



**AVIS DE Mme CHAUVELOT,
AVOCATE GÉNÉRALE RÉFÉRENDAIRE**

Arrêt n° 2 du 8 janvier 2025 (B+R) – Chambre criminelle

Pourvoi n° 23-80.226

Décision attaquée : Cour d'appel de Toulouse du 27 octobre 2022

**[S] [Y], [M] [F], [Z] [W], [T][A], [YV] [N], [U] [V], [O] [E] épouse [H],
[P] [L], [PP] [G], [OK] [I], [B] [RB] épouse [D], [C] [CU], [R] [GR], [K]
[BR] épouse [J], [X] [FA]**

C/

[3]

Par jugement du 23 mars 2021, le tribunal correctionnel de Toulouse a statué sur la citation de 16 prévenus, Mmes et MM. [S] [Y], [C] [FX], [M] [F], [Z] [W], [T][A], [YV] [N], [U] [V], [O] [E] épouse [H], [P] [L], [PP] [G], [OK] [I], [B] [RB] épouse [D], [C] [CU], [R] [GR], [K] [BR] épouse [J], [X] [FA], tous poursuivis du chef d'entrave à la navigation aérienne prévu à l'article L. 6372-4° du code des transports, à l'exception de Mme [G], citée, elle, pour des faits d'entrave à la circulation ferroviaire punis à l'article L. 2242-44° du même code, et de Mme [I] et M. [A], ces derniers l'étant des deux chefs de délit précités.

Le tribunal a dit n'y avoir lieu à transmettre au Conseil constitutionnel deux questions interrogeant la conformité à la Constitution, plus précisément aux principes de légalité des délits et des peines, de clarté de la loi et de sécurité juridique, d'une part, et aux objectifs à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi, d'autre part, des textes d'incrimination et de répression du code des transports visés aux citations.

Le tribunal a rejeté l'exception de nullité soutenue par les prévenus sur le fondement de l'article 78-2 du code de procédure pénale. Il a en revanche ordonné l'effacement des photographies et empreintes digitales de Mme [I] enregistrées dans les fichiers de police. Le

tribunal a également écarté les nullités fondées sur la violation de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, en l'occurrence ses articles 2, 3 et 6 §1¹. Enfin, a été rejetée l'exception d'illégalité tirée de méconnaissance de l'article L. 111-7-5 du code de la construction et de l'habitation².

Au fond, les juges ont écarté, d'une part, le moyen pris de l'atteinte à la liberté d'expression prévu à l'article 10 de la Convention européenne, comme procédant d'une confusion entre le mobile et l'intention délictueuse nécessaire à la caractérisation des infractions, d'autre part, le fait justificatif de l'état de nécessité. En répression, ils ont condamné chacun des prévenus à la peine de deux mois d'emprisonnement avec sursis, sauf Mme [I] et M. [A] à six mois d'emprisonnement avec sursis et Mme [G], poursuivie du seul chef d'entrave à la circulation ferroviaire, à 750 euros d'amende également assortie du sursis.

Sur l'action civile, le tribunal a fait droit aux constitutions de partie civile : de la SA [3]d'abord, lui accordant la somme demandée de 1.491,01 euros de réparation et 600 euros au titre de l'article 475-1 du code de procédure pénale ; de la SC [5]ensuite, lui accordant la somme demandée de 1 euro ; de la SAS Airbus Opérations enfin, lui accordant la somme de 1 euro sur les 10.000 qu'elle demandait en réparation de son préjudice d'image, outre 600 euros au titre de ses frais irrépétibles. Le tribunal a ordonné le renvoi de l'affaire sur les intérêts civils concernant la SA [1] à la demande de celle-ci.

Par un arrêt du 27 octobre 2022, la cour d'appel de Toulouse a statué sur l'appel principal de l'ensemble des prévenus et l'appel incident du ministère public. Elle a constaté le décès de M. [FX], et, en conséquence, l'extinction de l'action publique à son égard, puis elle a confirmé le premier jugement sur les questions de constitutionnalité et les nullités. Au fond, la cour a confirmé la culpabilité des prévenus mais réduit leur peine à une amende de 1.200 euros chacun, entièrement assortie du sursis, sauf pour Mme [I], condamnée à une amende de 2.000 euros dont 1.200 avec sursis, et Mme [G], dont l'amende de 750 euros prononcée en première instance a été confirmée. La cour d'appel a confirmé les dispositions civiles du premier jugement, hormis celles se rapportant à M. [FX], invitant les parties civiles à mettre en cause ses héritiers, et statuant sur les frais irrépétibles exposés en cause d'appel.

Les prévenus ont régulièrement formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.

La SCP Ricard, Bendel-Vasseur, Ghnassia s'est constituée à leurs intérêts et a déposé un mémoire dans le délai qui propose deux moyens de cassation.

Le premier, commun à Mmes et M. [I], [G] et [A], reproche d'abord à la cour d'appel de les avoir condamnés pour le délit d'entrave à la circulation ferroviaire alors que, membres ou sympathisants de l'association [2], ils participaient à une démarche de protestation politique revendiquant une meilleure accessibilité aux transports ferroviaires promise par la [3] et ne causant, par leur blocage d'un train pendant une heure, qu'un préjudice limité pour cette société et pour les voyageurs. Il est soutenu que cette incrimination au titre de l'article L.2242-4, 4° du code des transports, compte tenu de la nature et du contexte, ne répond pas à un besoin social impérieux et caractérise ainsi une ingérence excessive dans le droit à

¹ L'atteinte au droit à la vie de l'article 2 aurait résulté des conditions de transport des prévenus à la gendarmerie et de la tenue de l'audience malgré les risques auxquels les exposait l'épidémie de Covid19 ; Ils auraient été soumis à des traitements inhumains et dégradants en violation de l'article 3 du fait de l'atteinte à leur dignité résultant du défaut d'aménagement des locaux et d'organisation de leur comparution dans des conditions inadaptées à leurs handicaps respectifs ; l'article 6 §1 relatif au procès équitable aurait été violé, le dossier pénal étant resté inaccessible à ceux d'entre eux qui sont malvoyants ou en état de handicap mental et l'audience n'ayant pas permis l'audition d'autres qui souffrent de difficultés d'expression.

² Le calendrier d'accessibilité des bâtiments publics aux personnes handicapées qu'il prévoit n'aurait en effet pas été respecté.

la liberté d'expression des prévenus, protégé par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Dans ses deuxième et troisième branches, développées au visa du même article 10 et des articles 591 et 593 du code de procédure pénale, le moyen critique la motivation de l'arrêt comme inopérante et insuffisante pour justifier, d'une part l'incrimination et la culpabilité des prévenus, d'autre part les peines d'amende prononcées à leur encontre.

Le second moyen, commun à tous les prévenus sauf Mme [G], articule une critique en trois branches parfaitement analogue, contre les dispositions de l'arrêt ayant retenu leur culpabilité et les ayant condamnés sur le fondement des articles L.6372-4, 4° et L.6100-1 du code des transports pour entrave à la navigation aérienne, alors que leur intrusion en bordure de piste de l'aéroport de [Localité 4] pendant une heure s'inscrivait également dans une démarche de protestation politique contre le manque d'accessibilité des personnes handicapées aux transports aériens et que cette intrusion n'avait causé qu'un préjudice limité aux voyageurs et sociétés de transport et d'exploitation de l'aéroport, de sorte que leurs poursuites et condamnation constituent une ingérence disproportionnée dans leur droit à la liberté d'expression, la motivation de l'arrêt étant encore, à ce deuxième titre, à la fois inopérante et insuffisante, tant sur la culpabilité que sur la peine.

Votre rapporteure soulignent que ces moyens ne contestent que le caractère disproportionné des déclarations de culpabilité et des peines.

Disons qu'au titre du défaut de base légale et de l'insuffisance de la motivation, ils critiquent la disproportion de l'ingérence dans la liberté d'expression des prévenus que représente la répression de leur comportement. Plus précisément, le mémoire ampliatif vous demande de faire application de la jurisprudence initiée par votre chambre quant au moyen pris de l'atteinte excessive à la liberté d'expression pour se défendre de poursuites diligentées pour une infraction de droit commun, selon laquelle : « *l'incrimination d'un comportement constitutif d'une infraction pénale peut, dans certaines circonstances, constituer une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause* »³. Dans la continuité de cette jurisprudence, il vous demande d'approfondir votre contrôle.

Compte tenu de la configuration du pourvoi, qui oblige à considérer la liberté d'expression exercée dans un cadre collectif et militant, et des enjeux à la fois juridiques et politiques qu'il recèle, un examen en sections réunies pourrait être indiqué.

Après avoir, à titre liminaire, rappelé les faits de l'espèce, les termes de la répression et la motivation des condamnations prononcées, nos développements s'articuleront en trois étapes.

Seront d'abord exposés l'état de la jurisprudence invoquée aux moyens et les quelques propositions et critiques à son égard dont l'examen nous paraît utile pour la réflexion.

Seront ensuite envisagées deux interrogations, auxquelles sont attachés d'importants enjeux, que le pourvoi vous donne l'occasion de résoudre. La première est relative au contrôle de cassation sur la proportionnalité de l'atteinte portée à la liberté d'expression par la mise en oeuvre de poursuites pénales, lorsqu'il en a été fait usage à l'occasion d'une manifestation publique. Comme on l'a dit, la configuration de l'espèce impose d'apprécier les moyens à cette aune. Ce qui mène à la question suivante : l'opinion exprimée collectivement lors d'une « réunion », au sens de l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'Homme, réunion qui engendre une gêne à la circulation voire, comme ici dans une action de blocage, en est un effet recherché, doit-elle être intégrée dans le contrôle de

³ Crim., 22 sept. 2021, n° 20-85.434.

la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression ? Il nous semble que oui et nous nous en expliquerons.

La seconde interrogation a trait au propos lui-même : au delà de la vérification qu'il se situe dans un débat d'intérêt général, son contenu doit-il être pris en compte par la juridiction de jugement et, si oui, dans quelle mesure ? Si elle est plus évidente, la réponse ne prive pas d'intérêt la question parce qu'elle est de nature à circonscrire l'effet « neutralisant » de la répression que comporte votre jurisprudence, s'agissant de certaines revendications.

Une fois ainsi redéfinis le champ d'application du moyen pris de l'atteinte excessive à la liberté d'expression et les critères de votre contrôle dans l'hypothèse d'une manifestation, nous examinerons l'arrêt attaqué. Il nous semble que, suffisant à justifier la cassation, le défaut de base légale autorisera à faire l'économie de l'examen du surplus du mémoire.

1. Les éléments du pourvoi

1-1. Les faits et la procédure

Deux actions ont été menées par des militants et sympathisants de la lutte pour les droits des personnes handicapées, la plupart souffrant eux-mêmes de handicaps, notamment moteurs, nécessitant des appareillages divers, dont des fauteuils roulants.

Deux personnes ont participé aux deux manifestations, M. [A] et Mme [I], celle-ci étant cofondatrice, en 2001, de l'association [2] qui se donne pour mission, selon ses statuts, « *d'aboutir à une politique d'inclusion* » et « *de faire réformer le fonctionnement de l'administration et des services publics et privés en charge des personnes en situation de handicap ou maladies invalidantes, afin de l'adapter aux besoins réels des publics concernés et dans l'intérêt de tous* ». Rattachée au collectif inter-associatif Handicaps 31, l'association [2] participe notamment aux travaux de diverses commissions consultatives placées auprès des collectivités territoriales et hospitalières du département de la Haute-Garonne.

