

N° 407932

Association Générations Mémoire Harkis et B...

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 14 octobre 2019

Lecture le 24 octobre 2019

CONCLUSIONS

M. Alexandre Lallet, rapporteur public

Les contentieux d'abstention n'ont certes rien de nouveau, mais on peut leur prédire un avenir radieux. Le besoin de protection publique, la montée de l'indignation collective et l'hypersensibilité sociale peuvent trouver dans le prétoire un débouché que les pouvoirs publics ne sont pas ou plus à même d'offrir, faute de moyens et, parfois, de volonté politique. Parmi ces contentieux, les litiges d'abstention répressive devraient figurer en bonne place : l'évolution des mœurs et des connaissances peut certes conduire à légaliser des pratiques auparavant réprouvées par la morale ou l'ignorance, mais la tendance lourde reste, nous semble-t-il, à la volonté de punir, à la recherche de coupables, et à ce qu'on appelle parfois la « victimisation ».

Vous avez toujours manifesté une certaine réserve face à la revendication récurrente d'un **droit à la sanction**. Votre jurisprudence en matière de sanctions administratives, respectueuse de l'opportunité des poursuites et ne sanctionnant en principe le refus de poursuivre qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation, en témoigne¹. Il en va plus encore ainsi en matière **pénale**, alors même que la victime occupe une place croissante dans le procès pénal, via la constitution de partie civile et la citation directe notamment². L'Assemblée du contentieux a jugé qu'une personne n'est privée d'aucun droit propre du fait de l'absence de poursuites et de condamnations pénales, dont le but est d'assurer la rétribution de la faute commise par l'auteur de l'infraction et le rétablissement de la paix sociale, et ne justifie ainsi d'aucun préjudice personnel réparable découlant du décès de l'auteur présumé des faits (CE, Ass., 19 juillet 2011, B..., n° 335625, au Rec.). La Cour européenne des droits de l'homme a eu, pour sa part, l'occasion de poser en principe que l'article 6§1 de la Convention ne garantit pas le droit de faire condamner pénalement une personne³.

Non seulement les droits de la victime d'une infraction pénale prévue par la loi sont cantonnés, mais nul ne peut revendiquer le droit d'être reconnu comme victime d'une infraction pénale à créer. Dit autrement, en l'état du droit positif, aucune norme de quelque niveau que ce soit ne garantit par principe à une personne ou à un groupe un droit à la

¹ V. sur ce point les conclusions que nous avons prononcées dans l'affaire La Quadrature du Net et Calipen (n° 433069) le 30 septembre 2019.

² Soit qu'un texte lui en fait obligation en écartant la règle supplétive de l'opportunité des poursuites, soit que l'abstention administrative procède, dans les circonstances de l'espèce, d'une erreur manifeste d'appréciation.

³ Arrêt P... c/ France du 12 février 2004 (n° 47287/99, pt. 70).

sanction pénale d'un agissement, même s'il est par ailleurs interdit par la loi. Moultes obligations n'ont jamais été assorties d'une sanction pénale, et certaines d'entre elles ne le sont plus à la faveur du mouvement dit de « dépenalisation », notamment en droit des affaires. De nombreuses personnes, groupes ou causes ne bénéficient pas d'une protection pénale dédiée ni d'une quelconque forme de « reconnaissance légale ».

Ces considérations rendent largement vaine la démarche engagée par les requérants, essentiellement fondée sur l'impossibilité dans laquelle ils se trouvaient de se constituer partie civile pour obtenir la condamnation d'auteurs d'injures et de diffamations à l'endroit de la communauté harkie.

Comme nous vous l'avons exposé lors de la séance du 16 septembre dernier, avant que l'affaire soit rayée pour assurer le respect scrupuleux du caractère contradictoire de la procédure, ce litige trouve son origine dans l'article 5 de la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, qui interdit toute injure ou diffamation commise envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur qualité vraie ou supposée de harki et de toute apologie des crimes commis envers cette communauté après les accords d'Evian, mais qui se borne à prescrire à l'Etat d'assurer le respect de cette interdiction « *dans le cadre des lois en vigueur* ». Ce renvoi évasif, reflet des approximations juridiques qui ont émaillé les débats parlementaires⁴, a sans doute eu une portée politique et symbolique, mais des effets juridiques plus que modestes. La Cour de cassation a jugé que l'interdiction posée par le législateur n'était assortie d'aucune sanction pénale et, en particulier, qu'elle ne trouvait pas sa sanction dans les délits d'injure et de diffamation prévus par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse⁵ (Cass. Crim., 21 mars 2009, n° 07-88021, au Bull.)⁶. Comme vous l'avez vous-même rappelé en 2012⁷, le droit

