

UNIVERSITÉ DE LIMOGES

ÉCOLE DOCTORALE 88

Observatoire des mutations institutionnelles et juridiques (OMIJ)

Thèse

pour obtenir le grade de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE LIMOGES

En droit privé et sciences criminelles

présentée et soutenue par

Thomas BESSE

le 22 juin 2018

La pénalisation de l'expression publique

Thèse dirigée par **Damien ROETS**

Président de jury :

Jean-Pierre MARGUÉNAUD, Professeur à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges

Rapporteurs :

Audrey DARSONVILLE, Professeur à la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de l'Université de Lille

Nathalie MALLET-POUJOL, Directrice de recherche au CNRS, UMR 5815, Université de Montpellier

Examineurs :

Nathalie DROIN, Maître de conférences HDR à la Faculté de droit et des sciences économiques et politiques de l'Université de Bourgogne

Jean MORANGE, Professeur émérite à la Faculté de droit et des sciences économiques de l'Université de Limoges

A mes proches

Remerciements

L’auteur souhaite remercier son directeur de recherches, Damien Roets, pour lui avoir donné la chance de traiter un sujet dont la richesse est proportionnelle à sa complexité, et pour l’intérêt et la rigueur qu’il a su lui transmettre dans l’étude des sciences criminelles.

Doivent également être remerciés les personnels enseignants, administratifs et techniques de la Faculté de droit et de sciences économiques de l’Université de Limoges, pour leur bienveillance, leur sympathie et leur soutien.

Enfin, et surtout, l’auteur souhaite remercier sa famille et ses amis, pour leur patience et leur compréhension parfois mises à rude épreuve durant ces cinq années de doctorat.

Droits d'auteurs



Cette création est mise à disposition selon le Contrat : « **Paternité-Pas d'Utilisation Commerciale-Pas de modification 3.0 France** » disponible en ligne :

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/fr/>

Abréviations

AJDA	Revue <i>Actualité juridique de droit administratif</i>
AJCT	Revue <i>Actualité juridique des collectivités territoriales</i>
AJFP	Revue <i>Actualité juridique des fonctions publiques</i>
AJ Pénal	Revue <i>Actualité juridique de droit pénal</i>
Art.	Article
Bibl.	Bibliothèque
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
c/	Contre
CA	Cour d'appel
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'Homme
CNRS	Centre national de la recherche scientifique
CNRTL	Centre national de ressources textuelles et lexicales
Coll.	Collection
Concl.	Conclusions
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales
Comm. com. Electr.	Revue <i>Communication Commerce Electroniques</i>
Comm. EDH	Commission européenne des droits de l'Homme
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'Homme
C. Pén.	Code pénal
C. Proc. pén.	Code de procédure pénale
CRDF	<i>Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux</i>
CREDOF	Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Revue <i>Recueil Dalloz</i>
(dir.)	Sous la direction de
Doc. Fr.	Editions <i>La Documentation Française</i>
Dr. Pén.	Revue <i>Droit pénal</i>
éd.	Edition
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Revue <i>La Gazette du Palais</i>
IR.	Information rapide
Jcl.	Encyclopédie <i>Jurisclasseur</i>
JCP	Revue <i>La Semaine Juridique</i>
JCP E	Revue <i>La Semaine Juridique, édition Entreprise</i>
J.O.	Journal Officiel
J.O.A.N.	Journal Officiel de l'Assemblée nationale
not.	Notamment

obs.	Observations
op. cit.	Œuvre citée
L.	Loi
LGDJ	Edition <i>Librairie général de droit et de jurisprudence</i>
LPA	Revue <i>Les petites affiches</i>
Préc.	Précité
PUF	Presses universitaires de France
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PULIM	Presses universitaires de Limoges
PUR	Presses universitaires de Rennes
rapp.	Rapport
RevDH	<i>Revue des droits de l'homme</i> (en ligne)
RDLF	<i>Revue des droits et libertés fondamentaux</i>
RDP	<i>Revue de droit public et de sciences politiques</i>
Rép. Dr. Int. Dalloz	Répertoire de droit international Dalloz
Rép. Civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. Pén. Dalloz	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
Rép. Proc. civ. Dalloz	Répertoire de procédure civile Dalloz
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. Crit. DIP	<i>Revue critique de droit international privé</i>
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RJE	<i>Revue juridique de l'environnement</i>
RLDI	<i>Revue Lamy droit de l'immatériel</i>
RPDP	<i>Revue pénitentiaire et de droit pénal</i>
RRJ	<i>Revue de la recherche juridique</i>
RSC	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
RTD Civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l'Homme</i>
S.	Revue <i>Recueil Sirey</i>
s.	Et suivants
Somm.	Sommaire
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
TPIR	Tribunal pénal international pour le Rwanda
USSC	Cour suprême des Etats-Unis (<i>United States Supreme Court</i>)
V.	Voir
V°	Mot

Sommaire

Introduction Générale	8
Partie I – La pénalisation de l’expression publique à l’épreuve du phénomène d’instrumentalisation	49
Titre 1 – L’instrumentalisation de la loi	50
Chapitre 1 – La protection envahissante des intérêts nationaux	51
Section 1 – La pénalisation déréglée des incitations aux actes terroristes	51
Section 2 – La pénalisation dispensable des outrages aux symboles républicains	97
Chapitre 2 – La protection inépuisable des intérêts catégoriels	114
Section 1 – Les fondements de la pénalisation des discours de haine	114
Section 2 – Les errements de la pénalisation des discours de haine	135
Titre 2 – L’instrumentalisation de la Justice	189
Chapitre 1 – Le rétrécissement de l’expression publique par l’interprétation déraisonnable des normes d’incrimination	189
Section 1 – L’extension déraisonnable du champ répressif par les juges	190
Section 2 – L’extension déraisonnable du champ répressif par l’action civile associative	228
Chapitre 2 – L’entrave à l’expression publique par l’usage déraisonnable de l’action en Justice	252
Section 1 – La poursuite abusive d’une expression vulnérable	252
Section 2 – La poursuite inopportune d’une expression renforcée	287
Partie II – La pénalisation de l’expression publique à l’épreuve de la modernité	320
Titre 1 – La médiatisation de l’expression publique	321
Chapitre 1 – L’inévitable libéralisation de l’expression infamante	321
Section 1 – L’expression infamante endiguée par une pénalisation constante	322
Section 2 – L’expression infamante libéralisée par une information omniprésente	352
Chapitre 2 – L’indispensable rééquilibrage du contentieux de presse	397
Section 1 – Le droit de la presse en conflit	397
Section 2 – Le droit de la presse en crise	423
Titre 2 – La dématérialisation de l’expression publique	452
Chapitre 1 – Les difficultés d’adaptation de la pénalisation à l’expression numérique	452
Section 1 – L’évolution des modes de commission	453
Section 2 – L’évolution des modes de poursuite	473
Chapitre 2 – Les difficultés d’adaptation de la pénalisation à l’expression transnationale	504
Section 1 – La pénalisation transnationale étendue dans la théorie	504
Section 2 – La pénalisation transnationale limitée dans la pratique	525
Conclusion générale	563
Bibliographie	573
Index des décisions de justice / index alphabétique	603 / 630
Table des matières	635

Introduction générale

« Je n'ai besoin de rien d'autre que d'un morceau de papier et de quoi écrire pour
sortir le monde de ses gonds »¹

1. L'actualité de ces dernières années a fait de l'expression publique un thème particulièrement débattu, dans la mesure où elle procède inévitablement de l'exercice du droit à la liberté d'expression. Victime directe des odieux assassinats qui, en janvier 2015, la prenaient pour cible à l'insupportable prétexte du blasphème, cette liberté endure également, non sans préjudice, les régulières controverses opposant ceux qui revendiquent à l'excès un droit de tout dire ou de tout moquer publiquement à ceux qui fondent des inquiétudes parfois démesurées sur les effets supposés d'une expression qui leur apparaît par trop libre². Comment, au vingt-et-unième siècle, et après moult batailles historiques menées pour la libération de l'opinion et de la parole, en vient-on encore à discuter des contours d'une liberté qui, à bien des égards, apparaît comme la plus inhérente et la plus caractéristique de l'être humain ?

Si ces questions mobilisent bien au-delà de la seule science juridique³, celle-ci contribue, depuis longtemps, à l'identification et à l'évaluation des rapports entretenus par le Droit avec le débat public dans les sociétés humaines, de sorte que les conclusions qui s'y rapportent irradient inévitablement celles des autres disciplines en la matière. Plus spécifiquement, l'étude de l'action exercée sur les comportements d'expression publique par le Droit, sous sa dimension répressive qu'est le droit pénal, n'a rien d'une nouveauté : à leurs époques respectives, praticiens et auteurs ont eu à cœur d'exposer et d'expliquer dans quelle mesure l'Etat se trouve légitime à user du châtimement pour répondre au trouble causé à la société par les manifestations immodérées de la pensée⁴. De même, nombre de thèses de doctorat ont,

¹ Friedrich Nietzsche, *Die weisse und die schwarze Kunst*.

² En ce sens, v. F. Krenc, *La liberté d'expression vaut pour les propos qui « heurtent, choquent ou inquiètent »*. Mais encore ?, RTDH 2016, p. 311, sp. p. 312.

³ « La complexité de la liberté d'expression résulte de sa nature même, de ses implications, religieuses, philosophiques, morales, politiques, ... mais aussi, à l'époque contemporaine, de son impact financier, économique, sociologique... Elle est donc susceptible d'être abordée et étudiée par bien d'autres que les juristes » (J. Morange, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009, p. 14 n° 9).

⁴ A ce titre, v. not. F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire*, Paris, Prault, 1775 ; J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 2 t., Paris, Videococq, 1837 ; T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, 2 t., Paris, Joubert, 1847 ; P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 2 t., Paris, Marescq, 1884 ; G. Barbier, *Code expliqué de la presse, traité général de la police de la presse et des délits de publication*, 2 t., Paris, Marchal et Billard, 1887 ; E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2012 ; C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, éd. Victoires, 2013.

de façon exclusive ou inclusive, traité des limitations susceptibles d'être apportées par le droit pénal à la liberté d'expression sous sa dimension publique. Néanmoins, là où les travaux les plus récents ont circonscrit le champ des recherches à l'ensemble du droit privé⁵, à certains comportements particulier⁶ ou à la liberté d'expression au sein d'un cadre législatif déterminé⁷, l'étude qui constitue la présente thèse s'inscrit dans une démarche plus spécifique, dans le sens où le seul droit pénal sera mobilisé dans l'appréciation critique et actualisée des raisons et moyens de son appréhension de l'expression publique en France.

A cette fin, il convient d'abord de préciser que la pénalisation de l'expression publique relève de la délicate, mais nécessaire, limitation du droit pourtant essentiel que constitue la liberté d'expression (Section 1). Il convient ensuite de circonscrire l'étude de cette limitation à son appréhension par le seul droit pénal, et à raison de l'expression envisagée sous sa seule dimension publique (Section 2).

Section 1 – La limitation délicate d'une liberté essentielle

2. Par bien des aspects, la liberté d'expression se distingue des autres libertés humaines. Son importance transparaît dans la façon dont le Droit s'est approprié sa protection (§ 1). Cette spécificité, sans emporter une quelconque impossibilité d'apporter des limites à son exercice dans un Etat démocratique et libéral, implique néanmoins, dans leur instauration, une retenue que le régime répressif apparaît paradoxalement le plus à même d'assurer (§ 2).

§ 1 – La liberté d'expression, droit protéiforme et fondamental

3. D'une façon simplifiée, la liberté d'expression peut se définir comme « *la faculté de l'Homme de dire ce qu'il veut, comme il le veut et quand il le veut, sans subir de contrainte de quelque nature que ce soit* »⁸. Cette définition, fidèle à la vision que l'on se fait communément d'une liberté, ne laisse que peu apercevoir la silhouette complexe que dévoile la liberté d'expression à la lumière vacillante de la science juridique, tant et si bien que nous nous attacherons à souligner les caractères de sa fondamentalité (A) et de sa variété (B).

⁵ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité, étude de droit privé*, Dalloz, Nlle bibl. thèses, vol. 56, 2006.

⁶ B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ, 2000 ; F. Safi, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, Institut universitaire Varenne, coll. Thèses, 2014.

⁷ N. Droin, *Les limitations de la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, LGDJ, 2010.

⁸ L. Josende, *Liberté d'expression et démocratie : réflexion sur un paradoxe*, Bruylant, 2010, sp. p. 3.

A – Une fondamentale acquise

4. La détermination de la nature juridique de la liberté d'expression souffre de la variété des qualifications employées pour la désigner : outre le vocable de « liberté » qui se retrouve dans son intitulé même, elle est tour à tour qualifiée de « droit de l'Homme », mais aussi de « liberté publique » ou de « droit fondamental ». En réalité, ce ballotement terminologique n'est pas propre à la liberté d'expression, et semble concerner l'ensemble de la matière des droits et libertés, dont la classification, souvent tributaire des évolutions doctrinales, manque de stabilité⁹. Tout en admettant que la liberté d'expression est susceptible de revêtir chacune de ces qualifications, il est toutefois possible de démontrer que l'évolution du Droit lui a progressivement octroyé chacun de ces statuts pour l'ériger, au dernier degré, au rang de droit fondamental.

5. **Du concept de liberté à la notion de droit de l'Homme.** – Lorsque l'on compare différentes définitions données du mot « liberté », une constante est observable : la liberté est presque systématiquement opposée aux notions de *contrainte*, de *dépendance*, de *servitude* ou d'*assujettissement*¹⁰. Elle résiderait dès lors dans l'état de celui qui se détermine, dans ses choix et actions, par nul autre que lui-même. Quoique distincts, le concept philosophique de *liberté* et la notion juridique de *libertés* n'en apparaissent pas moins complémentaires : tandis que le premier « *est une valeur, un idéal que les hommes essaient d'approcher* »¹¹, la seconde s'entend davantage d'une « *situation garantie par le Droit dans laquelle chacun est maître de soi-même et exerce comme il le veut toutes ses facultés* »¹², de sorte que les libertés peuvent être considérées comme une voie privilégiée par l'Homme, dans la société, pour accéder à la liberté dans son être¹³. Aussi, cette garantie des libertés par le Droit semble s'effectuer de deux façons : de façon négative, par son absence d'intervention dans un périmètre où les facultés humaines s'exercent librement, et de façon positive par son intervention protectrice de ces facultés face à des facteurs, y compris juridiques, qui en menacent l'exercice¹⁴. C'est à l'aune de cette seconde approche que la liberté d'expression trouve sa consécration en droit français, où sa

⁹ H. Oberdorff, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2017, *sp.* p. 22, n° 2.

¹⁰ P. Wachsmann, *Libertés publiques*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2013, *sp.* pp. 1-2, n° 1 ; H. Oberdorff, *op. cit.* p. 47, n° 24 ; L. Josende, *op. cit.* p. 121 ; G. Cornu *et al.*, *op. cit.*, V° *Liberté*, n° 1, a, p. 607 ; Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL.fr), V° *Liberté*, I.

¹¹ J.-M. Pontier, *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 5^{ème} éd., Hachette, 2013, *sp.* p. 13.

¹² G. Cornu *et al.*, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., PUF, 2011, V° *Liberté*, n° 1, b, p. 608.

¹³ J.-M. Pontier, *op. cit.* p. 13.

¹⁴ En ce sens, v. G. Lécuyer, *op. cit.* p. 2, n° 3.

revendication « *accompagne celle, plus large, de la liberté en général et de l'égalité des droits, c'est-à-dire la revendication de ces droits de l'homme, "droits naturels, inaliénables et sacrés" »*¹⁵.

6. Ainsi, la liberté compte, avec la notion de dignité, parmi les fondements de ces droits de l'Homme¹⁶, qui se fondent sur le courant de pensée jusnaturaliste d'après lequel tout être humain dispose de façon inhérente de facultés préexistantes et supérieures aux normes et institutions des sociétés humaines¹⁷. Dans le processus de leur consécration par la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789, la liberté d'expression apparaît toutefois comme revêtant une importance particulière, ce qui se vérifie dans l'économie du texte¹⁸. En effet, la liberté y est consacrée, dans son sens général, par l'article 4 qui la définit comme le fait de « *pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* », avant de poser pour principe que « *l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres membres de la société la jouissance de ces mêmes droits* » et de préciser que « *ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi* ». La liberté d'expression, qui se voit assurément intégrée parmi ces « droits naturels », bénéficie en outre d'une double consécration spécifique au sein des articles 10 et 11 qui réitèrent les principes posés par l'article 4 en disposant que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions [...], pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi* » et que « *la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* ». Sa consécration au sein de cette Déclaration fait ainsi de la liberté d'expression « *un droit hors du commun : à la fois droit en soi et droit indispensable ou préjudiciable à la réalisation d'autres droits* »¹⁹.

D'abord consacrée en tant que liberté essentielle parmi les droits de l'Homme, la liberté d'expression le fut par la suite en tant que liberté publique et droit fondamental.

¹⁵ J. Morange, *op. cit.* p. 29, n° 15.

¹⁶ J.-F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2012, *sp.* p. 2, n° 1 ; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^{ème} éd., PUF, 2016, *sp.* p. 15, n° 2.

¹⁷ H. Oberdorff, *op. cit.* p. 48, n° 25 ; L. Josende, *op. cit.* p. 99 ; J.-F. Renucci, *op. cit.* p. 3, n° 1 ; L. Favoreu (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2015, *sp.* p. 5, n° 5.

¹⁸ J. Morange, *op. cit.* p. 29, n° 15.

¹⁹ F. Sudre, *op. cit.* p. 805, n° 537.

7. De la liberté publique au droit fondamental. – Evoquée pour la première fois dans l'article 25 de la Constitution du Second Empire en date du 14 janvier 1852 qui confiait leur protection au Sénat, la notion de libertés publiques ne fut explicitée qu'à travers les travaux de la doctrine qui en délimitèrent les contours²⁰. Ainsi, la notion de libertés publiques se définit d'abord par la *verticalité* des prérogatives qu'elles recouvrent²¹ : reconnues et réglementées par l'Etat, ces libertés lui sont opposables. Cette réglementation est le fait de la loi, conformément à la tradition légicentriste qui s'observait déjà au sein de la Déclaration de 1789²². La reconnaissance et la réglementation de la liberté d'expression sont effectuées en France notamment par les lois du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication. Aussi, si beaucoup de libertés publiques constituent également des droits de l'Homme, la principale source de leur distinction avec ces derniers est qu'elles n'en constituent qu'un aspect²³ : le Conseil d'Etat les définit en effet comme « *les grandes libertés qui, n'étant pas limitées à l'individu seul, se manifestent au dehors et comportent l'action de coparticipants ou l'appel au public : en conséquence, rentrent notamment dans cette catégorie des libertés publiques [...] la liberté de la presse et d'une manière générale, de diffusion de la pensée* »²⁴.

Plusieurs auteurs ont cependant noté que la notion de libertés publiques était récemment en déclin du fait d'une « *nouvelle approche conceptuelle* » qui traduit un « *renforcement hiérarchique de la garantie des droits et libertés dans le système français* », la loi n'étant plus au centre des manœuvres²⁵. Au crépuscule du légicentrisme, lui est en effet préférée la notion, issue du droit germanique, de *droits fondamentaux* ou de *libertés fondamentales*, qui tire sa substance de la garantie des droits et libertés effectuée à un degré supralégislatif considéré comme plus protecteur²⁶. Cette « *fondamentalité* » est donc d'abord *formelle*, mais également

²⁰ L. Favoreu (dir.), *op. cit.* p. 50, n° 59.

²¹ *Ibidem*, p. 50, n° 59.

²² *Ibidem*, p. 51, n° 61 ; C. Denizeau, *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Vuibert, 2014, *sp.* p. 17, n° 19.

²³ A. Pouille, *Libertés publiques et droits de l'homme*, 16^{ème} éd., Dalloz, 2008, *sp.* p. 6.

²⁴ Conseil d'Etat, avis du 13 août 1947, EDCE n° 10, p. 64.

²⁵ J.-M. Pontier, *op. cit.* p. 12.

²⁶ L. Favoreu (dir.), *op. cit.* p. 60, n° 70.

substantielle, en ce qu'elle s'impose à toutes les autorités préalablement à leur reconnaissance normative²⁷, ce qui rejoint la conception jusnaturaliste des droits de l'Homme²⁸.

Ainsi, « le recours à la notion de libertés fondamentales [...] entend essentiellement traduire la place croissante qu'occupe, dans la définition des libertés publiques, la jurisprudence constitutionnelle »²⁹ : l'appropriation par le Conseil constitutionnel de son rôle moderne lorsqu'il conféra, dans sa décision du 16 juillet 1971³⁰, une valeur constitutionnelle au préambule de la Constitution du 4 octobre 1958, marque en effet le départ d'une protection supralégislative des droits et libertés en France, et notamment de la liberté d'expression. Ainsi, le Conseil considère celle-ci comme « une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale »³¹. Un critère essentiel de sa protection réside notamment dans le pluralisme des idées et des courants d'opinion³², qui constitue tout autant la condition³³ que le fondement de la démocratie³⁴. Ce rôle de garant de la fundamentalité du droit à la liberté d'expression trouve aujourd'hui un renforcement spectaculaire à travers l'institution, en 2008, de la procédure de Question prioritaire de constitutionnalité (QPC), par laquelle le contrôle *a priori* de la conformité des lois aux principes à valeur constitutionnelle se double désormais d'un contrôle *a posteriori*, permettant ainsi une lecture actualisée du droit positif.

Mais la fundamentalité de la liberté d'expression fut avant tout consacrée au niveau supranational, à travers sa reconnaissance par divers instruments internationaux de protection des droits fondamentaux auxquels la France est partie, tels que la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948 (art. 19), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966 (art. 19), ou la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000 (art. 11). L'essor de ces instruments, la constitutionnalisation des droits fondamentaux dans la plupart des ordres juridiques et leur perméabilité à une jurisprudence foisonnante relèvent ainsi d'un phénomène que certains ont qualifié de

²⁷ H. Oberdorff, *op. cit.*, pp. 51-52, n° 27.

²⁸ Cependant, « la doctrine classique maintient un cloisonnement entre Droits de l'homme et les libertés publiques ou droits fondamentaux ; les uns appartiendraient à la morale, les autres au droit, bien que ces derniers puisent une inspiration des premiers » (G. Lécuyer, *op. cit.* p. 8, n° 5).

²⁹ P. Wachsmann, *op. cit.* p. 4, n° 5.

³⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

³¹ Conseil constitutionnel, décision n° 84-181 DC du 11 octobre 1984, cons. n° 37.

³² Conseil constitutionnel, décision n° 81-129 DC du 31 octobre 1981, cons. n° 13.

³³ Conseil constitutionnel, décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, cons. n° 11.

³⁴ Conseil constitutionnel, décision n° 89-271 DC du 11 janvier 1990, cons. n° 12.

« mondialisation de la protection juridique des droits fondamentaux »³⁵. En France, c'est toutefois la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, signée dans le cadre régional du Conseil de l'Europe, qui exerce la plus grande influence sur la protection juridique de la liberté d'expression, garantie par l'article 10 de cette Convention. La Cour européenne des droits de l'Homme a fait de cette liberté « *l'un des fondements essentiels d'une [société démocratique], l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun* »³⁶.

La liberté d'expression a ainsi acquis sa fundamentalité à travers l'évolution des moyens juridiques de la garantie des droits et libertés, et sa particulière importance la propulse au cœur d'une véritable poupée russe normative dont les diverses couches traduisent un degré différent de sa protection. Cette armure juridique profite ainsi à l'ensemble des prérogatives que recouvre la liberté d'expression.

B – Une variété substantielle

8. Si la liberté d'expression est plus fréquemment évoquée sous les traits d'une faculté unique, ses manifestations juridiques offrent en réalité l'aperçu d'une liberté qui agit comme la matrice de ses multiples avatars. Soulignant son « éclatement » apparent, Jean Morange estime néanmoins que « *l'unité profonde* » de la liberté d'expression va « *de pair avec une certaine pluralité des régimes juridiques* » qui, sous l'effet des transformations sociales et techniques, sont venus enrichir sa mise en perspective par le Droit³⁷. A l'origine de cette diversité, la liberté d'expression comprend plusieurs composantes, destinées à assurer son plein exercice sous ses dimensions *émettrice* et *réceptrice*.

