se révèle à l'analyse des décisions nationales qui sanctionnent les blasphémateurs et de la jurisprudence européenne qui entérine celles-ci.

Dans son étude sur le blasphème, *Paul Martens* revient bien évidemment sur cette jurisprudence contestable, mais il élargit considérablement le cadre de l'étude et l'enrichit, d'une part, par une étude historique du statut du blasphème et, d'autre part, par un examen de droit comparé, mettant en lumière plusieurs cas particulièrement disputés, puisés dans la jurisprudence contemporaine. Il tire notamment de cet examen la conclusion surprenante que la répression du blasphème est davantage le fait du pouvoir civil que du pouvoir religieux et que les Etats qui affichent la laïcité la plus intransigeante sont aussi ceux où les blasphémateurs courent le plus de risques d'être poursuivis et sanctionnés.

Guy Haarscher centre quant à lui sa contribution sur la notion de «diffamation collective» S'il est admis que la calomnie ou la diffamation d'un ou plusieurs individus désignés n'entre pas dans le champ couvert par la liberté d'expression et expose ses auteurs à des sanctions (aujourd'hui essentiellement civiles), l'extension de cette notion à la diffamation d'un groupe (*group libel*) suscite davantage de controverses. Les plaignants et parfois les juges y recourent cependant pour stigmatiser différentes catégories de discours qui heurtent, choquent ou inquiètent : certains discours de haine, notamment des discours racistes ou xénophobes, ou encore des propos négationnistes, mais aussi des propos jugés blasphématoires ou encore des attaques portées contre des institutions ou des idéologies religieuses. C'est précisément cet usage polyvalent d'une notion confuse que l'auteur dénonce en montrant qu'elle peut servir à combattre et à sanctionner aussi bien des discours

condamnables (comme les appels à la haine raciale), que des discours parfaitement légitimes et utiles à la démocratie (comme la discussion des convictions ou des institutions religieuses) et conduire à des abus dangereux en mettant les uns et les autres dans le même sac.

Parmi les discours qui heurtent et les propos sacrilèges, ceux qui suscitent aujourd'hui le plus de controverses quant à leur statut juridique sont incontestablement les propos négationnistes. Désignant à l'origine ceux qui nient ou minimisent la *Shoah*, c'est-à-dire le génocide des Juifs par les nazis durant la seconde guerre mondiale, l'adjectif «négationniste» tend à s'étendre aujourd'hui à la négation des autres génocides du 20^{ème} siècle, voire à d'autres crimes de l'histoire (comme la traite des esclaves). Un débat particulièrement vif est en cours, dans différentes enceintes, sur l'opportunité et la légitimité d'interdire ce type de discours et d'en sanctionner pénalement les auteurs. Cette question brûlante fait ici l'objet de deux études circonstanciées complémentaires. Dans un contexte marqué par la multiplication des lois mémorielles mais aussi par la concurrence des victimes, *Kenneth Bertrams* et *Pierre-Olivier de Broux* soulignent les dangers qu'il y a à confondre la vérité judiciaire avec la vérité historique, en confiant aux juges, qui sont en charge de dire le droit, la mission de faire ou de refaire l'histoire. C'est courir non seulement le risque d'une histoire officielle, mais aussi faire obstacle au libre examen à la base de toute démarche scientifique. Les auteurs relatent plusieurs procédures récentes engagées pour compromettre la poursuite des recherches légitimes par des historiens de bonne foi et plaident pour un droit qui protège, plutôt que de l'entraver, la liberté de la recherche historique. *François Dubuisson* analyse quant à lui les textes et les projets législatifs en cours de discussion, aux plans national, européen et international, qui visent à étendre de manière générique à tous les crimes qualifiés de génocide, le délit de négationnisme, tel qu'il avait été édicté dans certains Etats, notamment la Belgique, pour combattre ce qui était perçu comme une forme particulièrement perverse d'antisémitisme. L'auteur se montre critique par rapport à ces projets d'extension pour des motifs strictement juridiques. La multiplication des instances suscep-

tibles de reconnaître ou de déclarer « officiellement » un génocide et la suppression de l'exigence de l'intention raciste, mais aussi la difficulté de définir précisément les actes de négation ou de minimisation interdits risquent de conduire à une incrimination extrêmement large, dont Dubuisson pense, tout comme Bertrams et de Broux, qu'elle aboutit à restreindre de manière dangereuse et exagérée la liberté d'expression et qu'elle est susceptible de faire obstacle à des recherches scientifiques, mais aussi à des débats politiques légitimes.