⁴ Selon le rapport du sénateur Gournac en 1^{ère} lecture, se référant à la version initiale de la disposition : « *En l'état actuel du droit, les allégations injurieuses envers les harkis peuvent donc déjà être réprimées. / Cependant, la réaffirmation solennelle, dans ce texte, de l'interdiction des injures contre les harkis vise à attirer l'attention des citoyens et de l'institution judiciaire sur les injures graves et inacceptables dont ils peuvent être victimes. Elle rappelle aussi, à l'intention de ceux qui seraient tentés de proférer de telles injures, la détermination de la Nation à les sanctionner avec toute la rigueur nécessaire. Cet article revêt donc un réel intérêt pédagogique et politique* ». Le rapporteur proposait en outre d'appliquer aux injures et diffamations à l'encontre des harkis en tant que groupe l'amende de 12 000 euros prévue pour la diffamation envers un particulier, au motif que « *il apparaît judicieux de rappeler la sanction applicable lorsque le délit de diffamation ou d'injure est constitué* ». Il n'a pas été suivi. Le texte définitif résulte de l'amendement n° 55 du Gouvernement devant le Sénat dont l'exposé des motifs indique que : « *Cette disposition tend à faciliter les actions en dommages et intérêts pour faute devant les juridictions civiles et répond ainsi aux revendications légitimes des Harkis* ». Au banc, le ministre délégué aux anciens combattants se montrait plus allant : « *D'un point de vue rédactionnel, le remplacement des termes « toute allégation injurieuse » par l'expression « toute injure ou diffamation » précise la portée juridique de ce texte. / De plus, l'interdiction des injures et diffamations ne se limite plus à un individu isolé, mais concerne également les groupes de personnes. / Enfin, de façon à permettre la constitution de partie civile auprès des juridictions concernées et de formuler des demandes de dommages et intérêts, le texte élargit son interdiction à l'apologie des crimes commis contre les harkis* ».

⁵ Etant rappelé que l'injure ou la diffamation réprimés par la loi de 1881 peuvent parfaitement donner lieu à une pure action civile, déconnectée de toute action pénale, sur le fondement de cette loi, hormis dans le cadre des diffamations contre les autorités énumérées aux articles 30 et 31 de cette loi, puisque son article 46 l'exclut expressément (diffamation à l'encontre des juridictions, armées, corps constitués, Président de la République, ministres...)

⁶ En particulier, la peine d'emprisonnement que les articles 32 et 33 de la loi du 21 juillet 1881 sur la liberté de la presse réservent aux propos injurieux ou diffamatoires tenus à l'encontre d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion

commun de la loi de 1881 permet seulement aux harkis de porter plainte avec constitution de partie civile à raison de propos diffamatoires ou injurieux les visant individuellement, et non collectivement.

Avant que la loi soit complétée sur ce point en 2012⁸, l'association Génération mémoire harkis et son président agissant à titre personnel ont réclamé réparation des préjudices matériels et moraux découlant selon eux de cette carence législative, qu'ils estiment contrevenir à la Constitution et à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et, subsidiairement, être l'origine d'un préjudice grave et spécial justifiant une réparation sur le terrain de la rupture d'égalité devant les charges publiques.

La cour administrative d'appel a écarté la responsabilité du fait des lois **inconstitutionnelles** par un motif compliqué. Nous vous proposons de constater, simplement, que ni l'article 5 de la loi de 2005, ni les articles pertinents de la loi de 1881 « en tant qu'ils ne s'appliquent pas à l'injure et à la diffamation des harkis », n'ont été déclarés contraires à la Constitution⁹. Vous ne disposez d'aucun titre pour opérer un contrôle de constitutionnalité à l'occasion d'un litige indemnitaire¹⁰.