9. Une liberté d'émettre. – C'est sans nul doute la liberté d'opinion qui constitue la facette la plus évidente de la liberté d'expression³⁸. Dérivé de *opinari* pour « opiner », soit « *dire son avis et le motiver* »³⁹, l'opinion (*opinio*) est la « *manière de penser* »⁴⁰ ou le jugement

³⁵ J.-L. Halpérin, « La mondialisation de la protection juridique des droits fondamentaux », in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 23^{ème} éd., Dalloz 2017, p. 159 s.

³⁶ CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, n° 5493/72, § 49.

³⁷ J. Morange, *op. cit.* p. 93, n° 50.

³⁸ F. Sudre, *op. cit.* p. 806, n° 538.

³⁹ A. Mazure, *Dictionnaire étymologique de la langue française usuelle et littéraire*, Paris, Belin, 1863, V° *Opiner*, p. 297.

⁴⁰ J. Rey-Debove, *Dictionnaire du Français*, Le Robert & CLE International, 2013, V° *Opinion*, p. 3289.

personnel que l'on peut avoir sur un sujet quelconque⁴¹. Elle constitue dès lors la phase *intellectuelle* de l'émission d'une expression. Ainsi, opinion et expression semblent constituer les deux hémisphères d'une seule et même liberté⁴², certains allant jusqu'à considérer que le droit d'avoir des opinions comprend en lui-même celui de les exprimer⁴³. Il convient néanmoins de les distinguer, l'établissement d'un jugement par autel n'impliquant pas nécessairement qu'il souhaite le porter à la connaissance d'autrui. Par ailleurs, tout exercice de la liberté d'expression ne relève pas nécessairement d'une opinion, et peut résulter d'une simple pensée, voire de l'exclamation la plus stérile. On peut alors considérer que la liberté d'opinion constitue la *sœur*⁴⁴, voire le *préalable*⁴⁵ de la liberté d'expression : en effet, la première féconde dans l'intimité ce que la seconde accouche dans la publicité.

La liberté d'opinion revêt néanmoins une importance particulière parmi les différentes facettes de la liberté d'expression, comme en témoigne sa consécration expresse par la plupart des textes internationaux de protection des droits fondamentaux : l'article 10 de la Déclaration française de 1789 dispose que « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses* », tandis que la Déclaration universelle de 1948 et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 garantissent à tout individu la liberté d'opinion au même titre que la liberté d'expression (art. 19). Enfin, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme la mentionne expressément parmi les composantes de la liberté d'expression. Indissociable de cette dernière, la liberté d'opinion en constitue en définitive une fraction primordiale, car la liberté d'exprimer n'est rien sans la liberté de choisir ce que l'on exprime. En ce qu'elle est la garantie de la pluralité des idées accédant au *forum*, la liberté d'opinion est « *un des piliers de toute société démocratique* »⁴⁶.

Sur un plan historique ensuite, « *la revendication de la liberté d'opinion s'est confondue aux XVIII^e et XIX^e siècles avec la réclamation de la liberté de la presse* »⁴⁷. La presse désigne

⁴¹ CNRTL.fr, V^o *Opinion*, I, A, 1.

⁴² B. de Lamy, *op. cit.* 34, n^o 67.

⁴³ En ce sens, v. L. Favoreu, *op. cit.* p. 567, n^o 622 ; G. Cornu et al., *op. cit.*, V^o *Liberté*, V^o *d'opinion*, p. 609 ; A. Pouille, *op. cit.* p. 144.

⁴⁴ H. Oberdorff, *op. cit.* p. 560, n^o 462.

⁴⁵ F. Safi, *op. cit.* p. 37, n^o 41.

⁴⁶ J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2016, *sp.* p. 116.

⁴⁷ B. de Lamy, *op. cit.* p. 10, n^o 26. En ce sens, Mirabeau, en 1788, écrivait : « *Le vrai remède à tous les maux, c'est la liberté de la presse, née de cet art tutélaire de l'imprimerie, ce dépôt impérissable des connaissances humaines qui doit être à jamais la consolation du sage, la lumière des peuples, l'effroi des tyrans* » (cité par P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, *op. cit.* p. XIII).

originellement une technique de l'imprimerie, voire « *les produits de la machine à imprimer, c'est-à-dire les écrits qui en sont issus, sous quelque forme qu'ils se présentent* »⁴⁸. En ce sens, elle constitue un moyen *matériel* de l'émission d'une expression. Sur le plan de sa consécration juridique, la liberté de la presse est, en France, le fruit d'une lutte longue d'un siècle : tandis que la Déclaration de 1789 dispose, en son article 11, que « *tout citoyen peut [...] imprimer librement* », la presse connut de brèves périodes de libération, suivies, au gré des remous politiques qui secouèrent le XIX^e siècle, de rétablissements presque immédiats de la censure, jusqu'à la consécration définitive de la liberté de la presse par la loi du 29 juillet 1881 dont l'article 1^{er} déclare avec simplicité que « *l'imprimerie et la librairie sont libres* ». De nos jours, le vocable « presse » renvoie plus communément et actuellement à « *l'ensemble des moyens d'information quel qu'en soit le mode d'expression (presse écrite, parlée, audio-visuelle)* »⁴⁹ ; c'est donc naturellement qu'un siècle plus tard, le législateur français déclarait successivement, dans des termes similaires, la liberté de la communication audiovisuelle⁵⁰ puis de la communication au public par voie électronique⁵¹.

Ces dernières consécration témoignent également d'un sensible élargissement de l'acception de la liberté d'expression : outre ceux qui émettent l'expression, elle affecte également ceux qui la reçoivent.

10. Une liberté de recevoir. – Le vocable de *communication*, employé par les textes précités, réalise une modification de la perception du droit à la liberté d'expression dans sa portée. En effet, si cette liberté « *peut être solitaire elle a pour finalité la communication avec les autres* »⁵². Par la « mise en commun » (*communicatio*) effectuée, le droit à la liberté d'expression peut s'exercer dans un rapport d'interaction entre l'émetteur et le récepteur du message *communiqué* par le premier⁵³. Dès lors, si « *la liberté d'expression est individuelle, la liberté de communication est relationnelle* »⁵⁴ ; celle-ci se distingue de la liberté d'expression par le fait que, intimement liée aux moyens employés pour réaliser cette interaction⁵⁵, elle fait

⁴⁸ P. Wachsmann, *op. cit.* p. 638, n° 471.

⁴⁹ G. Cornu *et al.*, *op. cit.*, V° Presse, n° 3 p. 789.

⁵⁰ Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, art. 1^{er}.

⁵¹ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication, art. 1^{er} modifié par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle.

⁵² J. Morange, *op. cit.* p. 84, n° 47.

⁵³ L. Favoreu (dir.), *op. cit.* p. 300, n° 317.

⁵⁴ J. Morange, *op. cit.* p. 84, n° 47.

⁵⁵ J.-P. Marguénaud, Jcl. Communication, fasc. 12, *La liberté d'expression et la Convention européenne des droits de l'homme*, 2015, n° 3.

intervenir dans sa compréhension « *une composante technique en cela que la communication désigne également le contenant en plus du contenu* »⁵⁶. A l'instar de la liberté d'opinion, la liberté de communication demeure toutefois une fraction essentielle de la liberté d'expression : l'article 11 de la Déclaration de 1789 faisait déjà de « *la libre communication des pensées et des opinions [...] un des droits les plus précieux de l'Homme* ». Les articles 19 de la Déclaration universelle de 1948 et du Pacte international de 1966 consacrent ce rapport d'échange dans des termes presque similaires en visant « *le droit [...] de recevoir et de répandre* » des informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. Enfin, de façon presque pléonastique, l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme intègre dans la liberté d'expression celle « *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* ».

Tout comme la liberté de la presse a constitué, en son temps, une consécration de la liberté d'opinion sous l'égide de la liberté d'expression, la liberté de communication engendre pour ses bénéficiaires une liberté *d'information* qui « *protège non seulement la substance des idées et des informations exprimées mais aussi leur mode de diffusion et garantit pour le public de recevoir une information pluraliste* »⁵⁷. Initialement limitée au bénéfice de ceux qui, par profession, fournissaient au public des nouvelles d'actualité journalistique, la liberté d'information fut étendue par la Cour de Strasbourg à toute activité d'émission ou de réception d'une information entendue au sens large⁵⁸. Dès lors, à la fonction de la presse qui « *consiste à en diffuser, s'ajoute le droit, pour le public, d'en recevoir* »⁵⁹ ; et l'information, presque toujours associée à la notion d' « idées » dans les textes garantissant la liberté de communication, se voit garantie à « *"toute personne", physique ou morale* », indépendamment de la qualité du communicant et de la nature lucrative ou désintéressée du but poursuivi⁶⁰.

En définitive, la liberté d'expression apparaît comme le droit fondamental accordé à toute personne de faire connaître par le moyen qu'elle souhaite et à quiconque désireux d'en prendre connaissance, toute pensée, idée ou information, mais aussi toute opinion librement déterminée par elle-même. C'est en ce que cette faculté, naturelle pour l'Homme mais garantie par des normes de hiérarchie supérieure, est essentielle au fonctionnement d'une société

⁵⁶ G. Lécuyer, *op. cit.* p. 12, n° 8.

⁵⁷ F. Sudre, *op. cit.* p. 811, n° 540.

⁵⁸ F. Safi, *op. cit.* p. 43, n° 50.

⁵⁹ CEDH, *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, n° 13585/88, § 59.

⁶⁰ CEDH, *Autronic AG c/ Suisse*, 22 mai 1990, n° 12726/87, § 47.

démocratique et libérale, qu'elle trouve dans le régime répressif les garanties d'une limitation strictement nécessaire.

§ 2 – Le régime répressif, limitation exceptionnelle et protectrice

11. La liberté d'expression apparaît comme une faculté indissociable du régime démocratique et libéral qui constitue le cadre institutionnel et politique de la présente étude (A). C'est pour cette raison qu'est favorisé l'emploi du droit pénal, dont le régime répressif est considéré comme le plus respectueux des libertés, pour assurer la majeure partie de sa nécessaire limitation (B).

A – Un cadre institutionnel indissociable de la liberté

12. Le lien fort entretenu par la liberté d'expression avec la démocratie libérale s'explique par sa « *nature profondément ambivalente [...]. Prérrogative exclusivement personnelle lorsqu'elle est appréhendée dans le cadre de l'individualisme libéral, elle est aussi un droit qui doit nécessairement évoluer au service de la démocratie* »⁶¹.

13. **Une liberté individuelle dans l'Etat libéral.** – La liberté d'expression, en ce qu'elle est susceptible d'être une faculté purement individuelle, trouve dans la pensée libérale de fortes justifications. Le libéralisme, qui s'oppose à l'autoritarisme en tant que l' « *ensemble des doctrines politiques fondées sur la garantie des droits individuels contre l'autorité arbitraire d'un gouvernement [...] ou contre la pression des groupes particuliers* »⁶², apparaît ainsi, pour la liberté d'expression, comme la « *doctrine du libre examen, de la libre discussion, des libres croyances* »⁶³. John Stuart Mill, dans son essai *De la liberté*, mettait en garde contre la tendance de la société « *à entraver le développement – sinon à empêcher la formation – de toute individualité qui ne serait pas en harmonie avec ses mœurs et à façonner tous les caractères sur un modèle préétabli* »⁶⁴. Selon le philosophe, « *l'homme civilisé [...] est celui qui agit en fonction de ce qu'il comprend, et qui fait tout ce qu'il peut pour comprendre* », supposant que la libre discussion des opinions permet le maintien en éveil de l'individu « *quant aux*

⁶¹ L. Josende, *op. cit.* p. 1.

⁶² CNRTL.fr, V° *Libéralisme*, B, 2, a).

⁶³ L.-J.-A. de Potter, *Dictionnaire rationnel des mots les plus usités en sciences, en philosophie, en politique, en morale et en religion*, Bruxelles, Schnée, 1859, V° *Libéralisme* p. 181.

⁶⁴ J.S. Mill, *De la liberté*, 1859, édition numérique de l'Université du Québec à Chicoutimi (UQAC), coll. « Les classiques de la science sociale », *sp.* p. 8.

fondements de sa propre (vraie) opinion, qui deviendrait un dogme inerte si elle n'était jamais contestée »⁶⁵. Aussi la revendication de la liberté d'expression s'inscrit-elle dans l'optique d'une valorisation de l'épanouissement personnel réalisé à travers la faculté de s'exprimer librement pour parvenir, dans la concurrence des opinions contraires, à une vérité que l'on s'approprie individuellement⁶⁶. Sous cette dimension, la liberté d'expression est le droit du « "penseur solitaire" issu de l'état de nature et poursuivant sa méditation dans l'état social »⁶⁷. C'est à partir de ce constat, et en réaction aux excès de la censure et d'une justice arbitraire sous l'Ancien Régime que « *l'abstention de l'Etat est [...] apparue comme la première, voire la seule, garantie de cette liberté* »⁶⁸.

Méfiant à l'endroit de l'expansion des ingérences étatiques, la pensée libérale ne rejette toutefois pas l'idée de l'Etat. Le libéralisme, sous sa forme la plus épurée, obéit à « *l'idéal de la substitution du gouvernement des lois à celui des hommes* »⁶⁹, faisant de la norme législative l'outil du cantonnement de l'Etat dans un rôle qui ne menacerait pas les entreprises individuelles. Patrick Wachsmann expose ainsi comment l'attachement de notre société au libéralisme résulte d'un long processus où se mêlent des facteurs religieux, philosophiques, politiques et historiques qui ont eu pour souci de déterminer les rôles respectifs de l'individu et de l'Etat dans la recherche de la liberté⁷⁰. La conceptualisation par les religions monothéistes, développée par les philosophes des Lumières, de l'individualisme comme valeur essentielle du libéralisme classique⁷¹, exerça une influence considérable sur les réformes politiques qui constituèrent l'objet des révolutions conduites aux XVII^e et XVIII^e siècles en Angleterre, aux Etats-Unis et en France. Toutefois, la critique du libéralisme classique, notamment par le courant contre-révolutionnaire qui voyait dans l'idéal égalitaire et rationaliste des révolutionnaires français un travestissement de la nature humaine⁷² et par la doctrine marxiste qui y percevait une conception égoïste et bourgeoise de la liberté⁷³, a exposé les faiblesses d'une doctrine qui allait, sa glorification passée, céder face à une résurgence de l'autoritarisme à

⁶⁵ H. M. Magid, *John Stuart Mill*, in L. Strauss, J. Cropsey (dir.), *Histoire de la philosophie politique*, PUF, 2010, p. 871, sp. pp. 886-887.

⁶⁶ G. Lécuyer, *op. cit.* p. 32, n° 20.

⁶⁷ J. Morange, « La conception française de la liberté d'expression », in E. Zoller (dir.), *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, Dalloz, 2008, p. 157, sp. p. 161.

⁶⁸ J. Morange, *La liberté d'expression*, *op. cit.* p. 95, n° 51.

⁶⁹ P. Wachsmann, *op. cit.* p. 16, n° 13.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 18 s., n° 14 s.

⁷¹ *Ibidem*, pp. 19-20, n° 16 s.

⁷² *Ibidem*, pp. 28-29, n° 33 s.

⁷³ *Ibidem*, pp. 29-30, n° 35 s.

divers endroits et époques. Le XX^e siècle, notamment, constitua le pinacle des régimes totalitaires, à la chute desquels l'adoption renouvelée des valeurs libérales constitua, sinon le témoin d'une adhésion unanime, une « *position minimale* », sorte de « *politesse du désespoir* » unissant « *dans le combat contre l'Etat autoritaire des individus de convictions très diverses* »⁷⁴.

Ce pessimisme pragmatique est exprimé par Tocqueville lorsqu'il affirme : « *Je ne porte point à la liberté de la presse cet amour complet et instantané qu'on accorde aux choses souverainement bonnes de leur nature. Je l'aime par la considération des maux qu'elle empêche bien plus que pour les biens qu'elle fait* »⁷⁵. A ce titre, si la liberté d'expression est plébiscitée par le libéralisme pour ses vertus sur l'Homme en tant qu'être individuel et social, elle l'est également pour les bénéfices qu'elle emporte sur la démocratie en tant que régime pluraliste.

14. Une liberté collective dans l'Etat démocratique. – La notion de « *société démocratique* », à laquelle fait référence le préambule de la Convention européenne des droits de l'Homme, constitue bien souvent le fondement sur lequel l'issue des affaires soumises à l'examen de la Cour européenne des droits de l'Homme est déterminée. Elle constitue, en ce sens, « *la pierre angulaire de l'ensemble du système européen de protection des droits et libertés fondamentales* »⁷⁶. La juridiction strasbourgeoise insiste de façon constante sur le lien qui unit la liberté d'expression au régime démocratique. Elle a pu ainsi affirmer que « *la démocratie se nourrit [...] de la liberté d'expression* »⁷⁷, qui devient ainsi une « *marque de sa vitalité* »⁷⁸. D'aucuns affirment alors que « *la liberté d'expression fait figure de droit démocratique par excellence* »⁷⁹.

C'est de l'inspiration tirée par les Lumières, pour forger le concept de liberté d'expression, du modèle de l'*isègoria* qui désignait l'égale liberté de parole accordée à tous les citoyens au sein de la Cité grecque du V^e siècle, que celle-ci tire sa « *consubstantialité*

⁷⁴ *Ibidem*, p. 48, n° 62.

⁷⁵ A. de Tocqueville, *De la démocratie en Amérique*, 1840, Gallimard, t. 1, 1986, p. 275, cité par G. Lécuyer, *op. cit.* p. 31, n° 19.

⁷⁶ V. Fabre-Alibert, *La notion de « société démocratique » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH 1998, p. 465, sp. p. 468.

⁷⁷ CEDH, *Aksoy c/ Turquie*, 10 octobre 2000, n° 28635/95, 30171/96, 34535/97, § 77.

⁷⁸ H. Oberdorff, *op. cit.* p. 561, n° 463.

⁷⁹ F. Sudre, *op. cit.* p. 805, n° 537.

fondatrice » avec la démocratie⁸⁰. L'*isègoria* y partageait sa fonction avec l'*isonomia*, qui désignait, quant à elle, l'égle participation des citoyens à l'exercice du pouvoir, de sorte que ces deux concepts se trouvaient confondus dans le fonctionnement de la *polis*. Hannah Arendt a ainsi pu exposer que la parole et l'action y étaient originellement considérées comme « *choses égales et simultanées, de même rang et de même nature* », jusqu'à ce que le langage devienne prééminent sur l'action, au point que « *toutes choses se décidaient par la parole et la persuasion et non par la force ni par la violence* »⁸¹. Les Révolutionnaires français, quoique séduits par l'idée d'une primauté du débat public dans la décision politique, ne purent toutefois se résoudre à transposer le modèle de l'*isègoria* dans leur édification de l'Etat moderne sur les ruines de l'Ancien Régime ; furent notamment prises en considération les différences de paramètres qui distinguaient l'organisation territoriale de la Grèce Antique, propice à une stimulation permanente de la conscience politique des citoyens au sein d'Etats fortement individualisés, et celle de la France, trop hétérogène⁸². C'est donc une conception utilitariste et élitiste de la liberté d'expression qui fut, en 1789, consacrée par les Révolutionnaires, celle-ci, devenant « *un simple corollaire de la souveraineté nationale* »⁸³ au sein d'une démocratie non plus participative mais représentative.

« *Régime politique où le peuple est à la fois la source et la finalité du pouvoir* »⁸⁴, la démocratie fait pourtant de la participation des citoyens au pouvoir politique son principe fonctionnel. Cette participation, qui s'exerce pour sa partie la plus visible à travers le suffrage électoral, est toutefois nettement conditionnée par le degré de liberté avec laquelle les idées, opinions et informations sont formées, échangées et diffusées, assurant ainsi une souscription la plus éclairée aux scrutins. Cet « *éveil citoyen* » n'est en effet rendu possible que par la contradiction des points de vue, la confrontation des sources d'information et le libre jeu du débat public. Partant, « *la fonction de préservation politique attribuée à la liberté d'expression détermine son rayon d'action* »⁸⁵. C'est à ce titre que la Cour européenne de Strasbourg identifie le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture comme les éléments constitutifs primordiaux d'une société démocratique⁸⁶, comme l'exprime la désormais célèbre formule de l'arrêt

⁸⁰ L. Josende, *op. cit.* p. 68.

⁸¹ H. Arendt, *La condition de l'homme moderne*, Calmann-Lévy, 1961, pp. 34-36, cité *ibidem* p. 70.

⁸² L. Josende, *op. cit.* pp. 87-88.

⁸³ *Ibidem*, p. 89.

⁸⁴ R. Cabrillac (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 7^{ème} éd., LexisNexis, 2016, V^o *Démocratie*, p. 182.

⁸⁵ G. Lécuyer, *op. cit.* p. 31, n^o 19.

⁸⁶ CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avril 1979, n^o 6538/74, § 66.

Handyside c/ Royaume-Uni d'après laquelle la liberté d'expression « vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population »⁸⁷.

15. Néanmoins, cette liberté, qui apparaît à tant d'égards comme le *prolongement* même de l'exercice du pouvoir démocratique, se voit paradoxalement soumise par ce dernier à des limitations indispensables à la préservation du régime qui l'a engendrée contre la possible remise en question de son bien-fondé⁸⁸. De même, l'objectif de protection des libertés individuelles contre l'intervention excessive de l'Etat ne saurait être l'outil d'une détérioration des droits d'autrui et de l'ordre public⁸⁹. C'est de ces conciliations, délicates mais pourtant convergentes, entre les principes et les exceptions propres à la démocratie et au libéralisme que le régime répressif tire toute sa légitimité en tant que principal vecteur de la limitation du droit à la liberté d'expression.

B – Un régime juridique favorable à la liberté

16. Conformément aux principes édictés par les articles 4 et 5 de la Déclaration de 1789 en matière de liberté⁹⁰, et même plus spécifiquement par ses articles 10 et 11 s'agissant de la liberté d'expression⁹¹, le régime de sa limitation en France est essentiellement assuré par le droit pénal selon un régime, par hypothèse, *répressif*. Celui-ci, plus respectueux des libertés, tient sa généralisation à l'abolition durement acquise du régime *préventif* qu'est la censure, qui subsiste toutefois sous certaines formes résiduelles.

17. **Un régime préventif contraignant mais résiduel.** – Dans son sens populaire courant, la *censure* tend à désigner improprement toute pratique ayant pour objet de restreindre la liberté d'expression, qu'il s'agisse d'une mesure prise en amont ou en aval de celle-ci. C'est pourtant bien d'un contrôle exercé *a priori*, par une autorité, notamment administrative, et en

⁸⁷ CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni* préc., § 49.

⁸⁸ L. Josende, *op. cit.* p. 5.

⁸⁹ P. Wachsmann, *op. cit.* p. 60, n° 76 s.

⁹⁰ H. Oberdorff, *op. cit.* p. 188, n° 155.

⁹¹ P. Wachsmann, *La liberté d'expression*, in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, *op. cit.* p. 493, sp. p. 495, n° 573.

vue de l'autorisation d'une diffusion, sur les manifestations de la pensée ou œuvres de l'esprit qu'il s'agit en premier lieu⁹².

