

« L'incrimination pénale de la soustraction d'un portrait du Président de la République accroché en mairie, en vue de dénoncer l'inaction climatique des pouvoirs publics, est-elle susceptible de porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression ? » (Crim., 22 sept. 2021, n° 20-85.434, publié)

Position : ministère public

Vraiment, personne n'y comprenait rien

Max Planck avait bien tenté d'expliquer qu'une même mesure pouvait posséder plusieurs valeurs

Albert Einstein avait bien essayé de montrer qu'un nombre infini de vecteurs s'appliquait à chaque état,

Rien à faire, personne n'y comprenait rien

Alors Schrödinger proposa une image simple

Une boîte, à l'intérieur un chat et un poison mortel

On ignore si le chat a bu le poison, s'il est mort, ou vivant

En physique quantique, on superpose ces deux états possibles

C'est le paradoxe de Schrödinger : le chat est simultanément mort et vivant

M. Le président,

Mesdames et Messieurs les secrétaires de la conférence

Mesdames Messieurs

Le contrôle de proportionnalité in concreto est à notre système légaliste, ce que la physique quantique est à la physique newtonienne
Un incompréhensible changement de paradigme

Le principe de légalité ? dépassé
L'égalité de tous devant la loi ? obsolète
Le juge, bouche de la loi ? *finito*¹

Comme le chat de Schrödinger, le contrôle de proportionnalité est paradoxal
C'est écarter la loi au nom du droit
Produire de l'inégalité, pour plus de démocratie
Risquer le chaos, au nom de la justice

La cour d'appel, en bonne physicienne, a appliqué la loi
A ces militants qui avaient volé le portrait du président de la République, elle a opposé le code pénal et prononcé sur la peine.

Les demandeurs au pourvoi en appellent à la physique quantique : ils vous demandent d'écarter, pour cette fois, la loi pénale au nom de leur liberté d'expression.

A ce croisement de deux sciences, se pose alors la question

L'incrimination pénale de la soustraction d'un portrait du Président de la République accroché en mairie, en vue de dénoncer l'inaction climatique des pouvoirs publics, est-elle susceptible de porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression ?

¹ Selon l'expression d'Emmanuel Macron, lors du débat de l'entre-deux-tours, tenu quelques jours avant que soit prononcé ce discours.

L'interrogation peut sembler désuète.

En droit de la presse, le contrôle in concreto est banal

Le juge administratif le pratique de longue date

Les chambres civiles l'ont adopté

Mais nous sommes en droit pénal, ce droit qui protège autant qu'il écrase, ce droit à la légitimité démocratique si fragile

Alors, peut-on généraliser l'abandon de la stabilité newtonienne au profit de la révolution quantique ?

Peut-on écarter la loi pénale pour la bonne cause ?

Peut-on voler pour des idées ?

Les paroles doivent-elles être sanctuarisées, au point que les actes s'en trouvent effacés ?

Un programme présidentiel

Des paroles, d'abord

Des actes, ensuite

I. (Les paroles)

« *Sur les images dorées / Sur les armes des guerriers / (Sur les portraits dérobés) / J'écris ton nom / Liberté* »

Soit

Mais avant de céder au lyrisme de Paul Eluard,
De sacrifier la loi sur l'autel du sentiment
Deux préalables
Déterminer le fondement de la proportionnalité,
Délimiter le champ d'application de la liberté d'expression,

La parole protégée d'une part

La parole définie d'autre part

A. (La parole protégée)

L'alchimiste est en quête de la pierre philosophale

Les juifs rêvent à l'arche d'alliance

Les littéraires sont à la recherche du temps perdu

Les juristes, eux, s'interrogent encore sur le fondement du contrôle de proportionnalité

Oui, la liberté d'expression figure dans la Convention européenne des droits de l'homme, placée au-dessus de la loi par la constitution

Alors lisons cette convention

Son article 10 affirme la liberté d'expression et en autorise des restrictions nécessaires à l'ordre public, et notamment, à la prévention des crimes.

Il n'y a là aucun contrôle in concreto.

Au contraire, la prévention du crime est placée devant la liberté d'expression.

Pire : partout le principe même de ce contrôle est contredit

En droit constitutionnel : légalité des infractions, prévisibilité de la règle, égalité devant la loi

En droit pénal : Indifférence des mobiles

Nombre limité de cas d'irresponsabilité pénale

En droit processuel : rôle du juge, lié par la loi

Rôle du parquet, qui a seul l'opportunité des poursuites

A s'en tenir aux textes, le contrôle de proportionnalité n'existe pas.

Serait-il seulement utile, quand le juge peut personnaliser les peines jusqu'à rendre la culpabilité lettre morte?

Serait-il seulement souhaitable face au risque d'arbitraire ?

