

# Cours de science du droit

par Florent Boucharel

## SOMMAIRE

- 1 Droit comparé de la liberté d'expression : *God Bless America*
- 2 Notes de science administrative et politique
- 3 Le plus libre est le seul qui le soit
- 4 Par delà le rien et le banal
- 5 Du droit français ou Le triomphe des microcéphales
- 6 Une logique floue du droit

## I

### Droit comparé de la liberté d'expression : *God Bless America*

Le présent chapitre présente tout d'abord les garanties contenues dans la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) à son article 10 relatif à la liberté d'opinion et d'expression, ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) en la matière.

Les États parties à la Convention ont une obligation proactive vis-à-vis de celle-ci, c'est-à-dire que les autorités nationales ont, chacune dans son domaine, législateur, administration, tribunaux, le devoir de tenir compte de l'article 10 et de son interprétation par la Cour EDH. Or la France est un mauvais élève en la matière. Bien que ce pays ait subi un nombre particulièrement élevé de condamnations par la Cour EDH au titre de l'article 10 CEDH, son droit reste largement incompatible avec le droit européen des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Or la Cour EDH occupe, dans la défense de la liberté d'expression, une place intermédiaire entre le régime français, particulièrement répressif, et celui d'une grande démocratie comme les États-Unis d'Amérique. Dans un second temps, le présent essai apporte donc quelques éléments de droit comparé en matière de liberté d'expression. La Cour EDH est contrainte de respecter, à cause du souverainisme jaloux des États, un certain compromis relativement défavorable aux droits de l'homme en ce qu'il laisse aux États un pouvoir discrétionnaire d'appréciation des « conditions locales » qui seraient susceptibles de nécessiter des limitations aux droits de l'homme, latitude dans laquelle les gouvernements s'engouffrent pour justifier des répressions illégitimes. Mais l'idéal de la Cour EDH ne saurait être différent d'un régime de liberté comparable à celui des États-Unis.

Afin qu'elle atteigne cet idéal, nous proposons un critère nouveau pour le « test de proportionnalité » que la Cour applique en vue de juger de la légitimité de lois et statuts restreignant les libertés fondamentales.

Que ce soit le juge administratif français, le Conseil constitutionnel, la Cour EDH ou les Cours suprêmes à l'étranger, chacun a plus ou moins recours à un test de proportionnalité dans lequel figurent les critères de proportionnalité *stricto sensu*, de pertinence (*suitability*) et de nécessité. Notre critère est le suivant : quand une liberté peut s'exercer pleinement dans une société démocratique donnée sans dommage appréciable pour cette société, une restriction à la même liberté ne peut pas être considérée comme nécessaire dans une autre société démocratique.

Lorsque le juge estime qu'une restriction ne respecte pas le critère de nécessité, il se réfère le plus souvent à des possibilités alternatives connues, et son appréciation possède donc un élément que l'on pourrait qualifier de matériel. *A contrario*, il juge qu'une restriction paraît nécessaire quand il ne connaît pas d'exemple d'une alternative moins contraignante ou ne parvient pas à en imaginer une, et son jugement, manquant de l'élément matériel, présente alors un caractère abstrait. Mon critère vise à ce que le juge étende sa recherche d'alternatives moins contraignantes à l'ensemble des pays démocratiques, une pratique connue et appliquée de longue date dans les pays de *common law*, notamment les pays du Commonwealth, où le juge

commente fréquemment la jurisprudence des autres États membres du Commonwealth ou de *common law* mais aussi d'autres pays de droit romaniste.

Bien que la France et les États-Unis reconnaissent tous deux les mêmes libertés fondamentales, et admettent tous deux que ces libertés ne sauraient être absolues, en comparant l'un et l'autre droit un Français ne peut manquer de ressentir un certain malaise, car c'est comme si les États-Unis connaissaient ces libertés et la France ne les connaissait pas. Il semble par conséquent que le test de proportionnalité soit appliqué chez nous pour protéger les prérogatives, pour ne pas dire l'arbitraire, du pouvoir plutôt que les libertés fondamentales des citoyens.

Or, avant même de s'appliquer au contrôle de conventionnalité, le critère que nous invoquons peut s'appliquer au contrôle de constitutionnalité, en raison de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « *La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société.* » Le législateur n'invoque jamais cet article quand il vote de nouvelles interdictions, il semble plutôt que toute interdiction votée par le législateur soit présumée s'appliquer à une « action nuisible à la société » ; or l'article 5 DDHC nous interdit justement de le présumer et, dès lors que d'autres sociétés démocratiques ne connaissent pas certaines interdictions votées par le législateur français et ne s'en portent pas moins bien, *voire s'en portent mieux*, comme les États-Unis, première puissance mondiale, en quoi ces actions interdites en France sont-elles « nuisibles à la société » ? Toute interdiction inconnue dans n'importe quel État démocratique au fonctionnement normal est *a priori* illégale en France en vertu de l'article 5 DDHC faisant partie de notre bloc de constitutionnalité. – J'écris « *a priori* » pour réserver une « exception de francité » qui rendrait l'interdiction, même si elle n'est pas nécessaire ailleurs, nécessaire dans la société française (les « conditions locales » de la Cour EDH) mais je ne crois même pas à une telle hypothèse.

Il est évident que si je porte dans la rue un masque antipollution ou un masque sanitaire, comme les foules au Japon, en Corée, à Taïwan..., je ne commets pas une action nuisible à la société. Pourtant, la loi française l'interdit (loi du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public). C'est donc bien que la loi est inconstitutionnelle. Une interdiction préventive générale de se couvrir le visage est illégale car un visage couvert ne pose pas de problème *en soi* mais éventuellement, comme moyen pour un délinquant. L'interdiction de se couvrir le visage en public est donc certes une mesure de commodité pour la police et l'administration mais une mesure inconstitutionnelle qui viole la liberté de l'individu de porter un masque sanitaire en public s'il pense que c'est utile à sa santé et à celle de son entourage (la protection du masque joue dans les deux sens : contre l'incubation de germes ou de particules externes mais aussi contre la diffusion de ses propres germes). C'est pourquoi j'invite l'ensemble des autorités publiques nationales à examiner si une action est nuisible ou non à la société non seulement dans l'abstrait mais aussi à partir d'exemples concrets hors de nos frontières.

\*

S'agissant de la **jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme**, je rappelle tout d'abord que

« la France voisine avec quelques autres pays pas spécialement réputés pour leur respect des droits de l'homme, dans le peloton de tête des pays du Conseil de l'Europe les plus condamnés en cette matière [en matière de respect de l'article 10 CEDH] ». (Christophe Bigot, *La liberté d'expression en Europe : Regards sur douze ans de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (2006-2017)*, Légipresse, 2018) (ma principale source pour cette section)

Une telle situation traduit deux choses au plan formel : d'une part, la France ne tient pas suffisamment compte des messages que lui envoie la Cour EDH en la condamnant et, d'autre part, elle ne remplit pas son obligation d'être proactive, c'est-à-dire de ne pas attendre des condamnations de la Cour pour faire vivre les libertés garanties par la Convention. L'obligation de proactivité s'impose non seulement au législateur mais également à l'administration et aux tribunaux, ces derniers étant appelés à faire prévaloir la norme internationale supérieure :

« La loi française du 29 juillet 1881 sur la presse, tout comme le *corpus* de règles protégeant les droits de la personnalité, ne peuvent plus être appréciés aujourd'hui indépendamment de l'article 10 de la CEDH qui a, dans l'ordre juridique interne, valeur supérieure aux lois françaises et qui prévoit expressément les conditions de protection de la liberté d'expression. Il est clair, à cet égard, que tout juge français est d'abord juge européen avant d'être juge de droit interne. » (Bigot, p. 9)

Dans cette section, je traite :

le droit reconnu par la Cour à la vulgarité ;

sa tolérance des expressions injurieuses, du dénigrement et de l'invective ;

son critère de « répercussion limitée » ;

sa jurisprudence concernant la liberté d'expression sur internet ;

enfin, le caractère antinomique de la loi française protégeant par la pénalisation de l'outrage les personnalités publiques, les hommes et les femmes au pouvoir, avec la jurisprudence de la Cour EDH et les règles fondamentales du débat démocratique.

La jurisprudence de la Cour EDH en matière de **vulgarité** est la suivante :

« Dans une décision russe en date du 22 novembre 2016, elle [la Cour] indique ... que la liberté profite également aux expressions vulgaires, qui ne peuvent être considérées en elles-mêmes comme échappant à la protection [de la Convention]. » (Bigot, p. 37) et

« Mentionnons sur ce terrain une décision *Mengi c/ Turquie* du 27 novembre 2012 admettant une forme de droit à la vulgarité, et considérant que si un langage offensant pouvait certes être écarté de la protection accordée à la liberté d'expression, en elle-même l'utilisation d'expressions vulgaires n'est pas déterminante car elle peut relever d'un but purement stylistique et 'pour la Cour le style fait partie de la communication comme toute forme d'expression et doit en tant que tel être protégé avec le contenu de l'expression'. » (*ibid.*, 54)

S'agissant du caractère injurieux ou **insultant** des propos, la Cour EDH a également protégé cette forme d'expression en de multiples occasions. Ainsi, il est permis « de recourir à une certaine dose d'exagération voire de provocation » (*Tanasoica c/ Roumanie*, 19 juin 2012). En outre, de même que des considérations de style peuvent justifier la vulgarité des expressions, des considérations stylistiques peuvent également justifier un langage insultant :

« Si l'usage d'un langage insultant peut faire sortir des propos du champ de la protection offert par l'article 10 de la Convention lorsqu'il s'apparente à un dénigrement gratuit, le caractère grossier d'une

expression n'est pas en soi décisif quand il dessert des buts purement stylistiques. Selon la Cour, le style d'une communication fait partie de celle-ci ; il relève de la forme de l'expression et est protégé en tant que tel par cette disposition au même titre que le contenu de l'expression. En l'espèce, la tournure 'à la tête de voleur' ne saurait passer pour un dénigrement gratuit dès lors qu'il était en rapport direct avec la situation commentée par Mme A., à savoir les soupçons de corruption pesant sur M. V. » (*Nadtoka c/ Russie*, 31 mai 2016)

Même les **attaques personnelles** bénéficient de la protection de la Convention :

« La Cour européenne ne reprend pas l'idée, parfois développée dans la jurisprudence interne française, selon laquelle le droit à la polémique cesserait là où commencent les attaques personnelles. » (Bigot, p. 80)

Par ailleurs, si le juge français refuse « d'entrer dans la justification d'une expression injurieuse ... le juge européen n'a pas ces pudeurs » (Bigot, p. 50) et cherche à savoir si l'expression en cause se justifie d'une manière ou d'une autre, notamment par la recherche d'effets stylistiques.

De même, la Cour peut autoriser « des propos assimilables à ce qu'elle appelle des 'invectives politiques', notamment dans le cadre d'échanges verbaux se tenant à l'occasion d'un conseil municipal. Ce droit à la vivacité du propos est donc poussé particulièrement loin. » (*ibid.*, 46-7)

La Cour EDH applique un critère de **répercussion limitée** pour prononcer que des sanctions sont disproportionnées. Elle applique notamment ce critère aux romans : « les œuvres littéraires [en l'espèce un roman] s'adressent à un public relativement restreint » (*Jelsevar c/ Slovénie*, 11 mars 2014).

La Cour EDH est particulièrement sensible à la protection de la liberté d'expression sur **internet** :

« La Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement soucieuse de garantir la diffusion des informations sur internet, et n'est pas prête à admettre des mesures de toute sorte visant à restreindre l'accès du public à des sites internet ou à supprimer des contenus. On peut donc considérer au vu de ces deux décisions que la liberté d'expression sur internet, en ce qu'elle garantit l'accès du public à l'information, fait l'objet d'un haut degré de protection par la Cour européenne. » (Bigot, 152-3) et

« L'internet est aujourd'hui devenu l'un des principaux moyens d'exercice par les individus de leur droit à la liberté d'expression et d'information : on y trouve des outils essentiels de participation aux activités et débats relatifs à des questions politiques ou d'intérêt public. » (*Yildirim c/ Turquie*, 18 décembre 2012)

En outre, la Cour EDH défend l'anonymat en ligne et annulerait donc probablement des mesures prises sur le fondement de l'arrêt *Tong-Viet* du Conseil d'État français selon lequel l'anonymat ne protège pas le fonctionnaire de sanctions pour manquements au devoir de réserve, et, par extension, des mesures prises sur le fondement du devoir de réserve :

« L'anonymat est de longue date un moyen d'éviter les représailles ou l'attention non voulue. En tant que tel, il est de nature à favoriser grandement la libre circulation des informations et des idées, notamment sur internet. » (*Krone Verlag GmbH & Co. KG c/ Autriche*, 9 novembre 2006)

Outre la jurisprudence française du devoir de réserve qui vient d'être évoquée, est particulièrement problématique le contexte plus large des restrictions à la liberté d'expression qui en droit français visent à protéger davantage les personnes qui doivent selon la Cour EDH l'être bien moins que les autres. En effet, la Cour EDH demande, au nom des impératifs du

débat démocratique, « une plus grande tolérance » vis-à-vis des propos concernant les personnalités publiques investies de pouvoirs, agents publics et élus.

Dans l'arrêt *Eon c/ France* (14 mars 2013), la Cour a indiqué que l'homme politique « s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ». Cet arrêt a été la cause de l'abrogation en droit français de l'infraction d'**offense** au chef de l'État. Cette dernière avait pour particularité de dénier à la personne placée sous ce chef d'accusation la possibilité d'invoquer l'*exceptio veritatis* (exception de vérité) des procès pour diffamation, ce qui revient à dire que l'accusé ne pouvait invoquer le moindre moyen de défense, seulement des circonstances atténuantes ! Qu'un tel archaïsme ait subsisté en droit français jusqu'en 2013 en dit long ; il doit manquer à certains, élevés sous cette ombre tutélaire qui les protégeait du soleil de la liberté.

Par l'« outrage » et autres facteurs aggravants protégeant toute personne investie d'une parcelle de pouvoir, le droit français reste aux antipodes des « principes archi-classiques » (Bigot, p. 45) de la jurisprudence européenne des droits de l'homme :

« Les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique, visé en cette qualité, que d'un simple particulier : à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance. » (*Lingens c/ Autriche*, 8 juillet 1986)

Maître Bigot commente de la façon suivante, s'agissant de la « catégorie de citoyens qui s'expose, plus que les autres, à la critique de son comportement », catégorie qui va au-delà des élus :

« On sait que le droit français renforce pour sa part la protection de certaines catégories de personnes physiques (article 31 de la loi du 29 juillet 1881). Ce régime prévoit ainsi des peines aggravées en cas de diffamation ou d'injure à l'égard des fonctionnaires publics, des administrations publiques, des corps constitués et d'autres catégories assimilées. Cette philosophie d'aggravation peut donc logiquement paraître contraire aux exigences modernes de la liberté d'expression car, précisément, chaque fois qu'un intérêt public s'attache à l'information en cause, ce n'est pas une aggravation des sanctions qui devrait être édictée par la loi, mais bien une atténuation, pour tenir compte de l'intérêt général inhérent à tout débat sur le fonctionnement de la chose publique. » (Bigot, 51-2)

Ces « exigences modernes de la liberté d'expression » me semblent à vrai dire intangibles plutôt que modernes, et toutes ces mesures prétendues protectrices et *de facto* répressives et autoritaires du droit français n'ont d'autre effet que d'étouffer le débat public et d'en faire un sinistre théâtre de marionnettes.

\*

Venons-en au droit américain du Premier Amendement et à la **jurisprudence de la Cour suprême américaine**. Nous suggérons à la Cour européenne des droits de l'homme ainsi qu'au juge national en tant que « juge européen » de ne pas appliquer leur « test de proportionnalité » dans l'abstrait mais en regardant du côté des États-Unis. Si des limitations à la liberté ne sont pas nécessaires là-bas, elles ne le sont pas non plus ici. Ainsi, j'invite la Cour européenne à restreindre les « marges d'appréciation » des États membres du Conseil de

l'Europe en matière de limitations des droits de l'homme, car les gouvernements nationaux, dont la Cour affirme (par excès de prudence) qu'ils sont mieux à même d'apprécier les « conditions locales », ne voient pas tant du local que ce qui les arrange, au détriment des droits de l'homme.