Le 25 septembre 2018, une vingtaine de personnes dont cinq en fauteuil roulant y compris Mme [I], se sont rendues à la gare [3] de [6] et ont bloqué, par leur présence sur la voie, le départ d'un TGV en direction de [Localité 5], finalement retardé d'une heure. Trois personnes ont fait l'objet de poursuites pour entrave à la circulation ferroviaire après avoir été entendues librement au commissariat sur convocation des policiers.

Le 4 décembre 2018, à l'initiative directe de l'association [2], un autre groupe de personnes, dont au moins deux en fauteuil roulant, a été signalé à la gendarmerie des transports aériens alors qu'elles se trouvaient en zone d'accès restreint de l'aéroport de [5]. Malgré les injonctions d'un agent de sécurité gardant l'entrée d'une zone de travaux, le groupe s'est rendu sur le tarmac en passant par un portillon laissé ouvert à cet endroit. Le trafic a été interrompu une heure. 16 personnes ont été poursuivies pour entrave à la circulation aérienne après avoir été, elles aussi, entendues librement.

Par leurs actions menées en présence de journalistes, les manifestants ont précisé, lors de l'enquête et devant les juges du fond, avoir voulu sensibiliser le public à la question de l'accessibilité des personnes handicapées à la « *chaîne du déplacement* »⁴ et à la mise en oeuvre, par les acteurs publics et privés, de leurs engagements relatifs aux transports, dans

⁴ La notion désigne l'ensemble des enjeux de mobilité des personnes handicapées évoluant dans l'espace public.

le contexte particulier de l'adoption prochaine de la loi dite Elan⁵. Des images enregistrées lors des événements ont ainsi été diffusées sur le site Internet et le compte *Twitter* (devenu X) de l'association [2], ainsi que sur d'autres réseaux sociaux accessibles à tous.

1-2. Les textes de répression

La répression des atteintes à la sécurité des transports ferroviaires est très ancienne, contemporaine du développement du réseau ferré au 19^{ème} siècle. Sa codification actuelle au code des transports remonte à l'ordonnance du 28 octobre 2010⁶, la définition des comportements incriminés et leur répression étant restées quasiment constantes depuis. Le 4° de l'article L. 2242-4 du code des transports prévoit : « *Est puni de six mois d'emprisonnement et de 3.750 € d'amende le fait pour toute personne : (...) 4° De troubler ou entraver, par des signaux faits en dehors du service ou de toute autre façon, la mise en marche ou la circulation des trains ;* ».

La répression des atteintes au trafic aérien est plus sévère. Au titre des dispositions propres aux équipements de ce type de transport, le code précité comporte, dans un chapitre consacré à la répression pénale des atteintes aux règles relatives aux aéroports et aéronefs, une section relative aux sanctions pénales attachées aux « actes de malveillance », incriminés notamment par l'article L. 6372-4, dont le 4° est rédigé ainsi : « *Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 18 000 € d'amende sans préjudice, le cas échéant, de l'application des articles 322-1 à 322-11 et 322-15 du code pénal réprimant les destructions, dégradations et détériorations, le fait, volontairement de : (...) 4° Entraver, de quelque manière que ce soit, la navigation ou la circulation des aéronefs, hors les cas prévus aux articles 224-6 et 224-7 du code pénal ;* ».

1-3. La motivation de l'arrêt attaqué

Dans sa motivation sur la culpabilité, le tribunal correctionnel avait écarté le moyen pris de l'atteinte disproportionnée à la liberté d'expression et la violation, en conséquence, de l'article 10 de la Convention, en retenant que :

« les prévenus contest[ai]ent l'élément intentionnel de l'infraction, considérant avoir agi (...) en vertu du principe de liberté d'expression et dans le cadre d'un état de nécessité. Cependant, il s'agit là d'une confusion entre l'intention et les mobiles (...). En l'occurrence, tous les prévenus ont eu l'intention de provoquer une gêne de la circulation des trains ou des aéronefs. S'agissant de la liberté d'expression, garantie par notre droit positif, elle ne peut être invoquée en l'espèce car elle ne peut jamais justifier la commission d'un délit pénal.

L'état de nécessité ne peut être davantage invoqué en l'espèce car, à supposer qu'il existe « un danger actuel ou imminent » menaçant les prévenus, résultant de la méconnaissance des droits des personnes en situation de handicap, aucun élément ne permet de considérer que l'occupation des rails de chemin de fer ou des pistes d'un aéroport permette de sauvegarder les prévenus du danger qu'ils dénoncent au sens de l'article 122-7 du code pénal. » (pages 23 et suivantes du jugement).

La cour d'appel s'est nettement écartée de cette motivation.

En premier lieu, elle a rendu compte de la position des prévenus comme revendiquant leur participation aux actions litigieuses pour attirer l'attention sur le respect de leurs droits, avant de rappeler les dépositions témoignant de leurs difficultés réelles d'accès aux transports. En

⁵ Loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 sur l'évolution du logement, de l'aménagement et du numérique, critiquée notamment d'avoir assoupli les contraintes de production de logements accessibles en habitat collectif.

⁶ Ordonnance n° 2010-1307 relative à la partie législative du code des transports.

deuxième lieu, elle a retenu la caractérisation des délits dans leurs éléments matériel et moral, résultant du positionnement volontaire des intéressés sur une voie, en face d'un train au départ, et de leur pénétration sur une zone de l'aéroport manifestement signalée comme interdite d'accès au public. En réponse au moyen pris de l'ingérence disproportionnée à l'exercice de leur liberté d'expression, soutenu sur le double fondement de l'article 122-7 du code pénal et de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme en référence à leur démarche de protestation politique concernant le manque d'accessibilité des transports menée dans des lieux symbolisant le non-respect de leurs obligations par les acteurs tenus à cet égard, la cour d'appel a d'abord écarté l'argument de l'état de nécessité comme non pertinent dès lors que les prévenus n'avaient pas agi en réponse à un danger actuel ou imminent au sens de l'article 122-7 précité. Puis elle a motivé dans les termes suivants :

« Il est acquis que l'incrimination d'un comportement constitutif d'une infraction pénale peut, dans certaines circonstances, constituer une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause.

Il n'est pas contesté, car cela n'est pas sérieusement contestable, que la situation et le respect des droits des personnes en situation de handicap est une problématique d'intérêt général, tant en ce qui concerne les principes de respect de droits essentiels qu'en terme de solidarité nationale. (...)

Dès lors, des actions visant les aéroports et les gares ferroviaires, qui ont notamment pour but d'alerter sur l'absence d'équipements adaptés en ces lieux et en ces moyens de transports, parce qu'elles sont en lien avec la défense de la liberté d'aller et venir des personnes en situation de handicap, s'inscrivent dans la démarche militante que les prévenus revendiquent. » (page 22 de l'arrêt).

En conséquence, elle a ainsi jugé sur la culpabilité :

« Toutefois, les incriminations contestées ont pour finalité de réprimer des comportements qui portent notamment atteinte à la liberté de circulation, sachant que ce sont de nombreuses personnes qui sont affectées avec pour conséquence la désorganisation de tout un ensemble de moyens de transport. C'est la circulation aérienne de tout l'aéroport qui est suspendue et ce sont les horaires de plusieurs trains qui doivent être adaptés en conséquence du retard imposé à celui qui circule sur les mêmes voies qu'eux.

Au-delà de l'atteinte à une liberté essentielle qui est celle d'aller et venir, ces actes ont causé des retards et des annulations qui représentent un coût pour les voyageurs et pour les entreprises de transport concernées et ce coût, compte tenu du nombre de personnes concernées, est très important. Les préjudices qui en résultent sont ainsi nombreux et divers. Sur ce point, c'est par pure pétition de principe que les prévenus soutiennent que les voyageurs des avions et du train n'ont subi qu'un retard de quelques heures sans aucune autre conséquence. Ils ne peuvent pas affirmer savoir que tous les voyageurs concernés effectuaient un simple voyage d'agrément et qu'aucun ne voyageait pour des raisons professionnelles (un rendez-vous manqué, un examen ou un concours raté à cause du retard), pour des raisons familiales graves (maladie, décès d'un proche) ou pour toute autre raison faisant que ce retard a été cause d'un préjudice personnel important et immédiat. Ainsi, les prévenus ont contraint des centaines de voyageurs à atteindre leur destination avec retard, voire à ne pas l'atteindre en considération du motif du voyage.

Enfin, l'acte qui consiste à bloquer une voie de chemin de fer et des pistes d'aéroport renvoie à une symbolique de la sécurité des moyens de transport dont la portée, en terme de protection publique, est essentielle. » (pages 23 et 24 de l'arrêt).

Sur la peine, la cour a motivé ainsi :

« Au regard de ce qui a été dit au titre de la culpabilité, les délits commis, en raison du contexte dans lequel ils ont été commis, présentent un degré de gravité modéré mais ne

doivent toutefois pas être banalisés car ils portent en eux le risque de donner l'idée à d'autres de procéder de même, au risque évident de rendre les circulations ferroviaires et aériennes extrêmement complexes et risquées, voire dangereuses. » (page 23 de l'arrêt).

On souligne que la cour d'appel a distingué le cas de deux prévenues, Mme [G], coupable seulement de l'entrave à la circulation d'un train, dont elle a amoindri la peine en conséquence, et Mme [I]. Elle a condamné celle-ci à la peine plus sévère de 2.000 euros d'amende, dont 1.400 euros seulement assortis du sursis, se fondant pour cela sur sa participation aux deux actions mais aussi sur les éléments de sa personnalité ainsi relevés :

« [OK] [I] a été condamnée postérieurement aux faits qui intéressent la cour au titre de faits également postérieurs en répression du délit de participation à une manifestation sur la voie publique malgré injonction judiciaire. (...) Elle est l'élément moteur du groupe des prévenus, tant en raison de sa forte personnalité qui ne tolère aucune contradiction, que de sa situation de présidente de l'association [2], mais aussi d'élue [conseillère municipale à [Localité 4]] ou membre d'une organisation consultative [conseillère au conseil économique, social et environnemental d'Occitanie]. Les débats ont montré l'extrême ascendant qu'elle exerce sur les autres prévenus, sans doute justifié par l'aide et le soutien qu'elle leur apporte sans faiblir (notamment dans l'obtention d'un logement adapté) » (page 25 de l'arrêt attaqué).

2. Le moyen pris de l'atteinte disproportionnée à la liberté d'expression : état des lieux

Les termes de la décision étant rappelés, venons-en au moyen de défense pris de la violation de l'article 10 de la Convention européenne, dont la recevabilité et l'opérance s'étendent désormais à plusieurs champs du contentieux pénal. Il n'est pas lieu de rendre compte de manière exhaustive de la richesse des commentaires qui se sont exprimés à l'égard de votre jurisprudence⁷ : on en retiendra seulement deux éléments. Le premier consiste dans une proposition qui nous semble permettre de dépasser la controverse théorique. Le second évalue les trois niveaux de la critique pour en retenir ce qu'elle a de plus pertinent et qui concentre l'enjeu des présents pourvois.

2-1. L'extension du moyen en dehors de la presse

L'article 10 §1 de la Convention européenne des droits de l'Homme proclame : *« Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations »*. La jurisprudence abondante de la Cour de Strasbourg développée sur ces stipulations n'a cessé de consacrer cette liberté cardinale de la Convention en ce qu'elle *« constitue l'un des fondements d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »*⁸. S'il s'agit d'un droit « dérogeable », à l'exercice duquel il peut donc être porté atteinte, c'est à la condition que les formalités, conditions, restrictions ou sanctions qui l'affectent résultent de

⁷ Voir notamment la revue de doctrine élaborée par le service de documentation et de recherche de la Cour de cassation pour les besoins de l'examen des pourvois.