Et pourtant,

Par deux fois au moins, Strasbourg a condamné la France, au nom de la liberté d'expression, pour avoir appliqué sa loi pénale,

Pour une offense au président de la République, en 2013,

Pour un appel au boycott de produits israéliens, en 2020

Sous le joug du dialogue, votre chambre a plié

2016, elle pardonne l'escroquerie née de l'infiltration d'un parti politique

2019, elle juge proportionnée la condamnation d'une Femen ayant simulé un avortement dans une église,

2020, au contraire, elle écarte l'exhibition sexuelle d'une autre Femen au musée Grévin

Le contrôle in concreto est prétorien

Comme l'état de nécessité naguère, votre jurisprudence a créé ce nouveau cas d'irresponsabilité pénale

Mais si sa genèse est strasbourgeoise, son avenir est parisien.

Ses modalités sont à inventer.

A commencer par le champ d'application de la liberté bafouée

B. La parole définie

Un matin, un veuf reçoit une carte postale

Son nain de jardin le salue, depuis la porte de Brandebourg

Le vieil homme ne comprend pas.

Une semaine plus tard, son nain lui écrit d'une plage de Bali

Le mois suivant, il est à Rio, puis New York !

Le vieil homme comprend alors : il retrouve le goût de vivre.

Le stratagème d'Amélie Poulain a fonctionné, mais c'est peu dire qu'il était compliqué

Car le vol d'un nain de jardin, ce n'est pas un message d'espoir.

Car le vol d'un portrait, ce n'est pas un manifeste écologiste.

Montrer sa poitrine portant un slogan, brandir une pancarte, écrire un livre.
Toutes ces actions comportent, intrinsèquement, un message
Le vol, lui, n'en a aucun.

D'ailleurs, les décrocheurs de portraits ont du créer un site internet
Ils ont énuméré les manifestations où défilaient les portraits
Ils ont convoqué des philosophes, théorisé la désobéissance civile, prôné la non-violence
... pour que le monde comprenne enfin le sens de leur action.

Cette distance entre l'acte incriminé et le message revendiqué pose plusieurs problèmes.

D'abord un problème probatoire : qui nous dit que le portrait dérobé ne trône pas bêtement dans le salon des prévenus ?

Ensuite un problème processuel
le cœur du message, c'est l'usage du portrait
Et l'usage d'un bien volé, c'est un recel, dont vous n'êtes pas saisis

Enfin un problème de fond
Si voler, c'est s'exprimer alors la liberté d'expression, aurait un champ d'application si vaste qu'elle pourrait être constamment invoquée
Et pourtant.

Qui connaîtrait Gandhi, sans la marche du sel ?
L'Amérique vivrait-elle toujours ségréguée, si une jeune fille n'avait pas refusé de céder sa place dans un autobus de Virginie ?
Où en serait la lutte contre le SIDA, sans les provocations d'Act up ?

A Strasbourg, le happening politique relève de la liberté d'expression.
Ainsi d'un concert punk dans une église orthodoxe russe,
d'un accrochage de linge sale aux grilles du parlement hongrois,
de l'exhibition de sculptures obscènes devant un palais de justice moldave.

Les vols de portraits ont été scénarisés, médiatisés, réitérés, revendiqués.
Cette théâtralisation porte le message

Un message pour lequel des milliers de personnes ont défilé
Un message pour lequel 2 millions de citoyens ont signé
Un message unanimement qualifié d'affaire du siècle

Nous pourrions reconnaître les paroles,

Mais faudrait-il autoriser les actes ?

II. (Les actes)

Dans l'antiquité, Midas transformait sa nourriture en or
Au 19^e siècle, c'est la boue que Baudelaire changeait en métal précieux
Aujourd'hui, les prévenus font l'inverse : d'une noble cause, ils font un délit ;
de leur parole d'or naissent des actes de plomb.

Voyons clair : derrière le théâtre, il y a un vol
Au-delà de votre sentiment, il y aura un jugement
Il faut appréhender l'acte de voler, d'une part,
et l'acte de juger, d'autre part.

A. (L'acte de voler)

Pour les anthropologues, l'humanité doit son essor à un interdit : l'inceste
C'est parce que nos ancêtres se retenaient de procréer en famille qu'ils ont tissé avec leurs semblables des liens sociaux, économiques et culturels

Le libéralisme doit quant à lui son succès à un concept : la propriété
C'est parce qu'il révère les droits que les individus ont sur les choses, qu'il s'est épanoui

D'où la place clé de la propriété dans notre système juridique

Droit naturel et imprescriptible dans la constitution

Droit absolu dans le code civil

Droit rétif au contrôle de proportionnalité, au point que la 3^e chambre civile refuse qu'il rende acceptable l'empiètement

Droit protégé à Strasbourg, où il justifie une importante marge nationale d'appréciation

La propriété est sacrée ; le vol est l'interdit fondateur.