Quoique l'exercice par les souverains d'un droit de regard sévère sur l'expression diffusée par leurs sujets n'était pas inexistant à une époque où « *les écrits étaient peu répandus, et les livres plus rares et plus chers que les pierres précieuses* »⁹³, ce n'est véritablement qu'avec l'avènement de l'imprimerie et son établissement en 1470 que les libraires devenus imprimeurs furent placés, en France, sous l'inspection de l'Eglise, puis sous l'autorité respective de l'Université et du Parlement⁹⁴. Par la suite, et jusqu'à la Révolution, le pouvoir royal n'eut de cesse de prendre l'imprimerie en suspicion, choisissant d'abord de la supprimer entièrement, avant d'en réserver l'exercice aux seules personnes cautionnées par le Parlement et de soumettre l'activité des imprimeurs, libraires et colporteurs à la surveillance des censeurs nommés par le gouvernement⁹⁵. L'article 3 de l'ordonnance du 15 janvier 1629, promulguée sous Louis XIII, obligea les imprimeurs et libraires à faire parvenir une copie manuscrite des livres et autres écrits portant les noms de l'auteur et de l'imprimeur aux Chancelier et garde des Sceaux afin d'obtenir l'autorisation de les faire imprimer ou vendre⁹⁶. Tandis que les années qui précèdent la chute de l'Ancien Régime donnèrent l'illusion d'un régime parvenu au comble de sa sévérité, les écrits défendus circulaient pourtant aisément par des voies clandestines au sein du Royaume après avoir été imprimés dans les capitales étrangères⁹⁷. La Révolution de 1789, imprégnée de la pensée des Lumières, vint néanmoins consacrer la première d'une longue série d'abolitions éphémères du régime d'autorisations préventives de la presse et des œuvres de l'esprit, toujours presque aussitôt rétabli dans le contexte politique troublé du XIX^e siècle. Le principe d'un contrôle *a posteriori* de l'expression diffusée, déjà expérimenté sous l'égide des lois répressives des 17 et 26 mai 1819, fut définitivement adopté à travers la promulgation de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

18. Depuis, la presse écrite, bien qu'elle soit en principe exclue de tout contrôle *a priori*, peut cependant subir exceptionnellement l'intervention d'une autorité administrative jouissant

⁹² C. Puigelier, *Dictionnaire juridique*, Larcier, 2015, V^o Censure, p. 151, n° 830.

⁹³ P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, *op. cit.* pp. II-IV.

⁹⁴ J. Morange, *La liberté d'expression*, *op. cit.* p. 97, n° 53.

⁹⁵ P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, *op. cit.* p. VII.

⁹⁶ *Ibidem*, pp. VIII-IX.

⁹⁷ J. Morange, *La liberté d'expression*, *op. cit.* pp. 98-99, n° 53.

de ses pouvoirs de police générale lorsque l'ordre public est sérieusement menacé⁹⁸. Par ailleurs, des circonstances exceptionnelles, qui relèvent de l'intérêt de la défense nationale, de l'état de guerre, de siège ou d'urgence, ou encore du régime de l'article 16 de la Constitution de 1958, peuvent également autoriser le gouvernement ou le législateur à exercer un droit de censure, de contrôle, de suspension ou d'interdiction des publications⁹⁹.

En dehors de ce contexte exceptionnel, se voient habituellement soumises à un régime préventif les publications qui, « *par leur caractère, leur présentation ou leur objet, apparaissent comme principalement destinées aux enfants et aux adolescents* » en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse. Celles-ci sont susceptibles de faire l'objet d'une interdiction de vente ou de distribution si leur contenu tend à présenter sous un jour favorable « *le banditisme, le mensonge, le vol, la paresse, la lâcheté, la haine, la débauche ou tous actes qualifiés crimes ou délits ou de nature à démoraliser l'enfance ou la jeunesse, ou à inspirer ou entretenir des préjugés ethniques ou sexistes* » (art. 2 de la loi précitée). Une interdiction anticipée par le ministère de l'Intérieur est en outre possible concernant « *les publications de toute nature présentant un danger pour la jeunesse en raison de leur caractère licencieux ou pornographique, ou de la place faite au crime ou à la violence, à la discrimination raciale, à l'incitation à l'usage, à la détention ou au trafic de stupéfiants* » (art. 14). Jusqu'à son abrogation récente, le décret-loi du 6 mai 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère autorisait le ministre de l'Intérieur à interdire la mise en vente ou la distribution des écrits de provenance étrangère rédigés en langue française. Ce texte, adopté dans un contexte précurseur de la Seconde Guerre mondiale, visait à endiguer la circulation de la propagande ennemie¹⁰⁰. Il fut néanmoins maintenu en vigueur jusqu'à ce que le Conseil d'Etat, se rangeant derrière l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme *Association Ekin c/ France* qui avait souligné l'anachronisme du caractère discriminatoire du régime établi par ce texte¹⁰¹, ait demandé au Premier ministre d'abroger l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 tel qu'il résultait des dispositions dudit décret-loi¹⁰².

⁹⁸ Sur l'absence d'une menace pour l'ordre public de nature à justifier d'une mesure d'interdiction de vente d'éditions d'un journal indépendantiste basque, V. par ex. Conseil d'Etat, *Association Enbata*, 10 janvier 1968, n° 71940.

⁹⁹ A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1, Cujas, 1981, *sp.* p. 1208, n° 1531.

¹⁰⁰ P. Wachsmann, art. préc. in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, *op. cit.* p. 503, n° 578.

¹⁰¹ CEDH, *Association Ekin c/ France*, 17 juillet 2001, n° 39288/98, § 62.

¹⁰² Conseil d'Etat, 10^{ème} et 9^{ème} ss. sect., 7 février 2003, n° 243634, et décret n° 2004-1044 du 4 octobre 2004.

Certains domaines de l'expression publique sont également soumis à un régime préventif en raison de leur spécificité. Tel est le cas en matière de communication audiovisuelle, pour laquelle le Conseil constitutionnel a reconnu la compétence du législateur, en raison de « *l'influence considérable* » de ces modes de communication, pour « *soumettre les différentes catégories de services de communication audiovisuelle à un régime d'autorisation administrative* », et pour « *charger une autorité administrative indépendante de veiller au respect des principes constitutionnels en matière de communication audiovisuelle* »¹⁰³. Une autorisation est alors requise auprès du Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) en vue de l'obtention d'une fréquence hertzienne ou analogique¹⁰⁴, et la diffusion d'œuvres cinématographiques requiert l'obtention préalable d'un visa d'exploitation¹⁰⁵. Par ailleurs, si l'organisation de réunions et de manifestations publiques est libre en vertu de l'article 1^{er} des lois du 30 juin 1881 et du 28 mars 1907, leur tenue sur la voie publique est soumise à une demande d'autorisation auprès des autorités municipales ou préfectorales¹⁰⁶, lesquelles peuvent décider de leur interdiction en cas de risques pour l'ordre public¹⁰⁷.

19. Le régime préventif se justifie par son incontestable efficacité : dans les cas où une menace sérieuse et avérée pèse sur l'ordre et la tranquillité publics, l'adage « *mieux vaut prévenir que guérir* » trouve tout son sens. Néanmoins, son utilisation déraisonnable tend, sinon à réduire considérablement les portions de liberté des citoyens, à produire des effets parfois contraires au but recherché : la clandestinité dans laquelle est placée une forme d'expression tend bien souvent à en augmenter l'aura sulfureuse et à précipiter les foules curieuses à sa rencontre ; à l'inverse, son approbation préalable porte souvent en germe la suspicion d'un contrôle exercé par l'Etat sur les esprits par le tri effectué au sein des idées auxquelles ils accèdent¹⁰⁸. A ce titre, Patrick Wachsmann estime que le régime instauré en matière de presse écrite par la loi du 16 juillet 1949 relative aux publications destinées à la jeunesse comporte le risque d'une utilisation détournée de son article 14 qui, visant les publications « *de toute*

¹⁰³ Conseil constitutionnel, décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, cons. n° 26-27.

¹⁰⁴ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication préc., art. 22.

¹⁰⁵ Code de l'industrie cinématographique, art. 19.

¹⁰⁶ Code de la sécurité intérieure, art. L. 211-1.

¹⁰⁷ H. Oberdorff, *op. cit.* p. 190, n° 159. En ce sens, v. Conseil d'Etat, ordonnance n° 383091 du 26 juillet 2014, *M. C... et autres*.

¹⁰⁸ J. Morange, *La liberté d'expression*, *op. cit.* pp. 102-103, n° 54.

nature », est susceptible de donner la protection de la jeunesse pour « *prétexte à un autoritarisme incompatible avec la liberté d'expression* »¹⁰⁹.

D'utilisation parcimonieuse dans des domaines relativement résiduels, le régime préventif n'en apparaît pas moins fondamentalement incompatible avec l'exercice de la liberté d'expression. C'est pour cette raison que le régime répressif lui a été préféré pour réguler la majorité de ses débordements.

20. Un régime répressif généralisé mais protecteur. – Le régime répressif, au contraire du régime préventif¹¹⁰, procède d'une régulation *a posteriori* des comportements par l'application d'une sanction aux personnes contrevenant à une interdiction édictée par un texte normatif. Le droit pénal, nous le verrons, ne renferme pas à lui seul toutes les émanations répressives du Droit. Toutefois, en tant que « *droit de l'infraction et de la réaction sociale qu'il engendre* »¹¹¹, et en ce qu'il est constitué de « *l'ensemble des règles ayant pour objet de déterminer les actes antisociaux, de désigner les personnes pouvant en être déclarées responsables et de fixer les peines qui leur sont applicables* »¹¹², il est la discipline juridique qui incarne le mieux la logique profonde du régime répressif.

Le vocable « répressif » renvoie à l'idée de *répression*, qui ne va pas sans projeter des reflets de sévérité, voire d'injustice. A ce titre, le droit pénal, dont l'application est assurément « *plus "spectaculaire" que celle des autres branches du droit* »¹¹³, apparaît aux esprits profanes comme un droit fondamentalement liberticide. Il est le droit de la punition, du châtiment, et l'on se représente plus aisément ses aspects réprobateurs et contraignants que les principes essentiels qui en limitent l'action. Pourtant, nombre d'auteurs se plaisent à rappeler que, en dépit des

¹⁰⁹ P. Wachsmann, art. préc. in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit. p. 504, n° 579. L'auteur évoque, en ce sens, le cas de l'ouvrage *Eden, Eden, Eden* de Pierre Guyotat, frappé d'interdiction lors même que celui-ci ne se destinait pas à la jeunesse ; « *il est clair que l'interdiction administrative constituait ici une solution de facilité pour des autorités qui ne voulaient pas s'exposer aux aléas de poursuites pénales pour outrage aux bonnes mœurs* » (P. Wachsmann, *Libertés publiques*, op. cit. p. 653, n° 486).

¹¹⁰ L'on accrédite toutefois le régime répressif d'une certaine fonction préventive ; à ce titre, le latin *repressio* renvoie aux notions de « contenance », voire de « refoulement », de sorte que la notion de répression n'est pas exclusive d'une action effectuée *en amont* des comportements. En effet, la crainte qu'est supposée inspirer la répression doit être de nature à dissuader, par son effet d'annonce comme par l'exemple de ceux qui la subissent, les comportements contrevenant aux règles qui les sanctionnent.

¹¹¹ J. Pradel, *Droit pénal général*, 20^{ème} éd., Cujas, 2014, sp. p. 18, n° 1.

¹¹² F. Desportes, F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Economica, 2009, sp. p. 3, n° 5.

¹¹³ *Ibidem*, p. 1, n° 1.

apparences, le régime répressif est de loin le plus libéral¹¹⁴. En effet, ce régime fonctionne selon l'idée que la liberté des comportements constitue le principe général, et leur limitation l'exception à celui-ci. Dès lors, et conformément aux règles établies par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, selon lequel « *la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui* » et par l'article 5 du même texte, qui dispose que « *tout ce qui n'est pas défendu par la Loi ne peut être empêché* », chacun se trouve libre d'exercer toute activité dans la mesure où elle ne porte atteinte à aucun intérêt préalablement identifié et protégé par un texte clair, sans que la moindre autorisation ne soit requise. En ce sens, le droit pénal obéit à un ensemble de principes qui garantissent son esprit libéral. Le patron de ces principes, la *légalité criminelle*, est exprimé dans la maxime *nullum crimen, nulla poena sine lege* (pas de crime ni de peine sans loi). Il fut consacré au sein de la Déclaration en son article 8 d'après lequel « *nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée* », puis à l'article 4 du premier Code pénal de 1810 (art. 111-3 du nouveau Code pénal) ainsi que dans l'ensemble des grands textes de protection des droits et libertés fondamentaux¹¹⁵. Ainsi, la connaissance de l'interdit par les citoyens et son édicition par un pouvoir différent de celui qui est appelé à en prononcer la sanction (Beccaria considérait ainsi que « *les lois seules peuvent fixer la peine des crimes, et que ce droit ne peut résider que dans la personne du législateur, comme représentant toute la société unie par le contrat social* »¹¹⁶) confèrent à la légalité criminelle une « *fonction de limitation des sources du droit pénal et de la procédure pénale* »¹¹⁷.

On peut néanmoins, au vu des nombreux exemples accréditant le phénomène de l'inflation législative en matière pénale¹¹⁸, s'inquiéter de ce que la loi, en prévenant l'arbitraire des juges, n'élimine pas les risques éventuels d'arbitraire de la part du législateur, restreignant dès lors la fonction libérale du principe de légalité criminelle¹¹⁹. Ce sentiment n'est pas

¹¹⁴ J. Morange, *La liberté d'expression*, op. cit. p. 116, n° 62 ; H. Oberdorff, op. cit. p. 188, n° 155 ; C. Denizeau, op. cit. p. 61, n° 65 ; P. Wachsmann, art. préc. in R. Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, op. cit. p. 493, n° 572 ; L. Josende, op. cit. pp. 116-117.

¹¹⁵ V. not. Déclaration universelle des droits de l'Homme, art. 11, § 2 ; Convention européenne des droits de l'Homme, art. 7 ; Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 15 ; Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 49.

¹¹⁶ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764, édition en ligne de l'Institut Coppet, 2011, chap. III, p. 14.

¹¹⁷ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Cujas, 1997, sp. p. 228, n° 153.

¹¹⁸ En ce sens, v. G. Carcassonne, Cycle procédure pénale 2006 de la Cour de cassation, deuxième conférence, « *Qui inspire les réformes pénales ?* », 23 février 2006.

¹¹⁹ J. Pradel, op. cit. p. 116, n° 132.

totale­ment infon­dé, et il sera pos­si­ble de l’appré­cier dans des dé­ve­lop­pe­ments ul­té­rieurs¹²⁰. Mais si le droit pé­nal est li­mité dans son ac­tion par la loi, celle-ci voit en théo­rie son in­ter­ven­tion tem­pé­rée par les prin­ci­pes su­pra-lé­gis­la­tifs qui con­di­tion­nent l’œu­vre du légis­la­teur en la ma­tière : l’ar­ti­cle 8 de la Dé­cla­ra­tion de 1789 dis­pose aus­si que « *la loi ne doit é­ta­blir que des peines stric­te­ment et évi­de­ment né­ces­sa­ires* », fai­san­te écho à l’ar­ti­cle 5 se­lon le­quel « *la loi n’a le droit de dé­fen­dre que les ac­tions nuisi­bles à la so­cié­té* ». Aus­si, bien que le Con­seil con­sti­tu­tion­nel n’as­sure, à ce ti­tre, qu’un con­trôle res­treint du choix opé­ré par le légis­la­teur quant à l’op­por­tu­ni­té et à la né­ces­si­té de légi­fé­rer en ma­tière pé­nale¹²¹, il n’hé­site pas à en ré­fré­ner les abus par l’é­dic­tion de ré­ser­ves d’in­ter­pré­ta­tion des­ti­nées à amor­tir le champ d’in­crimi­na­tion ini­tia­le­ment pré­vu¹²², voire à cen­surer toute in­crimi­na­tion qui lui paraî­trait por­ter une at­tein­te démesu­rée à une li­berté con­sti­tu­tion­nel­le­ment ga­ran­tie¹²³. Le droit pé­nal con­sti­tue ain­si « *l’ulti­ma ratio de la réac­tion so­ciale* », fai­san­te de lui un droit *sub­si­di­aire*, qui doit in­ter­ve­nir « *en der­nier res­sort* »¹²⁴ : « *c’est un droit d’ex­cep­tion, pré­sen­tant à ce ti­tre un ca­rac­tère dis­con­ti­nu, c’est-à-dire sé­lec­tif. Il ne dé­gage pas des so­lu­tions de por­tée gé­né­rale mais s’in­té­resse à des com­por­te­ments par­ti­cu­liers [...]. Le res­pect de la li­berté in­di­vi­du­elle postu­le cette in­ter­ven­tion erra­tique du droit pé­nal* »¹²⁵. La réac­tion pé­nale ne doit pas ré­sul­ter de « *velléités hé­si­tantes et su­per­fici­elles, mais de ten­dances et d’é­mo­tions pro­fon­dé­ment en­ra­ci­nées en nous. En­core faut-il aus­si que ces sen­ti­ments forts soient pré­cis, re­la­tifs à une pra­tique dé­finie : faire ou ne pas faire quel­que chose, ne pas tuer, ne pas bles­ser, etc. C’est ce qui dis­tingue les rè­gles pé­nales, re­mar­qua­bles par leur net­te­té, des rè­gles mo­rales qui ont quel­que chose de flot­tant* »¹²⁶. Dès lors, le droit pé­nal « *ne s’in­té­resse qu’aux valeurs*

¹²⁰ Sur l’in­stru­men­ta­li­sa­tion de plus en plus fré­quen­te de la loi pé­nale en ma­tière de li­mita­tions de la li­berté d’ex­pres­sion, v. *infra*, n° 53 s.

¹²¹ F. Des­por­tes, F. Le Gu­ne­hec, *op. cit.* p. 222, n° 273.

¹²² Sur la li­mita­tion de l’in­crimi­na­tion de l’ou­trage pu­blic au dra­peau ou à l’hymne na­tion­al aux faits sur­ve­nant au cours de « *manifes­ta­tions pu­bliques à ca­rac­tère sportif, ré­créa­tif ou cul­turel se dé­rou­lant dans des en­ceintes sou­mises par les lois où les ré­gle­ments à des rè­gles d’hygiène et de sé­cu­ri­té en raison du nom­bre de per­sonnes qu’elles ac­cueil­lent* », v. Con­seil con­sti­tu­tion­nel, dé­ci­sion n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. n° 104 ; à ce sujet, v. *infra*, n° 101 s.

¹²³ « *Qu’en ré­pri­mant ain­si la con­tes­ta­tion de l’exis­tence et de la qualifi­cation ju­ri­dique de crimes qu’il au­rait lui-même re­con­nus et qualifiés comme tels, le légis­la­teur a por­té une at­tein­te in­con­sti­tu­tion­nelle à l’exer­cice de la li­berté d’ex­pres­sion et de com­mu­ni­ca­tion* » (Con­seil con­sti­tu­tion­nel, dé­ci­sion n° 2012-647 DC du 28 fé­v­rier 2012, cons. n° 6 ; à ce sujet, v. *infra*, n° 166 s.

¹²⁴ E. Dreyer, *Droit pé­nal gé­né­ral*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2016, sp. pp. 61-62, n° 84-85.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 65, n° 88.

¹²⁶ R. Merle, A. Vi­tu, *op. cit.* p. 31, n° 7.

*fondamentales de la société et laisse les valeurs de moindre importance aux autres disciplines »*¹²⁷.

21. En somme, « *si l'Etat démocratique et libéral a le devoir de se protéger contre l'expression d'opinions qui causeraient sa perte, il ne peut le faire qu'en limitant au maximum les ingérences dans la liberté d'expression* »¹²⁸. La généralisation d'un régime répressif au détriment d'un régime préventif circonscrit à des situations qui le justifient absolument apparaît comme le modèle le plus à même de réaliser ce délicat équilibre. Partant d'un tel postulat, la présente étude portera un regard critique sur les causes et processus de l'intervention du droit pénal dans la limitation de l'exercice de la liberté d'expression, envisagé toutefois sous sa seule dimension publique.

Section 2 – L'appréhension par le droit pénal d'une expression publique

22. L'étude de la pénalisation de l'expression publique implique que soit indiqué le sens que l'on entend donner aux termes de *pénalisation* (§ 1) et d'*expression publique* (§ 2).

§ 1 – L'étude d'un processus : la « pénalisation »

23. La définition du terme « pénalisation », qui tire toute son ambiguïté de ses usages multiples (A), constitue l'occasion d'une identification des sources dans lesquelles sera puisée la réflexion pour la présente étude (B).

A – L'approche difficile d'un terme ambigu

24. Une première difficulté rencontrée dans l'appréhension du sujet de cette étude réside dans la première « particule » de son intitulé. En effet, la « pénalisation » est un terme dont la fréquence de l'emploi par la doctrine juridique est aujourd'hui inversement proportionnelle à l'homogénéité et la clarté de sa signification. Pour justifier malgré tout le choix de ce terme pour l'intitulé de notre travail, on prendra pour point de départ celui d'Olivier Mouysset qui, mettant en exergue la déconcertante polysémie de ce mot, a entrepris d'en donner sa propre définition¹²⁹. Il convient toutefois de préciser que, en dépit de l'incontestable clarification

¹²⁷ P. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Armand Colin, 2004, *sp.* p. 13, n° 29.

¹²⁸ N. Droin, *op. cit.* p. 10, n° 4.

¹²⁹ O. Mouysset, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, Bibl. sc. Crim., t. 43, 2008.

qu'elle réalise, celle-ci ne correspond pas à l'acception qu'il sera proposé de retenir pour les besoins de la présente étude.

25. Une polysémie déstabilisante. – L'origine et l'évolution du mot « pénalisation » témoignent, *a priori*, d'une certaine constance dans ses usages. Son sens premier, issu de l'anglais *penalization*, fut emprunté au langage sportif au début du XX^e siècle¹³⁰ et renvoie au « *désavantage infligé à un concurrent qui a contrevenu à une règle* »¹³¹. La doctrine juridique ne s'est toutefois pas saisie du mot avant les années 1970, où il fut notamment utilisé pour illustrer le désavantage subi par les entrepreneurs qui, dans le domaine de la construction, se voyaient soumis aux mécanismes de responsabilité contractuelle tandis que les donneurs d'ouvrage défaillants bénéficiaient d'une situation moins contraignante¹³². Prévaut ainsi toujours cette idée d'un handicap infligé, intentionnellement ou non, de telle sorte que le sens populaire conféré aujourd'hui au terme « pénalisation » désigne principalement « *la rupture de l'égalité des chances qui résulte d'un traitement discriminatoire ou d'une mesure jouant à la manière d'un tel traitement* »¹³³.

Toutefois, Olivier Mouysset précise que « *cet anglicisme est lui-même avant tout un latinisme* », dans la mesure où il prend racine sur le mot « pénal », lui-même issu de *poena*, *poenalis*, emprunté au grec *ποινή* renvoyant à la « *compensation versée pour une faute ou pour un crime* »¹³⁴. Dès lors, si la première utilisation moderne du mot « pénalisation » ne présente guère de lien avec le vocabulaire pénaliste, ses racines n'en sont pas dépourvues. C'est donc sans surprise qu'au terme d'une « *substitution d'étymologies pour les besoins du langage du droit* », le mot « pénalisation » a progressivement revêtu, au cours des années 1980, des accents qui tendent à lui conférer une place dans le lexique du droit répressif¹³⁵.

Néanmoins, ce glissement sémantique emporte l'inconvénient d'une complication de sa signification dans le langage juridique. En ce sens, Olivier Mouysset a présenté un assortiment des usages divers qui en furent faits au cours des dernières décennies, témoignant d'une

¹³⁰ *Ibidem* p. 4, n° 2.

¹³¹ J. Rey-Debove, A. Rey, P. Robert (dir.), *Le petit Robert : dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2013, V° *Pénalisation*.

¹³² J.-C. Fourgoux, P. Poux-Jalaguier, *Le retard dans l'exécution des travaux et la pénalisation de l'entrepreneur*, AJ Propriété immobilière 1975 p. 25, cité par O. Mouysset, *op. cit.* p. 6, n° 3.

¹³³ G. Cornu et al., *op. cit.*, V° *Pénalisation*, p. 745.

¹³⁴ A. Ernout, A. Meillet (dir.), *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, éd. Klincksieck, 2001, cité par O. Mouysset, *op. cit.* p. 4, n° 2 et n.b.p. n° 30.

