

## Le délit d'opinion

Le délit d'opinion est une limite très particulière posée à la liberté d'expression. C'est une forme de censure radicale, puisqu'elle interdit de s'exprimer librement sur un sujet déterminé. Le délit d'opinion, c'est le fait *d'incriminer une opinion pour ce qu'elle est, sans rechercher si un intérêt a été lésé*. C'est la condamnation d'une idée, non d'un acte.

Par principe, le délit d'opinion est incompatible avec les valeurs de la société libérale. Le libéralisme, comme doctrine politique, suppose en effet qu'existent de multiples conceptions du Bien, incommensurables et en conflit, et qu'il convient de faire cohabiter. Pour le dire autrement, la société libérale est par définition le règne des opinions, dont toutes ont un droit égal de cité.

Historiquement, ce sont les suites des guerres de religion, aux XVI-XVIIe siècles, qui mènent à reconnaître la nécessité de tolérer l'expression de toutes les idées, croyances et opinions (voir l'important chapitre XX du *Traité théologico-politique* de Spinoza) : la liberté d'expression a ainsi été originairement conquise contre le modèle théologico-politique, contre les prétentions des religions à imposer une Vérité (et donc à traiter les opinions dissidentes d'hérésies). En réponse aux guerres de religion, l'État axiologiquement neutre, laïc, émancipé des querelles religieuses, devient alors naturellement le garant de la liberté d'expression. Celle-ci apparaît ainsi comme étant plus qu'un droit de l'homme : c'est un droit politique – le droit politique démocratique par excellence - qui suppose, comme aimait à le rappeler Voltaire, que le *droit de parler prime sur le contenu des opinions exprimées*. La liberté d'expression doit même être tenue comme le fondement de la démocratie, ce système politique qui présuppose le désaccord – donc la totale circulation des opinions dissidentes -, et qui ne requiert le consensus que sur l'expression du désaccord, à savoir l'interdiction du recours à la violence.

Néanmoins, la démocratie a le droit de se défendre contre les doctrines et opinions qui visent à la détruire, et qui retournent les principes de la démocratie contre elle-même (voir l'art 17 CEDH) : « Pas de liberté pour les ennemis de la liberté ! » disait Saint-Just. Mais la société démocratique ne saurait se défendre contre

ses ennemis comme le ferait une autre société politique. *Paradoxalement, la démocratie suppose le rejet du délit d'opinion, mais doit, à dose homéopathique, en conserver trace : puisque la parole doit en principe rester libre, le seul moyen de l'interdire est de montrer qu'elle est une violence en soi, qu'elle n'est plus discours mais action. Daunou disait en 1819 que « le langage prend parfois le caractère d'une action ».*

C'est ici que le droit entre en scène, à qui revient de traiter ce paradoxe.

En France, la loi sur la presse du 29-7-1881, notamment, garantit la liberté d'expression tout en la limitant sur le registre de l'abus de droit, selon la nomenclature des délits classiques visant à protéger les personnes (injure, outrage, diffamation), mais non les idées. Elle interdit donc expressément le délit d'opinion. Écoutons Lisbonne, un des rédacteurs du projet : « la nouvelle loi supprime tous les délits d'opinion, tous les délits de doctrine, tous les délits de tendance. Elle ne retient que ce qui constitue des actes criminels ou délictueux, portant atteinte à la sécurité publique ou à la liberté d'autrui ». La loi réprime les actions, les injures, les outrages, les diffamations proférés contre les personnes, mais contre non les opinions.

Mais qu'en est-il de ces discours qui invitent à passer à l'action répréhensible, et donc à inciter à la violence contre des personnes ou des institutions ? C'est une hypothèse que prévoira le législateur en modifiant l'art. 24 de la loi de 1881. Une opinion peut en effet provoquer à la commission d'actes délictueux, leur donner leur impulsion : c'est le cas des « délits de provocation non suivis d'effets », des « cris et chants séditieux », des « provocations des militaires à la désobéissance », « de l'apologie d'acte criminel », qui va des fameuses lois scélérates visant à combattre les menées anarchistes à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, à la provocation à la haine raciale ou religieuse, en passant par l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité.