⁸ CEDH., 7 déc. 1976, Handyside c/RU, n° 5493/72, §49.

mesures prévues par la loi et constituent des mesures nécessaires à la réalisation de l'un des buts légitimes définis par le paragraphe 2 du même article, c'est à dire « *à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». Ces exceptions sont d'interprétation étroite, circonscrivant la marge d'appréciation des Etats dans des limites strictes⁹.

Dans la jurisprudence de votre chambre, l'atteinte excessive à la liberté d'expression comme moyen de défense devant une juridiction pénale a trouvé sa première application en droit de la presse, d'abord comme cause justificative de la diffamation au titre de la bonne foi¹⁰, puis étendue à d'autres infractions de la loi du 29 juillet 1881 étrangères à cette exception, en l'occurrence l'injure et la provocation. Sous l'influence de la Cour de Strasbourg, qui a consacré la presse comme « *chien de garde de la démocratie* », le moyen a débordé le champ de cette loi pour bénéficier, toujours à des journalistes, mais qui étaient poursuivis sous la qualification d'escroquerie à raison de leur méthode d'enquête¹¹.

Beaucoup plus récemment, votre chambre a admis la recevabilité du moyen lorsqu'il est soutenu, non par un professionnel collaborant à un support de publication, mais par tout citoyen manifestant, par son propos sur un sujet d'intérêt général, sa participation au débat démocratique. Vous jugez désormais que le juge du fond doit répondre au moyen s'il est soulevé et procéder à un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte à la liberté d'expression de celui qui s'en prévaut, résultant de la répression mise en oeuvre à son encontre, et le but poursuivi par cette répression. Dans cette approche, la prise en compte de la liberté d'expression ne joue plus comme une circonstance particulière des faits ou un élément de la personnalité de leur auteur susceptible d'amoindrir la peine prononcée, autrement dit comme un élément de personnalisation de la sanction commandée par l'article 132-1 du code pénal. Elle atteint la responsabilité pénale, pouvant aller jusqu'à exclure une déclaration de culpabilité.

C'est ce que vous avez jugé à propos de qualifications diverses qui reflètent autant de comportements exprimant une opinion. On en retiendra trois ensembles de décisions, pour la plupart citées au rapport, comme particulièrement évocatrices de ce contentieux et de l'approche de votre chambre.

Il s'agit d'abord du délit d'exhibition sexuelle reproché à des femmes se réclamant du mouvement *Femen* et menant des actions symboliques, la poitrine dénudée recouverte de slogans explicites évoquant leur revendication. Une étudiante en journalisme s'est ainsi introduite dans l'église de la Madeleine pour déposer un morceau de foie d'animal ensanglanté sur l'autel, symbolisant le droit à l'avortement. Votre chambre a confirmé la condamnation prononcée par la cour d'appel, estimant que la peine infligée d'un mois d'emprisonnement avec sursis n'avait pas porté une atteinte excessive à la liberté

⁹ CEDH., GC, 23 avril 2015, *Morice c/France*, n° 29369/10, §124.

¹⁰ Crim., 6 mai 2014, n° 12-87.789.

¹¹ CEDH., 7 juin 2007, *Dupuis c/ France*, n° 1914/02 et Crim., 26 oct. 2016, n° 15-83.774.

d'expression de cette militante¹². La balance de proportionnalité entre répression nécessaire et droit à la liberté d'expression a également été jugée comme correctement effectuée par les juges du fond devant qui le moyen pris de sa violation avait été soulevé par d'autres militantes *Femen* dénonçant l'inaction et la duplicité de responsables politiques réunis dans un forum international pour la paix. Reconnaisant la valeur politique de leur démarche, vous avez confirmé la cour d'appel qui avait relevé l'importance du trouble causé, dans un contexte particulier où la présence de familles de défunts et victimes de la première guerre mondiale appelait à la dignité¹³. Enfin, si c'est à tort qu'une autre cour a jugé que l'exhibition de sa poitrine par une femme n'entre pas dans les prévisions de l'article 222-32 du code pénal si son intention est dénuée de toute connotation sexuelle, vous l'avez approuvée d'avoir relaxé une militante *Femen* protestant contre Vladimir Poutine en plantant un pieu dans la statue représentant le président russe au musée Grévin¹⁴.

L'expression collective de militants du climat, relayée dans les médias sous le nom de « décrocheurs de portraits », a également donné lieu à des poursuites pénales qui vous ont permis d'affiner les critères du contrôle de proportionnalité exigé des juges du fond. Ces militants, identifiés visiblement dans leur cause par des slogans ou des inscriptions, se sont rendus, sans heurts, dans des mairies, pour y subtiliser le portrait officiel du président Macron, symbolisant ainsi le non-respect de ses engagements de campagne pour lutter contre le réchauffement climatique, engagements dont la liste était parfois suspendue à la place de la photographie emportée. Ces faits ont donné lieu à plusieurs décisions, occasion pour votre chambre d'énoncer pour la première fois le principe selon lequel dès lors qu'un moyen tiré de la liberté d'expression dans le cadre d'un débat d'intérêt général est invoqué devant les juges du fond, ils doivent rechercher si l'incrimination pénale des comportements poursuivis ne constitue pas, au cas particulier qui leur est soumis, une ingérence disproportionnée dans l'exercice de cette liberté, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause¹⁵. Et c'est à propos de cette infraction de vol que votre chambre a consacré le plus précisément les critères d'évaluation que les juridictions du fond sont tenues de prendre en compte. Une fois vérifié qu'il existe un lien direct entre comportement incriminé et liberté d'expression sur un sujet d'intérêt général, il appartient au juge de vérifier le caractère proportionné de la condamnation, au terme d'un examen d'ensemble qui doit prendre en compte « *entre autres éléments, les circonstances des faits, la gravité du dommage ou du trouble éventuellement cause. (...) Dans le cas particulier d'une poursuite du chef de vol, doivent être notamment prises en compte la valeur matérielle du bien, mais également, le cas échéant, sa valeur symbolique, ainsi que la réversibilité ou l'irréversibilité du dommage causé à la victime* »¹⁶.

Les décisions concernant des intrusions dans des lieux non accessibles au public méritent enfin d'être mentionnées, comportant au moins trois enseignements utiles pour le pourvoi.

¹² Crim., 9 janv. 2019, n° 17-81.618. Comme on le détaillera plus loin, la Cour de Strasbourg a cependant condamné la France à raison de cette décision.

¹³ Crim., 15 juin 2022, n° 21-82.392.

¹⁴ Crim., 26 fév. 2020, n° 19-81.827.

¹⁵ Précité note 3.

¹⁶ Crim., 18 mai 2022, n° 21-86.685, § 12 ; n° 20-87.272, § 9 et n° 21-86.647, § 10 et 16.

L'une d'elle a démontré, comme ici, l'inefficacité du moyen de défense pris de l'état de nécessité, à défaut d'une action propre à empêcher l'avènement d'un danger actuel ou imminent et exprimant seulement une crainte face à un risque¹⁷. L'autre nous intéresse particulièrement pour ce qu'elle dit de l'appréciation de la gravité des conséquences des faits, retenant surtout l'ampleur du trouble causé. Il s'agissait de membres de l'association *Greenpeace* rentrés sur le chantier de restauration de la cathédrale [Localité 1] pour y déployer une banderole depuis le haut de l'édifice. Pour être confirmée dans son prononcé d'amendes contraventionnelles, la cour d'appel a relevé que les travaux avaient dû être arrêtés pendant une journée, que la sécurité des ouvriers avait imposé la vérification de l'état des grues et, plus généralement, que les contrevenants avaient adopté « *un comportement d'une particulière dangerosité* »¹⁸. Enfin, il se déduit d'un troisième arrêt que la seule évocation d'un autre droit fondamental que l'infraction a pour but de protéger ne suffit pas à faire l'économie du contrôle de proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression lorsque le moyen est soulevé. Est ainsi cassé l'arrêt de la cour d'appel qui se borne à retenir que la restriction à la liberté d'expression des militants de Génération identitaire qui ont gagné le toit des locaux d'une caisse d'allocations familiales pour faire descendre une banderole supportant l'inscription « *De l'argent pour les français, pas pour les étrangers* », est prévue par l'article 226-4 du code pénal qui protège la vie privée d'autrui en pénalisant la violation de domicile¹⁹.

2-2. Propositions doctrinales et pertinence de la critique

L'analyse d'un auteur retient l'attention en ce qu'elle rend bien compte de la démarche consistant pour le juge pénal à prendre pour mesure la liberté exigeant d'être protégée. Il écrit : « *Le juge pénal a la faculté de relaxer un auteur d'infraction en se fondant sur les droits de l'homme. En cette hypothèse, la doctrine évoque généralement un fait justificatif. Or, cette relaxe découle en réalité du caractère injustifié de la répression. Il ne s'agit donc pas d'une justification de l'infraction, mais plutôt d'une reconnaissance de la liberté de la commettre. (...) Même si le mécanisme d'exonération se rapproche du fait justificatif, puisqu'il part du principe que l'élément légal de l'infraction n'a pas disparu car le texte d'incrimination n'est pas en lui-même inconventionnel, il pose qu'en l'espèce, la répression serait contraire à l'exercice d'un droit fondamental ou d'une liberté que la Convention garantit. Le terme de justification n'est alors pas adapté. En cette hypothèse, l'acte infractionnel n'est pas nécessaire [contrairement à l'hypothèse de la légitime défense ou du commandement de l'autorité légitime], mais il doit pouvoir être accompli librement. La liberté d'agir attachée à l'humanité de la personne ne saurait être conditionnée par une quelconque nécessité. L'infraction n'a pas pour objectif de sauvegarder la liberté fondamentale, mais elle permet d'en tester les limites.* »²⁰. L'auteur développe la notion de « légitimation » d'une action par l'exercice d'une liberté fondamentale, qu'il distingue de la justification : si les deux mécanismes induisent un contrôle de proportionnalité, l'action qui fait l'objet du contrôle n'est pas la même. Il propose un concept de « *légitimation-liberté* », défini ainsi : « *Le*

¹⁷ Crim., 15 juin 2021, n° 20-83.749, s'agissant de l'intrusion de militants de *Greenpeace* dans l'enceinte d'un centre nucléaire de production électrique en commettant des dégradations sur la clôture.

¹⁸ Crim., 12 oct. 2022, n° 21-87.005 ; voir aussi Crim., 6 sept. 2023, n° 22-86.132.

¹⁹ Crim., 6 sept. 2023, n° 22-86.132, publié ; le groupe a été dissout depuis par le décret du 3 mars 2021, publié au JORF n° 0054 du 4 mars 2021. Dans cette espèce, on pouvait aussi s'interroger sur la mise en balance, par la cour d'appel, de la liberté d'expression et du droit à la vie privée, alors que les prévenus étaient poursuivis, non pas au titre d'une violation de domicile mais pour entrave aggravée à la liberté du travail.

²⁰ « Infraction justifiée ou répression injustifiée », Pierre Rousseau, Droit pénal n° 4, avril 2022, étude 8.

mécanisme dont il est question lorsque l'acte infractionnel coïncide avec l'exercice d'une liberté fondamentale est, en comparaison avec l'application d'un fait justificatif, un contrôle à visage inversé. Ce n'est plus l'Etat, à travers un fait justificatif légal, qui autorise le justiciable à agir de façon infractionnelle. C'est au juge de vérifier, à l'aune de l'étendue des libertés fondamentales, si l'Etat est autorisé à agir de façon répressive ».