Au demeurant, cette doctrine des conditions locales, qui seraient mieux appréciées par le gouvernement national, est déjà circonscrite et limitée car, absolue, elle serait contraire à la philosophie sous-jacente à l'article 33 de la CEDH sur le droit d'action d'un État du Conseil de l'Europe envers un autre État pour manquement à la Convention, sans parler du fait qu'elle rendrait illégitime la Cour EDH elle-même.

Mais cette doctrine est également peu cohérente. En effet, elle ne s'applique pas aux « droits intangibles » protégés par la Convention et, au cas où l'on demanderait à la Cour EDH si des conditions locales peuvent justifier le rétablissement de la peine de mort, elle répondrait que non, un État ne peut pas rétablir la peine de mort et rester membre du Conseil de l'Europe. Ainsi, même un référendum national majoritaire en faveur de ce rétablissement ne témoignerait pas de conditions locales justificatrices selon la Cour EDH. Il est par conséquent permis de considérer que même un référendum national majoritaire ou toute autre forme d'expression majoritaire en faveur de telle ou telle prohibition légale n'est pas non plus suffisant à établir que l'action prohibée serait une « action nuisible à la société » au sens de l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Le seul critère valable est un critère objectif : l'exemple d'une société démocratique n'interdisant pas telle ou telle action permet d'établir avec certitude que cette action n'est pas nuisible à la société au point de devoir être prohibée.

Ma source pour cette section est essentiellement l'ouvrage *Congress shall make no law: The First Amendment, Unprotected Expression, and the U.S. Supreme Court* (Le Congrès ne pourra faire aucune loi : Le premier amendement, les formes d'expression non protégées et la Cour suprême des États-Unis) par David M. O'Brien (Rowman & Littlefield Publishers, 2010) (Le titre est une allusion au texte du premier amendement de la Constitution des États-Unis : « Le Congrès ne pourra faire aucune loi ayant pour objet ... de limiter la liberté de parole ou de presse. »)

En premier lieu, la Cour suprême annule toutes les « hate speech laws » qui lui sont soumises, depuis le célèbre arrêt *R.A.V. v. City of St. Paul, Minnesota* (1992). Une telle jurisprudence est d'autant plus remarquable que la question raciale est sensible aux États-Unis et que la Cour a déjà reconnu, une fois dans son histoire, la validité d'une loi (votée par l'État de l'Illinois) punissant la « diffamation de groupe » (*group libel*), une loi comparable à ce que le droit français connaît en termes d'injures raciales ou de provocation à la haine. Or la Cour n'a jamais donné la moindre suite à son arrêt *Beauharnais v. Illinois* (1952) et, au contraire, sa jurisprudence ultérieure est une opposition systématique aux tentatives répétées de criminaliser les « **contenus haineux** ». Les juges américains considèrent à raison que de telles lois sont de nature à empêcher de discuter publiquement l'action des groupes de pression. Sans doute la Cour suprême perçoit-elle aussi les dérives auxquelles ces législations ne peuvent manquer de donner lieu, et j'imagine qu'elle trouve que l'exemple français lui donne amplement raison. La situation aux États-Unis permet-elle de justifier ces lois françaises selon un argument du type : « La situation aux États-Unis montre bien que les lois françaises sont nécessaires » ? La réponse est clairement : « Bien sûr que non. »

Le seul type de *hate speech law* qu'admet la Cour suprême américaine n'a pas grand-chose à voir avec la liberté d'expression puisqu'il s'agit de peines aggravées pour des actes commis envers une personne en raison de sa race. Ainsi a-t-elle validé une loi condamnant à des peines aggravées un groupe d'Afro-Américains qui, après avoir vu au cinéma le film *Mississippi Burning*, avaient décidé de s'en prendre à des Blancs et molesté le premier Blanc s'étant trouvé sur leur chemin (*Wisconsin v. Mitchell*, 1993). On voit que le « racisme anti-Blanc » n'a jamais été mis en doute aux États-Unis (libre à chacun d'en conclure que les États-Unis sont un pays raciste et suprémaciste blanc plutôt qu'un pays libre).

La liberté en France aujourd'hui se compare à ce qu'elle était en Angleterre au temps de Blackstone, le commentateur de la Constitution anglaise (1766) : l'absence de censure préalable y passe pour une liberté suffisante. La grandeur du régime constitutionnel américain est justement d'avoir développé les libertés sur cette base :

« Il est impossible de concéder que, par les mots 'liberté de la presse', les auteurs du premier amendement entendaient simplement adopter le point de vue étroit qui prévalait alors dans la loi anglaise, selon lequel cette liberté ne consisterait qu'en une garantie vis-à-vis de toute censure préalable. » (Juge Sutherland, 1936 ; ma traduction de '*It is impossible to concede that by the words 'freedom of the press' the framers of the amendment intended to adopt merely the narrow view then reflected by the law of England that such freedom consisted only in immunity from previous censorship.*')

La Cour européenne des droits de l'homme ne peut manquer d'être sensible à ce point de vue : « Il s'agit d'assurer non seulement la sauvegarde mais aussi le *développement* des droits de l'homme. » (Frédéric Sudre, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 1994)

S'agissant de la **vulgarité**, la belle pensée d'un juge de la Cour suprême est passée en proverbe aux États-Unis : « Vulgarité selon les uns, poésie selon les autres. » (Juge Harlan ; ma traduction de '*One man's vulgarity is another's lyric.*')

S'agissant de la **diffamation**, l'arrêt *New York Times Co. v. Sullivan* (1964) a rendu extrêmement difficile à une personnalité publique (*public figure*) de gagner un procès. Le plaignant doit faire valoir une « malveillance avérée » (*actual malice*) et la prouver ; en France, c'est l'accusé qui doit prouver sa bonne foi ou l'exception de vérité. La Cour suprême américaine a un peu plus tard restreint cette jurisprudence aux seuls « agents publics » (*public officials*), c'est-à-dire qu'elle applique désormais exactement ce que vise la Cour européenne des droits de l'homme en la matière quand celle-ci demande une « plus grande tolérance » pour les propos tenus par des agents publics et personnalités élues (voir *supra*).

Les **atteintes à la vie privée** sont confondues avec la diffamation et ne reçoivent donc pas non plus un traitement de faveur judiciaire à l'encontre du premier amendement : « Donnant la priorité aux libertés protégées par le premier amendement, la Cour applique les mêmes tests en matière de diffamation et d'atteintes à la vie privée » (O'Brien : *in giving priority to First Amendment freedoms, the Court applies its tests for libel in cases involving invasion of privacy as well*).

S'agissant des **injures** et autres paroles offensantes (*fighting words*), la Cour suprême en a fait « une catégorie virtuellement vide » (*a virtually null category*). Du point de vue français, le droit américain en la vigueur paraît même à peine compréhensible, tellement nous sommes peu familiers avec la liberté. La Cour suprême a ainsi annulé la condamnation d'un individu qui, lors d'une interpellation, avait traité le policier de « fils de pute » et menacé de le tuer (*Goodin v. Wilson*, 1972 : la Cour juge inconstitutionnelle une loi d'État pénalisant les



insultes). Elle a également annulé un arrêté de la Nouvelle-Orléans interdisant d'insulter les agents de police en service (*Lewis v. New Orleans*, 1974).

Des propos qui passeraient en France pour des **menaces** sont libres aux États-Unis, y compris quand ils portent sur les plus hautes autorités du pays. Un citoyen opposé à la conscription pour la guerre du Vietnam est ainsi libre de dire : « Si on me force à porter le fusil, ma première balle sera pour LBJ [Président Lyndon B. Johnson]. » (*If they ever make me carry a rifle, the first man I want to get is LBJ.*) Ce n'est pas une « vraie menace » (*true threat*) selon la Cour (*Watts v. United States*, 1969). De même, un fonctionnaire est libre de dire, après la tentative d'assassinat contre le Président Ronald Reagan : « La prochaine fois, j'espère qu'ils ne le rateront pas. » (*If they go for him again, I hope they get him*) (*Rankin v. McPherson*, 1987).

S'agissant des **fonctionnaires**, seuls les propos tenus dans l'exercice de leur activité ou à l'occasion de cet exercice (*speech made pursuant to their official duties*) sont en dehors de la protection du premier amendement (*Garcetti v. Ceballos*, 2006). Cela signifie que la Cour suprême reconnaît l'existence pour les fonctionnaires américains d'un devoir de neutralité au sens *strict* de cette expression selon la jurisprudence française. (Pour tout le domaine des « dépouilles, les *spoils* du *spoils system*, la question ne se pose pas, ou se pose autrement, puisque les agents publics sont là partisans par définition.)

N'en jetez plus ! Les « formes d'expression non protégées » du titre de l'ouvrage cité sont la peau de chagrin. (L'une de ces reliques, l'*Espionage Act* de 1917 est lui-même sous le feu des critiques depuis maintenant plusieurs années en raison notamment de la procédure contre Julian Assange, le fondateur de Wikileaks.)

Une dernière citation de juge suprême américain, pour conclure, car ces magistrats possèdent indéniablement une élévation de pensée et une largeur de vues dont on aurait peine à trouver l'équivalent ailleurs : « Sous le régime du premier amendement, il n'existe rien de tel qu'une idée fausse. Aussi pernicieuse que puisse sembler une opinion, nous ne comptons pas pour la corriger sur la conscience du juge ou d'un jury mais sur sa confrontation avec d'autres idées. » (Juge Powell : '*Under the First Amendment there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries but on the competition of other ideas.*')

Or, avec internet notamment – même si c'était déjà plus ou moins vrai avec les médias traditionnels – et la généralisation de l'anglais, les citoyens français sont de plus en plus souvent conduits à comparer leurs droits et libertés avec ce qui est en vigueur à l'étranger, et tout particulièrement aux États-Unis, pays qui exporte un volume considérable de sa production culturelle. Il est ainsi peu compréhensible qu'après que la personnalité de télévision américaine Kathy Griffin eut mis en scène une décapitation symbolique du Président Trump devenue virale sur internet (du moins la photo de Mme Griffin brandissant la tête sanglante de Trump), des Français qui l'ont probablement vue soient sévèrement poursuivis par la justice française pour une décapitation symbolique du Président Macron. Certes, Mme Griffin agissait dans le cadre des libertés reconnues aux citoyens américains tandis que les Français en question ont violé un ou deux articles du code pénal français, mais je crains que ces différences flagrantes entre deux pays du monde libre soient de moins en moins bien acceptées par les citoyens du pays objectivement le moins libre et causent au contraire un ressentiment toujours plus grand à l'encontre des autorités nationales qui leur dénie les mêmes droits et libertés que celles dont jouissent nos « amis ». Loin d'être nécessaires, pertinentes, proportionnelles, ces restrictions

semblent devoir fatalement devenir de plus en plus dangereuses pour la stabilité même de nos institutions.

Il est temps que le vieux monde renonce à ses vieilles lunes. *God Bless America.*

## II

### Notes de science administrative et politique

Si une personne, pour telle ou telle raison, entend absolument connaître l'identité d'un internaute quand bien même celui-ci utiliserait un pseudonyme, il lui suffit de rémunérer les services d'un hacker ou autre, qui lui communiquera l'information qu'elle recherche. Le devoir de réserve du fonctionnaire français ne saurait lui imposer de parer les techniques d'espionnage les plus diverses, contre lesquelles un fonctionnaire ordinaire n'a d'ailleurs pas les moyens de se prémunir. Les personnes qui connaissent un fonctionnaire et peuvent par conséquent l'identifier à partir d'un compte internet à son nom sont tenues au même raisonnement : le cas particulier dont elles ressortissent n'infirme pas la règle générale, qui est que toute personne conjecturant une identité de personne sur la base d'éléments non probants et demandant une corroboration, n'est pas fondée à faire passer cette simple conjecture pour une preuve. En d'autres termes, que le nom du fonctionnaire apparaisse à la fois sur le site de son administration et, par exemple, sur un compte Twitter ne permet pas, sans plus, de savoir qu'il s'agit d'une seule et même personne. Ce fonctionnaire a respecté son devoir de réserve s'il a tu en toute circonstance la nature de ses activités professionnelles sur son compte Twitter.

Même si le fonctionnaire publie sa photo sur son compte Twitter, il faudrait pour que le précédent raisonnement soit contredit que sa photo soit également publiée sur le site de son administration. Autrement, le cas particulier des personnes connaissant personnellement ce fonctionnaire n'infirme pas la règle générale (mais plutôt « l'exception confirme la règle »). La comparaison de deux photos sur deux sites différents peut permettre à une personne ne connaissant pas le fonctionnaire de l'identifier de façon probante comme étant à la fois ce fonctionnaire et l'auteur du compte Twitter ; c'est la seule identification probante possible, le reste n'est que conjectures. Une photo parfaitement identifiable ne constitue pas, pour les gens qui ne connaissent pas le fonctionnaire, une preuve que l'auteur du compte Twitter est le fonctionnaire dont le nom figure sur le site de l'administration sans photo.

\*

Un homme d'État qui avait, dit-on, de l'esprit, Winston Churchill, a ainsi décrit la démocratie : « La démocratie est le pire des régimes, à l'exception de tous les autres déjà essayés dans le passé. » J'y vois l'aveu lucide (et spirituel) que la démocratie n'est pas une forme parfaite, que ce régime a ses contradictions. Un régime imparfait ne saurait se placer au-dessus de la critique. Par sa nature même, la démocratie n'est pas au-dessus de la critique, car c'est la tyrannie qui est au-dessus de la critique, pas la liberté. Qu'il y ait en démocratie des critiques de la démocratie elle-même n'a donc rien de choquant. La pratique de l'Assemblée nationale en France confirme cette pensée : députés royalistes et bonapartistes sous la Troisième République, députés communistes, et même staliniens, pendant la Guerre froide...

\*

\*

Il arrive que des dictatures se dotent d'organes délibératifs, parfois même appelés des assemblées ; l'existence d'une assemblée ne suffit donc pas à elle seule à caractériser un pays libre doté d'institutions libres.

\*

Les obstacles que les députés eux-mêmes opposent à l'encadrement du débat parlementaire rendent depuis des décennies les dispositions des règlements des Chambres en la matière totalement inopérantes et les réformes successives et continues pour y pallier, absolument vaines. Certains adoptent le point de vue que de telles dispositions des règlements ne sont pas conformes à ce que doit être l'esprit des institutions démocratiques et se réjouissent par conséquent de leur non-application. Ce qui me conduit à demander comment le Royaume-Uni fait pour se croire un pays démocratique avec des procédures telles que la « guillotine » (*guillotine* ou *closure*), en vigueur depuis 1887, le « kangourou » (*kangaroo motion*), en vigueur depuis 1909, et d'autres, qui font dire à l'anglophile Maurice Duverger que le débat parlementaire en Grande-Bretagne est fortement encadré. – Certes, l'encadrement du débat parlementaire doit être plus simple dans un régime de bipartisme (le régime britannique) que dans un régime de multipartisme.

Alors que la communication des hommes politiques se fait désormais presque à 100 % dans les médias de masse, cette communication est soumise aux propres règles de ces médias, quand bien même ceux-ci, quelle que soit leur importance dans une société démocratique, n'ont pas la légitimité du suffrage universel, tandis que les règles que la représentation nationale se fixe elle-même, dans le règlement de l'Assemblée, la représentation nationale y oppose en permanence l'argument de l'atteinte à la démocratie. Quelle contradiction ! Cette facilité langagière lourde de conséquences passe complètement sous silence la nécessaire discipline que le débat parlementaire doit conserver pour ne pas bloquer le fonctionnement des institutions.

\*

Les dérogations aux libertés fondamentales ont pour principal effet de tirer la communauté citoyenne vers le bas, de l'entraver dans son émancipation et élévation. Le militaire qui n'a pas le droit de se syndiquer, et dont la femme doit s'exprimer le visage flouté à la télévision pour dénoncer les conditions de travail de son conjoint dans le cadre du plan Vigipirate, des mois entiers à dormir dans un gymnase loin de sa famille, tire la citoyenneté vers le bas. Le fonctionnaire, avec son statut désuet de devoirs saugrenus, tire la citoyenneté vers le bas.

Les libertés élémentaires des travailleurs restent lettre morte du fait des dépendances objectives qu'ils subissent au quotidien sur le marché du travail. Que l'administration montre donc l'exemple en assurant concrètement les libertés de ses fonctionnaires, pour que les autres travailleurs puissent revendiquer à leur tour une protection identique.