Ceci signifie que le délit d'opinion, même s'il ne dit pas son nom, a toujours sa place en démocratie, comme un vaccin contre ce qu'une société estime intolérable et dangereux d'être dit, notamment pour les conséquences que cela pourrait entraîner. Le délit d'opinion révèle ainsi les peurs d'une société : c'est l'envers – l'enfer – du décor social. On repère parfaitement celles de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle : la remise en cause de la république parlementaire et de la société bourgeoise ; l'antimilitarisme, la

révolution (« À bas la république ! » « Vive le roi ! » « Vive la Commune ! » « Vive l'anarchie ! », étaient des propos condamnés).

Qu'en est-il des évolutions récentes et des peurs que révélerait aujourd'hui le droit ? La tendance actuelle serait plutôt à rendre possible l'interdiction des propos susceptibles de heurter les individus dans leurs différences et leurs singularités. La volonté de censure émane désormais tout autant de la société civile et des communautés qui s'y trouvent, que de l'État (qui en accuse par ailleurs réception)...

Comme en 1881, et peut être plus encore, la démocratie a toujours mauvaise conscience à rétablir ouvertement des délits d'opinion ; mais elle ne peut pas s'en passer : apologie du nazisme, des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, incitation à la haine raciale, religieuse, sexuelle, autant de discours dont on comprend comment ils sapent les valeurs démocratiques. Ils pourraient donc être constitutifs, en soi, de délits d'opinion. Cependant, comme le droit libéral se refuse à les qualifier frontalement ainsi, il convient, pour neutraliser ces discours, d'utiliser un tour de passe-passe juridique.

Pour interdire ces discours, il faut démontrer que la négation d'un fait cause un préjudice à autrui et à la société, ou qu'un propos blesse autrui dans son honneur et sa réputation, ou encore qu'il l'expose à la violence. Bref, que le discours initie ou exerce une violence réelle. « Quand dire, c'est faire », expliquait Austin. Voilà la clef qui permet de réintroduire subrepticement le délit d'opinion : considérer un discours comme un acte de langage performatif, une violence destinée à affliger ses destinataires. Si l'on dit d'un discours qu'il cause, par son contenu ou ses conséquences, un préjudice à des victimes, alors il peut être interdit sans que l'on crie au délit d'opinion. Car le discours n'est ici pas tant condamné en soi que pour les dommages qu'il cause – ou qu'il pourrait causer - à ceux à qui il s'adresse.

On peut donner quelques exemples de ces aspects du droit, qui est tout en nuances, et qui montre que le délit d'opinion n'est pas toujours là où on le croit.

Il faut d'abord évoquer la loi Gayssot (actuel art. 24 *bis* de la loi du 29-7-1881), réprimant la négation du génocide juif (négationnisme). D'aucuns y ont vu la consécration d'un délit d'opinion. Si la question est de savoir si nier la réalité historique des faits est une opinion, la réponse apparaît devoir être négative. Cependant, la loi Gayssot est ambiguë dans sa formulation : elle s'appuie sur le statut

du tribunal de Nuremberg et se met ainsi à la merci de ceux qui lui reprochent d'établir une vérité officielle sur la base d'un jugement rendu par un tribunal de vainqueurs. En ne faisant pas le parallélisme avec la provocation et la diffamation raciale, elle ne facilite pas la lisibilité de l'infraction et donne ainsi le sentiment d'avoir créé un nouveau délit d'opinion. Peut-être faudrait-il réécrire cette loi comme il a été indiqué plus haut...