Sur le terrain **conventionnel**, les griefs tirés de la violation du droit à un procès équitable garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, du droit au recours effectif protégé par son article 13, des stipulations combinées de l'article 6§1 et de l'article 14 et de l'article 17 relatif à l'abus de droit se rattachaient tous à la revendication d'un droit à se constituer partie civile en qualité de victime pour obtenir la sanction pénale et la réparation des préjudices liés aux injures et diffamations visant les harkis. Ni les normes invoquées, ni aucune autre ne fondent un tel droit, comme on l'a dit. Vous pourrez là encore substituer ce motif de principe à celui qu'a retenu la cour, tiré uniquement de ce que l'article 6§1 de la Convention ne garantit pas le droit de faire condamner pénalement une personne.

déterminées, ne pouvait s'appliquer aux harkis, communauté caractérisée par un choix politique, et non une origine ou une conviction religieuse.

⁷ CE, 26 janvier 2012, Comité Harkis et vérité, n° 353067, refusant de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité visant l'article 5 de la loi de 2005.

⁸ La loi n° 2012-326 du 7 mars 2012 a assimilé l'injure et la diffamation à l'encontre des harkis à celle visant les forces armées, punie respectivement d'une amende de 12 000 et 45 000 euros, et a permis aux associations défendant les intérêts moraux et l'honneur des harkis et justifiant d'une ancienneté d'au moins 5 ans de se constituer partie civile en ce qui concerne les délits de diffamation ou d'injure ayant causé un préjudice direct ou indirect à la mission qu'elles remplissent. Cet ajout n'a pas satisfait les revendications. D'une part, les familles et descendants de harkis n'ont pas bénéficié de cette extension. D'autre part, et de manière assez étonnante, le rapport Ceaux de juillet 2018 « *Aux Harkis, la France reconnaissante* » estimait que les harkis n'étaient pas réellement protégés contre les injures et diffamations individuelles et proposait de compléter la loi de 2005 à cette fin (pp. 93-95).

⁹ Et pour cause : vous avez refusé par deux fois de renvoyer au Conseil constitutionnel la QPC dirigée contre le premier article, la seconde fois dans le cadre du présent litige d'ailleurs ; et le tribunal administratif de Rouen a refusé de vous transmettre la QPC soulevée par les mêmes requérants contre les articles 24, 32 et 33 de la loi de 1881, sans que ce refus de transmission ait été contesté.

¹⁰ De manière générale, le juge administratif ne dispose d'aucun titre à juger qu'une loi est contraire à la Constitution (CE, 5 février 2014, Association des producteurs d'électricité solaire indépendants, n° 357538, au Rec.).

De la même façon, s'agissant de la **rupture alléguée d'égalité devant les charges publiques**, l'argumentation d'appel consistait seulement à réclamer réparation des frais exposés en pure perte pour la conduite de procédures tendant à faire condamner les auteurs d'injures ou de diffamations et d'un préjudice moral évalué à 1 € symbolique par harki « sacrifié pendant la guerre d'Algérie », faute pour les requérants de pouvoir régulièrement se constituer partie civile. Cette argumentation se heurte à la même objection de principe, que vous pourrez substituer au constat casuistique de la cour selon lequel les requérants ne justifiaient pas, en l'espèce, d'un préjudice grave et spécial¹¹.

Le **dernier grief d'inconventionnalité soulevé devant les juges du fond** procédait d'une logique différente. L'association soutenait que le droit au respect de la vie privée protégé par l'article 8 de la Convention, qui inclut la protection de la réputation, était violé dès lors que les harkis peuvent continuer à être injuriés et diffamés en toute impunité, faute de sanction pénale. Cette critique se rattache à la question, distincte de celle du droit de se constituer partie civile en qualité de victime, touchant à l'effectivité de la protection des harkis résultant de la loi de 2005 et à l'atteinte portée à l'intérêt collectif que l'association requérante s'est donnée pour objet de défendre, indépendamment de toute procédure pénale.

Il ne fait pas de doute que l'absence de sanction, ou de sanction suffisante, peut être de nature à entraîner la méconnaissance d'une exigence supérieure, lorsque celle-ci la requiert. Toute sanction ayant le caractère d'une punition, qu'elle soit pénale ou non, permet, par sa vertu à la fois préventive, dissuasive et répressive¹², d'assurer l'effectivité des lois et règlements et, à travers eux, des droits et libertés garantis par des normes supérieures. C'est toute la logique des **obligations positives de l'Etat**, qui conduit par exemple à retenir la responsabilité de l'Etat à raison de la carence de l'autorité de police dans l'usage de ses pouvoirs, notamment par l'édiction d'une réglementation nécessaire à la sauvegarde de l'ordre public¹³. C'est aussi celle qui sous-tend le contrôle normal que vous exercez sur le refus d'une autorité administrative de sanctionner un agissement qui prive la victime d'un droit que lui reconnaît la loi (CE, Ass., 24 février 2017, C... et autres, n° 391000, au Rec. ; CE, 3 octobre 2018, de L..., n° 405939, aux T.). On voit à cet égard que c'est à travers l'effectivité des droits dont la sanction vise à assurer le respect, et non au titre d'un droit général de la victime à la sanction, que cette dernière peut obtenir du juge qu'une sanction soit infligée.