L'administration doit montrer l'exemple. L'État protège-t-il vraiment la liberté d'expression du peuple, celle du travailleur dépendant d'un employeur ? Pourquoi, sur Twitter, en dehors des personnalités publiques, en dehors des porte-parole d'organisations, d'entreprises, d'institutions, de partis, et en dehors des plumes stipendiées, mercenaires, les utilisateurs sont-ils en grande majorité anonymes ? Quel est le sens de cet anonymat généralisé ? Pourquoi le peuple est-il réduit à l'anonymat ? Doit-on se satisfaire d'être passé du peuple réduit au silence au peuple réduit à l'anonymat ? Il est évident que la majorité de ces internautes anonymes entendent se prémunir des représailles de ceux dont ils dépendent pour gagner leur vie. Ce constat, plus de deux siècles après la proclamation des droits de l'homme et du citoyen, est navrant.

\*

Dans notre État de droit, toute personne, en particulier toute personne mise en cause, est fondée à contester non seulement l'application des normes aux cas d'espèce mais aussi les normes elles-mêmes, soit devant les juridictions internationales de rang supérieur telles que la Cour européenne des droits de l'homme soit devant les juridictions nationales par le recours à une question prioritaire de constitutionnalité.

Il est ainsi parfaitement établi qu'un fonctionnaire a le droit de se prononcer sur le caractère des obligations qui sont les siennes en tant qu'agent public. S'y conformer reste, en l'absence de jugement, une nécessité mais la contestation verbale, réfléchie des règles auxquelles une personne est soumise, non seulement n'implique pas en soi la violation de ces règles mais est la base même du pacte démocratique, qui reconnaît à tout citoyen, même fonctionnaire, le droit de s'exprimer sur les normes qui doivent s'appliquer dans la société.

\*

Les classes sociales ne se distinguent plus aussi nettement qu'autrefois par la ségrégation du langage. Des termes qualifiés autrefois d'argotiques dans le dictionnaire sont entrés dans le registre « familial », les termes autrefois « familiers » ne sont plus décrits en tant que tels et leur usage passe pour parfaitement acceptable dans le plus large éventail de registres.

La charge d'outrage d'un gros mot n'est souvent plus aussi lourde que par le passé. Les médias regorgent de vocabulaire vulgaire, nous en sommes tous imprégnés, la contrariété conduit à prononcer des gros mots même aux personnalités publiques. J'ai grandi en regardant, diffusés à une heure de grande audience tous les jours de la semaine, les célèbrissimes *Guignols de l'info*, dont une des plus fameuses répliques à l'époque était « J'ai niqué Couilles Molles »...

Récemment, le mot « déconner » a été employé par le Président de la République lors d'une réunion publique. Le mot « déconner » vient de « con » et n'appartient pas au registre relevé. Si le propos a choqué, si d'aucuns ont parlé de « dérapage », d'« insulte », ce n'est pas sur la forme puisque, par exemple, l'un des hommes politiques à avoir réagi à ce propos de manière critique a dit au micro d'un journaliste : « Il y a un mépris de classe. Le Président de la République a en permanence ce mépris de classe. Ceux qui sont dans la difficulté n'ont pas toujours déconné, loin de là. » (N. Dupont-Aignan) Par conséquent, du point de vue de ce dernier, si le propos est critiquable, ce n'est pas en raison de l'emploi du mot « déconner », qu'il emploie lui-même sans s'excuser.

Voici un florilège d'expressions employées devant les caméras par le Président de la République au cours de sa carrière politique : « pognon de dingue », « se tailler un costard », « foutre le bordel », « c'est pas bibi », « c'est de la pipe » (qui semble être une euphémisation de « c'est du pipeau »), « raconter des craques »... (sans parler de l'expression « [l'embarcation appelée kwassa-kwassa] amène du Comorien », peu respectueuse de l'humanité des personnes en question).

\*

Il est étonnant, mais surtout affligeant, qu'un ancien législateur puisse être membre, et même président, du Conseil constitutionnel malgré la réforme ayant introduit les questions prioritaires de constitutionnalité (QPC), c'est-à-dire un contrôle de constitutionnalité sur les lois votées dans le passé. Si une loi qu'un membre du Conseil a contribué à faire adopter en tant que législateur est soumise au contrôle du Conseil, ce membre se trouve dans la position de juge et partie.

Si un membre quelconque du Conseil constitutionnel a voté une loi dont le Conseil est saisi par voie de QPC, ce membre devrait se récuser en vertu du principe « *nul ne peut être juge et partie* » (*Nemo iudex in causa sua*). Il faut que ce soit clair au cas où le constituant a omis d'envisager l'hypothèse lorsqu'il a constitutionnalisé les QPC.

\*

Nous considérons que le droit européen a consacré une forme de droit non écrit que nous qualifierions de principe de subsidiarité de la liberté. Dès lors que « *la liberté est la règle et l'interdiction l'exception* » (formule du Conseil d'État français qui rappelle un principe fondamental de l'ordre juridique républicain), le citoyen européen doit pouvoir opposer au juge national la liberté que la loi nationale lui refuse si une loi d'un pays européen la reconnaît. Les citoyens européens sont tous égaux et ont droit aux mêmes libertés ; s'ils ne sont point égaux et n'ont point droit aux mêmes libertés, ils ne partagent pas une même citoyenneté européenne. Principe de subsidiarité de la liberté, donc, parce que la législation nationale est subsidiaire s'il existe une législation moins restrictive dans l'Union. C'est une conséquence nécessaire des principes posés par les traités normatifs.

Par exemple, si les agents publics de tel ou tel pays de l'Union européenne bénéficient d'un régime d'obligations plus libéral que le régime français, le fonctionnaire français a le droit de se prévaloir du même régime que celui de ses concitoyens européens, c'est-à-dire de leur liberté, contre les atteintes de l'État français à son endroit. Comme indiqué, c'est une conséquence nécessaire de la citoyenneté européenne inscrite dans le traité de l'Union européenne, et l'on ne saurait la méconnaître sans affirmer par là-même que le traité est rempli de phrases creuses.

Dans ce domaine comme dans bien d'autres, la France est particulièrement répressive. Nous rappelons que le dernier classement des démocraties de l'*Economist Intelligence Unit* pour l'année 2018 (*Democracy Index*, disponible en ligne), classe la France au vingt-neuvième rang, parmi la catégorie des « démocraties imparfaites » (*flawed democracies*). La France est derrière les pays suivants de l'Union européenne : Suède, Danemark, Irlande, Finlande, Pays-Bas, Luxembourg, Allemagne, Grande-Bretagne, Autriche, Malte, Espagne, Estonie, Portugal. C'est-à-dire que, sauf la Belgique, l'Italie, la Grèce et Chypre, la France est le moins démocratique des pays d'Europe occidentale (au sein de l'UE, mais la Norvège, l'Islande et la Suisse sont également devant).

Le même constat peut être fait à partir du *Human Freedom Index* (France : 32<sup>e</sup> rang en 2018) et du *Press Freedom Index* (France : 33<sup>e</sup> rang en 2018). Ces indices se corroborent l'un l'autre.

\*

« *La République ne reconnaît, ne salarie ni ne subventionne aucun culte* » (article 2 de la loi de 1905 de séparation de l'Église et de l'État). En vertu de la loi, dès lors que l'État laïque ne reconnaît aucun culte, il ne distingue pas entre cultes *majoritaires* et *minoritaires*. Si une religion, parce que minoritaire, était légalement prémunie de la caricature, l'État laïque reconnaîtrait le même droit aux autres religions, même à une religion majoritaire. La problématique de la protection des minorités ne relève donc pas du même sujet, et il faut par conséquent faire une différence entre la critique de la religion et la critique de personnes appartenant à des minorités raciales ou sexuelles au nom de cette appartenance.

Outre l'absence de reconnaissance par la République de religions minoritaires et majoritaires, la critique de la religion est conditionnelle, la religion étant un ensemble de (croyances et) pratiques, tandis que la critique de la race est forcément inconditionnelle puisqu'un individu ne peut changer de race. Un individu ne doit pas être contraint de changer de religion contre sa volonté mais il ne peut demander, en vertu des principes qui viennent d'être énoncés, que sa religion soit prémunie par la loi de toute critique. Ce qui n'empêche pas que l'État laïque ne doit pas discriminer contre des individus en raison de leur religion, comme de leur race. Les deux principes (non-discrimination pour religion et libre critique de la religion) ne sont pas contradictoires et découlent en réalité tous deux de la liberté de culte.

En outre, il ne faudrait pas que des individus puissent se prévaloir de leur religion pour se prétendre au-dessus de la critique et couvrir par ce moyen d'éventuelles turpitudes. Or c'est

ce qui se produirait si leur religion mettait par principe des individus, ou des idéologies, à couvert de la critique.

La laïcité est la liberté de culte et la liberté de ne pas avoir de religion. Elle est aussi la liberté de faire du prosélytisme : « *Le prosélytisme est propre à chaque religion et ne saurait en soi être considéré comme fautif.* » (Cour d'appel de Montpellier, 13 juin 2000) Il en découle nécessairement que la critique de la religion est libre, à défaut de quoi personne ne pourrait faire de prosélytisme (qui implique de mettre en avant une religion par rapport aux autres, de hiérarchiser les religions) ni ne pourrait se justifier de n'avoir aucune religion (car la justification de l'athée ou de l'agnostique passe nécessairement par une critique de la religion en général et/ou des religions en particulier).

La France ne passe pas, au niveau international, pour être particulièrement respectueuse de la liberté de culte, notamment du fait de sa lutte contre les dérives sectaires. On peut citer le cas de la scientologie et des Témoins de Jéhovah, pour lesquels les États-Unis ont exprimé des « préoccupations » (USCIRF, Commission des États-Unis pour la liberté religieuse internationale), ou encore celui des Brahma Kumaris, qui figurent parmi les sectes du rapport parlementaire de la MIVILUDES alors qu'ils ont une représentation à l'UNESCO, dont le siège est à Paris, sans parler de la loi française relative au voile islamique qui vient d'être « condamnée » (c'est un simple avis) par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. L'État français exerce donc une forme de critique de la religion à son niveau et il serait par conséquent incohérent qu'il la condamne chez les citoyens français.

P.S. Le terme de « critique » ici employé ne figure pas dans la loi, qui condamne les injures ou les incitations à la haine. Cependant, la frontière est extrêmement floue entre la critique et l'injure ou l'incitation, et il n'est pas sain que le juge soit établi en arbitre de ces questions, car c'est en faire un arbitre de la pensée, laquelle doit être libre. L'objet de cette section était de montrer que, même dans le cadre légal actuel, répressif pour la liberté d'opinion et d'expression, l'inclusion de la « religion » parmi les motifs aggravants dans les cas d'injure ou d'incitation est extrêmement problématique et, de fait, largement incohérent avec les autres pans de notre droit.

\*

Dans le domaine de la liberté d'opinion et d'expression, il est d'autant plus important que la liberté soit la règle et la restriction l'expression que la pensée est dialectique et que quelqu'un qui n'a pas examiné avec la même probité la thèse et l'antithèse d'une question ne peut dire avoir pensé, il en est resté aux opinions préconçues. Toutes restrictions en ce domaine interférant avec le processus de la pensée, elles doivent rester aussi exceptionnelles que possible. C'est là sans doute un truisme puisque le principe est consacré depuis longtemps, mais la pratique a malheureusement tendu à s'en écarter, avec la création d'un véritable contentieux de masse.

Cette remarque relative au système judiciaire français est également valable pour des procédures disciplinaires envers des agents publics. Un devoir de dignité, par exemple, ne devrait pas être opposé à la pensée individuelle, qui, dans son cheminement dialectique, doit



pouvoir « penser l'indigne », et un fonctionnaire ne peut renoncer, en tant qu'il reste un être humain, à la pensée. En outre, sans doute fatalement, les lois de restriction de la parole, si elles ont contribué à créer en la matière un contentieux de masse incompatible, en réalité, avec un ordre républicain (la liberté est-elle encore la règle quand il existe un contentieux de masse sur des restrictions à la liberté d'expression ?), n'atteignent pas leur objectif affiché, concernant la protection des minorités, puisque les études sur les discriminations à l'embauche ou les contrôles au faciès, par exemple, montrent que ceux-ci restent fréquents en France. L'approche des États-Unis d'Amérique en ces matières, totale liberté d'expression et lois anti-discrimination (à l'embauche), est la seule voie véritablement démocratique.

Or ce pays a également une approche plus démocratique de la fonction publique. La question du devoir de réserve et de neutralité des agents publics se pose en effet aux États-Unis de manière différente, ou plutôt ne se pose pas, en raison du *spoils system* (système des dépouilles), qui fait qu'une majorité politique remplit elle-même, en puisant dans ses propres rangs, les postes de la haute fonction publique. Dès lors, la haute administration nord-américaine adhère par conviction à la politique conduite par la majorité politique. Le sociologue Max Weber a montré divers défauts de cette conception de l'État, qu'il décrit comme archaïque et vouée à être remplacée partout par le système qui constitue véritablement l'État moderne selon lui, à savoir une administration occupée par des fonctionnaires indépendants du pouvoir politique, techniciens neutres et impartiaux de la chose publique. Mais cette conception serait elle-même excessivement problématique, serait une violence à la nature humaine plus grande que les vieilles morales ascétiques, si elle aboutissait à concevoir la neutralité et l'impartialité comme imposant au fonctionnaire de n'avoir aucune opinion personnelle, ou d'avoir telle ou telle opinion. Impartial ne veut dire ni sans opinion ni centrisme.

\*

Fonctionnaire international, Cornélius Castoriadis (1922-1997) fut économiste à l'OCDE, où il occupa à la fin de sa carrière un poste de directeur de département. En même temps révolutionnaire déclaré, théoricien de l'autogestion ouvrière, il écrivait sous pseudonyme ce que d'aucuns pourraient appeler des brûlots anticapitalistes, dont il ne révéla être l'auteur qu'après sa retraite (à cinquante ans), où il en publia une nouvelle édition sous son vrai nom. Le fait qu'il ait écrit ce qu'il a écrit entache-t-il la neutralité de ses travaux d'économiste senior pour l'OCDE ? Si la réponse est oui, l'anonymat était lui-même une faute vis-à-vis de l'institution qui l'employait car la révélation *ex-post* de ses écrits jette de manière rétrospective le discrédit sur celle-ci. Si la réponse est non, l'anonymat n'était pas justifié. Ou bien l'anonymat était justifié seulement comme une défense face à de la malveillance toujours possible. Mais, dans un État de droit, la malveillance ne doit pas prévaloir sur le droit.

### III Le plus libre est le seul qui le soit

*« Nous vivons dans la nation la plus grande, la plus libre et la plus prospère du monde, et pourtant trop de nos concitoyens ne croient pas que leur vie ait un sens ou une valeur. »*

Cette citation est tirée du livre de George W. Bush, *A Charge to Keep* (1999), ridiculement traduit en français (à moins qu'il ne s'agisse d'une intention malveillante de ridiculiser l'auteur) *Avec l'aide de Dieu*.

La première partie de la citation est tout ce qu'il y a de plus vrai : les États-Unis d'Amérique sont la nation la plus grande, la plus libre et la plus prospère du monde. Ce pays doit selon nous sa grandeur suprême à son éminente liberté, et principalement à son droit du Premier Amendement relatif à la liberté d'expression. C'est le seul pays qui ait tiré, et ce très tôt dans son histoire, les conséquences de cette liberté et ne lui oppose pas comme les autres démocraties, ou prétendues telles, de fallacieuses considérations d'ordre public qui ne visent en réalité qu'à protéger les classes dirigeantes de toute forme de véritable contestation.

Les magistrats américains méritent l'hommage du monde entier pour la constance avec laquelle ils défendent l'exception américaine du droit de la liberté d'expression, une exception qui devrait être la règle. Je ne connais pas de libre penseur qui ne soit d'accord avec cela. Je ne connais ici, dans mon pays, que de lâches mercenaires de la plume, qui feraient mieux de la poser une fois pour toutes puisqu'ils se contentent désormais le plus souvent de vitupérer contre des opinions que le juge est de toute façon chargé de réprimer, et il n'a pas besoin d'eux pour le faire ; en voilà qui ne risquent pas d'être contredits (vu, par ailleurs, qu'on parle de moins en moins français dans le monde) ! Je ne discute pas avec ceux qui se réjouissent de voir des opinions condamnées par la justice et se félicitent de ce genre de lois ; je ne veux pas non plus les appeler mes amis, même quand nos convictions seraient les mêmes sur la plupart des sujets importants.