Quant à *Julien Pieret*, il consacre son étude aux conséquences de la lutte contre le terrorisme et aux menaces qu'elle fait peser sur la liberté d'expression. Il démontre, sur la base d'études de cas, comment la lutte contre le terrorisme s'étend progressivement de la répression des actes terroristes et des tentatives ou complots, à la poursuite de discours contestataires, qui sont certes par leur contenu de nature à « inquiéter » le pouvoir ou une partie de la population, mais qui n'en sont pas moins des discours politiques qui, à défaut d'appeler directement à la violence, sont censés bénéficier de la protection juridique la plus étendue, contre les tentatives de censure et de sanction du pouvoir. Il montre aussi, en s'appuyant sur la théorie des actes de langage, qu'il ne suffit pas de proclamer un droit pour le garantir, dénonçant au passage l'hypocrisie de ceux qui n'hésitent pas à manifester solennellement leur attachement à la liberté, dans le même temps où ils en restreignent drastiquement l'exercice.

Toutes ces études mettent bien en évidence le caractère mouvant, controversé et souvent incertain des limites qui déterminent plus ou moins sévèrement le champ des discours licites et protégés au titre de la liberté d'expression dans nos sociétés. Toutefois, les « cas limites », auxquels nous consacrons ce numéro, ne concernent pas seulement les catégories de discours, mais aussi les régimes de protection, qui eux aussi suscitent des combats frontaliers importants, dont l'issue affecte de manière directe et concrète l'exercice sur le terrain par les citoyens de leur liberté d'expression et d'information. Notre droit a en effet développé au fil du temps, sous la qualification de « liberté de la presse », un régime de protection spécifique pour la communication de masse, sujet d'ailleurs à des varia-

tions parfois considérables selon la nature du média utilisé (presse écrite ou communication audiovisuelle notamment). Or l'évolution technologique (en particulier le développement des réseaux numériques et de l'Internet), ainsi que les nouveaux modes de communication qui se développent dans leur sillage, remettent en cause les frontières traditionnellement établies non seulement entre les différents médias, mais aussi entre les journalistes professionnels et les simples citoyens. Cette redistribution des cartes permet et impose dès lors de repenser le champ d'application et les modalités des différents régimes de protection. C'est à ces questions que sont consacrées les deux dernières études réunies dans ce volume.

Jacques Englebert s'attache ainsi à définir le nouveau champ d'application du secret des sources et plus généralement de la liberté d'information. Corollaire nécessaire de la liberté d'information et de presse, qui permet au journaliste de ne pas divulguer le nom de ses informateurs, le secret des sources demeure en pratique fragile et précaire, même si son principe a été affirmé avec force par la Cour européenne des droits de l'homme. Analysant les travaux préparatoires de la loi belge du 7 avril 2005 relative à la protection des sources journalistiques, l'auteur montre comment le Législateur avait, au terme d'un débat embrouillé, limité l'application du secret aux seuls journalistes professionnels. Mais un arrêt de la Cour d'arbitrage du 7 juin 2006, que l'auteur approuve sans réserve, a annulé cette restriction et accordé de fait le secret des sources aux journalistes «amateurs» ou «citoyens», notamment ceux qui véhiculent des informations sur leurs sites ou leurs blogs. Plus généralement, c'est l'ensemble du régime de la liberté de presse qui doit être appliqué à tous les contenus véhiculés sur le réseau, ce qui conduit également l'auteur à remettre en cause la jurisprudence de la Cour de cassation belge, en tant qu'elle refuse d'accorder aux médias audiovisuels les mêmes garanties qu'à la presse écrite, spécialement contre les mesures préventives d'interdiction des émissions.