L'actualité récente - celle des interrogations sur l'identité nationale et du *revival* d'une religion civile *light* aux visées électorales (chanter la Marseillaise, lire Guy Môquet *etc.*) - offre un autre exemple d'un champ où aurait pu se déployer le délit d'opinion. Le code pénal ajoute en effet à l'outrage aux personnes publiques l'outrage à l'hymne national et au drapeau (la Marseillaise sifflée). S'agit-il de blasphèmes civils, attestant la résurgence d'un délit d'opinion ? Ceci ne résiste pas à l'analyse : d'abord, l'outrage aux personnes publiques concerne la fonction, non celui qui l'incarne. Quant à l'outrage au drapeau et à l'hymne national ensuite, le Conseil constitutionnel, en 2003, a précisé qu'en étaient exclues les œuvres de l'esprit : on peut chanter la Marseillaise comme on l'entend et les pires caricatures peuvent être faites sur la République ou sur le drapeau. Il n'y a pas de blasphème républicain, car par définition, le blasphème ne souffre pas d'exceptions.

Les choses sont plus compliquées concernant la critique des trois religions monothéistes.

On peut résumer l'état du droit en distinguant trois niveaux : celui du droit international, du droit européen, et du droit interne.

Le droit international, sous la pression de certains États musulmans, après le 11 septembre, tend à vouloir imposer une répression de la « diffamation religieuse », ou une « diffamation des religions » (Résolution XIV de l'AG de l'ONU ; conférence de Durban) : l'idée est très clairement de consacrer l'interdiction du blasphème, *i. e.* la possibilité de critiquer une religion, donc de rétablir un délit d'opinion. En France, cette position a été relayée notamment par M. Aounit (MRAP) - au moment de l'affaire des caricatures du Prophète - qui expliquait que critiquer l'Islam portait atteinte aux sentiments religieux et ouvrait ainsi le champ à la haine religieuse puis raciale (idée reprise, sans succès, par les députés Roubaut et Raoult, dans deux propositions de loi, en 2006).

L'Union Européenne a dit son opposition à cette manière de voir, en insistant sur la nécessaire distinction entre les personnes (qu'il faut protéger de l'injure et de la haine religieuse), et les croyances, que rien ne doit interdire de critiquer (Commission européenne pour la démocratie et le droit, Venise, 2008). La jurisprudence de la CEDH va en ce sens : elle entend protéger les « convictions intimes » et le « droit à la jouissance paisible de la religion », *i. e.* dans le cadre de la vie privée. Mais dans l'espace public, la critique des religions est possible pour autant qu'elle ne soit pas offensante et qu'elle contribue au débat public. En clair, ceci signifie que l'on ne peut interdire que la critique publique (à laquelle le croyant ne peut échapper : affiche, publicité) qui ne contribue pas au débat public : en vertu de quoi, la liberté de critiquer les religions est normalement préservée dans les œuvres de l'esprit – livres ou films – que le croyant n'est obligé ni de lire ni de voir.

Dans la mesure où la CEDH laisse aux États une marge d'appréciation dans la réglementation de la liberté d'expression, chaque pays développe une politique propre.

En France, on peut dire que si la loi peut laisser entrevoir la sanction de délits d'opinion concernant la critique des religions, la jurisprudence vient pondérer ce risque.

La loi du 31 décembre 2004 a introduit dans l'article 24 de la loi de 1881 la répression de « ceux qui (...) auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée... ». Ces propos ne sont condamnables que s'ils poussent à la violence, la haine ou à la discrimination contre les personnes en raison de leur religion. La loi ne protège donc pas directement contre l'injure à la religion, mais contre celle qui produirait des effets discriminatoires, violents ou haineux à raison de l'appartenance religieuse. Elle ne concerne normalement pas les propos critiques ou caricaturaux portant sur les doctrines, les pratiques ou les rites religieux. Pour qu'il y ait injure à raison de la religion, il faut qu'elle porte sur une personne ou un groupe de personnes. Ainsi, Dieudonné a pu être poursuivi pour avoir déclaré : « Pour moi les Juifs c'est une secte, une escroquerie. C'est une des plus graves parce que c'est la première ». Si les juges du fond ont débouté les requérants (critique de la

religion ; pas d'injure religieuse), la cour de Cassation a retenu l'injure raciale : c'est la communauté juive, et non la religion, qui, selon elle, était visée. La solution a été inverse pour Houellebecq qualifiant, dans un de ses romans, l'Islam de « religion la plus conne du monde » : l'un a critiqué un groupe de personnes, l'autre une religion.