¹³⁵ O. Mouysset, *op. cit.* pp. 8-9, n° 4.

polysémie pour le moins déconcertante qui évoque tour à tour une notion ou, plus fréquemment, un phénomène juridique à part entière. Ainsi, la « pénalisation » paraît dans certains cas désigner « *l'inclination du droit pénal, aussi bien de fond que de forme, à marquer de son empreinte d'autres branches du Droit* », qu'il s'agisse d'étendre les garanties habituellement réservées au droit pénal ou de l'emploi de normes pénales par des juridictions non répressives¹³⁶. Dans d'autres cas, il s'agit d' « *attirer l'attention de la communauté juridique sur l'usage de plus en plus fréquent de l'action pénale à des fins totalement étrangères à celles qui lui sont pourtant assignées par le Code de procédure pénale, et ce, qu'elle soit mise en mouvement par le ministère public ou sur l'initiative d'un accusateur privé* »¹³⁷. Enfin, et semblerait-il plus récemment, le mot « pénalisation », devenant l'antonyme de « dépenalisation », est employé pour désigner « *un renforcement de la réaction sociale qui se manifesterait soit sous la forme d'une intervention de la répression pénale dans un domaine dont elle était auparavant exclue soit, à partir d'une accentuation de sa sévérité* »¹³⁸.

Il apparaît ainsi que le mot « pénalisation » revêt aujourd'hui, tout du moins dans le vocabulaire pénaliste, une multitude de sens. Imputant cette polysémie au suffixe *-isation* qui tendrait inévitablement à conférer, par un usage erratique, une pluralité de sens aux mots auxquels il se rattache¹³⁹, Olivier Mouysset a entrepris d'en concevoir une définition autonome, faisant abstraction des phénomènes qui justifient habituellement son utilisation par la doctrine. Evoquant les mécanismes par lesquels le droit pénal devient acteur d'un équilibre de sa propre action entre la menace qu'il fait peser sur les libertés fondamentales et leur garantie, sa thèse fut ainsi développée à partir du principe selon lequel la « pénalisation » désigne « *un phénomène juridique qui se manifeste en droit positif par la remise en cause de règles de droit censées fixer des limites à la répression pénale* »¹⁴⁰. Toutefois, cette définition apparaît trop restrictive pour les besoins de la présente étude, en ce qu'elle tend à limiter sa portée aux seuls

¹³⁶ *Ibidem* p. 13, n° 7.

¹³⁷ *Ibidem* p. 23, n° 11.

¹³⁸ *Ibidem* p. 31, n° 15. En ce sens, v. A. Beziz-Ayache, *Dictionnaire du droit pénal général et de la procédure pénale*, 6^{ème} éd., Ellipses, 2016, V° *Pénalisation*, p. 230. L'on a pu dernièrement parler de la « pénalisation » des clients de prostituées (C. Fleuriot, *Dalloz Actualité*, 8 février et 11 mars 2016), désormais passibles de sanctions pénales (C. pén., art. 225-12-1 introduit par l'art. 20 de la loi n° 2016-444 du 14 avril 2016) ou, pour ce qui nous intéresse plus directement, des tentatives de « pénalisation » de la négation du génocide des arméniens (J. Francillon, *RSC* 2014, p. 125).

¹³⁹ *Ibidem* p. 10, n° 5.

¹⁴⁰ *Ibidem* p. 44 n° 19.

rapports entretenus par le droit pénal avec un ensemble de règles préexistantes. Aussi, c'est une autre définition qui sera ci-après retenue.

26. Une dénomination appropriée. – Lorsque l'on consulte le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, celui-ci indique que le mot « pénalisation » « *n'a pas pour contraire dépenalisation* »¹⁴¹, cette dernière étant l'« *opération consistant à soustraire un agissement à la sanction du droit pénal* »¹⁴². Plusieurs alternatives se présentaient alors.

27. Il aurait été tout d'abord possible, toujours en suivant les indications du *Vocabulaire juridique*, d'opter pour le mot *criminalisation*, qu'il définit notamment comme l'« *action d'ériger en infraction à la loi pénale (au droit criminel) un fait qui jusqu'alors y échappait* »¹⁴³. Ce terme, entendu sous cette acception, semblait *a priori* recouvrir l'objet de cette étude, du moins dans sa part la plus significative. Néanmoins, il n'est pas, lui non plus, dénué de toute équivoque pour les profanes comme pour les pénalistes. Les premiers auraient inévitablement perçu dans l'étymologie renvoyant au *crime* et au *criminel* la forte connotation qui s'en dégage, laissant penser qu'il sera traité d'une érection des comportements d'expression publique au rang d'infractions criminelles, ce qui demeure un cas particulièrement rare¹⁴⁴. Les seconds auraient pu, dans un sens similaire, penser qu'il sera traité de la criminalisation sous son acception visant l'action de « *transformer en crime un fait qui ne constituait qu'un délit* »¹⁴⁵, hypothèse qui ne connaît en matière d'expression aucune application récente. En définitive, cette terminologie aurait paru conférer à l'intitulé une coloration symboliquement contraire à l'esprit dans lequel le sujet de cette thèse sera traité.

28. Il aurait également été envisageable d'opter pour le vocable, bien connu des pénalistes, d'*incrimination*. Une fois encore, le terme revêt une pluralité de significations : si « incriminer » renvoie, dans le langage courant, au fait de « *mettre quelqu'un, quelque chose en cause, les dénoncer comme responsables d'une action ou d'une situation blâmable ou*

¹⁴¹ G. Cornu et al., *op. cit.* V° Pénalisation, p. 745.

¹⁴² *Ibidem*, V° Dépenalisation, p. 326.

¹⁴³ *Ibidem*, V° Criminalisation, n° 1 p. 284. Dans le même sens, v. C. Puigelier, *Dictionnaire juridique*, Larcier, 2015, V° Criminalisation, p. 260, n° 1442.

¹⁴⁴ En droit positif français, les seules infractions d'expression susceptibles de constituer un crime à titre autonome sont : la provocation publique et directe à la commission d'un crime lorsque celle-ci est suivie d'effet, prévue et réprimée par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse qui punit le provocateur « *comme complice* » de l'action effectuée à titre principal ; la provocation publique et directe à commettre un crime de génocide lorsque celle-ci est suivie d'effet (C. pén., art. 211-2) ; la participation à un mouvement insurrectionnel par provocation à des rassemblements d'insurgés par quelque moyen que ce soit (C. pén., art. 412-4, 4°).

¹⁴⁵ C. Puigelier, *op. cit.* V° Criminalisation p. 260, n° 1441.

dommageable »¹⁴⁶, un sens similaire peut être employé dans le langage judiciaire¹⁴⁷. Plus spécifiquement, le droit pénal entend l'incrimination tantôt comme une activité normative, en l'occurrence le processus par lequel un comportement est érigé en infraction pénale par le législateur¹⁴⁸, tantôt comme une norme à part entière, qui est « *la définition, fournie par le législateur, de l'activité ou de l'abstention répréhensible* »¹⁴⁹. Si ce terme, à l'instar de celui de *criminalisation*, tire ses racines du latin *crimen* désignant le crime, c'est davantage par l'exclusivité de sa portée qu'il s'avère inadapté. D'une part, par son renvoi à la seule activité du législateur, le mot « incrimination » occulte d'autres processus, notamment judiciaires, par lesquels un comportement non spécifiquement envisagé par les textes d'incrimination peut se voir inclus dans leur champ d'application au moyen de leur interprétation par les tribunaux. D'autre part, par sa désignation de la seule norme textuelle réalisant l'entrée en droit positif d'une infraction pénale, il restreint considérablement l'objet de cette étude qui, s'il comprend pour une large part des aspects de droit pénal spécial, dépasse néanmoins ceux-ci en ne se limitant pas à une analyse des comportements incriminés.

29. En effet, outre la nécessaire intervention du législateur et l'inéluctable force créatrice de la jurisprudence, l'appréhension de l'expression publique par le droit pénal tire sa spécificité de certaines règles processuelles exorbitantes du droit commun qui, par les importantes conséquences qu'elles emportent sur les phénomènes sus-évoqués, méritent d'être prises en considération. Bien davantage qu'une appréciation portée sur l'identification des agissements desquels résulte un trouble social, c'est bien la mise en place de l'action du droit pénal, tant du point de vue de l'incrimination de ces comportements que de la mise en œuvre de leur répression et du cadre à travers lequel il entend exercer son influence sur la conduite expressive, qui sera ici évaluée.

30. Partant, il semble bien approprié, en dépit de sa polysémie, d'opter pour le terme « pénalisation », qui exprime chacun de ces aspects. L'avantage ainsi tiré de la plasticité intrinsèque de ce vocable ne saurait être perçu comme une solution de facilité, mais bien comme le moyen d'exposer le constat d'une convergence de règles, de mécanismes et de principes revêtant une coloration pénale dans l'étude d'un phénomène général de soumission de comportements au droit pénal. Il convient, dès lors, de l'entendre sous une acception qui illustre

¹⁴⁶ Dictionnaire Larousse en ligne, V° *Incriminer*.

¹⁴⁷ C. Puigelier, *op. cit.*, V° *Incrimination* p. 498, n° 2827 et n° 2829 ; G. Cornu *et al.*, *op. cit.*, V° *Incriminer*.

¹⁴⁸ J. Pradel, *op. cit.* p. 255, n° 289.

¹⁴⁹ R. Merle, A. Vitu, *op. cit.* p. 263, n°181. Dans le même sens, v. F. Desportes, F. Le Guehec, *op. cit.* p. 9, n°22.

non un phénomène d'accroissement de la présence ou de l'influence du droit pénal mais *l'ensemble des processus d'intervention du droit pénal dans un domaine particulier*, ici l'expression publique.

Cette « multidimensionnalité » du phénomène identifiée, il importe toutefois d'en circonscrire les contours dans le cadre de cette étude.

B – La circonscription d'un champ juridique vaste

31. Cette étude entend choisir pour cadre juridique toute norme, incluant la jurisprudence, de nature fondamentalement pénale *ou* susceptible d'emporter une conséquence directe, c'est-à-dire prévue ou aisément prévisible, sur la répression pénale de l'expression publique¹⁵⁰. Il est néanmoins nécessaire d'apporter certaines limites à ce cadre qui, en dépit de ces paramètres, conserve un champ de données particulièrement vaste.

32. Un auteur exprime l'idée selon laquelle « *à la manière d'une mosaïque, le droit pénal est un ensemble fait de pièces diverses* »¹⁵¹. En découle notamment l'éternel débat consistant à déterminer à laquelle des deux grandes branches de la *summa divisio* du Droit, le droit public et le droit privé, cette discipline est supposée appartenir. Constatant qu'en dépit de l'emprunt par le droit pénal de nombreux caractères de l'une et de l'autre de ces branches, il ne saurait valablement y élire domicile, une majorité d'auteurs s'accorde aujourd'hui à dire que le droit pénal apparaît comme « *une construction juridique autonome* »¹⁵², et cela d'autant plus qu'au regard des autres disciplines juridiques il est, selon la formule consacrée, « *moins une espèce particulière de lois que la sanction de toutes les autres* »¹⁵³.

Cette « satellisation du droit criminel par rapport aux autres branches du Droit »¹⁵⁴ n'est toutefois pas sans conséquence quant à la délimitation de son périmètre juridique. D'abord, si le droit pénal se caractérise notamment par l'édiction et l'application de sanctions, plusieurs auteurs rappellent que cette discipline juridique n'a pas le monopole de l'activité

¹⁵⁰ « En somme, parmi les règles ayant pour objet de limiter la liberté d'expression, certaines ont pour but cette ingérence et d'autres ne l'ont pas ; ces dernières n'en sont pas moins des ingérences dans l'exercice de la liberté fondamentale » (G. Lécuyer, *op. cit.* p. 17, n° 10).

¹⁵¹ J. Pradel, *op. cit.* p. 51, n° 45.

¹⁵² F. Desportes, F. Le Gunehec, *op. cit.* p. 19, n° 45. Dans le même sens, v. J. Pradel, *op. cit.* pp. 71-72, n° 78 ; R. Merle, A. Vitu, *op. cit.* p. 217, n° 147 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.* p. 160, n° 188 ; P. Conte, P. Maistre du Chambon, *op. cit.* p. 14, n° 31.

¹⁵³ J.-J. Rousseau, *Le contrat social*, C. 762, Livre II, chapitre XII, cité par J. Pradel, *op. cit.* p. 69, n° 72.

¹⁵⁴ R. Merle, A. Vitu, *op. cit.* p. 216, n° 146.

sanctionnatrice du Droit, et que celle-ci peut revêtir une nature civile (nullités, déchéances, dommages-intérêts), administrative (assignations à résidence, retraits d'autorisations) ou encore disciplinaire (blâmes, rétrogradations)¹⁵⁵. Par ailleurs, le professeur Yves Mayaud rappelle que « *le recours à la loi pénale n'est pas toujours aussi marqué ou transparent que le laissent entrevoir les dispositions du Code pénal. Le droit pénal est parfois plus surnois, pour se livrer de manière indirecte ou déguisée, sans révéler ouvertement son existence. Cette situation est le résultat d'une concurrence de disciplines proches, tout en se distinguant par une finalité qui leur est propre. Par les sanctions qu'elles utilisent et la portée contraignante des décisions qu'elles légitiment, ces matières, sans être directement rangées dans le droit pénal, affichent une parenté ostensiblement punitive [...]. Il est donc un droit pénal qui ne s'affirme pas comme tel, un droit pénal implicite* »¹⁵⁶. L'existence d'une « pénalité périphérique » dépassant le cadre de la seule discipline pénaliste se voit corroborée par l'article 6 § 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (Conv. EDH) qui évoque des garanties applicables à « *toute accusation en matière pénale* ». Outre la qualification juridique d'une mesure en droit interne, son appartenance à cette « matière pénale » est tributaire, selon la Cour de Strasbourg, de sa nature et de son degré de sévérité¹⁵⁷.

33. La répression qui occupera ces pages est toutefois « pénale » au sens le plus strict du terme. Ses sources résident pour la plupart dans des textes pénaux, et les sanctions qu'ils appliquent combinent les critères matériel (amende, privation de liberté), formel (prononciation par une juridiction pénale) et fonctionnel (répression, protection, rétribution, dissuasion) de la *peine* principale sanctionnant l'irrespect d'une norme d'incrimination pénale¹⁵⁸. Seront donc exclues du champ de l'étude les mesures répressives édictées par d'autres matières, notamment celles relevant du domaine disciplinaire, relatives à la sanction d'une expression qualifiée d'abusives par un truchement autre que la loi pénale. Quant à la responsabilité civile, qui entretient une incontestable proximité avec la responsabilité pénale dès lors que sont en cause

¹⁵⁵ J. Pradel, *op. cit.* p. 69, n° 73 ; E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.* p. 63, n° 87 ; F. Desportes, F. Le Guehec, *op. cit.* p. 10, n° 23.

¹⁵⁶ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 5^{ème} éd., PUF, 2015, *sp.* p. 57, n° 41.

¹⁵⁷ Ayant retenu l'application de l'article 6 § 1 de la Convention à des mesures extra-pénales, v. CEDH, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72 ; *Guisset c/ France*, 26 septembre 2000, n° 33933/96 ; *Didier c/ France*, 27 août 2002, n° 58188/00 ; *Messier c/ France* (déc.), 19 mai 2009, n° 25041/07 ; *Dubus S.A. c/ France*, 11 juin 2009, n° 5242/04 ; *Grande Stevens et autres c/ Italie*, 4 mars 2014, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10. Plus largement sur cette question, v. F. Sudre, Jcl. Europe Traité, fasc. 6526, *Droit à un procès équitable*, 2016, n° 60 s.

¹⁵⁸ F. Desportes, F. Le Guehec, *op. cit.* p. 11, n° 27.

des faits qui, dommageables pour des intérêts privés, le deviennent tout autant pour des intérêts publics¹⁵⁹ (et constituent une part non négligeable du contentieux judiciaire en matière d'expression), elle sera étudiée dans la stricte mesure des implications qu'elle entraîne sur la pénalisation de l'expression publique (places concurrentes, voire parfois conflictuelles des responsabilités civile et pénale en la matière¹⁶⁰, jurisprudence civile interprétant les éléments constitutifs d'une infraction donnant naissance à une action civile...).

La pénalisation définie et ses sources délimitées, il convient désormais de préciser l'acception qui sera retenue du domaine dans lequel nous nous proposons d'étudier son exercice.

§ 2 – L'étude de son domaine : « l'expression publique »

34. Du latin *expressio*, désignant l'action de « *faire sortir en pressant* »¹⁶¹, l'expression désigne, dans le champ lexical, l'activité de s'exprimer qui, par analogie, peut être décrite comme « *l'action d'énoncer sa pensée, de la presser dans le moule des mots* »¹⁶². Il s'agit ainsi du fait de « *faire connaître (ce que l'on pense, ce que l'on ressent) par son comportement ou par le langage* »¹⁶³, de « *rendre manifeste par toutes les possibilités du langage, plus particulièrement par celles du langage parlé et écrit, ce que l'on est, pense ou ressent* »¹⁶⁴. Plus largement, « *s'exprimer consiste à envoyer au monde extérieur un message quelconque, peu importe sa qualité ou son importance* »¹⁶⁵, ce qui conduit inévitablement à étendre les moyens de l'expression au-delà du seul langage. Ce dernier, s'entendant d'un « *ensemble de signes qui permettent aux hommes de communiquer entre eux, par le moyen de la parole et de l'écriture* »¹⁶⁶, tend en effet, en dépit de sa prévalence, à restreindre significativement l'aperçu

¹⁵⁹ Aux termes de l'article 2, alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale, « *l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* ».

¹⁶⁰ Sur ce point, v. *infra*, n° 430 s.

¹⁶¹ CNRTL.fr, V° *Expression*, étym., n° 3.

¹⁶² A. Mazure, *op. cit.*, V° *Exprimer*, p. 102.

¹⁶³ J. Rey-Debove (dir.), *Dictionnaire du Français*, Le Robert & CLE International, 2013, V° *Exprimer*, I, 1, p. 1913.

¹⁶⁴ CNRTL.fr, V° *Expression*, II, A.

¹⁶⁵ G. Lécuyer, *op. cit.* p. 12, n° 8.

¹⁶⁶ J. Rey-Debove (dir.), *op. cit.*, V° *Langage*, 1, p. 2727.

des canaux, infiniment variés, des messages. Or ceux-ci peuvent notamment prendre la forme d'une simple gestuelle, d'un son, d'une image, d'une action, voire d'une pratique¹⁶⁷...

L'expression apparaît ainsi comme un comportement fortement protéiforme. L'étude de sa pénalisation sous son acception la plus exhaustive présenterait dès lors, outre le désagrément évident de sa lourdeur, l'inconvénient majeur, sinon de priver le sujet de l'essence même qui anime ses enjeux, de l'altérer profondément. C'est en considération de ceux-ci qu'il sera choisi de s'inspirer – sans se limiter à son cadre – du prisme à travers lequel la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (que d'aucuns considèrent improprement nommée en ce qu'elle régit la liberté d'expression publique¹⁶⁸) envisage la notion d'expression. L'expression sera ainsi envisagée sous ses seules formes réalisant une manifestation directe de la pensée (A), et uniquement en tant qu'elle se trouve dirigée vers un public indéterminé (B).

A – Une extériorisation directe de la pensée

35. Restreindre le champ de l'étude à l'extériorisation directe de la pensée implique d'évoquer la variété des moyens envisagés à ce titre par les textes pénaux, tout en excluant les agissements infractionnels non expressifs mais ayant l'expression d'une idée pour mobile.

36. Une variété des formes. – Lorsqu'elle constitue le moyen de commission d'une infraction de nature expressive, c'est-à-dire qui se réalise sous les seuls traits d'une manifestation abstraite de la pensée, l'expression est susceptible de revêtir une multitude de formes, si bien que la plupart des textes n'en énumèrent pas les différents aspects. Cependant, l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, s'il ne saurait constituer une limite absolue à l'étendue des formes d'expression envisagées par le droit pénal, réalise un aperçu relativement exhaustif de celles qui concourent à la réalisation de l'élément matériel de la plupart des infractions d'expression.

37. Sans surprise, la parole (« discours, cris ou menaces ») et l'écrit (« écrits, imprimés [...] placards ou affiches ») constituent les formes initialement et principalement envisagées par l'article 23 de la loi de 1881, dès lors qu'elles représentaient les moyens les plus répandus de manifester sa pensée au moment de l'adoption de cette loi. Ainsi, le discours, loin de limiter

¹⁶⁷ F. Safi, *op. cit.* p. 101 s., n° 142 s.

¹⁶⁸ P. Auvret, Jcl. Communication, fasc. 3020, *Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881*, 2006, n° 25. Dans le même sens, v. E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 2^{ème} éd., Litec, 2008, p. 196, n° 404 ; C. Bigot, *op. cit.* p. 6.

son existence à « celui que prononce un orateur au cours d'une assemblée », est « tout ensemble de mots, plus ou moins long, et même, à la limite, le mot isolé, lancé seul ou répété et scandé ; le discours peut aussi prendre l'allure d'une chanson »¹⁶⁹. Issu du latin *sermo*, il se distingue du cri (*vociferatio*) par l'absence de colère ou d'excitation dans la voix qui s'en fait le véhicule¹⁷⁰. On peut alors considérer que la mention, parmi ces variétés de la parole, de la menace, n'a, *a priori*, guère d'utilité¹⁷¹ en ce qu'elle peut être contenue tant dans le discours que dans le cri¹⁷². L'écriture sollicite moins de nuances, en ce sens que « l'imprimerie, l'autographie ne sont que des perfectionnements de l'écriture »¹⁷³ et que les placards et affiches, quoiqu'expressément visés par l'article, constituent eux-mêmes des variétés de manuscrits ou d'imprimés. Agent de la pensée au même titre que la parole, l'écriture constitue, à la différence de la précédente, un agent « artificiel », ce qui n'emporte plus, comme ce fut jadis le cas, de conséquence vis-à-vis de la répression¹⁷⁴ : « quant au mal qu'on peut faire par la parole, on peut l'occasionner aussi par l'écriture »¹⁷⁵. Celle-ci s'entend donc naturellement de tout support susceptible d'accueillir un ensemble de signes suffisamment lisibles et matérialisant un discours ou un message quelconque.

38. La parole et l'écriture, *stricto sensu*, ne sont toutefois pas les seuls moyens par lesquels une infraction d'expression peut être réalisée. En effet, « ce qu'on réussit à peindre à l'intelligence par des métaphores, des images, des allusions, on réussit aussi bien à le figurer aux yeux et à le revêtir d'un corps et d'un visage »¹⁷⁶. Curieusement, la rédaction initiale de l'article 23 n'a pas repris les termes de l'article 1^{er} de la loi du 17 mai 1819, dont elle est le successeur, qui mentionnaient les « dessins, gravures, peintures ou emblèmes ». De fait, ces moyens étaient énumérés dans l'article 28 de la loi de 1881, réprimant l'outrage aux bonnes mœurs, dont l'abrogation par le décret-loi du 29 juillet 1939 n'avait pas empêché les tribunaux

¹⁶⁹ A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1, op. cit. p. 1226, n° 1556.

¹⁷⁰ P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, op. cit. p. 271, n° 719.

¹⁷¹ A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1, op. cit. p. 1226, n° 1556.

¹⁷² P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, op. cit. p. 272, n° 725.

¹⁷³ *Ibidem* p. 282, n° 762.

¹⁷⁴ La loi du 17 mai 1819 sur la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication a en effet mis fin à la pratique judiciaire datant de l'Antiquité, consistant à faire de l'écriture une circonstance aggravante des infractions d'expression. En ce sens, v. *infra*, n° 352.

¹⁷⁵ J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, op. cit. pp. 5, 6.