¹¹ Le terrain retenu par la cour se défend également. Les préjudices allégués ne présentent certainement pas un caractère de gravité suffisant. A dire vrai, le caractère symbolique d'une réparation pécuniaire paraît antinomique avec la gravité du préjudice. Le cas est différent de celui des mesures solennelles de nature extra-pécuniaire, destinées à réparer un préjudice collectif exceptionnel (Avis CE, Assemblée, 16 février 2009, Mme H...-G..., n° 315499, au Rec.) à propos des victimes des déportations, qui n'a d'ailleurs pas été transposée aux harkis (CE, 3 octobre 2018, T..., n° 410611, au Rec.). En tout état de cause, les harkis ne sont pas placés dans une situation différente de toutes les communautés liées par une caractéristique commune, notamment une histoire commune, et qui ne peuvent se constituer partie civile pour obtenir réparation d'injures ou de diffamations qui les visent.

¹² L'article 130-1 du code pénal rappelle que la peine vise à assurer la protection de la société, prévenir la commission de nouvelles infractions et restaurer l'équilibre social. C'est vrai de toute sanction ayant le caractère d'une punition.

¹³ CE, Sect., 14 décembre 1962, Doublet, au Rec. et CE, 28 novembre 2003, Commune de Moissy Cramayel, n° 238349, au Rec., pour l'abandon de la faute lourde.

Sans évoquer la problématique constitutionnelle¹⁴, la loi peut être contraire à un engagement européen ou international qui prévoit expressément ou qui implique nécessairement l'instauration d'une sanction¹⁵ :

- la **violation de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales** peut résulter de l'absence de législation interne nécessaire pour garantir un droit conventionnellement protégé¹⁶ et, en particulier, de l'absence de mécanisme de prévention et de répression pénale (CEDH, 1er février 2011, E... c/ Turquie, n° 19506/05, pt. 35). A propos de l'article 8 de la Convention protégeant la vie privée, la Cour a jugé à plusieurs reprises que « *une dissuasion effective contre des actes graves mettant en jeu des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée appelle des dispositions pénales efficaces* », le cas échéant de la part du législateur (CEDH, 2 décembre 2008, K.U c/ Finlande, n° 2872/02, pt. 45).
- le **droit de l'Union** impose quant à lui aux Etats membres, compétents en la matière et libres de choisir les modalités les plus appropriées, de veiller à ce que les violations de ce droit soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure qui confèrent à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif (CJCE, 23 novembre 2006, Lidl Alitalia, C-315/05, pt. 58 ; CJCE, 3 mai 2005, B... et autres, C-387/02, C-391/02 et C-403/02, pt. 65 ; CJCE, 10 avril 1984, Von C... et K..., 14/83, pt 28).

Au regard de telles normes supérieures, trois conditions devraient être réunies pour pouvoir utilement reprocher au législateur de ne pas avoir assorti une règle, notamment une interdiction, d'une sanction, notamment pénale :

- Il faut, d'abord et avant tout, que **la règle dont l'effectivité serait compromise par l'absence de sanction réponde elle-même à une exigence supérieure**. Dans le cas contraire, l'absence de sanction ne saurait méconnaître une telle exigence. En l'espèce, par exemple, l'article 5 de la loi de 2005 procède d'un choix d'opportunité du législateur, qu'on peut saluer, mais non, à notre avis, d'une obligation juridique. *A*