Et on vous demande de renoncer à cet interdit.

Car jusqu'à présent, le contrôle in concreto n'a permis d'écarter que des infractions protégeant des valeurs immatérielles

Lorsqu'un journaliste infiltre un parti, il trahit la confiance

Lorsqu'une femme exhibe sa poitrine, elle choque les bonnes mœurs

En 2020, quand cette Femen ukrainienne avait, non sans prémonition, poignardé seins nus la statue de cire de M. Poutine, vous avez écarté le délit d'exhibition sexuelle, oui, mais sans examiner in concreto la condamnation pour dégradation.

L'atteinte matérielle pourrait être une ligne rouge

Car, pour des idées, on peut choquer, provoquer, outrer

Mais peut-on voler, peut-on dégrader ?

Voici un critère objectif, une limite claire au contrôle in concreto

Mais notre affaire est-elle le dossier idéal pour poser ce critère ?

Voilà des vols d'objets de valeur négligeable, commis sans menace. Parfois, les portraits ont été spontanément restitués. Aucune partie civile ne s'est constituée.

Ce qui compte ici, c'est la portée symbolique du geste, la métaphore de la destitution, l'allégorie de la révolution où le portrait décroché du chef rappelle les têtes jadis brandies au bout d'une pique

Ne vous fiez pas à l'image : ceci n'est pas un vol ; ceci est une offense au président de la République, délit aujourd'hui abrogé

L'acte de voler s'efface et vous laisse, seuls, face à l'acte de juger.

B. (L'acte de juger)

*« Percé jusques au fond du cœur
D'une atteinte imprévue aussi bien que mortelle,
Le Cid ? Non, le juge est le « Misérable vengeur d'une juste querelle,
Et malheureux objet d'une injuste rigueur »
Entre la loi et la proportionnalité
« Ô Dieu, l'étrange peine !
En cet affront (un portrait) est offensé,
Et l'offenseur (le décrocheur d'Emmanuel) »*

*« (comme il) sent de rudes combats !
Contre (son) propre honneur (la loi pénale décrète)
Il faut venger un (chef), et perdre (une planète) :
L'un (lui) anime le cœur, l'autre retient (son) bras »
Le juge est « réduit au triste choix ou de trahir (sa) flamme,
Ou de vivre en infâme,
Des deux côtés (son) mal est infini
Ô Dieu, l'étrange peine !
Faut-il laisser un affront impuni ?
Faut-il punir (le décrocheur d'Emmanuel) ? »*

Pressé par le Parquet à assurer la rectitude de la loi,
Pris à témoin par les prévenus, qui se réclament du débat démocratique
Entre la loi pénale et le droit naturel
Le juge est réduit à deux mauvais choix.
S'il condamne, il est complice d'une illégitime répression
S'il relâche, il n'est pas clément, il est militant,

Voyez, à Lyon, un juge a retenu l'état de nécessité : le parquet indigné a engagé des poursuites disciplinaires tandis qu'à l'autre bord, on a applaudi ce nouveau bon juge Magnaud

La controverse politique s'est invitée dans le prétoire,

Et nous voilà pris d'un doute

Si la force des paroles l'emportait sur l'insignifiance de l'acte ?

Si l'intérêt général justifiait l'offense ?

Ou alors si la modestie de la peine justifiait la répression du larcin ?

Si la crainte de la récidive imposait l'application de la règle ?

Le juge administratif a la fraude pour priver d'effet un acte légal

Le juge du contrat a la mauvaise foi, pour s'affranchir de sa lettre

Et si le contrôle in concreto était une chance pour le juge pénal ?

Un outil, une soupape ?

pour admettre, exceptionnellement, l'abus de droit dans l'exercice des poursuites,

pour écarter, pour cette fois, l'injuste rigueur de la loi pénale ?

Sur le fond, ce contrôle est conforme au principe de faveur, qui fonde le droit pénal, qui laisse le doute profiter à l'accusé. Qui refuse la répression pour la répression.

Sur la forme, ce contrôle permet au juge d'écouter, d'entendre, d'expliquer,

De résoudre son dilemme

Pour que soit accepté l'acte de juger

La physique quantique n'a pas remplacé les lois de Newton,
Elle les a complétées
Le contrôle de proportionnalité ne supprime pas le principe de légalité.
Il l'améliore

Comme le chat de Schrödinger, vivant et mort, ce contrôle rend possible un
droit paradoxal, mais parfois nécessaire

Quand le délit est symbolique, quand le message est politique, quand la
fracture est sociale,
donnez à la justice son plus beau rôle.

Celui de parler au-dessus des tumultes

Laissez le juge confronter la faute et la noblesse de la cause,
peser la peine à l'aune du préjudice

Peut-être les prévenus seront ils blanchis,
A coup sûr la justice en sera grandie

Vous casserez