Le reste de la critique qui s'est exprimée en réaction à votre jurisprudence s'est articulée sur au moins trois niveaux qu'on peut évoquer pour en garder ce qui peut être utilement adressé à l'occasion du présent pourvoi.

Le premier s'enracine dans la théorie du droit pénal, selon laquelle le mobile serait en principe indifférent à la caractérisation d'une infraction, affirmation à laquelle s'est parfois réduite la motivation des juridictions du fond pour écarter le moyen, entraînant la censure de votre chambre. De fait, on peut rapidement repousser l'objection. L'exigence d'un dol spécial pour caractériser certaines infractions témoigne indéniablement d'une intégration du mobile de l'auteur qui, lorsqu'il fait défaut, exclut de retenir sa culpabilité. Prenons l'exemple de l'infraction « politique » de l'attentat, prévue à l'article 412-1 du code pénal. Alors que la nouvelle incrimination est restée silencieuse sur l'élément psychologique, l'ancienne exigeait que le criminel ait agi « *dans le but* » de détruire le régime constitutionnel ou d'exciter les citoyens à s'armer contre l'autorité de l'Etat. Or, sans négliger la préoccupation délicate de ne pas conférer aux individus un droit à l'insurrection au risque de sombrer dans l'anarchie, plusieurs auteurs commentent : « *il faut aller au-delà de ce mutisme légal (...). Le but est un élément nécessaire du complot comme de l'attentat* », analyse qu'impose « *l'objectif social de l'incrimination* »²¹. On pourrait tout aussi bien évoquer la définition des infractions terroristes, qui, elles non plus, ne sont pas indifférentes au mobile²².

Le deuxième niveau, moins explicite mais tout aussi sensible, procède d'une remise en cause plus globale de l'influence du droit conventionnel comme « neutralisant » le droit répressif, créant le risque de ce qu'on pourrait appeler un « désarmement » de l'Etat. En interdisant de condamner le comportement d'un individu revêtant une qualification pénale, au nom du respect dû à sa liberté d'expression, le juge reconnaît à l'intéressé un droit à commettre des infractions. Celui-ci serait garanti d'en rester impuni dès lors qu'il lui suffirait de brandir son droit à faire valoir son opinion, pour peu que celle-ci se rattache à l'existence d'un débat d'intérêt général, au contenu aussi flou que ses limites sont mouvantes. En somme, la fin, quelle qu'elle soit, justifierait les moyens, quels qu'ils soient. Cette critique, de nature plus politique, n'est pas sans rappeler, dans son expression la plus alarmiste, celle d'un gouvernement des juges. Elle nous paraît tout aussi infondée.

D'une part, elle néglige l'existence du principe, également structurant de la procédure pénale, de l'opportunité des poursuites, qui permet au ministère public de renoncer à poursuivre tel comportement délictueux en considération des circonstances de l'espèce, notamment de la faiblesse du trouble à l'ordre public ou du préjudice causé²³.

D'autre part, elle ignore qu'il existe bien d'autres situations où le respect d'un droit fondamental commande d'atténuer la répression pénale prévue par le législateur, voire l'exclut. A titre d'illustration puisée dans le domaine de la fraude fiscale, les exigences conventionnelles du droit européen des droits de l'Homme mais aussi du droit de l'Union

²¹ Jurisclasseur Pénal Code, articles 412-1 à 412-8 - fascicule 20 : atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation, §31 à §34, citant notamment M.-L. Rassat.

²² Sans exiger de l'auteur qu'il ait lui-même pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, elles supposent qu'il ait eu conscience de participer à une entreprise se donnant un tel but (Crim., 10 janv. 2017, n° 16-84.696).

²³ L'opportunité des poursuites n'est pas contraire à la Constitution, ainsi que l'a énoncé le Conseil dans sa décision n° 2014-416 QPC du 26 septembre 2014 sur l'article 40-1 du code de procédure pénale.

européenne, conduisent à écarter le prononcé d'une sanction pénale en sus d'une sanction administrative qui aurait été prononcée pour les mêmes faits, ce alors même que les éléments constitutifs du délit sont parfaitement caractérisés au regard de l'article 1741 du code général des impôts : *« il appartient au juge pénal de vérifier que les faits retenus présentent le degré de gravité de nature à justifier la répression pénale complémentaire. Le juge est tenu de motiver sa décision, la gravité pouvant résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention dont celles notamment constitutives de circonstances aggravantes. A défaut d'une telle gravité, le juge ne peut entrer en voie de condamnation »*²⁴.

Mais surtout, elle reflète une vision partielle de la puissance publique, dont l'efficacité dépendrait de la seule répression, ce en oubliant d'autres vecteurs de l'action de l'Etat. Ce point nous paraît essentiel pour apprécier de la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression à l'occasion d'une manifestation. En effet, elle s'exerce alors dans le cadre contraint d'un régime administratif pré-défini²⁵, ce qui oblige à la distinguer des autres espèces que l'on a évoquées. Sans rentrer dans le détail de ce régime placé sous le contrôle étroit du juge administratif, insistons sur le constat qu'il impose : peu importe que certaines actions intervenues lors d'une manifestation puissent ne pas donner lieu à poursuites et à condamnation, l'autorité administrative compétente n'est pas privée pour autant de l'évaluation ex ante du risque de trouble à l'ordre public et de sa possibilité de mettre en oeuvre des mesures propres à le limiter²⁶. On observe à cet égard que le régime de droit commun, qui n'est pas celui de l'autorisation mais de la déclaration préalable, confère à l'autorité administrative un espace d'échange plus large dans la définition et la conduite d'un mouvement sur la voie publique, ce qui enrichit mécaniquement le rôle du juge administratif dans l'exercice de son contrôle. Il ne s'agit évidemment pas ici de dire que le juge pénal devrait se défausser sur l'autorité administrative, se justifiant en quelque sorte de l'amoindrissement de la répression en aval, par le renforcement de la prévention, en amont. Il s'agit pour votre chambre, d'intégrer, dans la définition de la méthode à l'usage des juges du fond, l'action de l'Etat dans son ensemble et de ce qu'en dit le juge administratif. On évoquera plus loin quelques aspects de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui peuvent vous inspirer quant à la fixation d'un niveau de contrôle²⁷, mais observons dès maintenant qu'il a lui-même intégré dans son appréciation de l'encadrement des mouvements militants, exprimée dans le contentieux de l'interdiction de manifestation et dans celui de la dissolution d'associations, l'existence d'une répression pénale²⁸. Or, de la même manière, on ne saurait en déduire aucun « défaussement », qui reviendrait à prêter à la juridiction administrative l'idée que le mouvement dont elle a invalidé la dissolution ou dont elle n'a pas interdit la manifestation, serait criminogène mais que son action étant (heureusement) promise à la

²⁴ Crim., 11 septembre 2019, n° 18-81.067, 18-81.040, 18-84.144, 22 mars 2023, n° 19-80.689.

²⁵ Ce régime découle du décret-loi du 23 octobre 1935 modifié, codifié pour l'essentiel au code de la sécurité intérieure aux articles L. 211-1 et suivants.

²⁶ Outre que, lors du déroulement de la manifestation, l'absence de répression n'empêche pas non plus la puissance publique d'agir, en particulier en la dispersant. Et, bien entendu, elle laisse libres de faire valoir leurs droits devant le juge civil les personnes subissant un préjudice à raison de faits commis lors de la manifestation, voire devant le juge administratif en cas de faute lourde de l'Etat.

²⁷ On parle de la jurisprudence du Conseil lorsqu'il statue comme juge de cassation, non comme juge d'appel de décisions en référé.

²⁸ Voir à cet égard les conclusions du rapporteur public sur les recours contre la dissolution de quatre groupements ou associations examinée par la section du contentieux le 27 octobre 2023, qui illustrent la complémentarité des approches qu'on rappelle ici ; on observe qu'il n'a pas été suivi dans sa proposition de rejet de la requête du groupement écologiste Les Soulèvements de la Terre, alors même que des dégradations avaient pu être commises lors de rassemblements (CE., 9 nov. 2023, n° 476384, 459704, 460457, 464412, et autres).

répression, elle pourrait se permettre d'être plus souple. En revanche, on peut tirer de ces décisions que l'exercice de ces deux libertés fondamentales²⁹ consubstantielles à la démocratie d'opinion admet certains comportements susceptibles d'être qualifiés pénalement mais dont la répression, placée sous le contrôle du juge judiciaire, n'intervient qu'à l'issue d'un examen de sa proportionnalité.

Une telle vision d'ensemble s'impose pour tenter de définir au mieux les limites dans lesquelles doivent pouvoir s'exprimer les citoyens, y compris sur la voie publique. Selon nous, elle doit guider la définition du contrôle attendu des juges du fond. On rendra compte plus loin de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme lorsqu'elle combine l'application des articles 10 et 11 de la Convention, parce qu'inscrite dans cette perspective, elle est « d'inspiration directe » pour le pourvoi. Mais pour ne rien oublier dans ce tableau normatif, il faut rappeler aussi la voix du Conseil constitutionnel. S'il ne consacre pas en tant que telle la liberté de manifester, la valeur que lui reconnaît la haute juridiction provient précisément de son rattachement à un « droit d'expression collective des idées et opinions » découlant de l'article 11 de la Déclaration de 1789 qui garantit la liberté d'expression et de communication. La formule a été utilisée par la haute juridiction dès 1995³⁰, ce qui lui a permis d'examiner le grief pris de sa méconnaissance dans une décision de 2010³¹. Et, dans une décision du 2016 examinant une disposition permettant, pendant l'état d'urgence, d'ordonner la fermeture de salles de spectacle, débits de boissons et lieux de réunion de toute nature, le Conseil a, tout en rappelant la distinction entre liberté de réunion et liberté de manifestation, laquelle seule implique une présence sur la voie publique, énoncé qu'elles participaient toutes deux de ce droit d'expression collective, exigeant leur conciliation d'une manière qui ne soit pas manifestement déséquilibrée avec l'objectif à valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public³².

Finalement, déplorer sans nuance l'effet « neutralisant » de la répression qu'induit votre jurisprudence, feint d'ignorer que cette dernière ne s'énonce évidemment pas sans limites. C'est là, précisément, que l'on rejoint le troisième niveau de la critique, qui est celui du défi auquel la Cour se trouve confrontée dans l'énonciation des limites de sa jurisprudence : Il lui faut circonscrire son champ d'application, définir des critères suffisamment clairs pour les juridictions du fond afin de ne pas porter atteinte à la sécurité juridique, et enfin pondérer leur appréciation pour que, sans se transformer en juridiction du fait, votre chambre s'assure que la protection de la liberté d'expression soit garantie avec une certaine uniformité.

²⁹ Le Conseil d'Etat considère de longue date le droit de manifester comme une liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, ce qui ouvre la voie du référé pour contester ses atteintes (CE., réf. 5 janv. 2007, n° 300311).

³⁰ Décision n° 94-352 DC du 18 janvier 1995, Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité, cons. 16.

³¹ Décision n° 2010-604 DC du 25 février 2010, Loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public, cons. 9, jugeant en l'espèce qu'il n'était pas compromis par l'instauration d'une infraction réprimant certains actes préparatoires à des violences ou des dégradations projetées par des personnes réunies en groupe.

³² Décision n° 2016-535 QPC du 19 février 2016, cons. 5 ; dans sa décision n° 2019-780 DC du 4 avril 2019, le Conseil a censuré le pouvoir préfectoral d'interdiction individuelle de manifester prévu dans le projet de la loi du 10 avril 2019, à l'égard des personnes « *constituant une menace d'une particulière gravité pour l'ordre public* », pour violation du principe désormais énoncé d'expression collective des idées.