Enfin, la dernière étude de ce volume est consacrée au droit de réponse. Institution traditionnelle du droit de la presse et des médias, le droit de réponse a ceci d'original qu'il permet de combattre des propos contestés ou offensants, en particulier

les attaques personnelles, autrement que par la censure et la répression, en offrant aux personnes mises en cause le moyen de répliquer dans les mêmes conditions de publicité que leurs détracteurs. Il offre ainsi un moyen précieux de nourrir le débat public et de l'élargir, plutôt que de tenter de le filtrer ou de le contrôler. Toutefois, les conditions de son exercice, qui diffèrent d'un média à l'autre, sont exagérément strictes, formalistes et complexes. Dans son étude prospective sur un «droit de réponse 2.0», *Pierre-François Docquir* montre que l'évolution des technologies et des modes de communication, de même que l'effacement des frontières entre des médias de plus en plus polyvalents permet et impose d'en repenser les conditions et les modalités. Il trace les voies de l'avenir en esquissant les grandes lignes d'un nouveau droit de réponse, simplifié et étendu, qui recourt largement aux possibilités offertes par les nouvelles technologies, afin de garantir un véritable droit subjectif d'accès de chacun à la tribune médiatique, sans pour autant en saturer les canaux.

La lecture de l'ensemble de ces contributions permettra à chaque lecteur de tirer un bilan nécessairement partiel, mais néanmoins riche et informé de l'état réel de la liberté d'exprimer des propos qui heurtent, choquent ou inquiètent. Le moins que l'on puisse dire est que ce bilan est mitigé. L'analyse approfondie et précise du statut juridique imposé à différentes catégories de discours limites, comme le blasphème, les différents cas de «diffamation collective», les discours négationnistes et les discours politiques contestataires radicaux permet de dessiner une carte des frontières réelles de la liberté d'expression, qui diverge sensiblement du tracé des atlas officiels des libertés publiques. Dans nos sociétés souvent présentées comme libérales, sinon libertaires, voire dénoncées comme permissives et licencieuses, une pression croissante s'exerce sur le débat public. A mesure que s'étend le champ et le nombre des discours considérés comme sacrilèges, intolérables ou criminels, le droit est sollicité toujours davantage pour faire taire leurs auteurs, les punir ou les intimider. Les interventions des législateurs et surtout des juges, dont on prétend faire, souvent avec leur consentement, les arbitres du débat public, se multiplient. Cette police des discours suscite d'autant plus le

scepticisme et le soupçon, qu'elle accomplit son œuvre de manière discrète, sous le couvert de principes et de formules qui ne cessent de réaffirmer l'importance primordiale de la liberté d'expression, et que ses actions n'obéissent pas à des règles explicites et lisibles, qui permettraient de mieux les distinguer de l'arbitraire pur et simple. De ce point de vue, le politiquement correct n'est certainement pas juridiquement satisfaisant.

D'un autre côté, ce «coup de froid» (*chilling effect*) qui menace le débat public est compensé par l'effervescence communicationnelle, provoquée par l'évolution technologique et les nouveaux modes d'expression, qui ont littéralement fait exploser la quantité et la vitesse de circulation des informations, rendant la tâche des censeurs sinon impossible, du moins beaucoup plus difficile. Cette révolution technique et culturelle réalise de fait un élargissement considérable de la sphère publique et du cercle de ceux qui ont les moyens d'y participer activement. Elle devrait logiquement s'accompagner d'une extension similaire du régime d'accès et de protection autrefois réservé aux seuls professionnels de la communication. Toutefois, sur le plan juridique, force est de constater que cette évolution se heurte encore à des difficultés et à des résistances.

Au total, la liberté d'expression ne saurait, sans imprudence ou aveuglement, être considérée comme un droit acquis. Les combats pour la libre pensée ne sont pas seulement derrière nous, mais aussi devant nous; en réalité, ils se déroulent sous nos yeux. Aujourd'hui, autant que jamais, l'esprit critique et la vigilance s'imposent à tous les défenseurs de la démocratie et du libre examen.