Par la sanctuarisation du Premier Amendement, les juges américains ont fait davantage pour l'émancipation de l'humanité que tous les politiciens des autres démocraties, ou prétendues telles, réunies, et sans doute des politiciens de leur propre nation, puisque cette sanctuarisation qui est leur œuvre s'oppose le plus souvent au vote des législatures des États, qui semblent souffrir autant que dans les autres pays d'une inextinguible soif de répression.

Ces derniers temps, comme une traînée de poudre, comme une épidémie foudroyante, vingt-sept États ont adopté des lois « anti-boycott », forçant leurs fonctionnaires à prêter serment de ne pas boycotter un certain État étranger qui le mérite pourtant compte tenu de son mépris du droit international et des droits de l'homme, l'État sioniste, ou refusant tous contrats publics aux entreprises soutenant un tel boycott. Trois de ces lois ont été déjà déclarées inconstitutionnelles, contraires au Premier Amendement, par le juge américain, et je ne doute pas que c'est le sort réservé aux vingt-quatre autres dans les plus brefs délais.

Également, aujourd'hui même [31 juillet 2019] une cour fédérale américaine vient de rejeter les poursuites à l'encontre de Wikileaks, indiquant que la publication de ces documents est protégée par le Premier Amendement, et ce malgré les infamantes accusations portées par

les personnalités les plus influentes et de tous les bords contre cet homme, cet étranger (Julian Assange est citoyen australien), cet « espion » à la solde des forces du mal...

Aucune pression, aucune menace ne semble pouvoir atteindre ces juges incorruptibles animés par la conviction que le Premier Amendement de la Constitution américaine est le bien le plus précieux de l'humanité, et qu'en faire une coquille vide, comme est le droit de la liberté d'expression dans les autres pays, serait une régression vers la barbarie dont l'humanité pourrait ne jamais se relever.

L'énorme poids qui pèse sur leurs épaules ne les rend que plus admirables, que plus augustes et vénérables, le fait qu'ils soient seuls contre tous les autres pouvoirs : pouvoirs des nations étrangères, pour lesquels l'exception américaine sera toujours un affront, comme la vertu est un affront au vice, et pouvoirs constitutionnels des États-Unis eux-mêmes, en proie trop souvent aux convulsions de la démagogie.

*The day the First Amendment is an empty shell will have ceased God to bless America. May He prevent such a day from ever happening. And God bless America.*

\*

Le droit français est le dévoiement napoléonien, autoritaire et militariste, de la révolution française des droits de l'homme inspirée des Constitutions des États américains.

Par sa révolution de 1789, la France avait vocation à devenir un système de *common law*. La codification napoléonienne est revenue sur les réformes révolutionnaires qui allaient en ce sens pour ramener le droit français dans les ornières romanistes de la monarchie absolue.

Sachant que le droit romaniste sous sa forme napoléonienne est la forme qui a prévalu grosso modo dans l'ensemble de l'Europe continentale, il convient de distinguer en Occident (mais aussi dans les autres parties du monde où l'influence occidentale s'est exercée) deux formes de société : l'une appliquant la *common law*, l'autre le droit napoléonien. Or, les deux formes affirmant obéir, sous l'empire de la raison, aux mêmes principes suprêmes, à savoir le respect des droits de l'homme et l'émancipation de l'humanité, et l'une de ces formes, le droit continental, *n'étant à cet égard que le dévoiement de l'autre*, il s'ensuit que le droit romaniste napoléonien doit être démantelé complètement, réduit au néant à tout jamais.

\*

Énorme : la règle de l'épuisement des voies de recours internes (pour saisir la Cour européenne des droits de l'homme) est interprétée comme signifiant que la juridiction internationale saisie après l'épuisement est « subsidiaire » ! Au contraire, malgré la lettre de ses statuts, la Cour EDH est clairement une juridiction suprême, et c'est bien ce qu'elle doit être.

\*

La possibilité de poursuites judiciaires a un effet plus dissuasif sur la liberté d'expression dans un système romaniste, où le droit est régalien, que dans un système de *common law*, où le droit est contentieux.

\*

En 1937, un chirurgien et son patient sont jugés pour une opération de stérilisation effectuée après accord entre les deux. « L'intention de blesser existe dans cette résection des canaux, et cela suffit », déclare le juge. En quoi ce raisonnement obtus du juge est-il utile à la société ? La défense répond que la circoncision est également une « intention de blesser » et qu'elle est cependant admise. « Comparaison n'est pas raison », réplique le juge, qui voit dans la circoncision un « rite destiné à favoriser la fécondation » (!) tandis que la vasectomie est tout le contraire... Est-ce de porter une robe comme une femme qui le fait rêver de fécondité ? Mais surtout, quelle loi, quel article du code lui demande de favoriser la fécondité plutôt que le contraire ? Enfin, cette réponse est l'admission que, contrairement à ce que le juge a tout d'abord prétendu, l'intention de blesser ne suffit pas, puisqu'il y faut en outre l'absence d'un rite de fécondation... (Tiré de *Le droit pénal*, 1990, de Jean Larguier)

Sachant que nos concitoyens lisent et entendent ce genre d'histoires véridiques, il ne faut pas s'étonner que le plus innocent puisse manifester des signes de trouble et d'inquiétude devant un tribunal : cela ne provient pas forcément de la culpabilité de la personne, c'est peut-être plutôt qu'elle se doute de qui elle a affaire.

Un juge, en France, a condamné le propriétaire d'une voiture volée pour l'accident provoqué par le voleur. Il faut s'attendre à tout.

\*

Je lis un précis sur le droit constitutionnel en vigueur à Singapour. Vu que l'auteur (le Singapourien Kevin YL Tan) ne fait pas remonter l'histoire du droit à Singapour au-delà de la colonisation britannique, il semble bien que les Anglais aient à juste titre déclaré le territoire, en y posant le pied, *terra nullius*, comme l'Australie !

\*

L'idée que le scrutin proportionnel est plus juste que le scrutin majoritaire, idée que « *pratiquement personne ne met en cause* » (Robert Dahl), repose sur une illusion. C'est la même, dans l'esprit de Dahl, que celle qui voudrait qu'un régime multipartisan soit plus

démocratique qu'un régime bipartisan. Qu'en est-il en réalité ? Tout d'abord, dans un régime multipartisan les partis qui entrent au Parlement n'appliquent pas leur programme électoral mais un pacte ou accord de coalition négocié immédiatement après les élections (par exemple, qu'est-ce que le PC allié au PS sinon un PS *bis* ?). Ensuite, il n'y a pas de différence fondamentale que le débat ait lieu entre une pluralité de partis plutôt qu'au sein de deux partis : la diversité des plateformes électorales dans un régime multipartisan est l'équivalent de la diversité des courants au sein des deux partis qui débouche sur deux plateformes électorales dans un régime bipartisan, dès lors que les deux partis fonctionnent démocratiquement, avec des primaires.

Ainsi, le régime bipartisan (où le scrutin proportionnel n'a pas vocation à exister), loin d'être moins juste, moins démocratique que le régime multipartisan (qui fonctionne naturellement avec le scrutin proportionnel, mais pas en France, régime que je qualifierais plus volontiers de bâtard que de mixte), est le seul véritablement démocratique, puisque c'est le seul qui, dans tous les cas, engage un parti élu sur sa plateforme électorale plutôt que sur un pacte de coalition indépendant du choix des électeurs. Dans un régime multipartisan, le seul cas où le choix des électeurs peut être véritablement respecté par le parti au pouvoir est quand celui-ci obtient, parmi les multiples partis se présentant aux élections, une majorité absolue, et c'est plutôt l'exception que la règle. Quand, au contraire, les élections n'opposent que deux partis, l'un obtient forcément la majorité absolue.

Le mépris de l'électeur va si loin dans les régimes multipartisans que, bien que les coalitions soient en réalité souvent déjà déterminées avant l'élection, ce qui se traduit par une répartition concertée entre plusieurs partis des circonscriptions où les uns et les autres présentent des candidats, chaque parti continue de défendre son propre programme plutôt qu'un accord de coalition qui déterminera véritablement la politique conduite au terme des élections.

Cette logique existe en France, régime multipartisan avec scrutin majoritaire. La disposition constitutionnelle selon laquelle « tout mandat impératif est nul » prend dès lors une coloration ironique puisque, de fait, sauf cas de majorité absolue d'un parti (plus de 50 % des voix à lui seul), le mandat impératif est impossible : un candidat ne peut appliquer le programme pour lequel il a été élu, il doit appliquer le pacte conclu par son groupe parlementaire avec les autres groupes pour dégager une majorité absolue des voix au Parlement, pacte conclu sur la base de négociations échappant au processus électoral. Ce que devraient donc dire aux électeurs les partis, dans les régimes multipartisans, c'est qu'ils soumettent à leur choix tout au plus des propositions à soumettre à la négociation entre partis représentés au Parlement en vue d'une coalition majoritaire – et non un programme à proprement parler. Ce serait de la plus élémentaire honnêteté intellectuelle ; et les électeurs comprendraient qu'un régime bipartisan est préférable.

\*

Le *wergeld* synallagmatique est conforme à l'anarchie proudhonienne, fondée sur le droit contractuel. L'émergence de la conception du fait pénal comme trouble à l'ordre public est le moment totalitaire par excellence.

\*

La *real property* anglaise ne connaît pas les pleins pouvoirs de l'*usus, fructus et abusus* de la propriété romaniste, seulement un *estate (real estate)*, un intérêt sur le bien. Ainsi la propriété n'est-elle pas forcément le vol, selon la célèbre formule de Proudhon dans *Qu'est-ce que la propriété ?*, qui est une critique de la conception romaniste. L'*estate* du droit anglais n'est pas le vol, jusqu'à preuve du contraire.

\*

La justice américaine est cette justice qui a condamné pour fraude fiscale Al Capone, le plus grand criminel de son temps. – Il n'est pas démontré que les autres pays aient fait mieux.

#### IV Par delà le rien et le banal

La France est un des pays du Conseil de l'Europe les plus mal classés en matière de liberté d'expression, l'un des plus condamnés dans ce domaine par la Cour européenne des droits de l'homme, avec la Russie et la Turquie. Et ce depuis des années. Notre droit en la matière, c'est la loi de 1881 sur la presse, mais aménagée par les « lois scélérates » quelques années plus tard, à la suite des attentats anarchistes. Depuis lors, on n'a fait que suivre la pente des lois scélérates chaque fois que nos élus ont cru bon par là de satisfaire tel ou tel lobby ou parce que cela les met eux-mêmes à l'abri des critiques. La prochaine étape, actuellement discutée par un comité Théodule à la demande de la garde des sceaux, est de sortir des pans entiers du droit de la presse pour les verser au droit pénal commun, ce qui veut dire mandats d'arrêt, gardes à vue, perquisitions, comparutions immédiates, etc, pour des propos ou des écrits (cela a déjà été fait pour l'« apologie de terrorisme »). Ainsi, un auteur sera jugé par le juge habitué à envoyer au mitard délinquants et criminels de droit commun.

Une autre étape sera – c'est demandé par certains – de criminaliser le « complotisme », si bien que la ligne officielle du gouvernement ou de l'administration sur n'importe quel sujet ne pourra plus être contestée. D'ailleurs, un préfet de police vient, illégalement à mon sens, de refuser la prolongation du permis de séjour d'un Marocain en raison de messages « complotistes » publiés sur Facebook. Une loi suivra, c'est certain.

Les États-Unis ont raison de se dire le pays le plus libre du monde. Le droit américain de la liberté d'expression (*First Amendment*) est un monument de la raison humaine. Il reste quelques reliques du passé, comme l'*Espionage Act* de 1917 qui permet aujourd'hui de harceler judiciairement Julian Assange, mais l'arbre ne doit pas cacher la forêt. D'ailleurs, une cour fédérale américaine vient de rejeter une plainte contre Wikileaks en indiquant que la publication des documents par Wikileaks était protégée par le Premier Amendement. J'avais bon espoir que ce fût le cas et j'ai eu l'occasion de publier des tweets avec de la jurisprudence de la Cour suprême américaine qui pouvait s'appliquer au cas d'Assange dans le sens d'un abandon des poursuites ou d'une relaxe. Ce n'est pas encore le fin mot de l'histoire (malheureusement pour Assange) mais c'est une belle bataille de gagnée.

\*

La France figure dans le peloton de tête des pays du Conseil de l'Europe en ce qui concerne les condamnations pour violation de la liberté d'expression par la Cour EDH, c'est-à-dire que la 17<sup>e</sup> chambre correctionnelle spécialisée en « droit de la presse » (*sic*) est connue pour être particulièrement répressive si on la compare, non à la Corée du Nord ou à l'antiquité, mais à nos voisins (sans même parler des États-Unis : cf *supra*).

Il y a pourtant des avocats qui vous soutiennent mordicus que la 17<sup>e</sup> chambre n'est pas répressive ! Comme dans les autres milieux, la majorité des juristes français ne connaissent rien au-delà des Pyrénées.

\*

On me demande : « Pourquoi avoir tweeté ci ? pourquoi avoir tweeté ça ? pourquoi ? pourquoi ? » Quand j'étais aux États-Unis, mon amie Kate me dit un jour un adage de là-bas : « *If you've got them, flaunt them* », « Si vous les avez, montrez que vous les avez » (en sachant que *flaunt* est un mot fort qui indique l'ostentation : montrer ostentatoirement, faire parade de...) Elle parlait des seins d'une femme (elle n'ayant pas de poitrine). Je trouve amusant que ce soit une femme élevée dans un milieu mennonite (les Mennonites sont des anabaptistes, dont une des branches les plus radicalisées sont les célèbres Amish) qui m'ait sorti cela. Elle voulait dire que les Américaines plantureuses mettent volontiers leur poitrine en valeur par leur façon de se vêtir. J'étais prêt à adopter telle quelle cette maxime comme devise pour moi, bien que ce fût, comme je le découvris entre-temps, une version un peu aménagée de l'adage réel, qui va au-delà des fortes poitrines : « *If you've got it, flaunt it* » (Si vous l'avez, montrez que vous l'avez). Un talent, une qualité quelconque ne doivent pas rester cachés. C'est ma réponse désormais : quand on a de l'esprit, on le montre, c'est pourquoi je tweete les traits d'esprit qui me viennent. C'est certes une entorse à la modestie que de se dire plein d'esprit, mais il est des cas, par exemple s'il s'agit d'un moyen de défense judiciaire, où l'immodestie est excusée.

\*

« Le pape François prend position contre l'utilisation des procédures judiciaires dans les processus politiques et sociaux. Il dénonce les opérations multimédiatiques qui accompagnent ces persécutions. Il déclare que ces pratiques mettent en danger les démocraties. » (Tweet de J.-L. Mélenchon)

Et le pape cite le néologisme *lawfare*, le *warfare* par l'appareil judiciaire.

La pseudo-indépendance du pouvoir judiciaire tellement évidente en France (« spécificité française » du ministère public) place celle-ci aux premiers rangs des démocraties en danger – et en réalité des pseudo-démocraties. « *Dans les pays anglo-saxons, le troisième pouvoir est confié à des organes absolument indépendants aussi bien des gouvernants que des gouvernés, de façon à réaliser une justice aussi exacte que possible. En France, malgré toutes les doctrines officielles, les tribunaux sont considérés en fait depuis Napoléon comme une branche particulière de l'Administration, et le pouvoir juridictionnel est, au point de vue politique, une partie spéciale du pouvoir exécutif.* » (Maurice Duverger, *Les régimes politiques*, 1965) Une réforme de la justice a-t-elle démenti ces paroles entre-temps ? Non.

Or l'utilisation des procédures judiciaires dans les processus politiques et sociaux est possible surtout grâce à la pénalisation de la parole : de fait, une telle pénalisation est *prima facie* une interférence illégitime dans les processus politiques et sociaux (voir la jurisprudence de la Cour suprême américaine).