¹⁴ Il est vrai que la sauvegarde de l'ordre public n'est qu'un objectif de valeur constitutionnelle, en général mobilisé pour justifier des atteintes aux libertés et la jurisprudence constitutionnelle est avare d'exemples dans lesquelles la sanction a été regardée comme nécessaire au respect de la Constitution. Il va de soi que toute obligation ou interdiction posée par la loi n'appelle pas une sanction pénale, sauf à condamner toute « dépenalisation » du type de celle qui a concerné, il y a quelques années, la vie des affaires. Mais il ne nous paraît pas douteux, sur le plan des principes, qu'une sanction suffisamment dissuasive, le cas échéant de nature pénale, peut être au nombre des garanties légales nécessaires à la satisfaction d'exigences constitutionnelles, dès l'instant qu'elle conditionne l'effectivité d'une loi elle-même nécessaire au respect de la Constitution. On trouve trace de cette logique dans une décision n° 99-416 DC du 23 juillet 1999 dans laquelle le Conseil constitutionnel considère que l'existence de sanctions pénales en cas de méconnaissance des règles d'utilisation de la carte Vitale est une garantie de nature à assurer le respect de la vie privée ; et avant cela, fugitivement, dans la décision n° 92-317 DC du 21 janvier 1993 concernant l'interruption volontaire de grossesse.

¹⁵ La rédaction de la décision d'Assemblée du 8 février 2007, G... (n° 279022), qui n'évoque que les préjudices résultant de l'intervention d'une loi adoptée en méconnaissance des engagements internationaux de la France, n'a certainement pas entendu exclure le cas où l'abstention du législateur caractérise un manquement aux obligations de l'Etat pour assurer le respect des conventions internationales par les autorités publiques. Dit autrement, la responsabilité de l'Etat ne découle pas de l'incompatibilité d'une loi en particulier avec une norme internationale, mais de l'état de la législation, en plein et en creux, ce qui, au passage, permet de s'affranchir du jeu du mistigri consistant à savoir si le problème se loge dans une loi ou une autre, « en tant que ne pas ».

¹⁶ CEDH, GC, 28 juin 2001, Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse, § 45

fortiori, l'absence de sanction de sa méconnaissance ne saurait caractériser une inconventionnalité.

- Il faut ensuite que l'effectivité de la loi appelle nécessairement l'édiction d'une **sanction ayant le caractère d'une punition**, alors que des mesures restitutives ou, en tous les cas, non répressives sont susceptibles de suffire à cette effectivité, notamment la responsabilité civile pour faute, qui procède d'une exigence constitutionnelle¹⁷, ou les mesures de police.
- Enfin, à supposer une sanction nécessaire, le législateur ne peut être critiqué que si celle-ci doit nécessairement relever du **domaine de la loi**. Or le pouvoir réglementaire dispose d'un pouvoir répressif relativement étendu, puisqu'il est compétent pour instaurer des contraventions et, dans certains cas délimités par votre jurisprudence, des sanctions administratives¹⁸. Le requérant qui se plaint de l'absence de la sanction pénale doit s'employer à démontrer que le législateur aurait dû, eu égard aux enjeux, créer un crime ou un délit, ce qui revient largement à dire qu'une peine d'emprisonnement serait nécessaire pour garantir que la loi ne sera pas ignorée. Tel serait le cas, par exemple, s'il prenait fantaisie au législateur de dépénaliser le meurtre, ce qui ne permettrait plus d'assurer le respect du droit à la vie garanti par la Convention européenne. Il en irait de même, au regard du RGPD, si le vol de données personnelles révélant l'origine ethnique ou les convictions religieuses était tout au plus passible d'une contravention de 5^{ème} classe. En l'occurrence, il n'a jamais été prétendu et encore moins démontré par les requérants qu'il serait nécessaire juridiquement de créer un délit, eu égard à la gravité des agissements en cause¹⁹.

On voit que les conditions posées et la très grande marge d'appréciation qu'il convient de reconnaître au législateur en la matière aboutit à ouvrir, pour l'essentiel, une fausse fenêtre contentieuse.

A supposer que la méconnaissance d'une norme supérieure soit exceptionnellement caractérisée, ce qu'on ne peut exclure par principe, les requérants qui se placent sur le terrain indemnitaire, comme en l'espèce, doivent franchir un obstacle supplémentaire : justifier de l'existence d'un **préjudice réparable**, c'est-à-dire personnel, certain et direct.