Force est pourtant de constater que la loi est ambiguë. Car la question reste de savoir dans quelle mesure il est possible, dans l'appréciation de la portée de l'injure, *de séparer totalement le croyant comme personne des convictions qui le constituent comme tel*. Plus encore, puisqu'est condamnée la provocation à la haine contre un groupe de personnes, on peut considérer que critiquer, avec *virulence*, ce qui fait lien entre ces personnes – une croyance – équivaut à provoquer à la haine contre elles. Il est ainsi possible de lier la critique de la religion à l'incitation à la haine contre un groupe, et le dispositif est prêt pour consacrer le délit d'opinion. Il faudrait alors aller au bout de la logique et étendre, au nom de la cohérence, cette manière de voir aux idéologies politiques. Un nationaliste savoyard, breton, guadeloupéen ou corse pourrait en bénéficier. Allons même, fictivement, plus loin : critiquer les idées d'un mouvement politique peut être constitutif d'une incitation à la haine contre ses partisans... Une boîte de Pandore est donc ouverte, qui montre combien le droit peut redoubler les effets du « politiquement correct »...

Mais globalement, la Cour de cassation - même si sa jurisprudence est parfois hésitante - tend à s'aligner sur la jurisprudence de la CEDH et à amortir le potentiel législatif : elle se borne à condamner la critique publique (quand le croyant ne peut consentir à la recevoir : affiche de film, publicité...) qui ne peut pas contribuer à un débat public. Dans l'affaire des caricatures de Mahomet, le juge reprend ces arguments. Finalement, le droit jurisprudentiel traduit l'impérissable formule de Pierre Desproges : « on peut rire de tout, mais pas avec n'importe qui »...

On évoquait plus haut le fait que le délit d'opinion révélait les craintes d'une société : on peut ici facilement les identifier.

La violence, certes, et tout le monde en sera d'accord : mais quelle violence ? Celle du langage ou de la violence physique ? La première ne conduit pas *nécessairement* à la seconde. Certains psychanalystes expliquent que la prolifération jouissive de la parole haineuse permet souvent de suspendre le passage à l'acte et constitue un substitut à l'affrontement physique. Mais on sait aussi que Hobbes dit

l'inverse au chapitre XIII du *Léviathan* : pour un mot, la guerre peut être déclarée... Entre narcissisme paranoïaque et victimisation généralisée, disons alors que le droit tente de faire ce que l'esprit de tolérance, la civilité, la politesse, ne parviennent plus à réaliser : la concorde des canons discordants...

Mais l'autre phobie que révèle parfois le droit est plus inquiétante : c'est celle de la figure du libre penseur, de la raison critique et des Lumières, et au bout du compte de la tradition laïque. Autant dire une large part de l'héritage de la civilisation européenne : belle traduction de la haine de soi.

Éric Desmons, professeur à l'Université Paris XIII

Éléments de bibliographie :

- Éric Desmons, Marie-Anne Paveau, *Outrages, insultes, blasphèmes et injures : violences du langage et polices du discours*, L'Harmattan, 2008.

- Nathalie Droin, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881. Disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, thèse Dijon, 2009.

- Patrice Rolland, *Du délit d'opinion dans la démocratie française, Etudes offertes à J. Mourgeon*, Bruylant, 1998.

- *Liberté d'expression et délit d'opinion : la démocratie peut elle se protéger en défendant une histoire officielle ?*, Dalloz, 1999, Jur.