\*



Ne pas attaquer la jurisprudence nationale dans un recours contre l'administration française est impossible pour quelqu'un qui doit dès le début annoncer qu'il a l'intention de saisir la Cour européenne des droits de l'homme le cas échéant. Car il devra la saisir en invoquant des défaillances du droit national et de son exercice en matière de droits de l'homme et de libertés fondamentales. Autrement dit, il doit arriver devant le juge national en le regardant droit dans les yeux et en lui disant : « Je vous conteste. » Si c'est de nature (pour des raisons psychologiques plutôt que juridiques) à faire échec à la requête au plan national, c'est un argument sérieux contre le juge national, mais cela conduit aussi à contester la procédure CEDH elle-même, à savoir le nécessaire épuisement des voies de recours internes et l'introduction d'un moyen CEDH devant le juge national dès le début de la procédure. Une telle organisation est la moins favorable possible au plein développement des dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En réalité, le droit des libertés fondamentales en Europe passe nécessairement par une Cour européenne des droits de l'homme qui exerce son contrôle de conventionnalité du droit national en pouvant être saisie à tout moment par les parties à un procès.

\*

Les journaux satiriques bénéficient en France d'une « immunité prétorienne » (Bernard Beignier), tout comme les paparazzi. Quand on a des capitaux derrière soi, la justice ne se mêle de rien.

\*

Les partis politiques sont, comme le disait Duverger, les grands oubliés du droit constitutionnel. C'est pourtant là que tout se passe, comme le même le disait encore. C'est là que les bons postes sont distribués, les immunités légales et celles de fait des positions électives – immunités « de fait » car on peut toujours faire porter le chapeau à un fonctionnaire.

\*

La démocratie étant une idée qui ne peut se contredire elle-même, on ne peut pas dire que les *hate speech laws* sont démocratiques *et* ne le sont pas. Pour la Cour suprême américaine, elles ne sont pas démocratiques, elles sont donc inconstitutionnelles. De ce point de vue, la France n'est pas une démocratie.

Si la Cour suprême des États-Unis casse systématiquement (déclare inconstitutionnelles) les *hate speech laws*, c'est pour de bonnes raisons démocratiquement correctes. Et c'est parce que, chez nous, le pouvoir judiciaire est faible (on peut même dire, dès lors qu'il n'est pas indépendant, qu'il est inexistant en tant que pouvoir constitutionnel) que la parole est corsetée.

\*

La philosophie (et la jurisprudence) de la Cour européenne des droits de l'homme est à l'exact opposé de celle de la loi française en matière d'outrages, injures et diffamations, qui a donc vocation à exploser. En France, et c'est complètement stupide, les élus, en tant que dépositaires de l'autorité publique, sont plus protégés que les particuliers, tandis que pour la Cour EDH ils doivent de toute nécessité se montrer plus tolérants vis-à-vis de propos les concernant, *eu égard aux impératifs du débat démocratique*, et c'est la sagesse même.

Ce qui signifie concrètement que toute personne condamnée pour injure ou diffamation en France peut (et selon moi doit) porter son affaire devant la Cour EDH et la faire juger à l'aune d'une saine jurisprudence plutôt qu'à celle d'une loi scélérate.

\*

Les deux auteurs d'un *Que sais-je ?* se lamentent que la Cour pénale internationale soit venue porter un coup au « dogme » (ils se vantent de défendre un dogme !) de l'immunité parlementaire. Comme si cette dernière existait encore, alors qu'un député qui écrit des choses outrageuses ou autres dans un rapport parlementaire en bénéficie tandis que, s'il veut faire un compte rendu loyal de son rapport diffamatoire dans les médias, il sera poursuivi en justice. Il est absurde de prétendre que l'immunité existe encore dans ces conditions. Le « cadre précis » – c'est encore une expression des auteurs – de l'activité d'un député n'est pas cet espace topologique qui s'appelle le Palais-Bourbon ! C'est là du pur fétichisme, comme pour les églises, refuges des criminels au moyen-âge.

## V

### Du droit français ou Le triomphe des microcéphales

Partageant le point de vue de ceux qui s'opposent à la loi de l'actuel gouvernement contre les *fake news*, je pense en même temps qu'il serait grand temps de revisiter de fond en comble notre loi de 1881, laquelle, à son article 27, connaît déjà le délit de « propagation de fausses nouvelles » (passible d'une amende de 45.000 ou 135.000 euros suivant les cas). La loi liberticide sur les *fake news* n'est qu'une façon de récrire notre droit en anglais, si j'ose dire. Certes, la loi *fake news* introduit des mesures de censure modernes adaptées aux nouvelles technologies, dont ne parle pas l'article 27, mais il existait déjà, là encore, des mesures de censure, prévues à d'autres articles, saisie de journaux et autres, si bien que véritablement cette loi *fake news* n'est rien d'autre que la transposition du droit français à la situation nouvelle créée par les outils numériques. *La philosophie n'a pas changé*, c'est la loi de 1881 qu'il faut revoir de fond en comble dans un esprit résolument... résolument... Le mot que je cherche n'existe pas en français.

\*

### La France est-elle une République ?

« *La France est une république, et cette forme est consacrée dans la Constitution, mais il ne viendrait à l'idée de personne de vouloir interdire aux royalistes qui souhaitent un royaume de s'exprimer.* » (M<sup>e</sup> R. de Castelnaud, sur son site internet « Vu du droit »)

Cette affirmation n'a rien d'évident, vu notre droit.

En effet, la dissolution judiciaire d'une association peut être prononcée « *en cas d'atteintes au territoire national et à la forme républicaine du gouvernement* ». Je ne vois pas comment un projet royaliste ne serait pas une atteinte à la forme républicaine du gouvernement et j'avoue par conséquent ne pas comprendre, vu notre droit, que l'on n'interdise pas aux royalistes de se constituer en associations, alors même que d'autres associations sont dissoutes de temps à autre pour le motif en question.

En outre, compte tenu des termes « *atteintes au territoire national* », on ne comprend pas non plus qu'il existe, en Polynésie française et sans doute dans d'autres territoires ultramarins, des partis indépendantistes dont le programme (qui n'a rien d'occulte) est précisément le démembrement du territoire national.

Il s'agit de graves incohérences qui fragilisent à l'extrême la sécurité juridique de notre société, car personne ne peut comprendre la norme juridique dans de telles conditions.

Tout cela pour dire que le ver est dans le fruit de manière bien plus profonde : les royalistes ne sont pas interdits mais le droit dit qu'ils devraient l'être. Le ver de la répression est entré profond, cela fait longtemps qu'il creuse.

Ma source est le site officiel associations.gouv.fr <https://www.associations.gouv.fr/1006-dissoudre-une-association.html#cas-d298a1-3>.

La citation entre guillemets est tirée de la section « Dissolution judiciaire ». Je suis surpris de voir que les motifs possibles d'une dissolution judiciaire (par le juge) sont bien moins nombreux que ceux d'une dissolution administrative (par l'administration). S'il est précisé, dans la section relative à la « Dissolution administrative », que, dans le cas de l'atteinte à la forme républicaine, cette atteinte doit être visée « *par la force* » (ce qui peut expliquer l'existence d'associations royalistes qui ne viseraient pas à réaliser leur projet de restauration « par la force »), par ailleurs les motifs rendant possible une telle dissolution administrative sont bien plus nombreux que ceux mentionnés à la section précédente relative à la dissolution judiciaire. On lit par exemple :

*Une association est dissoute par décret en conseil des ministres, dans les cas suivants : Provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence envers une personne ou un groupe de personnes en 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 propagent des idées ou théories tendant à justifier ou encouragent cette discrimination, cette haine ou cette violence*

Il est choquant, si cette page officielle a été rédigée avec la précision juridique attendue, que l'exécutif ait, de droit, des moyens de dissolution bien plus étendus que l'autorité judiciaire, car c'est la marque d'un État autoritaire. Il est évident qu'un État de droit exige l'inverse, à savoir que les moyens de la justice en la matière soient plus étendus que ceux de l'administration.

S'agissant des « atteintes au territoire national », les deux sections, celle sur la dissolution judiciaire et celle sur la dissolution administrative, concordent.

La première est celle que j'ai déjà citée : « *La dissolution judiciaire peut être prononcée en cas (...) d'atteintes au territoire national et [je suppose, entre parenthèses, qu'il faut lire « ou » !] à la forme républicaine du gouvernement, de la part de l'association* »

La seconde dit : « *Une association est dissoute par décret en conseil des ministres, dans les cas suivants : (...) Association ayant pour but de porter atteinte à l'intégrité du territoire national ou d'attenter par la force à la forme républicaine du gouvernement.* »

Dans les deux cas, l'intégrité du territoire national appelle la dissolution de l'association. Or : « *Tavini huiraatira, parfois abrégé en Tavini, est un parti politique polynésien, dirigé par Oscar Temaru, et dont le but est, à terme, l'indépendance de la Polynésie française.* » (Page Wkpd Tavini huiraatira)

Comprenez qui peut (si cela n'est pas donné à personne)...

\*

## **La Constitution française reconnaît-elle un pouvoir judiciaire ?**

Ne vous y trompez pas, ce ne sont pas ses révisions successives mais la Constitution de 1958 elle-même, au moins dès 1962, qui est la cause de la « *disparition de la séparation des pouvoirs* » évoquée par certains. Et ce conformément aux conceptions du général.

Pour ne prendre qu'un exemple, le pouvoir judiciaire n'est en effet pas connu en tant que tel dans ce texte (et ce dès l'origine), à savoir, la justice n'a que le nom d'une « *autorité judiciaire* », ce qui est une manière de lui chicaner son statut de *pouvoir* constitutionnel.

En outre, l'indépendance de cette autorité est garantie par le président de la République (article 64), c'est-à-dire par un organe du pouvoir exécutif, ce qui est un comble pour un pouvoir constitutionnel. Cela confirme qu'en réalité cette autorité judiciaire, sous l'empire de notre Constitution, est au mieux un pouvoir constitutionnel fictif, si même il ne faut pas comprendre qu'elle n'est de manière expresse aucunement un pouvoir constitutionnel.

Il reste d'ailleurs à démontrer que le juge français a bien conscience d'être un pouvoir constitutionnel. Pour quelqu'un qui passe peut-être la moitié de sa carrière ou plus au parquet, c'est-à-dire dans l'administration (pouvoir exécutif), ce serait relativement étonnant.

\*

## **La liberté d'expression est-elle garantie en France ? (1)**

La phrase de la garde des sceaux « *L'insulte à la religion est une attaque à la liberté de conscience* », dont certains se sont émus, peut très bien s'expliquer par le fait que la distinction qui semble être assez fréquemment admise entre la critique, même injurieuse, d'une religion et l'injure envers des personnes « *à raison de leur appartenance à une religion* », n'a aucun sens.

Cette distinction est résumée par une note juridique de 2016 publiée sur le site du Sénat (<http://www.senat.fr/lc/lc262/lc2622.html>) : « *Il est possible de critiquer fermement, même avec des propos très virulents ou injurieux, une religion, alors que les croyants sont protégés par les infractions listées.* » (C. Viennot)

C'est ce point de vue qui fait dire à beaucoup qu'il existe un « droit au blasphème » en France, alors même que la religion est protégée par la loi de 1881 au même titre que la race, l'ethnie, la nation, le sexe, l'orientation sexuelle, le handicap (et j'en oublie).

Or, prenons un exemple. Selon ce distinguo, dire « Le babisme est une religion imbécile » serait licite (« *il est possible de critiquer une religion* ») tandis que dire « Le babisme est une religion d'imbéciles » serait illicite (« *les croyants sont protégés par les infractions listées* »). Chacun percevant que les deux propositions ont un sens identique, l'interprétation juridique qui figure sur le site du Sénat est évidemment fautive, car elle prive en réalité les croyants de toute

forme de protection, dès lors qu'un petit ajustement verbal sans la moindre portée sémantique permettrait d'échapper à toutes sanctions pénales.

En tout état de cause, la moindre difficulté d'interprétation en ces matières rend la loi illisible pour le justiciable (c'est-à-dire que fait défaut à la loi un critère fondamental de sa conformité aux instruments de sauvegarde des droits de l'homme). Or ces difficultés sont nécessairement très nombreuses, telles qu'un parquet appelant de la relaxe d'un prévenu par le juge en ces matières devient possible, ce qui montre que même des professionnels du droit (et même des spécialistes du droit de la presse) sont incapables du moindre consensus sur ce qu'il est permis de dire et, pardon, de penser aux termes de la loi. Cette comédie nauséabonde traduit un recul du droit dans notre société.

\*

### **La liberté d'expression est-elle garantie en France ? (2)**

Le site politique de Piotr Pavlenski, divulgateur des *sex tapes* de M. G., porte-parole du gouvernement, est fermé par décision de l'administration. Que pense le commentateur français moyen ? Je vous le fais : « Ben oui, y a infraction, donc forcément la police fait fermer le site. » Ben non...

Aux États-Unis, un homme politique (pour être tout à fait précis, un *public official*) peut difficilement espérer gagner un procès en diffamation ou en violation de la vie privée actionné par lui. Ce droit américain est d'origine largement jurisprudentielle (Cour suprême). En France, où le droit est à peu près purement statutaire (textes de loi), *comme par hasard* la loi blinde la protection de la vie privée de la classe politique en écrasant la liberté d'expression. Aux États-Unis, un G. n'aurait aucune chance de voir aboutir un *revenge lawfare* contre une *sex tape* de *revenge porn*.

Mais même dans les cas autres qu'une classe politique dont il est si évidemment nécessaire en république de contrer la « propagande Paris Match » entièrement basée sur la vie privée (par exemple *Julia et Paris, les deux amours de B. G.*, *Paris Match*, 11 avril 2019), le droit américain est protecteur de la liberté d'expression, *lui*. Dans *Bollea v. Gawker (Florida Courts, 2014-2015)*, le catcheur Hulk Hogan (Terry Bollea de son vrai nom) poursuivait un site web pour une *sex tape*. L'injonction du tribunal de première instance de retirer la *sex tape* a été jugée en appel *contraire* au Premier Amendement de la Constitution américaine : c'était une restriction disproportionnée à la liberté d'expression.

À noter aussi que le retrait d'une *sex tape* n'intervient là-bas (éventuellement) qu'*après* injonction judiciaire. Chez nous, le site de Pavlenski est aujourd'hui déjà fermé, forcément sur intervention de l'administration. D'un côté, une injonction *judiciaire* de retrait de *sex tape* est déclarée *inconstitutionnelle* en appel ; de l'autre, une fermeture *administrative* de site web intervient *avant le moindre procès*. Voilà ce qui est à vomir, dans cette histoire.

ii

Et j'ai oublié le meilleur ! En France, une telle publication relève du droit pénal commun (ce qui explique la garde à vue, non pas tant de Pavlenski, puisque des faits de violence lui sont également reprochés, mais de sa compagne, en garde à vue, donc, *pour une publication*). Cette publication relève du droit pénal commun et non du (mal nommé) droit de la presse, c'est-à-dire du droit des publications (que ces publications soient faites par des organes de presse ou toute autre personne).

### iii

J'ai bien indiqué que l'affaire *Bollea v. Gawker* n'était pas transposable au G. Gate français, puisqu'en la personne de M. G. nous avons affaire à un *public official* et non à une simple *public figure* comme Hulk Hogan. J'ai pris pour exemple le cas de *Bollea vs Gawker* afin de montrer que, même pour des *public figures* (personnalités connues à un titre ou à un autre mais non élues ou non politiques), le droit américain entendait toujours garder à l'esprit le Premier Amendement.

Or le point essentiel, c'est que cet exemple (où un site internet a certes été condamné par un jury *malgré* les attendus d'une cour sur le nécessaire respect du Premier Amendement) n'est encore rien, en matière de protection de la liberté d'expression aux États-Unis, comparé à la jurisprudence concernant les *public officials*, qui sont l'équivalent nord-américain de M. G., car, pour eux, je le redis, ce n'est même pas la peine de songer à un procès pour diffamation ou atteinte à la vie privée, car c'est perdu d'avance.

Je vais à présent expliquer pourquoi c'est parfaitement légitime et souhaitable.

Notre classe politique en PLS veut nous expliquer que les élus/politiciens (*public officials*) sont des citoyens comme les autres. Or les élus sont des citoyens qui demandent à leurs concitoyens de les nommer à des postes de responsabilité ; il faut donc qu'ils acceptent de se soumettre à leur jugement, et les dimensions de ce jugement ne sauraient *en aucun cas* être à la discrétion des élus eux-mêmes. Aux États-Unis, la publication d'informations sur une personne qui réclame le vote de ses concitoyens pour occuper des fonctions régaliennes, est donc protégée. Elle ne l'est pas en France. C'est la différence.