2-3. L'état non abouti de la jurisprudence et la nature du contrôle

Dans deux espèces quasi-identiques de « décrocheurs », votre chambre a, en application des critères qu'elle venait de définir dans ses arrêts précités du 18 mai 2022, examiné la réponse à des moyens formulés de manière similaire devant les cours d'appel, pour, finalement, confirmer des solutions opposées. D'un côté, vous avez rejeté le pourvoi formé par les prévenus contre l'arrêt ayant retenu leur culpabilité : *« bien que l'action menée par les prévenus se soit inscrite dans le cadre d'une démarche militante et puisse être considérée comme une expression au sens de l'article 10 précité, la déclaration de culpabilité assortie d'une dispense de peine n'est pas disproportionnée au regard de la valeur symbolique du portrait du Président de la République, de l'absence de restitution, ainsi que de la circonstance que les vols ont été commis en réunion. »*³³. De l'autre, vous avez aussi rejeté le pourvoi formé par le ministère public contre l'arrêt ayant prononcé la relaxe, dès lors que : *« 20. En premier lieu, la cour d'appel a, à juste titre, considéré que les changements climatiques constituent un sujet d'intérêt général. 21. En deuxième lieu, elle a suffisamment caractérisé le lien entre les faits poursuivis et le sujet sus-énoncé. 22. Enfin, elle a pris en considération la valeur matérielle des biens en cause, et, en relevant l'absence d'atteinte à la dignité de la personne du Président de la République et de sa fonction, leur valeur symbolique, ainsi que le dommage causé aux collectivités territoriales victimes »*³⁴.

Certes, la nature du contrôle de cassation, qui exclut l'examen du fait, peut engendrer une telle situation. Mais, outre que les principes de légalité et d'égalité devant la loi pénale sortent fragilisés de la coexistence de solutions concluant à la culpabilité des uns et à l'innocence des autres alors qu'ils sont poursuivis pour les mêmes faits, le sujet nous paraît trop sensible pour s'en accommoder, particulièrement dans un contexte social marqué par le dynamisme du phénomène militant.

Votre rapporteure qualifie votre contrôle actuel de « léger », quand il se limite à la seule vérification que le juge du fond a bien mis en oeuvre les critères définis le 18 mai 2022. La modulation que nous vous proposons, qui inclut une part d'approfondissement, nous paraît d'autant plus justifiée au regard de la filiation du moyen de défense pris de l'atteinte à la liberté d'expression avec le droit de la presse. Car, si, comme le souligne le memento du contrôle de conventionnalité, *« traditionnellement en droit de la presse, la Cour de cassation contrôle pleinement les appréciations des juges du fond »* (par exemple, *Crim., 11 juillet 2017, n° 16-84.859, Bull. crim., n° 207*)³⁵, n'est-ce pas parce que le moyen directement fondé sur la violation de cette liberté placée au centre du système de la Convention, y invite ?

D'ailleurs, votre chambre s'est déjà livrée, dans deux espèces concernant précisément des manifestations de voie publique, à un examen bien plus approfondi que dans les cas précités, du contrôle de conventionnalité effectué par la juridiction du fond³⁶. Prononcée à chaque fois sans renvoi pour violation des stipulations des articles 10 et 11 de la Convention, la cassation, qui aurait pu intervenir sur d'autres moyens proposés par les pourvois, nous paraît bien consacrer la notion de « légitimation-liberté » évoquée plus haut.

³³ *Crim.*, 30 nov. 2022, n° 22-80.959.

³⁴ *Crim.*, 29 mars 2023, n° 22-83.458.

³⁵ Memento du contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, décembre 2018, § 60, cité au rapport.

³⁶ *Crim.*, 3 nov. 2020, n° 19-87.418 et 4 avril 2023, n° 20-87.132, cités au rapport, ainsi que leur commentaire par E. Dreyer à la revue *Legipresse* 2023, p. 413.

Elle témoigne en tout cas d'un contrôle lourd, votre chambre ayant procédé elle-même au contrôle de conventionnalité auquel s'était refusé le premier juge, condamnant à des amendes contraventionnelles de 100 euros pour tapage injurieux des manifestants rassemblés pacifiquement pour contester des politiques gouvernementales et dénoncer la brutalité des forces de l'ordre en scandant le slogan « *CRS au zoo, libérez les animaux* ». Vous avez jugé ceci : « 7. *En prononçant ainsi, alors qu'il résulte de ces énonciations et des pièces de procédure que le prévenu participait, pour exprimer et soutenir des opinions de nature politique et sociale, à une manifestation pacifique sur la voie publique, au cours de laquelle, avec d'autres manifestants, il a scandé un slogan qui n'excédait pas les limites admissibles de la liberté d'expression, de sorte qu'une condamnation pour tapage injurieux ne constituait pas une mesure nécessaire, dans une société démocratique, à la défense de l'ordre ou à la protection des droits et libertés d'autrui, le tribunal de police a méconnu les textes susvisés et les principes ci-dessus rappelés* ».

Ces décisions nous semblent donc autoriser une approche plus nuancée que celle défendue dans les commentaires, cités par votre rapporteure, soulignant le risque pour la Cour de cassation de se transformer en troisième degré de juridiction si elle substituait son appréciation à celle des juges du fond quand la qualification juridique dépend si étroitement des circonstances de fait³⁷. Le contrôle léger peut en effet se limiter à la vérification des seules énonciations théoriques de l'arrêt, permettant à votre chambre d'apprécier si, en leur état, elle est, ou non, en mesure de s'assurer du respect du droit ou de la liberté fondamentale dont la violation est invoquée, ou bien s'étendre à la pertinence de ces énonciations au regard des éléments que le juge du fond aura effectivement pris en compte. Mieux vaudrait alors parler de contrôle normal, c'est à dire de la suffisance de la motivation, au regard de critères, voire de la méthodologie que votre chambre aura déterminés. Il nous semble que l'effet d'unification de la jurisprudence, obtenu par le contrôle de cassation, sur l'appréciation par les premiers juges du respect des exigences conventionnelles peut être obtenu au prix d'une certaine souplesse : non seulement il peut résulter de la définition par la Cour d'un seul des critères d'appréciation, ou bien d'une grille d'analyse complète, mais son intensité peut être modulée dans le temps³⁸.

Le niveau de contrôle constitue en réalité un outil de régulation qui n'est pas exempt d'un « *parti de politique jurisprudentielle* ». C'est ainsi qu'a pu le qualifier la doctrine autorisée à propos du contrôle du Conseil d'Etat statuant comme juge de cassation : « *Le Conseil d'Etat est conduit à exercer un contrôle de la qualification juridique lorsque sont en cause les droits fondamentaux de l'individu, le respect d'exigences éminentes de la Convention européenne des droits de l'Homme ou le principe d'égalité, notamment en matière fiscale. En témoigne l'importance du contrôle de qualification exercée en matière de sanctions* »³⁹. D'autres auteurs insistent sur ce choix opéré par la haute juridiction lorsqu'elle l'estime utile à sa mission de cour régulatrice : « *Pour ce faire, [le Conseil] a recours à un certain nombre de critères tirés principalement du caractère plus ou moins stabilisé de la jurisprudence, du caractère plus ou moins conditionné de la qualification par l'appréciation des faits, ou encore de la densité juridique de la notion* », cette dernière renvoyant à sa signification juridique

³⁷ Citant notamment l'article du président Chauvin paru à la Gazette du Palais le 6 décembre 2016, n° 43.

³⁸ Le contentieux des données de connexion en donne une illustration : votre chambre a fixé quatre critères d'appréciation de la gravité de la criminalité qui autorise leur usage dans des conditions conformes au droit de l'Union européenne, et votre niveau d'exigence dans l'explicitation de la démonstration a pu évoluer à mesure que les juridictions du fond se sont appropriées ces critères (voir Crim., 15 nov. 2022, n° 22-80.641 et 10 mai 2023, n° 19-80.900, 19-80.901, 1881019, 19-80.908, 19-82.221, 19-82.222, 19-82.223).

³⁹ J.H. Stahl, Recours en cassation, Répertoire de contentieux administratif, avril 2019, cité dans l'étude menée par le SDER dans le cadre de l'examen des pourvois, relative au contrôle de cassation du conseil d'Etat sur la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'expression et à la liberté de réunion.

particulière, son utilité ou sa portée⁴⁰. De fait, quand on s'intéresse au contrôle exercé sur la balance de proportionnalité exigée du juge du fond lorsque la violation d'une liberté protégée par la Convention est en jeu, le regard se porte assez naturellement sur le Conseil d'Etat, compte tenu de sa « *familiarité avec le contrôle concret de proportionnalité, pratiqué de longue date dans le cadre de sa compétence de premier ressort* »⁴¹. Mais, comme le souligne l'auteure de cette appréciation, l'influence des juridictions européennes et du Conseil constitutionnel l'a conduit à affiner sa technique qui « *consiste toujours, en substance, à vérifier l'adéquation des moyens aux fins, au vu d'une situation donnée. (...) le Conseil d'Etat en a séquencé les étapes en s'appropriant explicitement, par sa décision d'assemblée du 26 octobre 2011, Association pour la promotion de l'image et autres (n° 317827), le standard international du contrôle en trois temps consistant à rechercher si la mesure est adaptée, nécessaire, et, enfin, proportionnée. Adaptée, c'est à dire à même de permettre la réalisation d'un but d'intérêt général, dont l'existence est appréciée de façon concrète ; ce critère est toujours satisfait, de façon abstraite, avec un motif d'ordre public mais la réalité du risque d'atteinte à l'ordre public ne l'est pas toujours. Nécessaire, ce qui signifie que l'objectif ne pouvait être atteint par d'autres moyens moins attentatoires à la liberté, proportionnée, autrement dit qu'elle ne crée pas de charge excessive par rapport au résultat escompté* »⁴². Et lors de l'examen en cassation de la décision rendue sur une mesure de police générale, dont la proportionnalité fait l'objet, à l'occasion du recours pour excès de pouvoir, d'un contrôle consistant à vérifier non seulement l'existence d'une menace pour l'ordre public, mais également le choix de la mesure de police en s'assurant que celle-ci était appropriée à l'importance de la menace⁴³, le Conseil d'Etat met en oeuvre un véritable contrôle de la qualification juridique⁴⁴.

C'est aussi le cas illustré par votre jurisprudence en matière de conditions indignes de détention, formulée dans les termes suivants qu'on peut considérer comme marqueurs d'un contrôle lourd : « *14. En l'état de ces énonciations, la chambre de l'instruction, qui a appliqué les principes et normes définis par la Cour européenne des droits de l'homme, en a exactement déduit que les conditions de détention de l'intéressé n'étaient pas indignes* »⁴⁵. Lors de ce pourvoi, l'avocat général Frédéric Desportes vous proposait justement, avant d'examiner le moyen, de préciser votre contrôle, se demandant si, au-delà de l'application de la grille d'analyse imposée, la Cour de cassation devait opérer un contrôle de qualification sur l'appréciation portée par la chambre de l'instruction des critères de cette grille. Il écrivait : « *En réalité, pour assurer l'uniformité et la cohérence des solutions, deux écueils sont à éviter : d'abord, comme on l'a dit, abandonner purement et simplement la question à l'appréciation souveraine des juridictions du fond mais également vous livrer à une casuistique qui risque à la fois de nourrir le contentieux et nuire à la lisibilité de votre jurisprudence* ».

Certes, la solution était plus évidente qu'ici dans la mesure où il pouvait être recouru à des critères objectifs et stables déterminés par la Cour européenne elle-même, notamment la taille des cellules de détention. Mais notre espèce ne laisse pas démunis, au contraire : en

⁴⁰ M. Guyomar, B. Seiller, Contentieux administratif, Dalloz 6^{ème} édition p. 94, également cité dans l'étude du SDER évoquée supra.