S'agissant des personnes victimes d'agissements interdits par une loi non assortie de sanction pénale, les préjudices dont elle est susceptible d'obtenir réparation sont ceux qui résultent de la violation de la loi par le responsable, et non de l'absence de sanction pénale prévue par la loi. Nous excluons de transposer ici le raisonnement admettant dans son principe que l'entreprise utilisatrice de matériaux amiantés se retourne contre l'Etat, considéré comme co-

¹⁷ La Constitution exige la possibilité d'agir en justice pour obtenir la réparation d'un dommage résultant d'une faute, sauf exclusion justifiée par un motif général et ne portant pas au droit au recours une atteinte disproportionnée (V. notamment : n° 2010-2 QPC du 11 juin 2010)

¹⁸ On peut notamment citer la possibilité d'assortir de sanctions les manquements aux règles d'exercice d'une profession ou d'une activité que le pouvoir réglementaire est compétent pour édicter (CE, Ass, 7 juillet 2004, Ministre de l'intérieur, de la sécurité intérieure et des libertés locales c/ B..., n° 255136, au Rec. ; CE, 9 décembre 2016, Métropole Nice-Côte d'Azur, n° 383421, aux T. ; CE, 9 mars 2018, Crédit mutuel Arkéa et autres, n° 399413, aux T.).

¹⁹ Nous sommes tout à fait convaincu qu'une telle sanction contraventionnelle (amende plafonnée à 1500 euros, et 3000 euros en cas de récidive), à la supposer nécessaire juridiquement – ce que nous ne pensons pas - aurait pu suffire, alors que le quantum des sanctions effectivement prononcées par le juge en matière de délit d'injure ou de diffamation n'est souvent guère plus élevé.

auteur du dommage dès lors qu'il s'est illégalement abstenu de l'interdire (CE, Ass., 9 novembre 2015, SAS Constructions mécaniques de Normandie, n° 342468, au Rec.). En l'occurrence, l'interdiction est posée par la loi, et la cause adéquate des préjudices réside dans sa transgression par une personne déterminée et non dans le fait qu'elle n'en a pas été suffisamment dissuadée par une législation insuffisamment coercitive.

On peut davantage hésiter lorsque l'action est portée par une personne morale qui réclame réparation du préjudice moral distinct résultant de l'atteinte portée à l'intérêt collectif qu'elle défend du fait de l'absence d'arsenal répressif pour protéger la cause qu'elle s'est assignée. Le sujet est vaste et d'actualité, notamment avec la problématique du « préjudice écologique »²⁰. Nous nous bornerons à rappeler que votre jurisprudence, à ce jour plus stricte que celle du juge civil, n'a pas exclu par principe le droit à réparation mais a tendance à le circonscire au cas où l'accomplissement de l'objet statutaire de l'association est directement et certainement entravé²¹. Il semble qu'il faille à la fois une certaine spécificité matérielle voire géographique du but poursuivi, et une certaine antériorité et intensité de l'action de l'association, pour ne pas dire une certaine représentativité²². A supposer que l'association parvienne à justifier d'un tel préjudice propre, il lui restera à démontrer que la carence du législateur dans l'édiction d'une sanction pénale nécessaire en est la cause adéquate. Ceci implique de mettre en évidence, statistiques et enquêtes à l'appui, l'existence d'un sentiment d'impunité généralisé découlant de l'absence de risque pénal, à l'origine de manquements récurrents privant en pratique la loi de toute effectivité.

Vous l'aurez compris : il faut être sérieusement motivé pour introduire une telle action et affronter le parcours du combattant que nous avons décrit. Mais nous ne voyons pas ce qui autoriserait le juge à en interdire l'accès par principe. A l'affirmation péremptoire et juridiquement discutable selon laquelle il n'est jamais possible d'obtenir réparation d'un préjudice découlant de l'ineffectivité de la loi à raison de l'absence de sanction suffisante, nous préférons la réponse pédagogique et, à nos yeux, juridiquement incontestable, y compris devant des juridictions supra-nationales, consistant à pointer qu'une des nombreuses conditions requises n'est pas remplie.

La cour n'a apporté aucune réponse à ce moyen tiré de la violation de l'article 8 de la Convention européenne, si ce n'est par un motif tiré de la portée de l'article 6 § 1 qui est radicalement inopérant. Nous vous invitons à casser l'arrêt et régler l'affaire au fond dans cette seule mesure.

²⁰ V. notamment les écrits de Louis Boré : *La réparation des atteintes aux intérêts collectifs défendus par les groupements à but altruiste*, RFDA 1996, p. 549 ; *Pour la recevabilité de l'action associative fondée sur la défense d'un intérêt altruiste*, RSC 1997, p. 751.