Ceux qui disent que les affaires privées n'ont pas à faire partie des débats électoraux (de manière au demeurant très hypocrite puisque les politiciens abusent de la propagande tabloïde sur le thème de la vie privée : j'ai cité l'article *Julia et Paris, les deux amours de B. G.*), cherchent à imposer leur point de vue aux autres électeurs sur ce que doit être un bon candidat. La loi française leur donne raison et c'est inacceptable. L'électeur est libre de trouver mauvais un électeur qui fait des *sex tapes* en douce, et donc libre de se fonder sur la divulgation de telles informations, voire de les rechercher, avant de voter. Ce genre de pratique, je le confesse, me paraît pleinement légitime et souhaitable du point de vue des libertés publiques, et en cela je suis du même avis que la plupart des juristes de cette grande démocratie que sont les États-Unis d'Amérique.

Je soulignerai pour conclure, mais le lecteur l'aura déjà compris, que le régime américain des *public officials* est sur ce plan précis moins protecteur pour les *officials* en question (et davantage pour les divulgateurs) que dans le cas de personnes anonymes, qui ont un peu plus de moyens de se défendre si elles se trouvent confrontées à ce genre de divulgation

concernant leur vie privée – car elles ne demandent pas non plus à être jugées dignes ou non d’occuper des fonctions régaliennes au sein de l’État.

iv

La philosophie pénale en matière de droit de la presse, censé être plus *protecteur* des prévenus que le droit pénal commun, est qu’il n’y a pas de garde à vue : la personne est aimablement conviée à une « audition libre », où elle n’a d’ailleurs aucune obligation de rester (même si, fait curieux, il semblerait qu’elle soit obligée de s’y présenter, bien qu’il semblât logique à première vue qu’une personne qui n’est pas obligée de rester quelque part ne soit pas non plus obligée, pour commencer, de s’y présenter). Là où il y a garde à vue, on est donc dans le droit pénal commun, ce que la loi de 1881 voulait justement éviter pour les délits « de presse », à une époque où la parole, les publications étaient encore pour le législateur français tout de même un peu sacrées en démocratie (vu qu’autrement on n’aurait pas bien vu la différence avec une dictature).

De la garde à vue de Mme de Taddeo, compagne de Piotr Pavlenski, je conclus donc que les atteintes à la vie privée, par voie de publication, c’est-à-dire des informations relatives à la vie privée d’un candidat politique, ne sont pas du droit de la presse. (Je n’ai pas tiré la même conclusion de la garde à vue de Pavlenski car, dans son cas, il y a d’autres faits, des faits de violence, pour lesquels il était déjà recherché.) De tout cela je conclus que les publications relatives à la vie privée d’un candidat politique ont – c’est fabuleux – été retirées du droit de la presse (protecteur) pour être versées au droit pénal procédural commun, tout comme... l’apologie de terrorisme !

(La transmission d’une publication relève du principe de la « responsabilité en cascade » s’appliquant au droit des publications qui dans notre pays s’appelle droit de la presse. Si vous placardez un article illicite sur votre porte ou même ne faites que le lire à votre voisin entre quatre murs, sans en être l’auteur ni l’éditeur, votre responsabilité est tout de même engagée car vous « portez à la connaissance » etc.)

v

Un internaute me répondit ceci :

*Il vous paraît donc légitime et souhaitable que l’on puisse attenter à la vie privée d’individus dès lors qu’ils sont des « personnages publics ». C’est votre droit le plus strict....mais ne vous étonnez pas trop si toute personne normalement constituée refuse dès lors de devenir un « personnage public ». Ce qui est d’ailleurs déjà très largement le cas (la nullité abyssale des derniers présidents américains illustrant parfaitement cette tendance).*

À quoi je répondis cela :

Vous me dites que c’est mon droit (le plus strict), cependant la loi de mon pays me dit le contraire. Je vous invite donc à agir, en tant que citoyen, pour que ce que vous pensez être mon droit soit en effet reconnu par la loi.



La loi de mon pays me dit en effet le contraire car cette publication qui pourrait m'intéresser en tant qu'électeur attentif vaut à leurs divulgateurs d'être inquiétés par la police, sans même qu'ils aient droit, en tout cas dans le cas de la dame, aux garanties procédurales habituelles en droit des publications.

J'ai souligné l'argumentation contestable consistant à affirmer qu'élus et candidats politiques sont des citoyens « comme les autres » ; sur ce point, la Cour européenne des droits de l'homme va naturellement dans le sens américain : « *L'homme politique s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens.* » (Cour EDH 2013). C'est en effet inévitable, et les tentatives de l'éviter sur le mode répressif ne peuvent qu'exacerber le dégoût des Français pour la classe politique.

On entend également une autre forme d'argumentation qui consiste à nous expliquer pourquoi il n'est pas pertinent ou sain ou raisonnable de chercher à juger des élus et candidats politiques sur des faits de leur vie privée. Outre que cette argumentation ne s'est appliquée, dans la présente affaire, qu'à des *sex tapes* et jamais, à ma connaissance, à toutes les autres formes de déballage de la vie privée du candidat G. dans les journaux (cf *supra*), auquel il a lui-même participé, *ce n'est même pas le sujet*. Les gens qui tiennent cette argumentation peuvent avoir raison, mais il ne s'agit pas de savoir ce qu'il convient de rechercher dans un candidat (une question au demeurant très complexe), mais de reconnaître que certains considèrent que la vie privée doit entrer en ligne de compte dans leur choix et que la loi française s'y oppose en cherchant à être punitive à l'encontre de divulgations pertinentes de ce point de vue. Quelles que soient les opinions des uns et des autres, la loi ne doit pas favoriser les uns au détriment des autres, comme elle le fait actuellement. Tel est le sujet.

Si Pavlenski et sa compagne étaient condamnés par la justice française, ma conviction est que, pour peu qu'elle soit saisie, la Cour européenne des droits de l'homme casserait cette condamnation.

Nous avons une des classes politiques du Conseil de l'Europe les plus aveugles à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme, et ça commence franchement à bien faire.

*vi*

Pour que ce soit bien clair, le droit de la presse (tellement mal nommé) s'applique même à des conversations privées : on parle alors par exemple de « diffamation non publique ». Et l'on veut faire croire aux gens que leur vie privée est protégée ? Non, c'est la classe politique qui est protégée ; les gens qui l'insultent en privé sont quant à eux passibles d'une amende.

« *L'absence de publicité fait dégénérer les délits de diffamation et d'injures en contraventions : diffamation non publique et injure non publique qui relèvent du tribunal de police etc* » (Bilger & Prévost, *Le droit de la presse*, Puf 1990)

Je souhaite à présent apporter mes faibles lumières dans un débat plus philosophique, suite à ce que mon interlocuteur a dit au sujet des « *hommes normalement constitués* » qui ne se présenteraient plus aux postes électifs si on laissait faire Pavlenski.

Il est en effet curieux, d'après le point de vue même de mon interlocuteur, que des sociétés d'« hommes normalement constitués » aient pu adopter une institution telle que la monogamie si contraire à leur tempérament, et il est très curieux également qu'ils ne fassent rien pour la combattre, alors qu'elle lèse leur nature depuis des siècles. En effet, c'est en vertu de cette institution de la monogamie que, lorsque ces « hommes normalement constitués » détournent au profit de leurs maîtresses des ressources qu'ils sont censés consacrer à leur conjoint et à leurs enfants légitimes, ils sont reconnus fautifs et le divorce est prononcé à leurs dépens.

Ce qui me sert de transition pour l'essai qui suit.

\*

### ***Sex tape et droit : L'infidélité conjugale et le divorce pour faute*** **(La classe politique, ennemie du code civil)**

Pour rappeler 2 choses :

- 1) L'infidélité conjugale est une violation du contrat de mariage ;
- 2) La preuve de la faute est libre pour les parties privées.

1) « *Les époux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours et assistance ... En cas d'infidélité d'un époux, il commet un adultère et son conjoint peut invoquer une faute dans le cadre d'une procédure de divorce pour faute.* » (alexia.fr fiche 4445, décembre 2017)

« *L'adultère peut être caractérisé en l'absence de rapport charnel et retenu parfois en raison d'un comportement moralement fautif.* » (*Ibid.*) Comme envoyer des vidéos de masturbation à une tierce personne. Autrement dit, en cas de divorce, M. G. pourrait être reconnu adultère.

2) Devant le juge du divorce, une *sex tape* obtenue déloyalement est une preuve valable : « *Les parties privées sont recevables à produire des preuves obtenues de façon illicite ou déloyale* » (*LextensoEtudiant*) Le principe de loyauté des preuves ne s'applique pas aux parties privées. Dans une procédure de divorce pour faute, Mme G. serait ainsi fondée à produire devant le juge les *sex tapes* rendues publiques par Pavlenski en vue d'obtenir le divorce aux torts de M. G., ainsi que des dommages-intérêts.

« *Qu'il s'agisse d'une ou de plusieurs aventures ponctuelles ou d'une relation extra-conjugale suivie, le fait d'être infidèle peut être considéré comme une faute après appréciation du juge.* » (alexia.fr fiche 4446 « Les 10 fautes les plus fréquemment reconnues dans les procédures de divorce »)

Sur le site *jurifiable.com* (« Divorce pour faute : tout ce qu'il faut savoir »), on trouve la curieuse formule suivante : « *L'adultère n'est plus considéré comme une faute, sauf s'il est répété.* » C'est comme si l'on disait que fumer est permis sauf après une cigarette : dans ce cas, la vérité de fait est qu'il est interdit de fumer. De même, si l'adultère n'est plus une faute « sauf s'il est répété », cela veut bien sûr dire que l'adultère est une faute, vu que, même avant cette nouvelle (« n'est plus ») et innovante approche, les aventures d'un soir étaient déjà bien plus difficiles à prouver que les relations suivies, et que les procédures de divorce pour faute se sont donc (très vraisemblablement) à peu près toujours fondées sur des relations extraconjugales plus ou moins régulières et suivies.

Cependant, cette formule de *jurifiable.com* n'en est pas moins contradictoire avec celle d'*alexia.fr* : « *Qu'il s'agisse d'une ou de plusieurs aventures ponctuelles* ».

Dans l'affaire G., on notera l'empressement de la classe politique à peu près dans son ensemble, même au-delà de ses amis politiques, à apporter son soutien à M. G., passant totalement sous silence l'adultère par lequel il a apparemment, au vu des vidéos sorties, violé la loi des parties qu'est le contrat de mariage, s'exposant en droit au prononcé d'un divorce pour faute à ses torts exclusifs, au paiement de dommages et intérêts, à être séparé de ses enfants, etc.

D'autres commentateurs, moins nombreux, tels que Serge July, ont fait savoir qu'un homme dans sa situation devait s'abstenir de ce genre de pratiques compromettantes ; ils avaient à l'esprit, semble-t-il, sa carrière politique ou les intérêts supérieurs de la nation. Mais il faudrait commencer par dire qu'un homme, n'importe lequel, dans une situation de mariage ne doit pas commettre de faute au sens *de la loi*, car cela revient à s'exposer à une procédure de divorce pour faute en raison des dommages causés *selon la loi* à son conjoint et à ses enfants par son adultère.

Que Mme G. ait appris l'infidélité de son mari en même temps que le public n'a certainement pas contribué à mitiger son choc, mais il n'en reste pas moins que la loi considère qu'apprendre l'adultère de son conjoint *même* de manière privée (comme cela arrive le plus souvent) est un choc suffisamment grave pour demander et obtenir le divorce pour faute aux torts du conjoint adultère. Il convient d'insister sur le fait que la blessure de Mme G., selon la loi, n'est pas la *sex tape* de son mari (car selon l'article 226-2-1 cette blessure est celle de M. G., à la vie privée duquel il aurait, selon cet article du code, été porté atteinte) mais l'adultère de M. G.

La classe politique dans son ensemble (car personne, à ma connaissance, n'a tenu les propos que je tiens ici, et ceux qui n'ont rien dit pour s'opposer à ces débordements indignes ne comptent pour rien dans cette affaire) s'est émue de la blessure de M. G. causée par la *sex tape* (et hypocritement de la blessure de sa famille, alors même que la loi ne dit rien de cette dernière blessure) mais jamais de la blessure de Mme G. causée par l'adultère de son mari. Cette classe politique, en France un véritable cartel politique (un groupe d'intérêts communs,

au-delà des différentes positions des partis), a défendu et défend l'un des siens au préjudice de l'intérêt moral de Mme G., qui aurait le droit de demander au juge de prononcer un divorce pour faute aux torts de M. G. si telle était sa volonté. Le débat public orchestré sur cette affaire, sur le thème « Il faut laver l'honneur d'un homme injustement attaqué », est une pression – qui doit être insoutenable – sur la partie lésée dans le mariage de cet homme : son épouse.

\*

### **Y a-t-il un droit parlementaire en France ?**

Chacun voit bien que le dépôt d'amendements par dizaines de milliers, rendu possible par quelques petites évolutions technologiques, s'apparente à ce que l'on appellerait ailleurs un détournement ou un abus de procédure, ou au *trading* à haute fréquence sur les places financières. Soutenir l'obstruction, c'est soutenir l'opposition de manière irréfléchie : l'opposition, si elle devient majorité, s'opposera bien sûr à l'obstruction. Le 49-3 est un outil constitutionnel parfaitement légitime contre l'obstruction. – En tout cas, une opposition qui recourt à l'obstruction n'est pas crédible à dénoncer le recours au 49-3.

On ne relève pas non plus assez l'absurdité d'amender un texte dont on dit en même temps qu'on ne veut rien d'autre que son retrait. Amender un texte suppose de vouloir ce texte : l'amendement législatif, ce n'est pas l'écriture d'un texte, c'est une modification à la marge. – L'obstruction est ainsi caractérisée.

C'est par ce même droit d'amendement que la France se distingue par un nombre incalculable de niches fiscales et même par des impôts qui coûtent plus cher qu'ils ne rapportent, car chaque parlementaire, même de la majorité (et ces amendements-là sont souvent des amendements de parlementaires de la majorité), y va de son petit amendement d'intérêt local, pour ses petits patrons locaux, ses petits commerces locaux, ses petites niches locales... On nous rebat les oreilles que les députés sont des représentants de la nation et non de leurs circonscriptions : il serait donc grand temps d'adopter la *circonscription unique* aux élections législatives.

\*

« *La France est un pays sur-administré où la faiblesse de l'exécutif émanant de l'expression de la souveraineté populaire face à l'administration produisait des déséquilibres que Charles de Gaulle considérait comme néfastes.* » (M<sup>e</sup> de Castelnau) J'avoue ne pas comprendre ce point de vue. Un pays sur-administré est par définition un pays où l'exécutif est particulièrement puissant et à craindre, car l'administration n'est rien d'autre que l'instrument de l'exécutif. C'est l'article 20 de la Constitution : « *Le Gouvernement ... dispose de l'administration.* » L'actuel président de la République est parfaitement gaulliste de ce point de vue, comme d'ailleurs à bien d'autres points de vue encore, tout comme ses prédécesseurs.

\*

### **Illégalité d'un assouplissement local d'une mesure générale de police**

S'agissant des faits survenus au Calvados et que le journal *Le Parisien* a présenté de la manière suivante : « *Une note interne appelle les policiers du Calvados à la retenue pendant le ramadan. Le but est d'éviter 'qu'un manquement au confinement ne dégénère' et provoque 'des violences urbaines'* », M<sup>e</sup> de Castelnau invoque à l'encontre de ladite « note interne » l'article 223-1 du code pénal (« *Le fait d'exposer directement autrui à un risque immédiat de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement etc* »).

Je vois également un problème au plan du droit administratif. En effet, le principe en matière de concours de police est le suivant : « *Lorsque deux autorités possèdent des pouvoirs de police générale, l'autorité subordonnée peut toujours aggraver la mesure de police prise par l'autorité supérieure ; en revanche, elle ne peut jamais atténuer la gravité d'une telle mesure.* » (J.-C. Ricci, *Mémento de jurisprudence administrative*, 2000, sous l'arrêt *Maire de Nérès-les-Bains*, 1902, avec renvoi à l'arrêt *Labonne* de 1919 qui a généralisé cette jurisprudence) En l'espèce, le décret de confinement du 30 mars 2020 est la mesure de police générale prise par l'autorité supérieure, et la note interne de la police du Calvados un acte de l'autorité subordonnée. Cette note interne ne pouvait donc qu'aggraver le confinement et en aucun cas l'assouplir. Or, puisqu'elle consiste à assouplir le confinement, elle est illégale.