⁴¹ S. Roussel, « Le contrôle de proportionnalité dans la jurisprudence administrative », AJDA, 2021, p. 780, cité dans l'étude du SDER.

⁴² Ibid.

⁴³ Ce depuis l'arrêt Benjamin du 19 mai 1933, n° 17413, 17520.

⁴⁴ Voir sur ce point les conclusions de la rapporteure publique sur l'arrêt CE., 6 juin 2018, n° 4100774.

⁴⁵ Crim., 15 déc. 2020, n° 20-85.461.

tenant compte du mode d'expression utilisé dans l'espèce, en l'occurrence celui de la manifestation de voie publique, vous pourriez lire les exigences de l'article 10 de la Convention en lien avec celles de son article 11 et puiser dans la jurisprudence de Strasbourg pour proposer aux juges une méthodologie inspirée des principes qu'elle énonce.

3. La configuration propre au pourvoi

3-1. La réalité des faits et l'invocation en substance de la violation de l'article 11

Observons d'emblée que le moyen pris de la violation d'une stipulation conventionnelle est en principe irrecevable comme nouveau lorsqu'il est pour la première fois présenté devant vous, sauf lorsque son examen n'exige celui d'aucun fait qui n'aurait pas été porté à votre connaissance. Ainsi l'avez-vous rappelé récemment à propos de l'article 10 de la Convention⁴⁶.

Dans l'espèce, le moyen pris de la violation de la liberté d'expression prévu par cet article a été soulevé devant le tribunal correctionnel comme devant la cour d'appel. En revanche, il n'a pas été fait mention de la liberté de réunion telle que proclamée par l'article 11, ni de la violation éventuelle de ses exigences. Le mémoire ampliatif, qui certes évoque « *les nouveaux modes d'action militants* », ne l'invoque pas non plus expressément.

Pour autant, il nous semble qu'il a bien été invoqué « en substance » et que vous pouvez donc, et même devez, apprécier le respect de la première liberté à l'aune de la seconde⁴⁷.

On l'a dit en effet, les prévenus, dont les rassemblements n'étaient évidemment pas fortuits, n'ont eu de cesse d'évoquer l'action collective dans laquelle ils ont inscrit leur démarche, étant tous liés précédemment, en particulier par le biais de l'association [2].

D'ailleurs, c'est encore cette expression collective, avec l'effet de blocage recherché, qui a justifié la répression, le résultat constitutif des infractions étant bien l'entrave aux transports.

Or dans une telle hypothèse, la Cour européenne des droits de l'Homme vous invite à élargir les normes de référence de votre contrôle pour tenir compte du rapport étroit des deux libertés dont les prévenus ont fait un usage combiné.

Mentionnons ainsi un arrêt topique dans lequel, pour statuer sur la répression de manifestants lituaniens ayant bloqué plusieurs routes pour protester contre des choix de politique agricole, la Cour de Strasbourg était saisie par les requérants de la violation des articles 10 et 11. Soulignant qu'ils se plaignaient essentiellement d'avoir été condamnés à raison de leur participation à des réunions pacifiques, elle a estimé que ce grief devait être examiné au regard du seul article 11 mais que « *En même temps, malgré son rôle autonome et la spécificité de sa sphère d'application, l'article 11 doit s'envisager aussi à la lumière de l'article 10 lorsque l'exercice de la liberté de réunion a pour objectif l'expression d'opinions personnelles* »⁴⁸. Or, dans cette espèce, la violation du seul article 10 avait été alléguée devant les juridictions internes⁴⁹.

⁴⁶ Crim., 22 oct. 2013, n° 12-84.408 et 22 sept. 2021, n° 20-80.489, cité au rapport.

⁴⁷ Il nous semble que tel était aussi le cas dans les espèces des pourvois précités note 36.

⁴⁸ CEDH., GC, 15 oct. 2015 Kudrevicius et autres c/ Lituanie, n° 37553/05, §85 et 86.

⁴⁹ De fait, la Cour peut, en fonction de l'espèce, apprécier la recevabilité d'une requête sous l'angle des deux articles, comme dans sa décision du 4 mai 2000, Drieman et a. c/ Norvège, n° 33678/96, ou traiter le fond de

3-2. L'application combinée des articles 10 et 11 de la Convention par la Cour européenne

A l'instar de la liberté d'expression de l'article 10, la liberté de manifestation proclamée dans l'article 11 §1 comme le droit de toute personne de se réunir pacifiquement (outre celui de s'associer, y compris en syndicats, pour la défense de ses intérêts), n'est pas absolue. Les conditions dans lesquelles il peut y être porté atteinte sont définies à l'article 11 §2 qui énonce : « *L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat* ».

Ces termes de la dérogation sont donc comparables à ceux de l'article 10 §2 qui permettent de restreindre la liberté d'expression, notamment quant à l'exigence que les limites imposées soient prévues par la loi. Ils le sont aussi au regard des conditions attachées à la mise en oeuvre de ces limites, étant entendu que les restrictions à la liberté de réunion s'entendent, pour la Cour de Strasbourg, comme « *englobant non seulement les mesures prises avant ou pendant une réunion, mais également des mesures, notamment d'ordre répressif, prise ultérieurement* »⁵⁰.

La Cour a énoncé de longue date, notamment dans l'un de ses arrêts Navalny, que « *le droit à la liberté de réunion est un droit fondamental dans une société démocratique et, à l'instar du droit à la liberté d'expression, l'un des fondements de pareille société* »⁵¹. Placées ainsi au même niveau, elle retient que ces libertés sont difficilement séparables et que la protection des opinions personnelles garantie par l'article 10 compte parmi les objectifs de la seconde telle que la consacre l'article 11⁵².

Evoquons maintenant les éléments majeurs de la jurisprudence de Strasbourg à propos de la liberté de réunion, qui semblent particulièrement utiles pour apprécier la motivation de la cour d'appel dans la présente espèce, étant observé que cette dernière s'inscrit dans une configuration relativement inédite dans la typologie des réunions qu'elle a examinées à ce jour⁵³. En effet, les manifestations à type de blocage qui ont justifié l'intervention des autorités publiques critiquée devant la Cour européenne comme autant d'ingérences injustifiées dans l'exercice de libertés conventionnelles, ont consisté, soit dans l'empêchement d'activités réprouvées par les manifestants⁵⁴, soit dans le blocage de voies de circulation pour provoquer une nuisance plus générale de nature à appeler l'attention ou à faire pression sur les autorités⁵⁵. Notre hypothèse est celle où des personnes revendiquent, par leur présence inhabituelle au coeur d'une infrastructure de transport, leur impossibilité d'y avoir un accès normal.

l'affaire sans distinguer le fondement juridique retenu, comme dans celle du 3 février 2009, *Woman on waves c/Portugal* n° 31276/05, §28.

⁵⁰ Arrêt Kudrevicius, précité note 48, §100.

⁵¹ CEDH., GC, 15 nov. 2018, *Navalny c/Russie*, n° 29580/12, 36847/12, 11252/13, §98.

⁵² CEDH., GC, 8 déc. 1999, *Parti de la liberté et de la démocratie c/ Turquie*, §37, 18 mars 2003, *Lucas c/Royaume Uni*, n° 39013/02.

⁵³ Ainsi qu'il ressort de la synthèse établie par le service de la documentation et des études pour les besoins de l'examen des pourvois.

⁵⁴ CEDH., 23 sept. 1998, *Steel c/RU* n° 24838/94, *Dreeman c/Norvège*, n° 33678/96.

⁵⁵ Kudrevicius, précité note 48.

D'abord, on retient que la protection prévue par l'article 11 s'entend uniquement d'une réunion pacifique, de sorte que « *Les garanties de cette disposition s'appliquent donc à tous les rassemblements, à l'exception de ceux dont les organisateurs ou les participants sont animés par de telles intentions, incitent à la violence ou renient d'une autre façon les fondements de la société démocratique.* »⁵⁶. Cet énoncé nous paraît essentiel : le moyen pris du droit d'expression collective de l'opinion dans le cadre d'une manifestation ne saurait justifier les comportements impliquant des violences volontaires. Inversement, l'expression pacifique bénéficie de la pleine protection de la Convention. Ces décisions font écho à ce qu'a jugé la Cour de Strasbourg lorsqu'elle a consacré l'appel au *boycott* comme un mode particulier d'expression politique protégé par l'article 10, dès lors qu'il exclut toute violence contre les personnes ou appel à la discrimination contre elles⁵⁷.

Ensuite, la Cour Européenne juge que « *les comportements physiques visant délibérément à bloquer la circulation routière et à entraver le bon déroulement de la vie quotidienne dans le but de perturber sérieusement les activités d'autrui (...) ne sont pas au coeur de la liberté protégée par l'article 11 de la Convention* » mais elle considère que si de tels comportements peuvent avoir des implications sur l'appréciation de la « nécessité » au regard de l'article 11 §2, ils peuvent n'être pas « d'une nature ou d'une gravité propres à faire échapper [la] participation à ces manifestations au domaine de protection du droit à la liberté de réunion pacifique »⁵⁸. La notion de « *perturbation sérieuse* » des activités d'autrui nous paraît importante au regard des critères que vous avez fixés dans vos arrêts des « *décrocheurs* », et notamment de la « *gravité du dommage ou du trouble éventuellement causé* ». On y reviendra. Elle est l'occasion de rappeler que le trouble causé à la circulation est consubstantiel à la manifestation de voie publique, de sorte que seuls ses abus peuvent, le cas échéant, justifier qu'il y soit apporté des restrictions. Cette affirmation est à rapprocher de la jurisprudence du Conseil d'Etat qui juge de longue date que le risque d'atteinte à la liberté de circulation ne peut à lui seul fonder une interdiction de manifester⁵⁹.

3-3. Le débat d'intérêt général : limites de l'article 17 et revendications de l'article 14

Tous vos arrêts précédemment cités conditionnent l'examen du moyen pris de l'atteinte excessive à la liberté d'expression à la tenue d'un propos tenu sur un sujet d'intérêt général. Il s'agit là de la traduction directe du fondement de cette liberté conventionnelle qui est celui du droit de tout citoyen à participer à un débat de cette nature. On se gardera évidemment de faire un état de la diversité de tels sujets : c'est l'essence d'une démocratie d'opinions d'en fournir à foison. Mais comme, on l'a dit plus haut en évoquant les critiques faites à votre jurisprudence, le présent pourvoi est une occasion pour votre chambre de réfléchir aux limites qu'elle peut s'imposer. Deux points nous paraissent pouvoir être soulignés à ce titre.

D'abord, le propos tenu ne peut avoir pour objet ou pour effet de remettre en cause les droits et libertés que la Convention proclame elle-même : ce sont les limites posées par l'article 17.

⁵⁶ Arrêt Navalny, précité note 51.

⁵⁷ CEDH., GC, 11 juin 2020, Baldassi et autres c/France, n° 15271/16 et 6 autres ; votre chambre en a d'ailleurs fait l'immédiate application, confirmant la relaxe de militants interpellant les consommateurs d'un supermarché sur les produits en provenance des territoires palestiniens occupés par Israël, au cours d'un rassemblement pacifique (Crim., 17 octobre 2023, n° 22-83.197).

⁵⁸ Arrêt Krudevicius, précité note 48.