¹⁷⁶ T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, op. cit. p. 134, n° 191.

de continuer à les retenir comme moyens d'expression¹⁷⁷. Ils furent finalement réintroduits, au sein de l'article 23, par la loi du 1^{er} juillet 1972 dite « loi Pleven » relative à la lutte contre le racisme¹⁷⁸. Si les dessins, gravures, peintures et images ne posent pas de réel problème quant à leur définition, il faut toutefois noter que la notion d'emblèmes s'entend de « *tout signe ou tout objet ayant la valeur d'une représentation allégorique d'une idée, d'une opinion, d'une croyance, d'une appartenance ethnique, religieuse, sociale, politique...* »¹⁷⁹, et « *permet d'atteindre tout signe à trois dimensions : statuts, médailles, ornements... de la façon la plus générale* »¹⁸⁰. En outre, si certains auteurs soulignent l'absence du geste parmi les moyens d'expression visés, considération prise de leur inclusion parmi les moyens de commettre les outrages réprimés par les articles 433-5 et 434-24 du Code pénal¹⁸¹, il a pu être affirmé que les « menaces » visées au titre de la parole doivent permettre d'y inclure les gestuelles¹⁸².

39. Fut enfin introduite, dans un souci d'exhaustivité et en raison du développement de la communication audiovisuelle, la mention de « *tout autre support de la parole, de l'écrit et de l'image* », permettant d'incriminer des faits résultant de la diffusion d'enregistrements sonores, photographiques ou vidéographiques. Mais l'innovation la plus importante est l'ajout, par la loi sur la confiance dans l'économie numérique (LCEN) du 21 juin 2004, de « *tout moyen de communication au public par voie électronique* », répondant aux nombreuses déclinaisons de l'expression rendues possibles par le réseau Internet depuis sa démocratisation à la fin du XX^e siècle¹⁸³.

En définitive, les moyens directs de l'expression sont ceux qui, outre la finalité d'extérioriser la pensée, utilisent les vecteurs spécifiques d'une telle extériorisation. A ce titre, les agissements qui, quoiqu'obéissant à un mobile expressif, se traduisent par des comportements constitutifs en eux-mêmes d'une infraction pénale seront écartés de cette étude.

¹⁷⁷ P. Auvret, Jcl. Communication, fasc. 3020, étude préc., n° 54.

¹⁷⁸ Notons que ces moyens d'expression étaient mentionnés dans une rédaction de l'article 23 présentée par amendement de M. Emile Lenoël à la Commission du Sénat lors des débats relatifs à l'adoption de la loi de 1881 (H. Celliez, C. le Senne, *Loi de 1881 sur la presse accompagnée des travaux de rédaction*, Paris, Marescq, 1882, sp. p. 301).

¹⁷⁹ A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1, op. cit. p. 1229, n° 1561.

¹⁸⁰ P. Auvret, Jcl. Communication, fasc. 3020, étude préc., n° 54.

¹⁸¹ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 204, n° 399.

¹⁸² P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, op. cit. p. 272, n°725.

¹⁸³ Sur la communication au public en ligne et les enjeux de sa pénalisation, v. *infra*, n° 489 s.

40. L'éviction de l'expression indirecte par des agissements infractionnels. –

Evoquant le contenu de la liberté d'expression, un auteur constate que « le droit français n'accorde guère de protection aux expressions symboliques quelles qu'elles soient »¹⁸⁴. Aussi, « lorsqu'un individu blesse une personne, la tue ou s'attaque à ses biens en raison du fait qu'elle a des opinions politiques ou religieuses différentes des siennes, ces comportements sont les conséquences extrêmes des opinions, mais n'en sont pas l'incarnation. Lorsque le droit pénal punit de tels actes, il sanctionne l'atteinte aux biens ou à l'intégrité physique d'autrui ; l'opinion n'est alors que le mobile et en tant que tel n'est pas prise en compte pour la qualification »¹⁸⁵. Dès lors, la présente étude, consacrée à une appréhension par le droit pénal de l'expression en tant qu'elle porte *par elle-même* atteinte aux valeurs sociales qu'il protège, ne saurait s'étendre à tout agissement pénalement répréhensible ayant pour mobile l'expression d'une idée ou d'une pensée quelconque. Outre le fait que la répression pénale est, par principe et hors les cas où le législateur en tient compte, indifférente aux mobiles d'une infraction¹⁸⁶, une telle extension du champ de la recherche risquerait d'alourdir et d'obscurcir considérablement sa teneur.

En outre, si l'extériorisation d'une idée ou d'une pensée par le biais d'une pratique, notamment religieuse ou politique, ou par le port d'un signe distinctif, constituent incontestablement un moyen, pour un individu, *d'exprimer* son appartenance à une quelconque mouvance culturelle ou idéologique¹⁸⁷, elle relève également d'une liberté plus spécifique qu'est la liberté de conscience qui, si elle n'est pas entièrement étrangère à la liberté d'expression, revêt des enjeux qui dépassent de loin le cadre du présent travail. Aussi, les formes d'expression découlant de l'accoutrement d'une personne (telles que la dissimulation de son visage dans l'espace public [loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, art. 3] et le port ou l'exhibition d'uniformes, d'insignes ou d'emblèmes rappelant ceux d'organisations déclarées criminelles par le Tribunal militaire international de Nuremberg [C. pén., art. R. 645-1]), en dehors des cas

¹⁸⁴ J. Morange, *La liberté d'expression*, op. cit. p. 53, n° 34.

¹⁸⁵ B. de Lamy, op. cit. p. 6, n° 15. A l'inverse, l'opinion peut se voir prise en considération pour la qualification ou l'aggravation d'une infraction s'agissant de certains délits d'expression.

¹⁸⁶ F. Desportes, F. Le Guehec, op. cit. p. 441, n° 477 ; J. Pradel, op. cit. p. 455, n° 556 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2017, sp. p. 255, n° 279.

¹⁸⁷ F. Safi, op. cit. p. 113, n° 160.

où il sert de support explicite à un message exprimé sous forme de langage ou d'une image¹⁸⁸, seront exclues de l'analyse.

L'expression qui sera examinée dans ces pages, doit, en outre, être dirigée vers un public indéterminé.

B – Une extériorisation dirigée vers un public indéterminé

41. Nombre d'auteurs ont exprimé l'importance de la publicité dans le rapport qu'entretient l'extériorisation de la pensée avec sa répression : *« la pensée ne crée une responsabilité à charge de celui qui l'émet, ne devient justiciable de la loi, que lorsqu'elle s'est manifestée, car alors seulement elle peut exercer une influence sur la société »*¹⁸⁹. Ainsi, *« la pensée ne tombe sous la juridiction de la loi qu'autant qu'elle est transformée en action, soit par la parole, soit par l'écriture, soit par l'impression »*¹⁹⁰. Néanmoins, *« on ne devient comptable envers la Société de ses pensées ou de ses opinions que si on les publie, c'est-à-dire si on les communique à des tiers »*¹⁹¹ ; *« car, à la différence des autres délits qui ont besoin de l'ombre et du mystère, celui-là cherche au contraire le grand jour, et c'est à la face du soleil qu'il attaque la société »*¹⁹². Si la pensée est introvertie, l'expression est donc, quant à elle, extravertie¹⁹³.

Restreindre l'acception de l'expression à sa dimension publique nécessite d'exposer les critères de sa publicité, laquelle implique une indétermination du public visé.

42. Une publicité de l'expression. – La publicité, hors langage commercial¹⁹⁴, est le *« caractère de ce qui est public »*¹⁹⁵, et même *« de ce qui est destiné à être connu du public et mis à sa disposition sous forme de moyen d'information à consulter »*¹⁹⁶. Si cette notion

¹⁸⁸ Par exemple, le fait de porter un *tee-shirt* où figure les phrases *« Jihad, né le 11 septembre »* et *« je suis une bombe »*, en référence aux attentats ayant frappé les Etats-Unis le 11 septembre 2001, est constitutif du délit d'apologie de crimes d'atteinte à la vie, réprimé l'article 24, alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 (Cass. Crim., 17 mars 2015, n° 13-87.358).

¹⁸⁹ T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, op. cit. p. 95, n° 118.

¹⁹⁰ J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, op. cit. p. 31.

¹⁹¹ P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, op. cit. p. 269, n°710.

¹⁹² J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, op. cit. p. 32.

¹⁹³ En ce sens, v. L. Favoreu (dir.), op. cit. p. 300, n° 317.

¹⁹⁴ Sur la pénalisation de publicités commerciales (alcool et tabac), v. *infra*, n° 253 s.

¹⁹⁵ C. Puigelier, op. cit., V° Publicité, p. 796, n° 4633.

¹⁹⁶ G. Cornu et al., op. cit., V° Publicité, p. 823.

entretient des rapports nombreux et divers avec le droit pénal¹⁹⁷, il sera nécessaire de s'intéresser plus particulièrement à la causalité qu'elle exerce – dans la plupart des cas¹⁹⁸ – sur la répression en matière d'expression¹⁹⁹. Ici encore, et toujours sans s'y enfermer, il sera tiré profit des vertus pédagogiques de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 et de sa jurisprudence relative à la caractérisation de cette publicité. En effet, si cet article, de par l'inventaire qu'il renferme, semble établir l'exigence d'une publicité « *qualifiée* » là où d'autres textes (y compris au sein de la loi de 1881) n'en précisent pas les contours, « *on ne doit pas s'inquiéter de ces divergences, plus apparentes que réelles : elles n'interdisent pas de tenter une présentation unitaire de la notion de publicité, en distinguant selon que le moyen servant de soutien à la diffusion est la parole ou l'écrit* »²⁰⁰.

43. S'agissant de la parole, les deux critères principaux de la publicité résident dans le caractère manifeste de l'intention de s'exprimer publiquement, et dans le lieu de cette prise de parole. En premier lieu, l'utilisation par l'article 23 du verbe *proférer* n'a rien d'anodin. Issu du latin *profero*, dont la juxtaposition des particules *pro* et *fero* signifie « *porter devant* », ce verbe témoigne de la volonté du législateur de ne punir que les paroles prononcées « *à voix relativement haute, avec un ton et un accent qui dénotent que l'on ne se garde pas de son entourage* »²⁰¹. Dès lors, si des cris seront aisément considérés comme proférés, dans d'autres cas le juge aura à apprécier s'il était bien dans les vœux du locuteur de prendre ses semblables pour témoins de sa pensée. En second lieu, les paroles doivent avoir été proférées dans *un lieu ou une réunion publics*. Si la publicité des propos ne fait guère de difficulté lorsqu'ils sont prononcés dans des lieux publics *par nature*, c'est-à-dire « *ouverts à tous d'une manière permanente sans aucune condition particulière d'accès* »²⁰², plus difficile est l'appréciation de la publicité de paroles exprimées dans des lieux publics *par destination* (ouverts au public sous certaines conditions temporelles, pécuniaires, ...) ou *par accident* (habituellement privés mais qui, par le fruit du hasard, deviennent temporairement ouverts au public). Une réunion est, quant à elle, publique, en vertu d'un certain nombre de facteurs (nombre de participants, nature et

¹⁹⁷ A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1, op. cit. p. 1225, n° 1555.

¹⁹⁸ Sur l'exigence ou l'indifférence d'une publicité s'agissant de certains délits de provocation, v. *infra*, n° 64 s.

¹⁹⁹ Selon l'expression consacrée par Georges Barbier, « *c'est la publication qui fait le délit* » (*Code expliqué de la presse*, t. 1, op. cit. p. 204, n° 243).

²⁰⁰ A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1, op. cit. p. 1225, n° 1556. Emmanuel Dreyer explique cette distinction entre publicité « *déterminée* » et « *indéterminée* » par le fait que la loi de 1881 fait voisiner « *deux mondes : celui des médias et celui des particuliers* » (*Responsabilités civile et pénale des médias*, op. cit. p. 201, n° 419).

²⁰¹ P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, op. cit. p. 271, n° 279.

²⁰² P. Auvret, *Jcl. Communication*, fasc. 3020, étude préc., n° 49.

teneur de leurs rapports, conditions de leur admission), sans qu'aucun d'eux ne soit plus déterminant qu'un autre, obligeant le juge à procéder à une appréciation *in concreto* de la publicité des propos qui y sont tenus²⁰³.

44. S'agissant de l'écrit et des autres supports de l'écrit, de la parole ou de l'image, si la notion de publicité est tributaire des modalités de publication propres à chaque *medium* employé (presse écrite, audiovisuelle, communication au public par voie électronique), les conditions classiques et énumérées par l'article 23 résident dans leur vente, leur distribution, leur mise en vente ou l'exposition dans des lieux ou réunions publics. Plus largement, on pourrait se demander si la simple exposition « *au regard du public* », réservée par la lettre de l'article aux affiches et placards, ne permettrait pas de simplifier cette énumération laborieuse et, pourrait-on ajouter, anachronique. En ce sens, la jurisprudence, qui s'appuyait initialement sur la notion de *mise en contact avec le public* de l'expression litigieuse, lui préfère désormais celle de *mise à disposition du public* en ce que celle-ci apparaît plus respectueuse de la liberté du public dans sa prise de connaissance de l'expression²⁰⁴. Il faut toutefois noter qu'en dépit de la nature d'espace public que revêt le réseau Internet, l'avènement de la communication au public par voie électronique, en raison de la variabilité de ses paramètres de confidentialité, obscurcit quelque peu l'appréciation de la publicité des supports de l'écrit, de la parole ou de l'image qui y circulent²⁰⁵.

La simple profération ou la mise à disposition d'une expression à des tiers ne suffisent pas toujours à caractériser sa publicité. Ces tiers doivent, en outre, constituer un public indéterminé.

45. **Une indétermination du public.** – Le mot *public*, sous sa forme de substantif, est susceptible de revêtir tour à tour le sens de l'« *ensemble défini de personnes effectivement présentes en un lieu donné à un moment donné* » et celui de l'« *ensemble indéfini des personnes qui peuvent être touchées par un moyen de diffusion (lecteurs, auditeurs, spectateurs, téléspectateurs)* »²⁰⁶. S'agissant de la caractérisation de la publicité d'une expression, ces deux sens peuvent être tout autant exclusifs que complémentaires. La détermination du nombre de

²⁰³ *Ibidem*, n° 53.

²⁰⁴ *Ibidem*, n° 32-33.

²⁰⁵ En ce sens, v. E. Derieux, *La notion de « publication ». Les insupportables incertitudes du droit*, JCP 2010, 1195.

²⁰⁶ G. Cornu *et al.*, *op. cit.*, V° *Public*, p. 822.

personnes susceptibles de prendre connaissance d'une expression ne présente à ce titre qu'un intérêt réduit en comparaison de l'établissement de la conscience et de la volonté, pour son auteur, soit, de s'adresser à *certaines personnes* à l'exclusion de toute autre, soit, à *toute personne* désireuse de l'écouter, lire ou observer sans distinction aucune. Dans ce dernier cas, on considèrera ainsi que l'expression est publique, et non dans le premier.

Il convient à ce titre d'évoquer certains comportements d'expression réprimés par la loi pénale en dépit de leur commission devant un public déterminé et qui conservent, selon Emmanuel Dreyer, « *une publicité réduite* » supposant une mise en balance par le droit pénal de la liberté d'expression et de la protection de l'ordre public²⁰⁷. Il s'agit notamment des contraventions de diffamation et d'injure non publiques réprimées par les articles R. 621-1 à R. 621-4 du Code pénal, et de celle de provocation non publique à la haine, à la violence ou à la discrimination pour des motifs racistes, sexistes, homophobes ou handiphobes réprimée par l'article R. 625-7 du Code pénal. Tandis qu'une majorité des comportements d'expression incriminés requièrent, pour justifier la répression, un élément matériel de publicité, ceux-ci ont été doublement visés par le législateur sous leur dimension publique *et* non publique dans l'objectif évident de leur conférer une gravité intrinsèque, la publicité devenant le facteur de leur aggravation. Si ces infractions échapperont à la présente analyse en raison de l'absence du critère déterminant de publicité, leurs autres éléments constitutifs ne diffèrent en rien de ceux que comportent leurs variétés publiques et qui seront, elles, étudiées.

46. Comment est alors appréciée l'indétermination du public visé par l'auteur d'une expression litigieuse ? Selon un auteur, la difficulté, en la matière, « *consiste à apprécier le point de basculement dans le champ de la publicité en dehors du domaine des médias proprement dits, qui sont quasiment publics par nature* »²⁰⁸. C'est à cette fin que la jurisprudence, en souhaitant interpréter la notion de « *réunion publique* » de l'article 23 de la loi de 1881, a dégagé le critère de « communauté d'intérêts », désormais étendu à tout moyen d'expression²⁰⁹. Ce critère est relatif à la composition du groupe qui constitue le « public » de l'auteur d'une expression²¹⁰, constitutive du lien qui les unit par « *une appartenance commune*,

²⁰⁷ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 214, n° 421.

²⁰⁸ C. Bigot, *op. cit.* p. 83.

²⁰⁹ P. Auvret, *Jcl. Communication*, fasc. 3020, étude préc., n° 40.

²¹⁰ M. Véron, *Droit pénal spécial*, 16^{ème} éd., Sirey, 2017, *sp.* p. 197, n° 319.

des aspirations ou des objectifs partagés »²¹¹. « La publicité ne se réalise que si la diffusion a dépassé cette sphère déterminée, atteignant ainsi une personne étrangère aux intérêts qui l'animent »²¹². Le critère de la communauté d'intérêts permet ainsi, quel que soit le moyen d'expression employé, de neutraliser, vis-à-vis de la répression, la subtile distinction subsistant entre « expression privée » et « expression non publique » : si la première cherche le secret là où la seconde cherche la complicité, toutes deux fuient la notoriété.

47. Le critère apparaissant le plus déterminant est, en définitive, celui de la *volonté* de l'auteur. Deux exemples jurisprudentiels récents offrent une illustration de cette idée et de la fine démarcation existant entre expression publique et non publique. Tandis qu'un élu municipal, en visite sur un terrain investi illégalement par des personnes issues de la communauté des gens du voyage, s'était vu adresser des saluts nazis par les occupants, le mot malheureux qu'il eût à l'attention de ses accompagnateurs lorsqu'il quitta les lieux par dépit (« *comme quoi, Hitler n'en a peut-être pas tué assez, hein* ») fut capté à son insu, puis publié par un journaliste qui les suivait alors. Poursuivi pour le délit d'apologie de crimes contre l'humanité (L. 29 juillet 1881, art. 24, al. 5), l'élu obtint la cassation de l'arrêt qui l'avait condamné, la Chambre criminelle de la Cour de cassation ayant considéré que « *les propos ont été tenus par leur auteur dans des circonstances exclusives de toute volonté de les rendre publics* »²¹³. Cette solution, qui n'a rien d'une nouveauté²¹⁴, peut être comparée à celle rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de Cour d'appel qui a condamné pour injures publiques à

²¹¹ Y. Mayaud, *De la mise en cause diffamatoire d'une gestion municipale : l'enjeu de la publicité*, RSC 1998 p. 104. En ce sens, le personnel (Cass. Crim., 3 juillet 1980, JCP 1980.IV.252), le comité d'établissement (Cass. 2^{ème} civ. 24 octobre 2002, Bull II 2002 n° 237 et l'assemblée générale (Cass. 2^{ème} civ., 13 mai 2004, Bull. II 2004 n° 229) voient leurs membres liés par une communauté d'intérêts, tandis que les élus d'une municipalité (Cass. Crim., 3 juin 1997, Bull. crim. 1997 n° 218), dont la diversité des points de vue et des missions présente pour effet de distendre leur hypothétique proximité politique, ne le sont pas.

²¹² J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd., Cujas, 2014, *sp.* p. 330, n° 481. En ce sens, v. Cass. Crim., 8 janvier 1960, Bull. crim. 1960, n° 5 ; 22 février 1966, Bull. crim. 1966, n° 62 ; 7 décembre 2004, Bull. crim. 2004 n° 306.

²¹³ Cass. Crim., 15 décembre 2015, Bull. crim. n° 297, D. 2016 p. 75 ; RSC 2016 p. 86, obs. J. Francillon ; Comm. Electr. 2016, comm. 15, obs. A. Lepage.

²¹⁴ S'agissant du cas similaire d'un ministre qui avait adressé, à l'attention d'un petit groupe de militants à l'occasion d'une université d'été de son parti, des propos constitutifs d'une injure à caractère raciste, capté et enregistrés par un journaliste, v. Cass. Crim., 27 novembre 2012, Bull. crim. 2012 n° 261, D. 2013 p. 457, obs. E. Dreyer ; *ibid.* p. 2713, obs. T. Garé. Plus anciennement, v. Cass. Crim., 17 novembre 1883, Bull. crim. 1883, n° 260 ; 1^{er} avril 1938, Bull. crim. 1938, n° 102. Sur la nécessité de démontrer, aux fins la volonté que des propos tenus à un journaliste soient par la suite publiés, v. Cass. Crim., 6 mars 2007, Bull. crim. 2007 n° 72, Dr. Pén. 2007, comm. 96, obs. M. Véron ; AJ Pénal 2007, p. 226, obs. G. Royer. Notons toutefois que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu, récemment, une conception extensive (et fortement contestable) de la publicité à raison de propos faisant l'apologie d'actes terroristes, tenus par un détenu à l'intérieur du fourgon dans lequel il était transporté et en présence des seuls gendarmes qui l'escortaient : Cass. crim., 11 juillet 2017, n° 16-86.965, à paraître au *Bulletin*, Dr. Pén. 2017, comm. 158, obs. Ph. Conte. Sur cette affaire en particulier, v. *infra*, n° 220.

caractère raciste (L. 29 juillet 1881, art. 33, al. 3) un homme qui avait, dans la cour commune d'un immeuble accessible au public, invectivé l'un de ses voisins en hurlant des propos xénophobes qui furent entendus par plusieurs copropriétaires²¹⁵: « *sur le plan de la copropriété, le caractère privé des parties communes ne fait aucun doute* », mais « *un accès public – que l'on conçoit comme libre – implique que les propos litigieux prononcés à haute voix, bien qu'entendus par un nombre restreint de personnes, portent en germe une potentialité de perception par des tiers à la copropriété (visiteurs, facteur, livreurs, etc.)* »²¹⁶.

L'expression publique, qui fera l'objet de la présente étude, est donc celle qui, délibérément mise à la disposition des tiers par son auteur, l'est également en considération de l'indétermination des personnes qui sont appelées à en prendre connaissance.

48. Plan. – Il sera ainsi proposé, dans ces pages, d'effectuer une analyse critique des processus de l'intervention du droit pénal dans l'exercice de la liberté d'expression sous ses dimensions directe et publique. L'intérêt d'un tel sujet réside dans la fluctuation permanente des enjeux de cette intervention qui, par définition limitatrice, se veut néanmoins protectrice d'une liberté fondatrice du régime démocratique et libéral qui est le nôtre. Précisons que dans l'immense *corpus* des comportements susceptibles de correspondre aux critères qui mobilisent cette étude, un certain nombre seront écartés : soit qu'il a été jugé que cette correspondance était par trop incertaine²¹⁷ ; soit qu'il n'est pas apparu que les thématiques abordées en eussent requis ou permis l'étude approfondie²¹⁸ ; soit encore que leur incrimination fût frappée d'une désuétude dont il n'a pas semblé qu'elle pût être prochainement remise en cause²¹⁹ ; soit que,

²¹⁵ Cass. Crim., 8 avril 2014, n° 12-87.497, AJ Pénal 2014, p. 358, obs. N. Verly ; Dr. Pén. 2014, comm. 92, note M. Véron. Dans le même sens, v. Cass. Crim., 7 juin 2016, n° 15-81.405.

²¹⁶ L. Belfanti, *Du caractère public des injures proférées dans les parties communes d'une copropriété*, AJDI 2015 p. 123.

²¹⁷ En ce sens, si une part majeure de la matérialité des différentes incriminations autonomes de la *menace* (C. pén., art. 222-17 s.) comprend incontestablement des faits d'expression, et si ceux qui peuvent être commis avec publicité, il nous a semblé que l'indifférence manifestée par les textes d'incrimination à cet élément de publicité procède, non pas de sa prise en compte implicite, mais bien de la spécificité de l'atteinte portée par de telles actions qui s'inscrit fondamentalement dans un rapport d'agression interindividuel. Nous verrons toutefois que la modernisation des moyens de communication est susceptible de donner aux formes d'expression menaçantes une dimension intrinsèquement publique qu'il pourrait être intéressant, à l'avenir, d'envisager en tant que circonstance aggravante (en ce sens, v. *infra*, n° 506).