\*

### **L'outrage, ou quand le droit marche sur la tête**

Le point de vue de M<sup>e</sup> de Castelnau sur l'outrage est le suivant : « *L'outrage doit être effectué contre un agent public, dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. Ladite banderole [dans l'affaire de la banderole de Toulouse] n'a pas été brandie sous le nez d'Emmanuel Macron à l'occasion d'une cérémonie officielle par exemple.* »

Cependant, la problématique est un peu plus complexe que ce que cette défense pourrait laisser penser, dans la mesure où, si cette personne avait, sur sa banderole, fait son jeu de mots (sur le coronavirus covid-19) non pas avec le nom du président de la République mais avec celui de son voisin, elle pouvait être condamnée pour injure (12.000 euros d'amende), et, avant cela, des agents de police pouvaient constater le délit et prendre des mesures pour le faire cesser (c'est-à-dire demander le retrait de la banderole et, au cas où la personne n'obtempérait pas de manière satisfaisante, l'enlever eux-mêmes et, peut-être, en fonction du comportement allégué de la personne, mettre celle-ci en garde à vue). Tout cela est susceptible de découler régulièrement de l'article 33 de la loi de 1881 relatif à l'injure (publique).

Aussi les quelques considérations qui vont suivre ne sont-elles pas une plaidoirie d'avocat, qui défend un client dans le cadre du droit existant, mais un plaidoyer politique pour changer notre droit. Car l'homme politique est, je le crains, un individu dangereux qui

comprend sa vocation comme consistant à contester les lois en vigueur (et si certains ont de la loi la conception qu'en auraient des Pandectes impériaux, je m'excuse par avance auprès d'eux pour la légèreté avec laquelle je traite la loi française en demandant de la changer).

Revenons à notre banderole. M<sup>e</sup> de Castelnau affirme sur son blog que l'outrage n'est pas caractérisé. Or, indépendamment du fait que la banderole peut être absolument considérée comme visant le président « dans l'exercice de ses fonctions » et non en dehors d'elles, ce qui signifie à titre d'individu particulier, chose qui n'aurait pas grand sens s'agissant d'un président de la République, l'outrage n'est au fond qu'une injure aggravée en fonction du destinataire (de la « victime », si j'ose dire en parfaite conformité avec notre droit). Par conséquent, même si l'outrage n'est pas caractérisé, l'injure peut n'en être pas moins établie, et rien dans notre droit ne place le président de la République (ne serait-ce qu'« en dehors de l'exercice de ses fonctions ») en dehors de la protection de l'article 33 de la loi de 1881.

Reste la question (que je considère ici subsidiaire) de savoir si le parquet peut se saisir de son propre chef (on sait justement que son propre chef n'est d'autre que la chancellerie, mais passons sur ce point sensible...) d'une injure publique, ou s'il faut une plainte, et au cas où il faudrait une plainte dans le cas de particuliers, s'il existe une exception pour le président de la République et/ou d'autres personnalités publiques. – La question est subsidiaire du point de vue où je me place (et c'est pour ça que, même si elle a sans doute une réponse toute simple que d'autres connaissent sur le bout des doigts, je ne cherche pas à l'élucider présentement), car le point où je veux en venir, c'est que l'on peut opposer à l'argument de M<sup>e</sup> de Castelnau le fait que « les politiciens, les élus sont des citoyens comme les autres », et que la loi peut donc être actionnée contre les injures portées à leur encontre comme elle peut l'être pour n'importe quelle injure entre particuliers.

Que les politiciens soient des citoyens comme les autres, nous l'avons tous maintes fois entendu, y compris encore récemment dans l'affaire du malheureux G., et sans doute cela passe pour un truisme aux yeux de nombre de nos concitoyens. Or rien de plus faux. En effet, un politicien se soumet au jugement de ses concitoyens pour occuper des fonctions électives qui le conduisent à exercer des fonctions régaliennes. Une fois élu, ses concitoyens restent appelés à contrôler son exercice de ces fonctions. Par ce choix, le politicien sort de toute évidence de la simple sphère privée qui est celle du particulier et entre dans une sphère publique d'intérêt collectif, où les protections légales du particulier deviennent des obstacles à l'exercice du choix éclairé de leurs représentants par les citoyens. En effet, les éléments entrant en ligne de compte dans le choix d'un représentant ne sauraient en aucun cas être à la discrétion des candidats eux-mêmes ; ils relèvent de la liberté de chaque citoyen, qui vote en son âme et conscience, et si, parmi ces citoyens, d'aucuns considèrent que la vie privée, par exemple, a de l'importance, aucun candidat ne peut invoquer la protection de sa vie privée contre la divulgation d'informations à cet égard, car cela signifierait autrement qu'il possède un pouvoir *discrétionnaire* sur les éléments du choix des électeurs, ce qui n'est pas concevable au plan des principes.

Peut-être donné-je à certains, en exposant de telles idées, le sentiment d'halluciner ; je dois donc préciser que c'est là une simple analyse d'un droit déjà existant, celui des États-Unis. Dans cette démocratie, un particulier peut certes poursuivre son voisin pour une banderole injurieuse, mais la banderole d'un particulier injuriant le président des États-Unis est protégée

par le Premier Amendement, car le président des États-Unis est un *public official*. Je pense que les éléments qui précèdent suffisent à rendre une telle législation compréhensible.

En France, où aucune distinction de ce type n'existe, et où au contraire « les politiciens et les élus sont des individus comme les autres », une banderole politique (contre un politicien ou un élu) ne bénéficie d'aucune protection légale nationale particulière. La Cour européenne des droits de l'homme va évidemment dans le sens américain, qui est, en la matière, le seul compatible avec les principes, mais cette malheureuse Cour est trop souvent traitée comme un paillason par nos autorités nationales, bien que ce soit déjà grâce à elle que le délit d'offense au chef de l'État n'existe plus en France, depuis (seulement) 2013 : un délit dont le procureur pouvait se saisir directement et qui ne laissait aucun moyen de défense à l'accusé, ce dernier ne pouvant invoquer aucune *exceptio veritatis* (il ne pouvait pas se défendre en arguant de la vérité de ses dires).

### iii

Admettons avec M<sup>e</sup> de Castelnaud qu'il n'y ait pas outrage (aux termes de l'article 433-5 CP) : n'y a-t-il pas néanmoins injure ?

Comme je l'écrivais : « Si cette personne avait, sur sa banderole, fait son jeu de mots (sur le coronavirus covid-19) non pas avec le nom du président de la République mais avec celui de son voisin, il pouvait être condamné pour injure (12.000 euros d'amende) (article 33 de la loi de 1881). » De sorte que, si le président de la République est « une personne comme les autres » (je vais y revenir), il peut porter plainte pour injure, et sans doute même aussi une action publique peut-elle être engagée par le parquet sans plainte de quiconque pour une injure envers cette « personne comme les autres » qu'est le président de la République.

Le juge peut, et c'est, je crois, une réforme assez récente, requalifier les motifs de poursuite : par exemple une incitation à la haine en injure et vice-versa, quand un parquetier négligent ne maîtrise pas bien les distinctions subtiles de l'une et l'autre infraction, de sorte que, désormais, cette incurie parquetière n'est plus un motif de relaxe. (Le parquet peut donc tout se permettre, mais le Français lambda, qui n'est pas censé maîtriser les arcanes du droit mieux que les parquetiers, a de toute façon compris depuis longtemps qu'il était prudent de se taire vu le droit français de la « liberté » d'expression.)

Dans le cas présent, si l'outrage n'est pas caractérisé, c'est de peu de secours pour le prévenu dans la mesure où l'outrage pourrait être requalifié par le juge en injure. Je ne dis pas que c'est possible *de jure*, vu que les requalifications auxquelles je pense sont possibles dans le cadre de la loi de 1881 et curieusement l'outrage à personne dépositaire de l'autorité publique n'apparaît pas dans la loi de 1881 (contrairement à l'outrage à ambassadeur étranger), et je ne sais pas si le juge peut requalifier une infraction au titre de la loi de 1881 en une autre qui ne serait pas dans cette même loi ou vice-versa – à savoir, ici, une infraction au titre de l'article 433-5 du code pénal en une infraction au titre de l'article 33 de la loi de 1881.

J'en viens au point principal. Comme je l'écrivais encore, je ne vois pas ce qui s'oppose à des actions contre des citoyens pour « injure » envers le président de la République, puisque, comme cela nous est répété avec beaucoup d'insistance par la classe politique, et en particulier par l'actuelle majorité depuis l'affaire du malheureux G., « les politiciens, les élus sont des gens

comme les autres ». À quoi j'ai répondu que rien n'était plus faux. Il faut même dire que rien n'est plus *mensonger*, car si les politiciens, les élus étaient « des gens comme les autres », le délit d'outrage n'existerait pas.

Chez nous, les politiciens, les élus ne sont pas des gens comme les autres : *ils ont des privilèges*. À savoir, quand on les insulte (en admettant même que cette précision, « dans l'exercice de leurs fonctions », ait quelque portée que ce soit dans le cas de personnalités politiques nationales), l'injure est une injure aggravée qui s'appelle un outrage, et, très concrètement, l'amende passe alors de 12.000 euros dans le cas de la simple injure publique de l'article 33 loi 1881 à deux ans d'emprisonnement et 30.000 d'amende dans le cas de l'outrage en réunion envers personne dépositaire de l'autorité publique. Cet écart de peine est une mesure très exacte du privilège de la classe politique, ou du cartel politique, chez nous. Des gens comme les autres ? Allons...

J'ai par ailleurs rappelé que, dans la démocratie américaine, « un particulier peut certes poursuivre son voisin pour une banderole injurieuse, mais la banderole d'un particulier injuriant le président des États-Unis est protégée par le Premier Amendement, car le président des États-Unis est un *public official*. » C'est donc, dans ce pays, une philosophie pénale exactement opposée qui prévaut. L'un de ces deux pays est un pays libre : saurez-vous dire lequel ?

iv

En guise de précision à deux, trois choses dans *iii*.

En France, l'action publique doit forcément pouvoir être engagée pour injure sur initiative parquétière comme en n'importe quelle matière pénale. C'est, je pense, même si nous sommes en « droit de la presse », c'est-à-dire en droit des publications, censé être protecteur de la parole, ce dont on peut être assuré. Dès lors, le président de la République n'a pas besoin de porter plainte ou de se constituer partie civile : il n'a qu'à demander à son ministre de la justice de téléphoner au procureur. C'est mieux que de passer aux yeux des électeurs pour un sot susceptible. Le parquet non indépendant s'autosaisira autant qu'une entité non indépendante peut s'autosaisir, et tout cela paraîtra planer dans l'éther des grands principes, sans la moindre intervention vindicative de la moindre personne de chair et d'os, pendant quelques années... le temps que l'affaire arrive devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui constatera une entorse à la liberté d'expression et sans doute aussi l'absence de procès équitable (absence de procès équitable qui serait évidente *prima facie* en cas de constitution de partie civile par une personnalité publique comme le président de la République et qui, sans être *prima facie*, est forcément évidente aussi en cas d'autosaisine du procureur pour une injure au président de la République, dès lors que la Cour EDH ne reconnaît pas l'indépendance du parquet français, et ce même après 2014 et l'adoption par la France d'une loi « sur l'indépendance du parquet », la Cour EDH ayant en effet maintenu sa jurisprudence malgré ce texte au titre que nous n'avons par conséquent d'autre choix que de considérer comme mensonger).

En outre, il y a des chances (de fortes chances) que toute action publique pour outrage puisse être requalifiée par le juge en injure si la condition du cadre de « l'exercice des fonctions » du délit d'outrage a été méconnue par le parquétier. J'ai dit que la méconnaissance de cette condition n'était donc pas d'un grand secours pour le prévenu, mais comme j'ai montré par ailleurs que la différence de peine entre l'outrage et l'injure était considérable (prison



possible dans un cas et non dans l'autre, *inter alia*), c'est tout de même un moyen de défense important, même si ce n'est pas un moyen suffisant pour obtenir une relaxe.

\*

### **Le droit discriminatoire de la lutte contre les discriminations**

En France, certains groupes considèrent qu'ils ne sont pas protégés par le droit comme ils devraient l'être en l'état du droit.

*En l'état du droit*, en effet, car si les griefs de ces groupes décrivent la réalité de la pratique juridico-judiciaire, ils ne décrivent en aucun cas le droit, car toutes les catégories citées par la loi de 1881 (race, ethnie, nationalité, religion, sexe, orientation sexuelle, handicap, et j'en oublie) sont protégées dans notre droit au même titre les unes que les autres. Ces groupes ne réclament donc que leur droit. Il n'est absolument pas question d'accorder le moindre traitement de faveur.

Or ce n'est pas une question de comportement ou de tendance chez tel ou tel groupe (les uns qui seraient plus procéduriers que d'autres, plus attentifs à dénoncer formellement les délits de parole à leur rencontre) : ces infractions pénales peuvent, ou plus exactement *doivent* être poursuivies par le parquet même sans plainte de particuliers. Par conséquent, si des différences de traitement existent, elles relèvent d'une politique, et une telle politique ne peut être décrite autrement que comme une politique discriminatoire.

*ii*

Quant à moi, je demande publiquement l'abrogation de ces lois de répression de la parole et *a minima* l'application du droit nord-américain du Premier Amendement : c'est un thème récurrent de mon activité internet. Cela, c'est une chose. Mais dans l'état actuel du droit, qui est une autre chose, l'important est que le contentieux ne soit *pas* discriminatoire, car le plus sûr moyen que ce droit inique se perpétue est justement qu'il s'applique discriminatoirement, et non globalement comme telle est sa vocation (c'est-à-dire que, s'il s'appliquait de manière non discriminatoire comme c'est sa vocation, je suis convaincu qu'il ne pourrait se maintenir, car il empêche toute véritable discussion politique).

Les Blancs, par exemple, sont tout à fait protégés par le droit, puisqu'il n'est question en la matière que de « groupe de personnes à raison de leur appartenance ou non-appartenance à une race, ethnie, nationalité » : les Blancs ne font pas exception, et les propos selon lesquels on ne pourrait pas parler de « racisme anti-Blanc » n'ont aucune portée juridique. Le rappeur Nick Conrad a d'ailleurs été condamné pour des propos contre les Blancs (5.000 euros d'amende avec sursis).

Si ce contentieux ne paraît pas équitable à tout le monde, si certains considèrent, par exemple, que le racisme anti-Blanc n'est pas assez réprimé, la cause n'en est pas dans le droit mais dans une politique pénale qui choisit de discriminer dans ce contentieux (en ne poursuivant

pas les injures contre tel ou tel groupe racial) : c'est une politique discriminatoire à laquelle le droit se plie illégitimement.

*iii*

D'ailleurs, les gens ne connaissent pas ce droit, ce qui montre qu'il est illisible. La jeune Mila croit qu'on « n'est pas raciste d'une religion », d'autres pensent que notre droit dit que les Blancs ne sont pas une race, etc. Un droit illisible est en soi contraire aux principes de la Charte européenne des droits de l'homme. Quand on ajoute à cela que ce droit illisible, mal connu du public et de fait incompréhensible s'applique à une liberté aussi fondamentale que la liberté de parole, on comprend l'enfermement de cette société qui se dit et se croit libre. – Mais je suis également convaincu que la caste politique au pouvoir ne voit d'autre solution à présent, pour se maintenir, que la *terreur* au grand jour.

\*

### **La seule fois où tu pourras parler : à ton procès (Mais il y a tout de même des obstacles)**

Une personne un peu au fait du petit monde des robins m'avertit de me méfier des avocats, même de ceux qui ont une réputation comme défenseurs d'une « cause »... Pour résumer son propos, les avocats de la défense passent des accords d'antichambre avec l'accusation (le parquet) ou les avocats de la partie adverse, pour parvenir à un résultat conforme à *leurs* intérêts.