²¹ V. CE, 12 juillet 1969, Ville de Saint-Quentin et autres, Rec. p. 383 ; pour les syndicats : CE, Ass., 18 janvier 1980, Syndicat CFDT des Postes du Haut-Rhin, n° 07636, au Rec. V. s'agissant d'un préjudice lié à une atteinte à l'environnement invoqué par une association de protection de l'environnement, à distinguer du fameux « préjudice écologique » qui est celui subi par mère Nature elle-même : CE, 30 mars 2015, Association pour la protection des animaux sauvages, n° 375144, aux T., éclairée par les conclusions contraires de X. de Lesquen et commentée par B. Busson in *L'action en réparation du préjudice moral subi par les associations de protection de l'environnement*, AJDA 2015, p. 1754.

²² Faute de quoi on verrait fleurir les micro-associations constituées pour les besoins d'une cause venir réclamer réparation d'un préjudice moral lié à l'impuissance des pouvoirs publics à en assurer la défense.

Vous avez l'embarras du choix pour confirmer le jugement du tribunal²³. Nous vous proposons de vider autant que possible le litige conventionnel.

L'instruction ne fait pas ressortir la nécessité juridique d'une sanction pénale relevant de la compétence du législateur pour garantir le droit à la vie privée des harkis, compte tenu des attaques dont ils seraient l'objet et dont l'occurrence comme la gravité ne font l'objet d'aucun début d'évaluation ou d'objectivation. Il ne s'agit pas pour nous de nier que la communauté harkie peut être la cible de propos injurieux ou diffamatoires. Le rapport Ceaux indique en ce sens que : « *Il n'est pas rare, en effet, que les harkis et leurs descendants fassent l'objet, dans des contextes très divers, d'insultes ou d'agressions à raison de leur histoire singulière* ». Mais le dossier ne comporte aucun élément concret, chiffré qui tendrait à démontrer que les intéressés sont privés du droit à mener une vie privée normale pour cette raison et que la création de la sanction réclamée serait exigée par l'article 8 de la Convention. En outre, on ne peut rien tirer de la circonstance, sur laquelle insiste le pourvoi, selon laquelle le législateur est intervenu en 2012 pour assortir d'une sanction pénale l'interdiction qu'il avait posée sept ans plus tôt. Sans doute s'agit-il de corriger une inadvertance, et non, comme le soutient le ministre hardiment, au risque d'ailleurs de fragiliser la loi de 2012, de revenir sur un choix qui aurait été commandé par le principe d'égalité. Mais nous ne voyons pas en quoi cette initiative vaudrait reconnaissance de responsabilité passée. Le législateur peut - heureusement - encore faire des choix qui ne sont pas dictés par des obligations juridiques.

Au surplus, les intéressés ne sont pas dépourvus de moyens de défense. Tout harki victime d'injure ou de diffamation peut obtenir justice individuellement, au civil ou au pénal. En outre, nous persistons à penser, en dépit de la solide argumentation du pourvoi en réponse aux conclusions que nous avons prononcées il y a un mois, qu'aucune jurisprudence établie n'exclut que la méconnaissance de l'article 5 de la loi de 2005 constitue une faute ouvrant droit à réparation sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240, du code civil. La Cour de cassation a seulement exclu, d'ailleurs avant l'entrée en vigueur de la loi de 2005, que des propos diffamatoires ou injurieux contre les harkis en général puissent donner lieu à une action civile d'un harki sur le fondement de la loi de 1881, dès lors qu'il s'agit d'un groupe trop vaste qui ne permet pas de considérer que tel ou tel harki aurait été personnellement victime²⁴. Le pourvoi rappelle en outre à juste titre que les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent en principe être poursuivis sur le fondement de l'article 1382, devenu 1240 du code civil, mais seulement sur celui de la loi de 1881. Mais dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation, ce principe s'entend sous réserve des « *cas spécialement déterminés par la loi* » (V. notamment Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2013, n° 12-24651, au Bull.)²⁵. Or précisément, la loi de 2005 a interdit l'injure ou la diffamation des

²³ Le moyen d'insuffisance de motivation du jugement vise une partie du jugement qui n'est plus en débat (responsabilité de l'Etat pour faute du fait d'une incompétence négative).

²⁴ Cass. Crim., 29 janvier 2008, n° 06-86474, au Bull.