⁵⁹ CE., 28 avril 1989, Cne Montgeron, Lebon, p. 119 : ainsi, un maire ne peut user du pouvoir de police qu'il tient de l'article L. 131-2-1° du code des communes visant à garantir « *la sûreté et la commodité du passage dans les rues, quais, places et voies publiques* », pour interdire une manifestation.

Dans l'espèce, la cour d'appel a très clairement reconnu que « *la situation et le respect des droits des personnes en situation de handicap est une problématique d'intérêt général, tant en ce qui concerne les principes de respect de droits essentiel qu'en terme de solidarité nationale* », répondant en cela aux nombreux éléments de droit national et international invoqués devant elle par la défense des prévenus pour expliquer les agissements reprochés, également repris au mémoire ampliatif. Il n'est pas lieu de rappeler leur détail, sauf à souligner que l'accessibilité y tient une place centrale, notamment l'accessibilité physique aux transports, bâtiments et autres équipements et services offerts au public, qui induit autant d'obligations pour l'Etat, les collectivités et les opérateurs publics et privés de ces services à l'égard des personnes handicapées⁶⁰. Au soutien de la même démonstration, en particulier de la légitimité d'une action militante médiatisée pour appeler l'attention du plus grand nombre sur l'urgence à mettre en oeuvre de manière effective une politique publique du handicap proclamée en France depuis 1975⁶¹, la défense des prévenus s'est également prévaluée des messages d'alertes d'instances nationales et internationales sur le retard pris en France en matière d'accessibilité⁶², évoquant notamment l'avis du 11 mai 2018 du Défenseur des droits sur le projet de la loi Elan déplorant « *le retard important pris par la France en matière d'accessibilité et la réticence des différents acteurs à appréhender l'accessibilité comme un véritable enjeu de notre société* »⁶³. On note que la défense des prévenus paraît avoir entendu insister sur le caractère d'ultime recours de la démarche manifestante. Même si cette considération n'est pas dénuée d'intérêt, elle ne nous paraît utile pour dire le moyen recevable car, ainsi qu'on l'a dit, contrairement à la logique de l'état de nécessité, l'organisation d'une manifestation pacifique caractérise l'exercice d'un droit conventionnel qui ne demande pas d'être justifié *a priori*.

Ces éléments de la défense des prévenus nous permettent d'affirmer que, non seulement leurs revendications respectent l'article 17 de la Convention, mais elles relèvent directement du champ matériel de son article 14, lequel stipule que « *La jouissance des droits et libertés reconnus dans la (...) Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation.* », complété par l'article 1^{er} de son protocole n° 12, qui interdit de manière plus générale toute discrimination dans la jouissance d'un droit garanti par la loi. La santé ou le handicap correspondent à la mention « *toute autre situation* » visée par le premier de ces textes et constituent un champ d'épanouissement naturel de la discrimination positive, autrement dit de l'obligation pour les Etats d'assurer à ces personnes les droits garantis par la Convention. Le guide sur l'article 14 précise que : « *Dans les affaires portant sur des questions relatives au handicap, la marge d'appréciation des États dans l'établissement d'un traitement juridique différent pour les personnes handicapées est fortement réduite (Glor c. Suisse, 2009, § 84). 186. S'appuyant en particulier sur la Recommandation 1592 (2003) « vers la pleine intégration sociale des personnes handicapées » adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 29 janvier 2003, et sur la Convention des Nations unies relative aux droits des personnes*

⁶⁰ Sont citées la Convention onusienne relative aux droits des personnes handicapées du 13 novembre 2006 ratifiée par la France le 18 février 2010 et publiée en annexe du décret n° 2010-356 du 1^{er} avril 2010 ; la loi n° 2005-102 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées dite « loi handicap ».

⁶¹ Selon la loi n° 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées.

⁶² Rapport de l'ONU sur les droits des personnes handicapées du 13 octobre 2017.

⁶³ Avis n° 18-13 ; sont également cités les avis du 3 juillet 2018 de la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH) et du 8 janvier 2019 de la rapporteure spéciale sur le droit des personnes handicapées appelant la France à revoir « dans sa totalité » la loi de 2005 pour se conformer aux obligations de la Convention des Nations Unies.

handicapées, adoptée le 13 décembre 2006, la Cour a constaté l'existence d'un consensus européen et universel sur la nécessité de mettre les personnes souffrant d'un handicap à l'abri des traitements discriminants. Elle a estimé que ce consensus obligeait les États à veiller à ce que des « aménagements raisonnables » soient apportés en faveur des personnes handicapées pour leur permettre d'exercer pleinement leurs droits, et que le manquement à cette obligation était constitutif d'une discrimination (*Enver Şahin c. Turquie*, 2018, §§ 67-69 ; *Çam c. Turquie*, 2016, §§ 6567) ». C'est le deuxième point qui nous semble utile à l'appréciation du caractère d'intérêt général du sujet sur lequel les prévenus se sont exprimés : l'existence d'un lien étroit entre le propos tenu et les obligations positives pesant sur les États pour rendre effective la protection du droit proclamé par l'article 14 nous semble pouvoir s'intégrer dans l'examen d'ensemble nécessaire à la balance de proportionnalité.

4. Application des critères du contrôle de proportionnalité

4-1. L'ingérence nécessaire dans une société démocratique

Que la répression pénale examinée caractérise une atteinte à la liberté d'expression ou à la liberté de manifestation, les critères d'appréciation mis en oeuvre par la Cour de Strasbourg sont les mêmes : légalité de l'ingérence dans l'exercice de la liberté, légitimité de celle-ci et enfin, nécessité dans une société démocratique. On ne s'attarde pas sur les deux premiers termes de l'exigence qui ne sont pas remis en cause par les moyens au pourvoi : on l'a dit, seul le caractère nécessaire de l'ingérence est en jeu et exige que soit vérifié si, dans l'espèce, la répression mise en oeuvre, dans sa nature et dans la lourdeur des sanctions prononcées, a répondu à un « *besoin social impérieux* » ou, à tout le moins, qu'elle a résulté d'une balance entre plusieurs besoins sociaux ou intérêts concurrents, traduisant ainsi un juste équilibre entre eux. On sait que, dans l'appréciation de la répression critiquée au titre de l'article 10, la Cour européenne veille à ce que l'ingérence ne conduise pas à une forme de censure, ce qu'elle apprécie pour cela au terme d'un examen global de la situation⁶⁴. On rappelle aussi que, pour qu'une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire, l'existence d'une autre mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue. Dans les espèces où était en jeu la liberté d'expression dans le cadre d'une manifestation pacifique, la Cour de Strasbourg a jugé dans des termes très similaires : « *les États contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation mais celle-ci n'est pas illimitée (...)* ». Le contrôle ne se borne pas à « *rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer, après avoir établi qu'elle poursuivait un « but légitime », si elle répondait à un « besoin social impérieux » et, en particulier, si elle était proportionnée au but poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent pertinents et suffisants* »⁶⁵.

Les espèces de trois décisions récentes peuvent être utilement comparées à la nôtre.

La première a valu à la France d'être condamnée dans l'affaire X..., évoquée plus haut⁶⁶. La Cour européenne a considéré qu'il avait été porté une atteinte excessive à la liberté d'expression de la militante *Femen* par le prononcé à son encontre d'une peine d'un mois de prison, même assortie du sursis, alors que, jamais condamnée par la justice, elle exprimait par sa « performance », une opinion sur un sujet d'intérêt général et qu'eu égard à l'objet de

⁶⁴ Voir *Dammann c/ Suisse*, 25 avr. 2006 n° 77551/01 *Bédât c/ Suisse*, 29 mars 2016, n° 56925/08.

⁶⁵ Arrêt *Kudrevicius*, précité note 48.

⁶⁶ Evoquée page 8, citée note 12, *X... c/ France*, 13 oct. 2022, n° 22636/19.

l'incrimination d'exhibition sexuelle retenue contre elle, qui ne visait pas la protection de la liberté de culte, les juridictions internes n'avaient pas à mettre en balance sa liberté d'expression avec le droit à la liberté de conscience et de religion protégé par l'article 9 de la Convention (§ 60). Cette condamnation illustre la rigueur de l'exigence dans le contrôle de proportionnalité qui s'impose aux juridictions internes. Elle est à rapprocher du constat de violation de l'article 11, lu à la lumière de l'article 10, s'agissant de quatre militants ayant protesté contre les conséquences environnementales d'un projet minier en se menottant eux-mêmes aux grilles d'accès au parking du ministère concerné. Tout en reconnaissant la marge d'appréciation réservée aux Etats, la Cour a considéré que les juridictions internes n'avaient pas suffisamment établi la gravité des conséquences de ce comportement rendant nécessaire la répression. Au vu de la faiblesse de l'amende prononcée, la plus basse encourue pour l'infraction, elle a réaffirmé que : « *l'application d'une sanction, administrative ou d'une autre nature, même clément, à la personne qui a exprimé un propos politique, peut produire un effet indésirable dissuadant la liberté d'expression publique* »⁶⁷.

La deuxième affaire est celle jugée par la Cour dans l'arrêt *Kudrevicius*, qui a donné lieu à d'intenses débats. Pour conclure à la non-violation de l'article 11, à l'inverse de la 2^{ème} section, la grand chambre a d'abord tenu compte de ce que les agriculteurs s'étaient initialement rassemblés dans des lieux prévus par les autorisations de manifester qui leur avaient été initialement délivrées mais qu'ils s'étaient ensuite déplacés sans préavis aux autorités et sans qu'aucun événement particulier n'ait commandé une telle réaction immédiate. S'agissant des perturbations de la circulation, la Cour a ensuite relevé que la situation avait perduré pendant plus de 48 heures, dans une action « *ne présentant pas de lien direct avec l'objet de leur contestation, c'est à dire l'inaction alléguée du gouvernement face à la baisse des prix de certains produits agricoles* » et elle a souligné que « *même si les requérants ne se sont ni livrés à des actes de violence, ni n'ont incité à commettre de tels actes, le blocage quasi-total de trois autoroutes importantes, au mépris des ordres de la police et des intérêts et droits des usagers de la route, s'analyse en un comportement qui, tout en étant moins grave que le recours à la violence physique, peut être qualifié de répréhensible* ». Enfin, la Cour a pris en compte le comportement des autorités qui n'ont mis en oeuvre aucune mesure de dispersion, les forces de l'ordre n'étant intervenues que pour calmer la situation et réduire les embouteillages par la mise en place de déviations. Dans ces conditions, les sanctions prononcées, consistant en l'obligation pour les condamnés de demander une autorisation de quitter leur résidence pendant une durée de soixante jours, ont été jugées proportionnées.

Le troisième arrêt, concerne la condamnation des Pays-Bas à raison de la poursuite de manifestants s'étant opposés, jusqu'à leur interpellation, à l'évacuation d'un squat en centre ville d'Amsterdam. Son intérêt réside dans la réaffirmation du caractère autonome de la notion de réunion pacifique au sens de la Convention⁶⁸. En effet, alors que la Cour suprême nationale avait considéré que le rassemblement était illégal au sens du droit interne, écartant d'emblée le moyen pris de la violation de l'article 11 pour retenir la condamnation des intéressés à des amendes pour refus de se disperser, la Cour de Strasbourg a rappelé que la qualification de réunion au sens de la Convention dépend essentiellement de son caractère pacifique dans l'intention des manifestants, indépendamment de la notion de manifestation en droit interne, ce qui impose dès lors un contrôle de proportionnalité qui n'avait pas eu lieu en l'espèce.

⁶⁷ « *the imposition of a sanction, administrative or otherwise, however lenient, on the author of an expression which qualifies as political (see paragraph 92 above) can have an undesirable chilling effect on public speech (see, mutatis mutandis, Tatár and Fáber, cited above, § 41)* », *Bumbes v. Romania*, 3 mai 2022, n° 18079/15, § 101, non disponible en français ; l'amende infligée était de 500 Leu roumains, équivalant à 113 euros.