²¹⁸ Ainsi, notamment, des pratiques commerciales trompeuses incriminées par l'article L. 121-1 du Code de la consommation, qui, si elles relèvent fréquemment – mais pas seulement – de faits d'expression publique, revêtent une variété importante de formes (l'article en énumère vingt-deux), susceptibles de porter atteinte à une multitude de sous-catégories spécifiques de la protection des consommateurs (santé, droits patrimoniaux, intérêts financiers, sécurité juridique...), compliquant ainsi considérablement leur analyse au sein de la grille thématique par nous retenue.

²¹⁹ Parmi les infractions d'expression frappées de désuétude, le délit de cris et de chants séditieux (L. 29 juillet 1881, art. 24, al. 6) ne diffère guère de certains délits que nous étudierons ; à ce titre, des auteurs ont souligné

enfin, ils nous aient fortuitement échappé. Cette inéluctable entorse à l'exhaustivité ne saurait altérer la finalité de la démarche suivie qui, loin d'être sectorielle, se veut avant tout globale.

49. La pénalisation de l'expression publique se trouve aujourd'hui justifiée par l'atteinte sérieuse susceptible d'être portée par certaines formes d'expression à des valeurs sociales primordiales, atteintes qui caractérisent l'existence de débordements de la liberté d'expression. L'expression publique, loin de ne constituer que la simple contribution d'une multitude d'intervenants de qualités variables au débat public, est en effet susceptible d'emporter des conséquences tout autant bénéfiques que néfastes à l'ordre public²²⁰. A l'heure où le *forum* n'a jamais été aussi accessible, l'expression publique est incontestablement devenue le moyen par lequel chacun est en mesure d'exercer une influence positive sur la conscience collective par la dénonciation, l'argumentation, l'extériorisation d'une opinion, d'un sentiment ou d'une volonté. Elle est également le moyen par lequel chacun peut porter atteinte aux sentiments d'autrui ou troubler l'harmonie des rapports sociaux en y instillant un état d'esprit rancunier, intolérant voire belliqueux. La pénalisation doit dès lors trouver ses justifications dans le basculement d'une expression publique bénéfique ou simplement neutre vis-à-vis de l'ordre public, vers une expression publique résolument tournée vers la discorde et le tumulte.

L'application pratique de ces considérations toutes théoriques se heurte néanmoins aux difficultés engendrées par la complexité des rapports entretenus par l'expression publique avec la société démocratique et libérale. En dépit de la stabilité que procure l'établissement de normes répressives visant à réguler les excès du débat public, il apparaît que les besoins de ce dernier ne correspondent pas toujours aux besoins, un temps voulus, un autre temps révolus, de la répression. En témoigne l'abrogation récente du délit d'offense au Président de la République, faisant suite à une condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme dans une affaire où avait été mis en exergue l'anachronisme d'une protection

qu'outre son caractère profondément anachronique imputable au contexte de son apparition, ce délit entre en concours avec un certain nombre d'incriminations susceptibles de recouvrir son champ d'application (provocations à la commission de crimes et de délits, à la rébellion ou à des attroupements armés, apologies de certains crimes, diffamations et injures envers divers démembrements ou personnifications de l'Etat, tapage injurieux ou nocturne, ...) et se montrent favorable à son abrogation (v. N. Droin, *op. cit.* pp. 339 s., n° 378 s. ; F. Safi, *op. cit.* p. 230, n° 332).

²²⁰ En ce sens, les développements médiatiques récents faisant suite à la révélation de scandales mettant en cause des personnalités publiques qui se seraient rendues coupables de harcèlements ou agressions sexuels ont donné naissance, tout autant à une formidable mobilisation de simples citoyens exprimant la volonté de sensibiliser l'opinion aux délicats contours du consentement en matière sexuelle, qu'à une vague de dénonciations publiques dirigées vers des personnes déterminées, et susceptibles de constituer des imputations diffamatoires.

exorbitante du chef de l'Etat face à la critique citoyenne²²¹. Ainsi, les changements conjoncturels qui accompagnent notre entrée dans le XXI^e siècle entraînent le bouleversement de nombreux paradigmes, et tendent à mettre en évidence une inadaptation chronique de la pénalisation aux évolutions, toujours plus nombreuses, de la liberté d'expression et en particulier de l'expression publique.

50. Il en résulte une rupture de plus en plus fréquente du point d'équilibre à trouver entre l'impératif de la répression et son intempérance face à certains phénomènes qui affectent tant la pénalisation que l'expression publique elle-même.

La pénalisation, en perte de repères quant à sa nécessité et à son opportunité, se voit parfois détournée de ses objectifs légitimes pour réguler le débat public à l'excès. Les voies de l'intervention du droit pénal dans l'exercice public de la liberté d'expression sont en effet l'objet d'une surestimation chronique de leurs vertus utilitaires et pédagogiques, qui tend à en faire *l'instrument* d'une restriction intermittente et disproportionnée du pluralisme des idées et des opinions. La pénalisation de l'expression publique apparaît, en ce sens, mise à l'épreuve du phénomène d'instrumentalisation (Partie 1).

L'expression publique, libérée des frontières techniques qui en limitaient jadis l'usage, perturbe les mises en œuvre classiques de la norme pénale à son encontre. Les modalités de l'exercice public de la liberté d'expression ont en effet été profondément bouleversées par les mutations spectaculaires de la *société moderne*, qui font du débat public une donnée omniprésente de la vie d'un Etat, que ce soit par l'accroissement de sa visibilité ou par celui de son accessibilité au plus grand nombre. La pénalisation de l'expression publique apparaît dès lors mise à l'épreuve de la modernité (Partie 2).

²²¹ CEDH, *Eon c/ France*, 14 mars 2013, n° 26118/10. Sur ce délit et son abrogation, v. *infra*, n° 396 s.

PARTIE I - LA PENALISATION DE L'EXPRESSION PUBLIQUE A L'EPREUVE DU PHENOMENE D'INSTRUMENTALISATION

51. La norme pénale ne saurait voir son rôle réduit à une fonction purement sanctionnatrice²²². Le législateur, en incriminant des comportements, ne limite pas son office à la simple identification d'une faute répréhensible à laquelle il associe une peine, mais confère une visibilité à l'interdit au regard de ce que les faits qu'il incrimine sont considérés comme contraires aux valeurs essentielles de la société. La fonction expressive de la loi pénale, par l'affichage des interdits et leur classification au sein des Codes, imprime dans l'esprit des citoyens les intérêts qu'ils doivent concourir à défendre et respecter lorsqu'ils prennent part à l'exécution du contrat social. De façon comparable, le rôle du juge ne saurait être réduit, de nos jours, à celui d'un arbitre appliquant inconditionnellement les sanctions prévues par les textes d'incrimination au regard de leur seule transgression. A cette conception classique et rigide du principe de légalité des délits et des peines établie par Montesquieu et Beccaria au XVIII^e siècle²²³, s'oppose désormais une conception plus souple, en vertu de laquelle le juge pénal prend l'initiative, lorsqu'il n'y est pas simplement contraint par le caractère vague des textes, d'opérer une interprétation téléologique de leur lettre à raison des circonstances de l'espèce ou de l'évolution des mœurs et pratiques. En définitive, le juge devient, au même titre que le législateur, un observateur actif des métamorphoses sociétales dans l'exécution du droit de punir de l'Etat.

52. De cette adaptation progressive des rôles respectifs de la loi et de la Justice pénales à l'évolution de la société découle une perception profondément utilitariste de la pénalisation.

De son rôle d'institution des normes censées maintenir l'étendue de la punition étatique dans le strict cadre de la garantie d'un fonctionnement harmonieux de la société, la pénalisation tend aujourd'hui à prendre les contours d'un outil de régulation, voire d'*orientation* des passions citoyennes dans un sens souhaité par l'Etat. En ce sens, « *la multiplication des lois pénales, en resserrant le "quadrillage" des qualifications, a restreint la fonction libérale du*

²²² R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, op. cit. p. 217, n° 147 ; dans le même sens, v. F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, op. cit. p. 25, n° 50.

²²³ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre XI, chap. VI, 1748 ; Beccaria, *Traité des délits et des peines*, chap. III, 1764.

principe [de légalité criminelle] *devenu un simple instrument assurant le respect des textes d'incrimination* »²²⁴. D'aucuns constatent dès lors que « *la fonction expressive du droit pénal prend [...] parfois le pas sur les nécessités de la répression* »²²⁵. La norme pénale, dans des cas toujours plus nombreux²²⁶, devient ainsi l'instrument par lequel l'Etat, au lieu de s'en tenir à la stricte *protection* d'une valeur sociale, s'engage dans la *promotion* de celle-ci en lui procurant une visibilité dont l'intensité n'est pas toujours proportionnelle à celle des menaces qui l'entourent. L'expression publique, qui constitue un vecteur primordial de communication des opinions, et donc inévitablement de valeurs, n'échappe pas à ce phénomène d'instrumentalisation de la loi (Titre 1).

De son rôle de mise en application, aux cas d'espèces qui donnent à en constater la violation manifeste, des normes précédemment instaurées par le législateur aux fins de la répression et, parfois même, de la réparation des atteintes subies par d'éventuelles victimes, la justice pénale tend à devenir le réceptacle de conflits que le débat public ne parvient plus à arbitrer. Le juge pénal se trouve dès lors placé dans la délicate position de conciliateur *ad hoc* des controverses sociétales retentissantes, à l'occasion desquelles son office d'interprétation des lois tend à substituer l'opportunité ou la commodité politiques à la nécessité de la répression. Il en résulte une lecture parfois extensive des textes dont l'esprit, lorsqu'il n'est pas simplement ignoré, se voit déformé à travers le prisme des sensibilités respectives des parties et des magistrats. De même, l'action en Justice tend à devenir l'instrument par lequel certains entendent exercer une pression sur la parole d'autrui dans une démarche de dissimulation d'intérêts parfois peu légitimes, entravant de ce fait la liberté d'expression dans ce qu'elle présente de plus utile à la société. En ce sens, l'expression publique n'échappe pas, non plus, au phénomène d'instrumentalisation de la Justice (Titre 2).

Titre 1 - L'instrumentalisation de la loi

53. L'expression publique, en tant qu'elle permet l'extériorisation de certaines opinions ou pensées pouvant être considérées par une majorité de citoyens ou par l'Etat comme étant néfastes, constitue un terrain particulièrement propice aux rapports entretenus par le droit pénal

²²⁴ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.* p. 132, n° 135.

²²⁵ F. Desportes, F. Le Gunehec, *op. cit.* p. 25, n° 50.

²²⁶ En ce sens, v. C. Lazerges, *De la fonction déclarative de la loi pénale*, RSC 2004, p. 194.

avec la morale²²⁷. A ce titre, la protection d'intérêts sociaux par la loi pénale tend parfois à voir l'examen de sa nécessité amoindri par des considérations plus politiques ou idéologiques, qui tendent à faire de la norme répressive un instrument d'orientation de la morale collective.

Ce phénomène est donc intemporel ; et chaque époque, par les crises qu'elle traverse, est l'occasion d'en constater les avatars. Pour la présente époque, il convient d'examiner les facteurs qui donnent à observer une protection envahissante des intérêts nationaux (Chapitre 1), ainsi qu'une protection inépuisable des intérêts catégoriels (Chapitre 2).

Chapitre 1 - La protection envahissante des intérêts nationaux

54. Depuis une vingtaine d'années, des voix s'élèvent pour dénoncer l'instrumentalisation excessive de la norme pénale à des fins de communication politique en matière de sécurité publique et de protection des intérêts nationaux²²⁸. A une époque où « *tout sujet du "vingt heures" est virtuellement une loi* »²²⁹, et où les sensibilités sont exacerbées par les phénomènes qui menacent le bien-être des citoyens, l'expression publique semble ne pas échapper à la tentation d'une régulation des passions par la norme pénale.

Des exemples d'une telle tentation sont constitués par une pénalisation, aujourd'hui déréglée, des incitations aux actes terroristes (Section 1), de même qu'à travers une pénalisation dispensable des outrages aux symboles républicains (Section 2).

Section 1 - La pénalisation déréglée des incitations aux actes terroristes

55. Les incitations publiques à commettre des actes terroristes font l'objet d'une répression, en droit pénal, à travers deux qualifications pénales que sont la provocation à de tels actes, et l'apologie de ceux-ci. Tandis que l'étude des fondements qui ont présidé à l'instauration respective des formes classiques de ces deux qualifications montre, en dépit de leur similarité apparente, qu'il s'agit d'actes nécessairement distincts (§ 1), le législateur de 2014 a procédé à leur regrettable confusion en matière de terrorisme à travers leur réunion au sein d'un même alinéa dans l'article 421-2-5 du Code pénal (§ 2).

²²⁷ Sur ces rapports, v. F. Desportes, F. Le Gunehec, *op. cit.* p. 25, n° 51.

²²⁸ Plus généralement sur ce sujet, v. A. Garapon, D. Salas, *La République pénalisée*, Hachette, 1996 ; D. Salas, *La volonté de punir : essai sur le populisme pénal*, Hachette, 2007 ; *La justice dévoyée : critique des utopies sécuritaires*, Les Arènes, 2012 ; L. Muchielli, *L'invention de la violence*, Fayard, 2011.

²²⁹ G. Carcassonne, Cycle procédure pénale 2006 de la Cour de cassation, deuxième conférence *préc.*

§ 1 - La nécessaire distinction de la provocation et de l'apologie publiques

56. Le mot « provocation » est issu du latin *provocare*, qui induit par ses deux particules *pro* : « en avant » et *vocare* : « appeler »²³⁰ que celui qui provoque agit dans une logique de captation de l'attention d'autrui pour l'inviter, l'encourager à agir dans un sens déterminé²³¹. L'incrimination de la provocation par le législateur revient dès lors à cibler la transmission d'un dessein criminel²³² (A). Le terme d'apologie, dérivé du latin *apologia* renvoyant à la « *défense parlée ou écrite* »²³³, renvoie en droit pénal à « *une approbation du crime* »²³⁴. Son incrimination revient, quant à elle, à cibler la seule transmission d'une pensée pernicieuse (B).

A - La provocation publique, transmission d'un dessein criminel

57. Avec l'incrimination de la *provocation publique*, le législateur choisit de réprimer les propos incitatifs qui, lorsqu'ils n'aboutissent pas à la concrétisation du projet criminel ou délictueux du locuteur, manifestent tout du moins sa dangerosité pour la société (2). A cette fin, il fallait d'abord autonomiser l'infraction classique de provocation du cadre inadapté de droit commun dans lequel elle évoluait jusqu'alors (1).

1 - L'autonomisation de l'infraction de provocation publique

58. Longtemps appréhendée comme élément constitutif de la complicité d'une infraction commise à titre principal, la provocation est, sous sa forme classique, inapte à assurer la répression des propos qui n'entraient pas dans les prévisions textuelles visant la participation à l'infraction d'autrui (a). C'est en prenant conscience de la dangerosité avérée de ces discours que le législateur a émancipé la provocation publique de ce cadre de droit commun pour en faire une infraction autonome (b).

²³⁰ J.-Y. Lassalle, Rép. Pén. Dalloz, V° *Provocation*, 2003, n° 1.

²³¹ En ce sens, v. D. Portolano, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, thèse ss. dir. G. Di Marino, Nice, 2011, Lextenso 2012, p. 4 n° 3

²³² La provocation peut alors se définir comme « *un comportement intellectuellement dangereux mis au service du crime dans les domaines les plus divers* » (N. Joffroy, *La provocation en droit pénal*, thèse ss. Dir. R. Bernardini, Nice, 2000, p. 17, n° 8).

²³³ CNRTL.fr, V° *Apologie*, étym.

²³⁴ P.-J.-E. Fabreguette, *De la complicité intellectuelle et des délits d'opinion, de la provocation et de l'apologie criminelles, de la propagande anarchiste*, Paris, Marescq aîné, 1894-95, sp. p. 60.

a - L'inadaptation à l'expression publique du rattachement traditionnel de la provocation à la complicité

59. L'idée selon laquelle le provocateur exerce une influence déterminante sur la personne provoquée est admise depuis bien longtemps²³⁵. C'est autour de ce rapport d'influence d'un individu sur un autre que le droit commun a organisé, pendant longtemps et à titre exclusif, la répression pénale de la provocation sous le régime de la complicité. De cette forme sous laquelle la provocation est réprimée résultait cependant une impunité de fait pour des provocations commises publiquement.

60. La matérialité de la provocation envisagée en tant que participation morale au crime d'autrui a fait l'objet d'un traitement relativement constant en droit répressif depuis l'Antiquité. Cette approche définit limitativement les actes par lesquels le provocateur se rend complice de l'infraction commise à titre principal. En l'absence de fondements légaux propres à distinguer l'auteur intellectuel d'une infraction (*auctor*) de son auteur matériel (*minister*²³⁶), les jurisconsultes romains, par la démarcation opérée entre complicités matérielle et morale, avaient fait de certains procédés malhonnêtes un mode de participation criminelle à part entière. Parmi les divers modes de complicité envisagés par la théologie thomiste, utilisée par les pénalistes jusqu'au XVIII^e siècle, se trouvaient notamment le *jussio* (mandat), le *consilium* (conseil), et le *palpo* (flatterie)²³⁷. Aussi, « celui qui provoquait l'infraction par ordre, commandement, abus d'autorité, mandat ou conseil »²³⁸ devenait instigateur de celle-ci.

La provocation ne constituait alors qu'une forme de complicité des crimes. La participation intellectuelle à l'infraction, nommée « *consilio* », était assimilée à la participation matérielle à celle-ci, de telle sorte que chaque participant devait être considéré comme un auteur à part entière²³⁹ et puni à un degré égal de sévérité²⁴⁰. Peu à peu cependant, cette théorie de l'emprunt de pénalité préconisée en Droit Romain pour la répression des complices perdit de

²³⁵ « De tout temps, les instigateurs, les moteurs ont été regardés, sinon comme des auteurs principaux (ce qui serait plus vrai), du moins comme des complices » (P.-J.-E. Fabreguettes, *De la complicité intellectuelle et des délits d'opinion, de la provocation & de l'apologie criminelles, de la propagande anarchiste*, op. cit., p. 1).

²³⁶ N. Joffroy, op. cit., pp. 113-114, n° 110.

²³⁷ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, op. cit. p. 677, n° 535, n.b.p. 2.

²³⁸ E. Merad, *La complicité au XVIII^{ème} siècle d'après la doctrine et la jurisprudence du Parlement de Paris*, thèse Paris, 1979, p. 5 ; R. Fernex de Montgex, *Etude sur la complicité*, thèse Grenoble, 1867, p. 43 ; E. Desguerrois, *La complicité*, thèse Montpellier, 1887, p. 43, cités in D. Portolano, op. cit. pp. 12-13 n° 6, p. 15 n° 7.

²³⁹ N. Joffroy, op. cit. p. 113, n° 110.

²⁴⁰ D. Portolano, op. cit. pp. 12-13 n°6, p. 15 n° 7.

son importance, et le provocateur devint, au XVIII^e siècle, un « participant de première zone », qui apparaissait alors « *comme l'individu le plus nocif pour la société* »²⁴¹. Certains auteurs considéraient ainsi que « *la loi répute en général ceux qui commandent le crime comme les seuls vrais coupables, en ce qu'elle suppose que celui qui l'a exécuté n'a été que l'instrument et qu'il a agi plutôt par crainte et obéissance plutôt que par malice* »²⁴². Au départ ignorée par la loi, la dangerosité du provocateur fit donc progressivement l'objet d'une prise en compte par la doctrine et la justice en tant qu'auteur moral de l'infraction commise. Cette approche subjective, permettant au juge de se prononcer davantage sur la nocivité du comportement provocateur vis-à-vis de la société que sur l'exécution matérielle de l'infraction par l'agent provoqué, fut cependant abandonnée après la Révolution française. Lui fut alors préférée une démarche objective, d'après laquelle la matérialité de l'acte prime sur son instigation éventuelle par un tiers.

Les périodes de l'Antiquité et de l'Ancien Droit avaient néanmoins permis la détermination d'une variété de comportements par lesquels le provocateur pousse autrui à commettre l'acte criminel. Ce champ d'application de la complicité par provocation ne connut, par la suite, que peu de modifications. En effet, le Titre III de la deuxième partie du Code pénal du 25 septembre 1791, intitulé « *des complices des crimes* », prévoyait en son article 1^{er} trois formes de complicité du crime d'autrui. Parmi celles-ci, la provocation faite « *par dons, promesses, ordres ou menaces* » était envisagée en premier, inaugurant la présence, au sein des codifications successives du mécanisme de la complicité par provocation, des adminicules précisant les modes d'incitation d'après lesquels devra être établie la preuve du lien de causalité entre le comportement du provocateur et la consommation de l'acte par l'auteur principal. Les Codes pénaux ultérieurs conservèrent, de fait, cette architecture en ne modifiant que certains modes de provocation, au gré des nécessités déterminées par le législateur. Le Code pénal de 1810, en s'inspirant des dispositions du Code pénal révolutionnaire, envisageait le mécanisme de la complicité dans ses articles 59 et 60, le second définissant les éléments matériels requis pour emporter sa constitution. Aux adminicules énumérés dans le code précédent – auxquels celui de l'*ordre* a été soustrait – s'ajoutaient l'« *abus d'autorité ou de pouvoir* » ainsi que les « *machinations ou artifices coupables* »²⁴³. Finalement, le Code pénal de 1994 a repris le double

²⁴¹ N. Joffroy, *op. cit.* p. 114, n° 110.

²⁴² Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris 1780 p. 5 s., cité *ibidem* p. 115, n° 111.

²⁴³ Ce dernier mode de réalisation de la provocation n'a pas été repris dans le Code pénal actuel, probablement en raison du nombre réduit de cas dans lesquels il a été retenu en jurisprudence. A également été avancé, au soutien

élément légal de son prédécesseur en matière de complicité, pour la faire figurer à ses articles 121-6 et 121-7. Ce dernier article dispose, à son alinéa second, que doit être considérée comme complice « *la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre* ».

Ce rattachement de la provocation au mécanisme de la complicité, pour solidement ancré qu'il fut au sein de la culture juridique romano-germanique, présente l'inconvénient de restreindre considérablement le champ d'action du juge répressif quant à certaines formes de provocation. Les conditions de formation de la qualité de complice sont en effet incompatibles avec le caractère impersonnel de la provocation publique, ainsi qu'avec le rattachement aléatoire de celle-ci à un acte effectivement commis et punissable.

61. En effet, afin qu'une provocation soit constituée au titre de la complicité, il faut que « *la provocation ait été directe, c'est-à-dire que l'idée de l'infraction ait été nettement exprimée par le provocateur, et qu'elle ait été individuelle, c'est-à-dire adressée personnellement à celui que l'on veut convaincre de commettre l'infraction* »²⁴⁴. Ces caractères direct et individuel de la provocation jouent conjointement un rôle dans la formation du lien de complicité entre auteur moral et auteur matériel de l'infraction. Cette forme classique de provocation semble en effet se caractériser par une *singularisation* de l'acte auquel le provocateur aspire, en ce qu'il convainc une personne déterminée de commettre un acte précis, avec l'idée de la façon dont cet acte sera commis. Une telle approche, conforme au droit de la complicité, lie l'auteur et le complice d'une autre façon que pourrait le faire la provocation publique autonome²⁴⁵. C'est donc bien la corrélation de l'acte provocateur vis-à-vis de l'acte provoqué qui est ici réprimée, ce qui inscrit cette forme de provocation dans une logique différente de celle qui a poussé le législateur à incriminer les provocations publiques.

de l'avant-projet du nouveau Code pénal en 1989, le fait que les « machinations et artifices coupables » étaient susceptibles de revêtir plusieurs définitions, rendant leur appréciation par le juge délicate. Il fut notamment proposé d'y substituer la notion de « ruse » (v. N. Joffroy, *op. cit.* p. 65, n° 59). A pu constituer une telle forme de provocation, par exemple, le fait de mettre en circulation des chèques sans provision dont l'émetteur savait qu'ils allaient contraindre l'auteur d'un faux en écriture à émettre de nouveaux faux pour les payer (Cass. Crim., 6 mars 1969, n° 67-92.099). Certains auteurs regrettent par ailleurs que cet administricule n'ait pas survécu au passage au nouveau Code de 1994, certaines formes de provocation pouvant de ce fait bénéficier « *d'une impunité dont elles ne pouvaient profiter par le passé* ». En ce sens, v. S. Fournier, Rép. Pén. Dalloz, V° *Complicité*, 2013, p. 14 n° 98 ; F. Desportes, F. Le Gunnehec, *op. cit.* p. 520, n° 544.