Un procès est couvert par *l'immunité du prétoire* (sauf pour les « faits étrangers à la cause »), c'est-à-dire que, pour bien des gens, parler à un procès sera la seule occasion de leur vie où ils pourront s'exprimer en toute liberté. (Certes, les parties à un procès ne cessent de dénoncer les « diffamations » de la partie adverse, sauf qu'à un procès, et, dans notre droit, à un procès *seulement*, une telle dénonciation ne peut avoir aucune conséquence judiciaire.) Autrement dit, au stade de l'enquête policière, le principe est le droit au silence parce que la police peut soulever de nouvelles charges à partir de tout ce qu'elle entend, mais au stade du procès le principe devient l'intérêt à parler car la parole est alors couverte par l'immunité du prétoire. Par conséquent, un prévenu doit dire absolument tout ce qu'il pense être de nature à le disculper ou l'excuser, sans même s'arrêter à aucune considération « tactique » sur la réception de ses propos, car l'important est qu'il accumule les bons points dans sa défense, même au prix de choses qui passeront moins bien mais qui seront de toute façon mises en balance.

Partant de là, qu'un avocat cherche à museler son client indique *ipso facto*, si le client n'est pas connu pour ne dire que des âneries, qu'il ne le fait pas dans l'intérêt du client, mais soit par paresse (parce qu'il lui reviendrait alors de mettre en forme toutes ces idées ou de leur donner un peu plus de précision juridique) soit en raison de sa collusion ténébreuse avec l'accusation, soit les deux.

Et si c'est un juge qui, à l'audience, dit à la personne qu'elle a droit de garder le silence, il se f... d'elle. (On me dit que ça peut arriver.)

\*

### *God Bless America*

La France ne peut maintenir sa position longtemps.

Tout le monde a vu le film *Les Blues Brothers*. Dans ce film, on voit des néo-nazis avec chemises brunes et brassards à croix gammée tenir un meeting devant le capitole d'un État du pays. Entre eux et les contre-manifestants, un cordon de police protège le droit des néo-nazis à parader sur la voie publique. Les Français voient ça, se disent : « C'est bizarre, chez nous si des gens sortaient habillés en nazis, ils se feraient coffrer... »

Le Danemark aussi, pays de l'Union européenne, a un parti nazi légal, le *Danmarks Nationalsocialistiske Bevægelse*, et le Danemark est loin devant la France dans tous les indices internationaux de démocratie et de libertés publiques : voir ici (*A First-Amendment Revolution*).

Pays de c...

ii

La France en est restée à « Pas de liberté pour les ennemis de la liberté » de... Saint-Just. Du Saint-Just appliqué par Napoléon I<sup>er</sup>, empereur. Tout va bien.

Également, cette pensée « Entre le fort et le faible, c'est la liberté qui opprime et le droit qui affranchit » (du prêtre Lacordaire), cette conception du droit comme salutairement opposé à la liberté (!), à Sciences Po (à l'IEP Toulouse, pardon) des professeurs étaient dans l'extase en nous la citant.

Ce sont les deux slogans de l'étatisme français.

iii

Dans le film *Mississippi Burning* (1988), on voit des agents du FBI relever les plaques d'immatriculation des participants à un meeting politique. Le shérif local arrive et leur dit qu'ils n'ont pas le droit : « C'est un meeting politique. » Le type du FBI répond : « C'est un meeting du KKK, même sans les costumes de carnaval. » À l'époque des faits, le KKK faisait l'objet d'une législation répressive (« *criminal syndicalism* »†), d'où la réponse du FBI. En creux, nous apprenons les limites du pouvoir policier dans les réunions politiques aux États-Unis, alors qu'en France la moindre réunion politique est fliquée. Deux univers à des années-lumière l'un de l'autre mais on ose quand même ici se dire libres...

Pour l'anecdote, le film est une apologie de la torture policière (du FBI). Le hic, c'est que si l'enquête pour le meurtre de trois activistes des droits civiques s'était déroulée comme dans le film, la justice américaine n'aurait condamné personne, ou bien seulement les agents du FBI ! Le film a d'ailleurs été, si j'en crois Wikipédia, certes encensé par la jet-set à paillettes (Oscar du meilleur acteur pour Gene Hackman en vieux du FBI qui torture) mais largement

rejeté par les activistes des droits civiques (pour des raisons autres, semble-t-il, que la apologie de la torture policière que je dénonce).

†L'expression *criminal syndicalism* renvoie à une théorie juridique qui permet à des États ou au gouvernement fédéral des États-Unis de réprimer des organisations telles que des cellules anarchistes, des syndicats (mais *syndicalism* en anglais ne renvoie pas aux syndicats de travailleurs, qu'on appelle *trade unions*), et le Ku Klux Klan, justement, jusqu'en 1969, date à laquelle la Cour suprême a très nettement restreint la possibilité pour les États de qualifier une organisation de *criminal syndicate*, dans un arrêt qui concernait le Klan et qui l'a *de jure* fait échapper à ce type de lois (célèbre arrêt *Brandenburg v. Ohio*). (Le film se passe quant à lui en 1964.)

iv

Pour comprendre pourquoi des syndicats (*trade unions*) ont pu être qualifiés de *criminal syndicates* par les lois américaines, et dépasser l'idée que c'est parce que les U.S. sont à la base un horrible pays libéral, il faut avoir lu Jack London au-delà de *Croc-Blanc* et de *L'appel de la forêt*.

La politique de certains syndicats et non des moindres était de fracasser les « *scabs* », les « briseurs de grève » : quand une grève était décidée, les grévistes attaquaient physiquement les non-grévistes, appelés *scabs*. Cela pouvait aller jusqu'à mettre les *scabs* complètement hors d'état de travailler, donc de nuire à la grève.

Voilà ce que visaient ces lois. Que les syndicalistes français qui conspuent le libéralisme yankee fassent la démonstration que leur syndicat a eu dans son histoire des casseurs de *scabs*. Je crois qu'ils en ont tous eu, je crois aussi que Jack London n'avait pas forcément tort de dire que cette méthode était cohérente et que le droit de grève n'est qu'une coquille vide si toute grève peut être brisée sans difficultés, et que Castoriadis a souligné sans doute à juste titre que les syndicats jouent souvent un rôle plus que trouble dans les grèves, poursuivant leur intérêt de bureaucraties plutôt que celui des grévistes.

## Annexe au Chapitre V

« La Constitution française reconnaît-elle un pouvoir judiciaire ? »

La question consiste évidemment à demander si la Constitution française reconnaît un pouvoir judiciaire indépendant aux termes de la théorie de la séparation des pouvoirs. Or on a vu qu'à son article 64 la Constitution française prétend que cette indépendance est garantie par le président de la République (« *Le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire* »). L'indépendance dont il est question à cet article n'est donc pas l'indépendance d'un pouvoir constitutionnel par rapport aux autres pouvoirs constitutionnels, prévue par la théorie de la séparation des pouvoirs. En effet, le fait qu'un pouvoir constitutionnel ou membre de ce pouvoir (le président de la République membre du pouvoir exécutif) soit constitutionnellement garant de l'indépendance d'une autorité implique que cette autorité n'est pas indépendante de ce pouvoir. Rien de plus absurde, donc, qu'une telle formule si l'on entend par indépendance ici l'indépendance prévue par la théorie de la séparation des pouvoirs : cette phrase serait une pure et simple erreur logique. Le pouvoir judiciaire n'a donc pas en France l'indépendance supposée par la théorie de la séparation des pouvoirs.

C'est ce que reconnaît clairement et explicitement Maurice Duverger : « *Dans les pays anglo-saxons, le troisième pouvoir est confié à des organes absolument indépendants aussi bien des gouvernants que des gouvernés, de façon à réaliser une justice aussi exacte que possible. En France, malgré toutes les doctrines officielles, les tribunaux sont considérés en fait depuis Napoléon comme une branche particulière de l'Administration, et le pouvoir juridictionnel est, au point de vue politique, une partie spéciale du pouvoir exécutif.* » (Maurice Duverger, *Les régimes politiques*, 1965)

Cet état de choses est particulièrement grave et préoccupant si l'on songe que c'est sur cette indépendance du pouvoir judiciaire qu'insiste Montesquieu pour éviter le despotisme : « *Dans la plupart des royaumes de l'Europe, le gouvernement est modéré, parce que le prince, qui a les deux premiers pouvoirs [les pouvoirs législatif et exécutif], laisse à ses sujets l'exercice du troisième [judiciaire]. Chez les Turcs, où ces trois pouvoirs sont réunis sur la tête du sultan, il règne un affreux despotisme.* » (*De l'esprit des lois*, Livre XI, chapitre 6)

Il est ironique que la séparation du législatif et de l'exécutif paraisse aux constitutionnalistes français suffisant pour garantir notre liberté politique, même en faisant litière de l'indépendance du pouvoir judiciaire, alors que la réunion des deux premiers dans les mains du monarque n'est pas, selon le principal théoricien français de la séparation des pouvoirs, un obstacle aussi fort à la liberté que l'absence d'indépendance du troisième (puisque cette réunion peut tout de même permettre l'exercice d'un gouvernement *modéré* qui se distingue du despotisme).

## VI Une logique floue du droit

Ce qui manque beaucoup aux intellectuels marxistes aujourd'hui, c'est une bureaucratie militaire qui leur dise ce qu'il faut dire.

La Corée du Nord n'est pas assez audible depuis la France.

*ii*

La bureaucratie chinoise ne les aide pas non plus car elle fait la révolution du prolétariat en gagnant des parts de marché, et nos intellectuels marxistes n'entendent rien à ces choses. Il faudrait qu'ils forment un parti confucéen pour qu'elle s'intéresse à eux.

\*

À la fin du bloc communiste, on a vu les « nouveaux riches » arriver en touristes depuis la Russie et les autres pays de l'autre côté du Rideau de fer, et tout le monde assure qu'ils étaient ignobles. Mais voilà, ce n'étaient pas des nouveaux riches, seulement des nouveaux capitalistes : les ex-apparatchiks communistes.

\*

Ce qui reste du marxisme : une haine de la liberté d'expression, car pourquoi avoir raison avec Marx quand on peut avoir tort sans être condamné par les tribunaux ?

\*

Si, écrivant en français sur internet, vous craignez pour la propriété intellectuelle de vos idées, alors il faut avoir des idées en faveur de la liberté, dont vous pouvez être sûrs qu'aucun Français ne les volera.

\*

### Les prêtres de l'idole aveugle

En France, les magistrats ne sont pas élus. Deux magistrats nous disent pourquoi : « *Les outrances, avatars et péripéties de la campagne électorale risquent de déconsidérer la magistrature.* » (Lemesle & Pansier) Ce n'est pas gentil pour le président, les députés, les élus locaux, etc. Si l'élection discrédite l'élu, la démocratie se discrédite elle-même. Et si c'est seulement un risque et que l'on a compris, pour le président, les députés, etc, comment l'éviter, on peut l'éviter aussi pour des magistrats élus. Quelle mentalité...

Aucune outrage, aucun avatar, aucune péripétie de campagne électorale ne pourrait jamais déconsidérer la magistrature autant que l'expression d'une telle opinion par deux magistrats.

La phrase est tirée d'un *Que sais-je ?* donc d'un livre plus grand public que la moyenne des ouvrages spécialisés.

Je ne vois pas comment elle ne voudrait pas dire qu'aux yeux de ses auteurs les fonctions électives sont déconsidérées, puisqu'elle sert à justifier la non-élection des magistrats et que si

les fonctions électives actuelles n'étaient pas déconsidérées, le risque ne vaudrait pas la peine d'être mentionné car il serait sans conséquences. Si le risque sert d'argument, c'est que les auteurs croient le tirer de l'expérience, qui serait donc la déconsidération attachée aux fonctions électives actuelles, dont il faut prémunir la magistrature.

En jetant ainsi l'opprobre sur l'élection, nos deux magistrats le jettent aussi sur les fonctions électives, par là décrites comme déconsidérées, sans autorité réelle, inutiles. Car, puisque pour eux la déconsidération liée à l'élection est un fait d'expérience, il faudrait qu'avant d'appeler à repousser l'élection des magistrats, actuellement non élus, ils demandent de renoncer à élire les organes actuellement élus, s'ils étaient convaincus que la déconsidération devait avoir quelque effet préjudiciable. Or, comme ils ne le demandent pas, ils jugent donc que la déconsidération des organes actuellement élus est sans gravité, et cela ne se laisser penser que si les organes en question sont insignifiants et inutiles.

\*

Si vous entendez parler de la jurisprudence du tribunal administratif TA Paris, 14 juin 2007, BOUCHAREL n° 0412723 (il arrive qu'elle soit citée dans son contentieux un peu spécialisé), sachez que c'est moi. À 31 ans j'avais déjà une jurisprudence à mon nom.

\*

### **Explosion de la délinquance en col d'hermine**

*Explain to me how come, after the previous generation's 'LSD craze' –millions of Westerners (according to Tim Leary) turning on with lysergic acid –, the Western world is still as cramped as ever, even more so. (Boucharel, Aug. 2018)*

En raison de leur usage de cannabis et LSD, les hippies apparaissent comme un mouvement délinquant de masse dans les statistiques policières et judiciaires. Quand on parle d'« explosion de la délinquance » dans les années 70, c'est le phénomène hippie ! C'est Tonton Maurice qui portait les cheveux longs et fumait des pétards. Or c'est cette « explosion » qui a justifié la mise en place de procédures pénales *expéditives* : les peines alternatives prononcées par le procureur sans jugement.

Comme Tonton Maurice faisait exploser la délinquance, il fallait « désengorger » les tribunaux et l'on a confié les sanctions au procureur, un super-flic qui appartient non pas au pouvoir judiciaire mais à l'exécutif, un Punisher expéditif, un *vigilante* aux pleins pouvoirs, incontrôlé.

*ii*

Toutefois, on dit que « dans la pratique » le procureur est indépendant de l'exécutif. Or il est *selon les textes* indépendant du judiciaire. C'est donc un *quatrième pouvoir* ! Et ce pouvoir a la caractéristique formelle d'être irresponsable et de ne rendre de comptes à personne.

Ni exécutif ni judiciaire : c'est pourquoi je l'appelle un *vigilante* (de l'espagnol via l'anglais), car il n'agit qu'en son propre nom.

On voit mal comment l'existence d'une telle chose pourrait être constitutionnelle et conforme à « nos valeurs républicaines ».

\*

## Une logique floue du droit

Le droit américain comme le droit français appliquent le principe *non bis in idem* (en anglais, *double jeopardy*). Aux États-Unis, la conséquence en est que le ministère public (*attorney general*) ne peut faire appel d'une relaxe ou d'un acquittement, mais en France le ministère public (procureur) peut faire appel.

L'un de ces régimes juridiques est logique, l'autre non. En effet, d'une même prémisse (le principe *non bis in idem*), on ne peut logiquement inférer une chose et son contraire. Il faut donc que l'une de ces inférences soit logiquement construite et que l'autre soit une faute logique. Or, comme rejurer une affaire après une relaxe est, de quelque façon qu'on le tourne, *bis in idem*, c'est-à-dire le contraire du principe admis, c'est le droit français qui est irrationnel (et par là-même arbitraire).

C'est la « logique » de cerveaux suradministrés, malades.

Des cerveaux suradministrés, oui, suradministrés par cette administration « *sans cesse active et stérile* », dont parle Tocqueville, qui prolifère en France depuis le 17<sup>e</sup> siècle et l'absolutisme, et dont la Révolution de 1789 n'a pu nous débarrasser. (cf *L'ancien régime et la Révolution*, 1856)

Nos valeurs, « nos valeurs républicaines », ce sont des principes comme *non bis in idem*. Un principe, deux législations diamétralement opposées ! De même qu'il y a des fous qui se prennent pour Napoléon, il y a des pays de fous qui se croient républicains.

\*

« *Cette administration sans cesse active et stérile* » (Tocqueville).

Quand l'administration (fiscale) veut prélever 100 sur un particulier ou une entreprise, il y a une infinité de possibilités.

La plus simple, elle prélève 100.

Sinon, elle peut aussi donner 100 et prélever 200, donner 200 et prélever 300, donner 300 et prélever 400, etc, etc.

Mais même si elle opte fermement pour « donner 100 et prélever 200 », elle peut le faire de mille manières différentes. Simple : donner 100 par un bureau et prélever 200 par un autre bureau, mais elle peut encore donner 50 et 50 par deux bureaux, et prélever 100 et 100 par deux autres bureaux, ou donner par trois bureaux et prélever par trois bureaux, ou par dix ou vingt ou mille...

Au bout du compte, l'administration ne fait jamais que « prélever 100 » mais dans un cas nous avons un bureau et dans l'autre un nombre infini de bureaux.

« *Sans cesse active et stérile* ».

Mis en ligne, le 23 mars 2021