⁶⁸ *Laurijsen c/Pays-Bas*, 21 novembre 2023, n° 56896/17 et autres, § 65 et 66, non disponible en français.

4-2. Appréciation de la motivation de l'arrêt attaqué

Au regard de l'ensemble des développements précédents, la motivation nous paraît encourir la censure. En effet, si elle a procédé à une balance de proportionnalité entre, d'une part, la gravité de l'ingérence dans la liberté d'expression des prévenus résultant de la répression mise en oeuvre à leur égard, et, d'autre part, la finalité qu'elle poursuivait, cette appréciation n'a pas correctement tenu compte de l'espèce et de la nature du comportement reproché, de sorte que l'examen d'ensemble qui en résulte n'est pas de nature à établir les raisons sociales impérieuses justifiant la répression.

En premier lieu, la circonstance que les propos ont été tenus dans le cadre d'une manifestation publique aurait dû être intégrée au raisonnement, impliquant que la Cour d'appel se penche effectivement sur les conditions de fait et de droit de leur déroulement. Elle aurait dû tenir compte expressément du déroulement pacifique des actions, lesquelles n'ont donné lieu à aucune violence, ni appel à la violence, pour placer les prévenus sous la protection de principe de l'article 11 de la Convention et de ses exigences. A cet égard, l'arrêt n'établit pas clairement si les rassemblements ont été ou non préalablement déclarés dans les conditions de l'article L. 211-1 du code de la sécurité intérieure. En tout cas, les prévenus ont soutenu les avoir annoncés dans leur déroulement prochain, par plusieurs contacts pris en amont, et encore juste avant l'action, avec les services des renseignements territoriaux, ce « *afin d'éviter tout risque d'accident* »⁶⁹. Il n'a pas été répondu à cet argument au titre du risque pour la sécurité des personnes, on y reviendra à propos de l'évaluation du trouble causé. Toujours quant au déroulement des manifestations, il ressort des écritures au fond, qu'elles auraient pris fin lors de l'intervention des forces de l'ordre sans qu'une « dispersion » ait été nécessaire. Seuls des contrôles d'identité ont été menés, certains impliquant la prise en charge de manifestants encore présents sur le tarmac de l'aéroport. Le point de savoir si les intéressés ont volontairement mis fin à leur action dans le délai d'une heure qu'ils avaient annoncé ne ressort pas non plus clairement des mentions de l'arrêt. Or, les modalités de l'intervention sur place des autorités publiques ne peuvent être évaluées sans éclaircir ces questions.

Une fois ainsi établi le contexte de la manifestation, la cour d'appel pouvait évaluer la gravité des conséquences des comportements poursuivis. La qualification de l'entrave aux transports ferroviaires et aériens ayant pour objet d'assurer l'accès des citoyens aux transports en toute sécurité, ce qui participe de leur liberté d'aller et venir, c'est donc d'abord à l'aune de l'atteinte à cet objectif que la cour d'appel devait motiver, avant de compléter son appréciation par le préjudice subi par les sociétés exploitantes. Or, si les juges ont justement rappelé la légitime finalité des incriminations, les critères sur lesquelles ils se sont fondés pour les dire proportionnées dans l'espèce nous paraissent contraires aux exigences de la Convention.

D'abord, ils se sont livrés à des considérations d'ordre général, à tout le moins peu circonstanciées, sur la « *désorganisation de tout un ensemble de moyens de transports* », évoquant, d'un côté, une suspension de la circulation aérienne dans tout l'aéroport et, de l'autre côté, les conséquences subies par « *les voyageurs des avions et des trains* ». Sur ce point, ils ont reproché à la défense des prévenus une « *pure pétition de principe* » quant à la faiblesse du préjudice occasionné mais ils ont ensuite procédé eux-mêmes de cette manière, par l'affirmation générale et hypothétique suivante : « *[les manifestants] ne peuvent pas affirmer savoir que tous les voyageurs concernés effectuaient un simple voyage d'agrément et qu'aucun ne voyageait pour des raisons professionnelles (un rendez-vous manqué, un examen ou un concours raté à cause du retard), pour des raisons familiales graves (maladie, décès d'un proche) ou pour toute autre raison faisant que ce retard a été cause d'un préjudice personnel important et immédiat* ». Si l'on ne peut totalement écarter que la cour ait voulu ainsi illustrer sa réponse aux arguments des prévenus, il reste que,

⁶⁹ Page 14 des conclusions devant le tribunal correctionnel, identiques en appel, identifiant un agent dénommé.

s'agissant d'apprécier l'atteinte à l'exercice de deux grandes libertés conventionnelles, de telles considérations ne sont pas opérantes.

Or, le surplus des mentions de l'arrêt relatives aux conséquences des comportements reprochés nous paraît insuffisant. Quant aux dommages causés aux voyageurs, d'abord, s'il peut être pris en compte comme illustrant l'atteinte portée à la liberté d'aller et venir, et ce d'autant plus au regard des qualifications retenues, aucune disposition de l'arrêt sur l'action civile ne vient étayer leur réalité, dans des dimensions susceptible de caractériser un abus de la part des manifestants. Il n'est fait mention d'aucune plainte, ni d'aucune demande d'indemnisation formulée auprès des sociétés de transport, dont l'écho se retrouverait dans l'évaluation de la réparation accordée à celles-ci.

Ainsi, pour les faits du 25 septembre 2018, les citations précisent que l'entrave ferroviaire a entraîné « *le blocage du TGV n° 8508 [Localité 4]-[Localité 5] de 11 heures 48 à 13 heures impactant environ 500 passagers* ». Dans ses conclusions, la [3] a demandé 1.491,01 euros en réparation de son préjudice matériel, précisant s'appuyer sur un document de référence intitulé « *protocole d'évaluation des dommages consécutifs à des accidents causés par des tiers aux biens ferroviaires* », convention la liant à sa compagnie d'assurance. Cette somme lui a été accordée, la cour d'appel précisant que « *Le fait de retarder le départ d'un train est cause d'un préjudice direct et certain pour la [3] et le tribunal a justement évalué le préjudice ainsi subi* ». Sans autre motivation, il nous semble que, fondée sur un outil assurantiel reposant sur des projections statistiques relatives à des dommages aux biens, alors même qu'aucune dégradation n'a été commise par les manifestants, cette indemnisation ne peut servir à étayer le critère de gravité des faits justifiant la répression.

Pour les faits du 14 décembre 2018, les citations précisent que l'action « *a occasionné l'interruption du trafic aérien pendant une heure, le déroutement de huit vols concernant 940 passagers, l'annulation de vols pour 372 passagers et le retard de départs pour 545 passagers, soit au total 1.857 passagers impactés* ». Au titre des faits constants, la cour d'appel a retenu une interruption du trafic aérien de 16h12 à 17h15, en conséquence de quoi : « *Huit vols ont été déroutés. La compagnie [1] a chiffré son préjudice à 44.125,70 euros, déplorant trois vols annulés et trois retardés* ». Dans ses conclusions, la compagnie a demandé que sa constitution soit déclarée recevable, produisant des copies d'écran illustrant des retards de vols et évoquant, au titre d'un préjudice de « *plusieurs centaines de milliers d'euros* », la mobilisation de ses salariés, sur le tarmac et dans l'aérogare, des frais engendrés d'utilisation de passerelles et parkings des appareils et par la consommation supplémentaire de carburants. Cependant, la compagnie a demandé le renvoi sur intérêts civils. Dès lors qu'il n'a pas été effectivement établi, le préjudice subi par cette société ne peut donc pas rentrer dans l'appréciation de l'atteinte à la liberté d'expression et à la liberté de réunion. De son côté, Airbus Operations SAS avait demandé au tribunal correctionnel la somme de 10.000 euros en réparation d'un préjudice d'image lié à la publicité donnée par les prévenus à leur action, relayée par la presse, et mettant en cause la société pour son défaut de maîtrise de la sécurité de l'aéroport et d'un préjudice dont elle n'a pas qualifié la nature mais correspondant à une amende administrative de 7.200 euros infligée pour son défaut de maîtrise d'un accès à l'aéroport dont elle n'a la libre disposition qu'en vertu d'une autorisation préfectorale. Le tribunal ne l'a pas suivie dans ses demandes, lui accordant la somme d'un euro, ce que la cour d'appel a confirmé. Même si les juges du fond n'ont pas précisé la nature du préjudice indemnisé, cette somme peut rentrer dans la balance de proportionnalité. Enfin, alors que l'aéroport de [5] paraît avoir évoqué quatre vols déroutés pour 422 passagers et un préjudice « *estimé* » à 8.195,04 euros à multiplier par le « *coût moyen de revenu aéronautique* » et « *le coût moyen du revenu non aéronautique* », il a finalement sollicité la somme d'un euro, qui lui a été accordée.

Ainsi, et particulièrement en l'absence de toute atteinte causée aux biens lors des manifestations, le seul préjudice des sociétés commerciales, dont le fondement ne traduit pas directement un dommage causé aux voyageurs, pèse peu dans la balance de proportionnalité au titre de la gravité des faits.

Quant au trouble causé à l'ordre public, son évaluation nous paraît exiger d'autant plus de rigueur que la cour a elle-même également retenu son caractère limité. Elle indique ainsi dans la motivation de la peine : « *Au regard de ce qui a été dit au titre de la culpabilité, les délits commis, en raison du contexte dans lequel ils ont été commis, présentent un degré de gravité modéré mais ne doivent toutefois pas être banalisés car ils portent en eux le risque de donner l'idée à d'autres de procéder de même, au risque évident de rendre les circulations ferroviaires et aériennes extrêmement complexes et risquées, voire dangereuses* », considérations qui viennent compléter la motivation sur la culpabilité, laquelle conclut de la manière suivante : « *Enfin, l'acte qui consiste à bloquer une voie de chemin de fer et des pistes d'aéroport renvoie à une symbolique de la sécurité des moyens de transport dont la portée, en terme de protection publique, est essentielle* ». L'atteinte à la sécurité des transports est opérante dans son principe. Cependant, l'énoncé de la cour d'appel à cet égard nous paraît encore une fois exclu par les exigences conventionnelles. Il ne saurait être fait référence à un risque qui ne s'est pas réalisé dans l'espèce, alors même que le comportement des manifestants est précisément retenu pour son caractère mesuré. D'autant moins d'ailleurs que la cour d'appel n'a pas répondu à l'argument, péremptoire à cet égard, qu'on a déjà évoqué, selon lequel les organisateurs auraient alerté les services de l'Etat pour prévenir les risques sur la sécurité des passagers⁷⁰. Dans ces conditions, admettre une telle motivation ne permettrait pas de respecter l'usage effectif, par les citoyens, des libertés d'expression et de réunion que leur reconnaît la Convention. On ajoute que sa formulation paraît encore contestable, à tout le moins maladroite, quand elle évoque le caractère dissuasif de la répression car, on l'a dit plus haut, la Cour européenne veille précisément à ce que les limites autorisées par les paragraphes 2 des articles 10 et 11, et leur mise en oeuvre, ne conduisent pas les citoyens à s'auto-censurer dans leur exercice de ces libertés cardinales du système de la Convention.

En conséquence de ces développements, il est conclu à la cassation de l'arrêt sur la première branche de chacun des deux moyens.

⁷⁰ Il ressort des éléments du dossier que le procureur de la République aurait d'ailleurs abandonné la qualification initialement retenue de mise en danger délibérée de la vie d'autrui.