²⁴⁴ B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 315, n° 355.

²⁴⁵ Jean Carbonnier exprimait cette idée par le fait que « *le complice est cousu dans le même sac que l'auteur principal* » (*Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal*, JCP 1952.I.1034).

D'abord, la désignation explicite du comportement auquel l'auteur principal de l'infraction est provoqué constitue le *caractère direct* d'une provocation. Elle s'avère cruciale dans la détermination du lien de causalité entre l'acte provocateur et le commencement d'exécution de l'infraction²⁴⁶. En effet, « *le caractère direct de la provocation permet un renforcement de la conviction du juge quant à l'existence du lien de causalité* »²⁴⁷, évitant ainsi la reconnaissance arbitraire de la complicité du provocateur présumé lorsque son comportement apparaît équivoque. Le terme « direct » est toutefois employé de façon aléatoire dans la plupart des infractions de provocation et fait aujourd'hui encore l'objet de débats doctrinaux²⁴⁸. En effet, certains auteurs considèrent que le fait de provoquer « directement » tend seulement à exclure les messages adressés à un public indéterminé²⁴⁹, tandis que d'autres estiment que l'appréciation du caractère direct d'une provocation se fait essentiellement en relation avec son objet²⁵⁰. Suivant cette dernière hypothèse, il semble approprié, en matière de complicité, de considérer que le caractère direct d'une provocation est constitué par *l'indication suffisamment précise, par le provocateur, du comportement auquel il provoque*.

Ensuite, la provocation envisagée sous le régime de la complicité du droit commun, « *contrairement à une provocation publique, [...] doit s'adresser à une personne déterminée* »²⁵¹, ce qui signifie qu'elle prend nécessairement forme entre des interlocuteurs dont les échanges se font, consciemment, de personne à personne²⁵². Le caractère « déterminé » de la personne faisant l'objet d'un(e) « *don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir* » permet ainsi de distinguer le cas où plusieurs personnes seraient provoquées *individuellement* dans le cadre d'une provocation non publique comprise dans le champ d'application de l'article 121-7 du Code pénal, de celui d'une provocation publique où le rapport entre le provocateur et le public devient nécessairement impersonnel²⁵³. La complicité

²⁴⁶ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 142, n° 264.

²⁴⁷ D. Portolano, *op. cit.* p. 95 n° 65.

²⁴⁸ *Ibidem* pp. 94-95, n° 62-65.

²⁴⁹ En ce sens, v. J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, *op. cit.* p. 401 n° 615 ; M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial : Infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2006, n° 349.

²⁵⁰ « *En d'autres termes, l'adjectif « direct » appliqué à la provocation n'implique pas que le propos litigieux ait été adressé personnellement à l'individu ou aux individus qui sont passés à l'acte ou étaient susceptibles de le faire* » ; v. E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* pp. 142-143, n° 265 ; v. dans le même sens, P. Conte, *Droit pénal spécial*, Litec, 5^{ème} éd., 2016, p. 273, n° 390.

²⁵¹ J.-Y. Lassalle, *Rép. Pén. Dalloz*, V° *Provocation*, étude préc., p. 3 n° 10. Dans le même sens, v. D. Portolano, *op. cit.* p. 17 n° 7 ; P. Salvage, *Jcl. Pénal Code*, fasc. 20, *Complicité*, étude préc. n° 69.

²⁵² J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.* p. 409, n°487 ; J. Languier, *Droit pénal général*, Dalloz 19^{ème} éd. 2003, p. 82.

²⁵³ Dans le même sens, Henri Angevin, évoquant le délit de provocation au suicide de l'article 223-13 du Code pénal, estime que celle-ci, bien que collective, doit conserver une détermination des personnes auxquelles elle

par provocation requiert ainsi un degré minimum de familiarité entre les protagonistes de l'infraction qui, s'ils ne sont pas nécessairement proches sur un plan social, le deviennent fatalement vis-à-vis du dessein criminel entretenu par le provocateur.

62. Enfin, le champ d'application de l'article 121-7 du Code pénal se trouve encore davantage réduit par la condition relative à la commission d'un acte punissable consécutif à la provocation. De jurisprudence constante, la complicité, pour être établie, doit se rattacher à un fait principal punissable. Celui-ci « *constitue un des éléments nécessaires de la complicité et doit être constaté* » par le juge²⁵⁴, sans quoi l'agent provocateur ne saurait faire l'objet de poursuites. La théorie de la *criminalité d'emprunt*, retenue en droit positif au titre de la répression des personnes revêtant la qualité de complice d'une infraction, en rupture avec la *pénalité d'emprunt* qui était appliquée sous l'empire de l'ancien article 59 du Code pénal²⁵⁵, implique en effet que les faits commis par le complice « *ne prennent un caractère pénal que par référence à l'infraction commise par l'auteur* »²⁵⁶. Dès lors, « *ce n'est pas la punissabilité de l'auteur principal qui importe pour la complicité, mais la punissabilité de l'acte qu'il a commis* »²⁵⁷. Dans le cadre de la provocation-complicité, il est donc nécessaire que celle-ci soit suivie d'effet et que l'acte auquel il a été provoqué soit lui-même constitutif d'une infraction en droit pénal. A ce titre, le célèbre arrêt *Lacour* du 25 octobre 1962 fut l'occasion pour la Chambre criminelle de considérer que le fait, par des dons, de provoquer une personne à commettre un assassinat ne pouvait entraîner la répression du provocateur qu'en présence d'un commencement d'exécution de la part de la personne provoquée²⁵⁸. Cette « *tentative de complicité* »²⁵⁹ présente pourtant, dans la plupart des cas, l'inconvénient de laisser impunie la dangerosité pourtant manifestée par l'auteur d'une provocation.

Le mécanisme de la complicité de droit commun demeure donc largement dépendant d'un rapport individualisé entre provocateur et provoqué, de telle sorte que la provocation

s'adresse sous peine de tomber dans un registre apologétique, donc impersonnel, et de ne plus être constitutive de l'infraction. v. H. Angevin, Jcl. Pénal Code, fasc. 20, *Provocation au suicide*, n° 17.

²⁵⁴ Cass. Crim., 1^{er} mars 1945, Recueil Dalloz 1945, p. 265 ; 13 novembre 1973, Bull. crim 1973 n° 414; 1^{er} décembre 1987, Bull. crim. 1987 n° 438; 14 avril 1999, Bull. crim. 1999 n° 81, RSC 1999 p. 809, obs. B. Bouloc.

²⁵⁵ En ce sens, v. B. Bouloc, *Droit pénal général, op.cit.* p. 323 n° 367.

²⁵⁶ P. Salvage, Jcl. Pénal Code, fasc. 20, *Complicité*, étude préc. n° 6.

²⁵⁷ B. de Lamy, *La culpabilité du complice est autonome ou les méandres de la criminalité d'emprunt*, D. 2004, p. 310.

²⁵⁸ Cass. Crim., 25 octobre 1962, JCP 1963.II.12985.

²⁵⁹ L'expression fut notamment retenue par la Chambre criminelle dans un arrêt du 23 mars 1978, Bull. crim. 1978 n° 116.

prévue par ce même mécanisme s'éloigne de la provocation en tant que comportement public et impersonnel. La dangerosité sociale de celui-ci fit cependant l'objet d'une reconnaissance progressive par le législateur, jusqu'à constituer un véritable droit spécial de la provocation.

b - La consécration de la provocation publique en tant qu'infraction autonome

63. La provocation, bien davantage qu'un mode de participation au crime d'autrui, s'entend aujourd'hui d'un ensemble d'infractions commises dans un cadre beaucoup moins restreint que celui, traditionnel, dont elles sont issues. Au titre des provocations commises par la communication publique à un public indéterminé, le droit commun s'est enrichi, de façon désordonnée, d'incriminations de provocation publique (i), tandis que le droit spécial de la presse a établi un régime homogène de la provocation publique (ii).

i - La pénalisation désordonnée de la provocation publique en droit commun

64. Les infractions de provocation incriminées ponctuellement en droit commun ne semblent pas obéir à une logique répressive uniforme. Leur applicabilité au cadre de l'expression publique est à géométrie variable : certains délits la prévoient explicitement, tandis que d'autres n'en font pas mention, sans pour autant l'exclure.

65. Une provocation nécessairement publique. – C'est dans le contexte post-révolutionnaire, où la presse royaliste constituait une menace pour le pouvoir encore fragile instauré après les événements de 1789²⁶⁰, que la Constitution de 1791 évoquait pour la première fois la provocation publique dans son Chapitre V consacré au pouvoir judiciaire²⁶¹. Avaient ainsi été incriminés, avant même la promulgation du premier Code pénal, certains faits de provocation publique²⁶². Par la suite, le Code pénal du 25 septembre 1791 offrit quelques

²⁶⁰ Le parti « noir » de l'abbé Maury, partisan d'un retour à l'Ancien Régime et complice d'une première tentative « d'enlèvement » du Roi aux Tuileries en février 1791, multipliait en effet les actions violentes au sein du pays, et discréditait la Constituante et la monnaie révolutionnaire de l'assignat dans son journal « *les Actes des Apôtres* ». L. Genet, *Révolution – Empire, 1789-1815*, Masson 1975, p. 22.

²⁶¹ L'article 17 disposait que « nul homme ne peut être recherché ni poursuivi pour raison des écrits qu'il aura fait imprimer ou publier sur quelque matière que ce soit, si ce n'est qu'il ait provoqué à dessein la désobéissance à la loi, l'avilissement des pouvoirs constitués, la résistance à leurs actes, ou quelques-unes des actions déclarées crimes ou délits par la loi ».

²⁶² Le décret du 18 juillet 1791 visait le fait, « soit par des placards ou affiches, soit par des écrits publiés ou colportés, soit par des discours tenus dans des lieux ou assemblées publiques », de provoquer « le meurtre, le pillage, l'incendie ou conseillé formellement la désobéissance à la loi » (art. 1^{er}). Le même décret punissait de

premiers exemples explicites de répression de la provocation publique. Ce texte comportait en effet plusieurs références à la provocation, entendue de différentes façons : l'article 2 du Titre III de la Deuxième partie du Code prévoyait, pour la première fois, une hypothèse de complicité par provocation publique à un crime dont la commission avait été constatée.

Le Code pénal de 1810, s'il ne comportait pas de dispositions aussi générales destinées à réprimer la provocation publique et directe aux crimes et délits, contenait toutefois, lors de sa promulgation, de multiples dispositions réprimant de façon ciblée les provocations commises publiquement. L'article 102, présent dans la section relative à la sûreté intérieure de l'Etat (visant notamment les complots et attentats perpétrés contre l'Empereur et sa famille, les guerres civiles, l'emploi illégal de la force armée, la dévastation et le pillage public), sanctionnait ceux qui provoquaient publiquement les citoyens aux infractions de ladite section, des peines encourues par l'auteur de celles-ci lorsque les provocations étaient suivies d'effet, et, à défaut, du bannissement. S'agissant des discours prononcés en assemblée publique ou diffusés par écrit par les ministres des cultes, les articles 201 à 206 prévoyaient un assortiment de peines (emprisonnement, bannissement, déportation) variant selon la forme du discours (oral ou écrit) et selon qu'il avait été suivi d'effet ou non. En vertu de l'article 217, la provocation, toujours publique, au crime de rébellion engageait la responsabilité du provocateur comme coupable du crime commis à titre principal ou lui faisait encourir une peine d'emprisonnement de six jours à un an lorsque la provocation n'était pas suivie d'effet. Enfin, comme par anticipation du futur système de « responsabilité en cascade » instauré par le droit de la presse, les provocations aux crimes et délits commises par voie d'écrits, images ou gravures ne faisaient l'objet d'une répression qu'au travers des crieurs, afficheurs, vendeurs et distributeurs qui en auront assuré la diffusion lorsque les moyens de publication ne comportent pas de nom d'auteur, d'imprimeur ou de graveur (article 285).

Le Code pénal de 1994 conserva la plupart des infractions de provocation publique précédemment consacrées en droit pénal, au sein d'un Livre IV relatif aux « *crimes et délits contre la Nation, l'Etat et la paix publique* ». Parmi celles-ci, les provocations directes à un attroupement armé et à la rébellion, incriminées aux articles 431-6 et 433-10, le sont toutes deux uniquement lorsqu'elles sont manifestées « *soit par des cris ou discours publics, soit par*

« *trois ans de chaîne* » le fait de faire, « *dans un attroupement ou émeute* », entendre « *un cri de provocation au meurtre* » (art. 2). cité par P.-J.-E. Fabreguettes, *De la complicité intellectuelle et des délits d'opinion*, op. cit. pp. 2 et 3, n.b.p. n° 1.

des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image ». Le livre IV du Code pénal comporte d'autres infractions qui, sans y être limitées, prévoient expressément la provocation parmi leurs modes de commission : l'article 412-8 vise le fait « *de provoquer à s'armer contre l'autorité de l'Etat ou contre une partie de la population* » ; l'article 413-3 incrimine quant à lui, en y ajoutant le dol spécial visant à « *nuire à la défense nationale* », le fait de provoquer à la désobéissance par quelque moyen que ce soit des militaires ou des assujettis affectés à toute forme du service national. Dans les deux cas, un alinéa précise en des termes identiques que « *lorsque la provocation est commise par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables* ». Enfin, le 9 août 2010, la loi n° 2010-930 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale a intégré, par son article 1^{er}, un article 211-2 incriminant la provocation publique et directe à commettre un génocide. Contrairement aux articles précités, la publicité de cette provocation peut se manifester « par tous moyens », signe que le législateur souhaite, en raison de la gravité extrême de l'infraction, inclure dans son champ d'application le maximum de comportements.

Enfin, d'autres textes que le Code pénal visent les provocations commises exclusivement par la voie de procédés de diffusion ou d'expression publique, mais sous des conditions plus restrictives. D'une part, certaines provocations ne peuvent être commises que par certaines personnes, et dans des conditions particulières : il en est ainsi de l'article 35 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'Etat, qui vise le « *discours prononcé ou un écrit affiché ou distribué publiquement* » dans un lieu où s'exerce un culte religieux par « *le ministre du culte qui s'en sera rendu coupable* », lorsqu'il contient « *une provocation directe à résister à l'exécution des lois ou aux actes légaux de l'autorité publique, ou s'il tend à soulever ou à armer une partie des citoyens contre les autres* ». D'autre part, certains textes visent, quant à eux, la provocation lorsqu'elle s'effectue par certains moyens particuliers d'expression publique : l'article 459 du Code des douanes vise, en son troisième paragraphe, l'incitation, « *par écrit, propagande ou publicité* » à contrevenir à la législation en matière de douanes, « *que cette incitation ait été suivie ou non d'effet* » (cet article limite la répression à des procédés visuels et scripturaux et semble ainsi exclure les discours ou cris proférés dans des lieux ou réunions publics). L'article 1747 du Code général des impôts, en son alinéa second, punit « *quiconque aura incité le public à refuser ou à retarder le paiement de l'impôt* ». Egalement, la loi du 18 août 1936 réprime les atteintes au crédit de la nation, dont

l'ensemble des incriminations visent des comportements s'adressant au « public ». L'article 2 de cette loi réprime l'incitation du public à « *des retraits de fonds de caisses publiques ou des établissements obligés par la loi à effectuer leurs versements dans les caisses publiques* », ainsi qu'à « *la vente de titres de rente ou autres effets publics* ».

66. Une provocation possiblement publique. – D'autres incriminations de la provocation restent muettes sur la répression de leur commission par la voie de l'expression publique, voire parfois sur leurs modes de commission au sens large. Si l'expression publique occupe, de ce fait, une place moins importante dans les préoccupations du législateur lorsqu'il incrimine ces formes d'incitation, elle ne s'en trouve cependant pas expressément exclue. C'est déjà le cas lorsque les dispositions qui s'y rapportent font état d'une indifférence quant aux moyens de leur commission. En ce sens, l'article 412-4 du Code pénal punit de quinze ans de détention criminelle plusieurs comportements assimilés comme des formes de participation à un mouvement insurrectionnel, parmi lesquelles le fait de provoquer « *à des rassemblements d'insurgés, par quelque moyen que ce soit* ».

D'autres provocations potentiellement publiques sont incriminées hors du Code pénal. Peut notamment être citée, comme étant commise « *par quelque moyen que ce soit* », la provocation à l'insoumission de l'article L. 129 du Code du service national. Egalement, l'article L. 114-18 du Code de la sécurité sociale prévoit une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende pour toute personne qui « *par quelque moyen que ce soit, incite les assujettis* » à ne pas s'affilier à un organisme de sécurité sociale ou à ne pas payer leurs cotisations. La pluralité des destinataires est ici induite par la rédaction même de l'article, qui suppose que l'incitation puisse être dirigée vers un public indéterminé.

Dans d'autres cas, enfin, aucune précision n'est faite quant aux moyens susceptibles de constituer matériellement l'infraction de provocation. En ce sens, les préoccupations relatives à la mortalité routière sont à l'origine de nombreuses mesures législatives et réglementaires en matière de limitation des vitesses et de contrôles automatiques ou humains de celles-ci. Parmi ces mesures, l'interdiction de la vente de dispositifs de dépassement des vitesses maximales, de cylindrées ou de puissance maximale d'un moteur s'accompagne depuis 2003 d'une répression de l'incitation à se procurer de tels dispositifs, au sens de l'article L. 317-5 du Code de la route²⁶³. Dans le même temps, a été incriminée l'incitation à l'achat ou à l'utilisation d'un

²⁶³ Loi n° 2003-485 du 12 juin 2003 renforçant la lutte contre la violence routière, art. 18.

appareil destiné à déceler la présence ou à perturber le fonctionnement de radars automatiques (art. L. 413-2 du Code de la route). Dans ces deux cas, il n'est nullement fait mention des moyens par lesquels le provocateur incite le consommateur à se procurer de tels produits. Cependant, au regard des enjeux humains à l'origine de l'incrimination de ces formes d'incitation, il semble parfaitement envisageable que les auteurs de publicités, articles de journaux ou tout autre type de publication faisant la promotion de tels dispositifs puissent faire l'objet de poursuites sur la base de ces dispositions.

La typologie des incriminations de provocation en droit commun se caractérise donc par une absence de logique et d'homogénéité, probablement imputable à la ponctualité de leur incrimination au gré des besoins du législateur. Le régime de la provocation publique instauré par le droit de la presse apparaît, quant à lui, plus homogène.

ii - La pénalisation homogène de la provocation publique en droit de la presse

67. Le XVIII^e siècle a vu apparaître un ensemble de normes successives et complémentaires entre 1814 et 1835 et qui constituèrent, jusqu'à l'adoption de la célèbre loi du 29 juillet 1881, le premier droit spécial de la presse. La provocation publique occupe, au sein de cet ensemble législatif, une place importante, tant celui-ci porte les marques d'une époque troublée.

68. C'est en effet avec la loi du 17 mai 1819 « *sur la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication* » que le législateur a réalisé un premier recueil d'infractions commises par la voie de l'expression publique, parmi lesquelles les provocations. Le premier chapitre de cette loi était consacré à la provocation publique aux crimes et délits, dont l'article premier énumérait les modes de commission, ceux-ci étant utilisés pour tous les autres comportements incriminés par le texte²⁶⁴. Ce même article réputait comme complice d'un crime ou d'un délit commis quiconque aura provoqué par ces mêmes moyens l'auteur ou les auteurs de ce crime ou de ce délit. La logique de l'infraction empruntait donc, pour sa seule répression, aux mécanismes de la complicité. La provocation publique *non suivie d'effet* faisait, quant à elle, l'objet d'un traitement différencié selon qu'elle

²⁶⁴ Les infractions étaient alors commises « *soit par des discours, des cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, des imprimés, dessins, gravures, des peintures ou emblèmes vendus et distribués, mis en vente, ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards et affiches exposés aux regards du public* ».

visait à inciter à la commission de crimes ou de délits : l'article 2 de la loi du 17 mai 1819 prévoyait en effet, dans le premier cas, un emprisonnement de trois mois à cinq ans ainsi qu'une amende de cinquante à six mille francs, tandis que les provocations aux délits non suivies d'effets se voyaient réprimées par l'article 3 d'une peine de prison allant de trois jours à deux ans et d'une amende dont le montant s'élevait de trente à quatre mille francs.

Quoiqu'introduite au sein d'une loi spéciale, il s'agit de la première consécration d'un régime général de la provocation publique permettant une harmonisation des mécanismes de répression en la matière. Soixante-deux ans plus tard, la loi du 29 juillet 1881 conserva les fondations de ce modèle pour les simplifier encore davantage.

69. L'article 23 de la loi de 1881, qui définit également l'élément matériel de publicité pour l'ensemble des incriminations visées par la loi, réprime la *provocation directe suivie d'effet* à la commission d'infractions. Comme son ancêtre, ce délit implique qu'une infraction ait été constatée, puis rattachée à une provocation publique par un lien de causalité, et répute le provocateur complice de l'auteur principal de cette infraction. L'article 23 innove toutefois par rapport à l'ancienne législation : non seulement la provocation doit être *directe*, mais « *cette disposition sera également applicable lorsque la provocation n'aura été suivie que d'une tentative de crime prévue par l'article 2 du Code pénal* ». Ainsi, la provocation à un délit, de laquelle n'aura résulté qu'une tentative, ne tombe étrangement pas sous le coup de la loi²⁶⁵.

Cette première forme de provocation publique envisagée par la loi du 29 juillet 1881 pourrait donc s'analyser comme une forme de « *complicité intellectuelle* »²⁶⁶. Néanmoins, tandis que l'infraction « *fait basculer dans le domaine de la délinquance au sens propre, car l'action punissable participe en quelque sorte d'un acte préparatoire à la commission de l'infraction* »²⁶⁷ et que la peine est celle de la complicité, la provocation directe à commettre un crime ou un délit doit être considérée comme une infraction autonome. En effet, si l'article 23, alinéa 1^{er} de la loi de 1881 évoque bien la complicité dans son dispositif, il précise toutefois que l'auteur de l'infraction sera puni « *comme complice* » et non qu'il fera l'objet d'une déclaration de culpabilité en tant que complice. Cette particularité a entraîné des débats

²⁶⁵ Cette absence de prise en compte de la tentative d'un délit par le législateur de 1881 peut apparaître regrettable dans la plupart des cas, « *car, plus que jamais, le comportement final qui détermine la sanction échappe à l'auteur de la provocation* ». v. E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 145, n° 270.

²⁶⁶ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. p. 192.

²⁶⁷ *Idem*.

doctrinaux quant aux liens entretenus par cette infraction de presse avec le mécanisme de la complicité en droit commun²⁶⁸, notamment quant à la question de la forme prise par la répression en cas de concours de qualifications avec le mécanisme de la complicité : si certains auteurs affirment que les faits doivent être incriminés sous la plus haute expression pénale²⁶⁹, d'autres estiment que la règle *specialia generalibus derogant* doit s'appliquer, en raison du contexte dans lequel l'infraction est commise²⁷⁰. Si l'on considère que c'est le besoin d'adapter la répression à une configuration qui y faisait obstacle qui a conduit le législateur de 1881 à créer un délit distinct, il paraît opportun de considérer que le principe de spécialité de la loi s'applique en de telles circonstances. Partant, et dans le seul cas où l'infraction provoquée survient dans les trois mois constituant le délai au-delà duquel la provocation est prescrite en vertu de l'article 65 de la même loi, son auteur « *doit être déclaré auteur d'une infraction distincte de l'infraction principale* »²⁷¹.