²⁵ La jurisprudence civile s'est progressivement durcie. L'application de l'article 1382 a été exclue toutes les fois où la loi de 1881 trouvait à s'appliquer (Cass. Ass plén., 12 juillet 2000, au Bull.). Puis la 1^{ère} chambre civile a jugé, en 2005, que « les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement » de l'article 1382 du code civil (Cass. 1^{ère} civ., 27 septembre 2005, n° 03-13622, au Bull., faisant l'objet de commentaires très critiques). Mais outre que la même chambre a ultérieurement repris, dans certains cas, la formulation issue des arrêts de l'Assemblée plénière (V. par ex. : Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 2010, n° 09-67624), elle a admis que les abus de la liberté d'expression pouvaient être interdits par une loi spéciale. Elle a ainsi approuvé une cour d'avoir jugé que « hors restriction légalement prévue, la liberté d'expression est un droit dont l'exercice, sauf dénigrement de produits ou services, ne peut être contesté sur le fondement de l'article 1382

harkis pris en tant que groupe. La situation n'est pas la même que celle du précédent cité de la 2^{ème} chambre civile, au demeurant ancien, de 2002²⁶, dans lequel l'action relevait bien de la loi de 1881 mais ne pouvait aboutir en l'espèce en raison de la nature des propos tenus. Ici, la loi de 1881 est radicalement inapplicable²⁷ et le droit à réparation civile, qui ne peut être constitutionnellement exclu en l'absence de motif d'intérêt général le justifiant²⁸ et que le législateur de 2005 a précisément entendu conforter, repose sur un fondement législatif autonome, que les requérants n'ont pas mobilisé.

PCMNC à l'annulation de l'arrêt de la cour en tant seulement qu'il porte sur l'inconventionnalité alléguée de la loi au regard de l'article 8 de la Convention européenne, au rejet de l'appel présenté devant la cour sur ce fondement, et au rejet du surplus des conclusions.

du code civil (Cass. 1^{ère} civ., 2 juillet 2014, n° 13-16730, au Bull.) ou encore que « La liberté d'expression est un droit dont l'exercice ne revêt un caractère abusif que dans les cas spécialement déterminés par la loi » (Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2013, n° 12-24651, au Bull.). On notera aussi l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 16 octobre 2013 (n° 12-35434) qui casse l'arrêt d'une cour ayant accordé 1 € symbolique à des associations regroupant des Alsaciens évadés ou incorporés de force dans l'armée allemande, au motif que les propos désobligeants tenus dans un ouvrage n'ont pas dépassé les limites de la liberté d'expression, et non au motif que la responsabilité civile était radicalement exclue ; et l'arrêt du 24 mai 2017 (Cass. 1^{ère} civ., n° 16-16773, au Bull.) qui admet la condamnation civile, sur le fondement de l'article 1382, de l'auteur d'une dénonciation calomnieuse. Sur ce sujet : G. Viney, *La sanction des abus de la liberté d'expression*, Recueil Dalloz 2014, p. 787.

²⁶ Civ. 2^{ème}, 10 octobre 2002, n° 00-11972, Bull. civ. II n° 222.

²⁷ Par ailleurs, devant le juge civil, le préjudice personnel associatif est tout à fait reconnu, y compris en cas d'abus dans la liberté d'expression, comme l'a montré la triste affaire du « *point de détail de l'histoire de la 2^{ème} guerre mondiale* ». La 2^{ème} chambre civile, tout en excluant le délit de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, a approuvé la cour d'appel d'avoir réparé le préjudice moral subi par des associations sur le fondement de l'article 1382 du code civil en raison de la faute dans l'usage de la liberté d'expression (Cass. 2^{ème} civ., 18 décembre 1995, n° 91-14785, au Bull.).

²⁸ Comme l'indique le commentaire aux cahiers de la décision n° 2013-350 QPC du 25 octobre 2013, « *la protection de la liberté de la presse et de la liberté d'expression (...) ne peut justifier une mesure qui peut avoir pour effet de faire totalement obstacle au droit de la victime d'une diffamation à obtenir réparation de son préjudice* ». Et nous ne voyons pas quel motif d'intérêt général pourrait justifier qu'on refuse à une association de harkis la réparation d'un préjudice personnel résultant de propos injurieux tenus à l'encontre des harkis, en méconnaissance de la loi.