70. L'article 24 de la loi de 1881 incrimine, quant à lui, la *provocation directe et non suivie d'effet* à des crimes et délits. Cependant, en rupture avec les dispositions de la loi du 17 mai 1819 qui faisaient entrer dans leur champ d'application les provocations non suivies d'effet à n'importe quel crime ou délit, celles-ci n'étendent pas la répression à toute provocation directe : seules étaient visées, lors de la promulgation de la loi, les provocations aux « *crimes de meurtre, de pillage et d'incendie, ou l'un des crimes contre la sûreté de l'État prévus par les articles 75 et suivants, jusques et y compris l'article 101 du Code pénal* ». L'article 24 a toutefois subi des modifications successives par lesquelles le législateur a accru le nombre d'infractions auxquelles la provocation non suivie d'effet est réprimée, incluant désormais des délits : sont désormais visées les provocations directes aux infractions d'atteintes volontaires à la vie, à l'intégrité de la personne et d'agressions sexuelles (Livre II du Code pénal), aux vols,

²⁶⁸ Certains auteurs plaident en faveur de l'acception selon laquelle l'infraction de l'article 23 de la loi de 1881 est un délit de complicité à part entière : « *en effet, ici l'agent provocateur reste puni comme complice, car ce texte ne résulte pas de la volonté de le faire échapper au statut de complice, mais de la volonté de surmonter l'inadéquation de la disposition générale du Code pénal dans un domaine particulier, celui de la presse* ». D. Portolano, *op. cit.* p. 101, n° 70. V. aussi J.-H. Robert, *Apologies et provocations de crimes et délits*, Jcl. Communication, fasc. 3170, n° 8-15 ; J. Languier, *Droit pénal général*, *op. cit.* p. 83. En faveur de cette position, l'on peut rappeler que l'article 1^{er} de la loi du 17 mai, « ancêtre » de l'article 23, réputait complices du crime ou du délit commis ceux qui y avaient provoqué. Au contraire, d'autres auteurs considèrent que la référence à la complicité contenue dans l'article 23 n'est qu'une indication relative à la détermination de la peine : v. E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 2^{ème} éd., *op. cit.* n° 270-271.

²⁶⁹ D. Portolano, *op. cit.* p. 101, n° 70 ; v. aussi J.-H. Robert, *Apologies et provocations de crimes et délits*, Jcl. Communication, fasc. 3170, étude préc., n° 12.

²⁷⁰ J.-Y. Lassalle, Rép. Pén. Dalloz, V° *Provocation*, étude préc. p. 3 n° 13 ; J.-B. Thierry, Jcl. lois pénales spéciales, fasc. 60, *Provocation aux crimes et délits*, n° 10.

²⁷¹ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 2^{ème} éd., *op. cit.* p. 139 n° 270.

extorsions et destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes (Livre III), et enfin, à l'un des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation (Livre IV). Jusqu'à une période récente, la provocation directe à des actes terroristes était également incriminée au sixième alinéa de l'article.

Si le législateur n'incrimine que les provocations non suivies d'effet visant à la commission d'un certain nombre d'infractions déterminées, c'est qu'une telle provocation est sujette à beaucoup d'incertitudes quant à la dangerosité exprimée par son auteur en raison de l'absence de passage à l'acte. C'est le caractère aléatoire pris par cette forme de provocation qui justifie sa limitation à certains crimes ou délits graves. Ce choix constitue une illustration de la logique de compromis qui fut celle du législateur de 1881 : le droit à la liberté d'expression ne peut tolérer de limites que pour des abus d'une certaine gravité et dont la caractérisation est évidente, sinon aisée²⁷². En toute logique, et à la différence de l'infraction de l'article 23, il n'est ici pas nécessaire d'apprécier le lien pouvant exister entre le message provocant et d'éventuelles conséquences pouvant en découler : c'est le contenu même du message qui doit être apprécié comme étant ou non *de nature* à entraîner chez ses destinataires l'envie de commettre tel ou tel crime ou délit visé par le texte²⁷³.

Qu'il s'agisse pour le législateur d'incriminer ponctuellement certains comportements particulièrement graves ou spécifiques ou d'établir un régime général de la provocation par voie de presse, c'est néanmoins toujours en considération de la manifestation par le provocateur d'une certaine dangerosité sociale.

2 - La légitimation de l'infraction de provocation publique par sa dangerosité sociale

71. L'incrimination de la provocation publique aux crimes et délits traduit la prise en compte par le législateur de la manifestation, par le provocateur, d'un état dangereux prédélictuel (a). Dès lors, l'intensité de la répression varie en fonction des effets produits par le comportement provocant (b).

²⁷² En ce sens, v. le rapport général de M. Lisbonne sur le projet de loi de 1881, cité in H. Celliez, C. Le Senne, *Loi de 1881 sur la Presse*, Paris, 1882, p. 163.

²⁷³ En ce sens, v. B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, op. cit. p. 311, n° 501.

a - La manifestation publique d'un état dangereux prédélictuel

72. La pensée classique qui inspira les codes pénaux de 1791 et 1810, largement tirée de l'œuvre de Cesare Beccaria et Jeremy Bentham²⁷⁴, fondait la détermination du châtement à infliger à l'auteur d'une infraction sur les concepts de culpabilité et de responsabilité morale²⁷⁵ : « *c'est de la malice du cœur que dépend la gravité du péché, et les êtres finis ne pouvant sonder cet abîme sans le secours de la révélation, comment détermineront-ils, pour la punition des crimes, un calcul qui partirait ainsi d'une base inconnue ?* »²⁷⁶ Cette « objectivation du droit de la responsabilité »²⁷⁷, faisant de la matérialité des faits l'élément prépondérant de la culpabilité d'une personne, s'accordait mal avec la répression du provocateur en tant qu'« auteur intellectuel »²⁷⁸ de l'infraction. En effet, la nécessité de prouver l'existence de dons, promesses, ordres, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir s'agissant du provocateur-complice empêchait l'appréhension du provocateur public, dont les agissements aveugles se matérialisent difficilement d'une autre manière que par les supports de diffusion de sa pensée. C'est ainsi que les débats précédant l'adoption de la loi du 29 juillet 1881 avaient révélé, chez certains parlementaires, une réelle hostilité à l'encontre du projet visant à inclure dans les dispositions de cette loi la provocation publique aux crimes et délits : l'expression d'une opinion « *peut être détestable, criminelle aux yeux de la morale, fatale, elle peut avoir tous les caractères que vous voudrez, elle ne devient criminelle ou délictueuse que si vous décidez que vous frapperez, dans une mesure quelconque, les délits d'opinion* » s'indignait alors Cunéo d'Ornano²⁷⁹.

S'opposant à cette vision classique, les positivistes, parmi lesquels Garofalo et Ferri, forgèrent une conception déterministe de la responsabilité pénale et de la réponse qui devait y être apportée par la société. Certains voient dans les travaux de ces auteurs les débuts de la criminologie en tant qu'étude du phénomène criminel²⁸⁰. La plupart des évolutions subies par

²⁷⁴ P. Morvan, *Criminologie*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2016, *sp.* p. 303 n° 273.

²⁷⁵ R. Gassin, *Criminologie*, Dalloz 7^{ème} éd. 2011, p. 782 n° 886.

²⁷⁶ C. B. Beccaria, *op. cit.*, Chap. VII pp. 19-20.

²⁷⁷ D. Portolano, *op. cit.* p. 23, n° 9.

²⁷⁸ J. Pradel, *op. cit.* p. 409, n° 487 ; F. Desportes, F. Le Gunnehec, *op. cit.* p. 520, n° 544 ; Y. Mayaud, *op. cit.* pp. 439-440, n° 379.

²⁷⁹ J.O. 25 janvier 1881, *Débats et documents parlementaires, Chambre*, p. 37, cité par B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, *op. cit.* p. 294, n° 476.

²⁸⁰ R. Gassin, *op. cit.* p. 1, n° 1.

le droit pénal à travers le XX^e siècle témoigne de l'influence exercée par les criminologues sur la façon de concevoir le traitement pénal du délinquant et de comprendre les facteurs qui l'ont amené au comportement infractionnel. Parmi les théories qui prirent naissance dans ces courants de pensée, celle de *l'état dangereux*, conçue par Garofalo à partir des développements de Ferri sur la responsabilité sociale du délinquant²⁸¹, fut l'une des plus importantes²⁸². Elle apparaît également comme la plus significative de la façon dont le provocateur public est appréhendé par le droit répressif.

D'après Garofalo, deux critères cumulatifs permettent d'évaluer l'état dangereux d'un délinquant : sa *témébilité*, ou capacité criminelle, qui désigne le degré de faveur avec laquelle un individu va accueillir dans son esprit l'idée d'une activité infractionnelle, et son *adaptabilité*, qui définit dans quelle mesure le délinquant est enclin à donner de lui l'apparence d'un citoyen prompt au respect de la loi. Les combinaisons qui résultent de la réunion de ces critères (capacité criminelle élevée, faible adaptabilité ; capacité criminelle faible, adaptabilité élevée ; capacité criminelle moyenne, adaptabilité moyenne, etc.) permettent ainsi d'établir une grande variété de profils auxquels le traitement pénal doit être mis en adéquation afin d'augmenter la fonction utilitaire de la sanction²⁸³. L'état dangereux est donc celui de « *sujets que leur persistance dans des dispositions internes ou dans des manifestations externes, au-delà d'une infraction extériorisant leur nocuité, peut faire apparaître comme présentant un danger pour autrui et, parfois aussi, pour eux-mêmes* »²⁸⁴.

En droit pénal, l'état dangereux est traditionnellement conçu comme l'extériorisation d'une nocivité au travers d'un acte matériel portant une atteinte directe à une valeur sociale²⁸⁵. Il ne semble donc pas incohérent de considérer que le discours, l'image ou l'écrit par lesquels

²⁸¹ Selon Ferri, « *l'homme commet des méfaits « non pas en libre choix de sa volonté, mais par la tyrannie fatale de son organisme anormal et du milieu extérieur* » ». J. Pradel, *op. cit.* p. 89, n° 104.

²⁸² « [Cette théorie] a eu [...] un impact certain sur les droits positifs avec des institutions comme la relégation des multirécidivistes et les autres mesures de sûreté neutralisatrices (interdiction de séjour par exemple). Elle n'a pas non plus été sans influence sur les premières transformations du droit pénal des mineurs à la fin du XIX^{ème} siècle et dans la première moitié du XX^{ème} siècle. On peut également lui rattacher l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales dans certains droits positifs ». R. Gassin, *op. cit.* p. 708, n° 801.

²⁸³ En ce sens, v. L. Jimenez de Asua, *La mesure de sûreté, sa nature et ses rapports avec la peine*, RSC 1954 n° 1 p. 21, *sp. pp.* 31-34, n° 9-12.

²⁸⁴ R. Beraud, P. Cannat, Vr. Dallade, *L'état dangereux prédélictuel: les traitements*, Rapport général au troisième congrès français de criminologie d'Aix-en-Provence (9-11 octobre 1962), 40 p. <http://data.decalog.net/enap1/liens/fonds/F10D14.pdf>, p. 1 n° 1.

²⁸⁵ La notion d'état dangereux est cependant utilisée aujourd'hui en droit pénal sous une forme *anté-délictuelle*, notamment aux fins de déterminer la nécessité pour le délinquant de faire l'objet de mesures telles que la rétention de sûreté. En ce sens, v. B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.* pp. 132-133, n° 134 ; p. 433, n° 504 ; p. 444, n° 522.

le provocateur incite autrui à commettre une infraction puissent être considérés comme indicateurs de sa témérité. Au surplus, l'efficacité avec laquelle il risque d'influencer ses destinataires peut être le témoin d'une grande adaptabilité. En ce sens, il a pu être affirmé que « *les infractions de provocation illustrent parfaitement l'intégration de l'état dangereux dans la législation* »²⁸⁶. En effet, la provocation, même lorsque ses éléments constitutifs sont réunis, ne tend pas de façon certaine à la réalisation du résultat souhaité par le provocateur (la commission par autrui d'un acte déterminé ou non), *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'une provocation publique non suivie d'effet. Par ailleurs, certaines provocations sont punies indépendamment du caractère infractionnel de l'acte auquel elles incitent. C'est notamment le cas de la provocation au suicide (art. 223-13 C. pén.) et de l'ancienne provocation à l'interruption volontaire de grossesse, toutes deux réprimées à des périodes où les agissements en question ne constituaient plus, au regard du Droit, une infraction. C'est désormais le seul comportement de provocation, en dépit du caractère aléatoire de l'atteinte qu'il peut porter à la société, qui est considéré comme la manifestation de l'état dangereux de son auteur.

La pénalisation de la provocation publique résulte dès lors de la prise en compte d'un état dangereux que l'on peut qualifier de *prédélictuel*, dès lors qu'il n'est pas manifesté par la commission d'une infraction systématiquement subordonnée à la réalisation d'un résultat, mais par un comportement de nature à entraîner celui-ci selon une probabilité suffisante. Il s'agit en effet de l'état d'individus « *situés à moitié chemin entre, d'une part les paisibles ne présentant aucun problème criminologique [...] et, d'autre part, les délinquants dont le passage à l'acte a au moins le mérite de les situer clairement dans la hiérarchie des valeurs* »²⁸⁷. Cette notion a notamment inspiré la distinction entre les infractions dites *matérielles* (comprenant la sous-catégorie des infractions *de résultat*) et les infractions *formelles*, qui irrigue le cadre répressif de la provocation publique.

b - L'ajustement de la répression aux effets de la provocation publique

73. Le provocateur public, au contraire du provocateur complice, destine son message à un ensemble de personnes dont il ne connaît ni la composition ni l'étendue, en espérant qu'un ou plusieurs individus agiront dans le sens des préconisations dudit message. Conscient de cette réalité, le législateur adapte la répression à l'impact de la provocation : le caractère suivi d'effet

²⁸⁶ N. Joffroy, *op. cit.*, p. 242, n° 231.

²⁸⁷ R. Beraud, P. Cannat, Vr. Dallade, *L'état dangereux prédélictuel : les traitements*, étude préc. pp. 28-29, n° 52-54.

d'une provocation publique entraîne, selon les cas, son incrimination à part entière, ou parfois l'aggravation de la peine encourue (i) ; l'absence d'effet de la provocation publique donne lieu à une incrimination formelle du risque qui fut temporairement encouru par la société (ii).

i - La provocation publique suivie d'effet : l'incrimination autonome ou aggravée d'un résultat

74. Il peut arriver que le provocateur parvienne à ses fins en entraînant, par ses discours, la commission d'une ou plusieurs infractions. S'il est démontré qu'un crime ou un délit constaté présente « *une relation incontestable* » avec le message qui appelait à sa réalisation²⁸⁸, alors la provocation est dite « suivie d'effet ». Cette concrétisation du dessein criminel nourri par le provocateur est le dernier lien qui subsiste entre la provocation publique et la provocation classique constitutive d'une complicité en droit pénal : dans certains cas, la constitution de l'infraction de provocation publique exige en effet la réalisation, à titre principal, de l'acte objet de la provocation, ce qui en fait une *infraction de résultat* qui, donc, est une *infraction matérielle*²⁸⁹.

L'infraction de provocation publique suivie d'effet de l'article 23 de la loi de 1881, dont le champ d'application est le plus large, punit « *comme complices d'une action qualifiée crime ou délit* » ceux qui y auront provoqué directement par l'un (ou plusieurs) des moyens énumérés par l'article. Celui-ci n'exclut la provocation d'aucune infraction qualifiée crime ou délit, ce qui en fait l'infraction d'expression publique la plus proche de la provocation-complicité de l'article 121-7 du Code pénal, sans pour autant que l'acte de publication ne prenne la qualification de complicité. Néanmoins, le fait d'avoir opté pour un emprunt de criminalité en lieu et place d'une peine propre à l'infraction comme ce fut le cas pour l'article 24 de la même loi, témoigne d'une volonté de créer le lien qui fait naturellement défaut entre le provocateur et les provoqués dans une configuration d'expression publique²⁹⁰. En ce sens, la provocation publique et directe à la commission d'un crime ou d'un délit demeure la plus atypique des infractions de sa catégorie, étant soumise à la réalisation du dol spécial propre au provocateur, en l'occurrence l'intention de faire commettre des actes pénalement répréhensibles.

²⁸⁸ Cass. Crim., 5 janvier 1883 ; 18 octobre 1900, DP 1901.1.283 ; 25 février 1954, Bull. crim. n° 184.

²⁸⁹ F. Desportes, F. Le Guehec, *op. cit.*, pp. 405-406, n° 445.

²⁹⁰ Sur les rapports entretenus entre l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 et l'article 121-7 du Code pénal, v. *supra*, n° 69.

Si les autres incriminations pour lesquelles la survenance d'un résultat consécutif à une provocation est envisagée par la loi font abstraction totale du droit de la complicité, cette hypothèse est susceptible d'emporter des effets sur la répression. En effet, d'autres infractions de provocation exigent, pour être punissables, l'existence d'un résultat : c'est notamment le cas de la provocation au suicide visée à l'article 223-13 du Code pénal, qui n'est réprimée qu'autant qu'elle a été suivie du suicide ou de la tentative de suicide de la victime. Passant davantage inaperçu dans les paysages législatif et judiciaire français, en raison de son obsolescence de fait et de la restriction que constitue l'exigence d'une qualité spécifique de son auteur, la provocation prévue par l'article 35 de la loi du 9 décembre 1905 sur la séparation des Eglises et de l'Etat n'est punie que « *dans le cas où la provocation aurait été suivie d'une sédition, révolte ou guerre civile* ». Il peut ainsi apparaître regrettable que la dangerosité d'un tel discours s'apprécie, non pas de façon abstraite dans l'autorité morale dont un ministre des cultes est titulaire, mais dans l'influence effective qu'il exercerait sur ses fidèles.

Par ailleurs, plusieurs infractions de provocation publique prévoient, dans les dispositions qui les incriminent, une aggravation de la peine lorsque celles-ci sont suivies d'effet. L'article 211-2 du Code pénal, visant la provocation directe et publique à la commission d'un génocide, mue la peine d'emprisonnement, délictuelle en l'absence de résultat, en une peine de réclusion criminelle à perpétuité lorsque la provocation est suivie d'effet. Une criminalisation de la peine privative de liberté ainsi qu'une augmentation de la peine d'amende sont également prévues par l'article 412-8 relatif à la provocation à s'armer illégalement contre l'Etat ou une partie de la population. Enfin, dans une moindre mesure, l'article 431-6 incriminant la provocation à un attroupement armé porte la peine d'emprisonnement d'un à sept ans et l'amende encourue de 15 000 à 100 000 euros lorsqu'elle est suivie d'effet.

Dans la quasi-totalité des cas cependant, la provocation publique ne requiert pas la réalisation d'un résultat pour que soit mise en mouvement l'action publique. Débarrassés du lien entre auteur intellectuel et auteur matériel de l'infraction, ce sont ces délits qui caractérisent le mieux l'état dangereux prédélictuel du provocateur.

ii - La provocation publique non suivie d'effet : l'incrimination formelle d'un danger aléatoire et temporaire

75. Aujourd'hui, la majorité des infractions de provocation publique contenues dans le droit positif ne requièrent pas nécessairement que soit constatée la commission d'un acte dont

le lien de causalité avec l'expression du provocateur paraîtrait plausible. De ce fait, la provocation publique cesse alors d'être une infraction matérielle caractérisée par un résultat. Cependant, une infraction qui n'est pas matérielle étant susceptible de revêtir une multitude d'autres formes, il convient de préciser que la provocation publique non suivie d'effet, loin de constituer une infraction de prévention ou une infraction-obstacle, constitue une infraction formelle.

Les *infractions de prévention* constituent une forme particulière d'incrimination qui se caractérise par l'absence d'intention criminelle de la part de l'agent qui s'en rend coupable²⁹¹, au contraire des infractions formelles et obstacle. En ce sens, les infractions de prévention peuvent résulter tant d'actions que d'omissions, et constituent notamment l'essentiel des prescriptions en matière de circulation routière. Le provocateur, public ou non, se trouve nécessairement exclu du corpus des prescriptions pénales préventives, l'infraction de provocation devant, pour être constituée, manifester de la part de son auteur « *une volonté de créer dans le public un état d'esprit favorable* » à la réalisation d'une infraction ou d'un acte visé par le texte d'incrimination²⁹². L'incrimination d'une provocation par omission apparaît ainsi, par principe²⁹³, sinon impossible, du moins incompatible avec la structure des infractions d'expression publique, qui impliquent pour leur auteur une mise à disposition délibérée de l'expression vers son public.

Les *infractions-obstacle* sont décrites comme « *l'incrimination d'un comportement dangereux sans suite dommageable directe* »²⁹⁴, dès lors « *inoffensif en lui-même* »²⁹⁵ et situant la répression au stade des actes préparatoires²⁹⁶. Malgré leur proximité objective, les infractions obstacles doivent être distinguées des infractions formelles en ce que ces dernières « *se caractérisent davantage par l'incrimination d'un moyen, d'un procédé utilisé ou d'une attitude dangereuse* », quand les premières « *ne sont incriminées qu'afin de prévenir un résultat*

²⁹¹ J.-P. Doucet, *Les infractions de prévention*, Gaz. Pal. 1973.II, doct. P. 764.

²⁹² CA Rouen, 14 décembre 2005, JCP 2006.IV.2412. Dans le même sens, v. Tribunal correctionnel de Beauvais, 20 décembre 1950, Gaz. Pal. 1951.1.200 ; Tribunal correctionnel de Paris, 15 avril 1986, RSC 1987 p. 209, obs. Bouzat ; Cass. Crim., 29 octobre 1936, Bull. crim. n° 104.

²⁹³ Il est toutefois possible de considérer que certains délits de provocation indirecte (notamment s'agissant de la provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence de l'article 24, alinéas 7 et 8 de la loi du 29 juillet 1881) ou de publicité illicite, par l'interprétation extensive qu'en font les parties poursuivantes et parfois même la jurisprudence, constituent de véritables délits de provocation par omission.

²⁹⁴ W. Jeandier, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 1991, n° 243.

²⁹⁵ J. Pradel, *Droit penal general*, op. cit. p. 367, n° 440.

²⁹⁶ F. Desportes, F. Le Gunnehec, op. cit. p. 420, n° 461 ; J. Pradel, op. cit. p. 367, n° 440.

précis »²⁹⁷, dont la réalisation « *caractérise une autre infraction* »²⁹⁸. C'est qu'en effet, l'auteur d'une infraction-obstacle voit sa situation pénale modifiée en cas de survenance d'un résultat : soit que l'infraction-obstacle disparaît au profit de celle qu'elle était censée prévenir, soit qu'elle devienne une circonstance aggravante de l'infraction-résultat²⁹⁹. Or, le provocateur public demeure inculpé en tant que tel, sans que cette qualification pénale ne change (seule la peine, dans les cas où un résultat est requis, se trouvera alourdie).

L'infraction de provocation publique non suivie d'effet s'analyse donc comme une *infraction formelle*, laquelle se borne à « *incriminer un procédé de nature à provoquer ultérieurement et plausiblement* » une atteinte à une valeur protégée par la loi³⁰⁰. Elle se distingue ainsi de l'infraction-obstacle « *par la distance plus prononcée qui la sépare [du] résultat* » et par la désignation d'un « *résultat redouté précis et qualifié, de sorte que, s'il ne participe pas de sa consommation, il tient lieu malgré tout de référence à la potentialité de réalisation qui lui est attribuée* »³⁰¹. Dans le cas de la provocation publique non suivie d'effet, le procédé incriminé est donc le moyen par lequel le provocateur s'exprime. La plausibilité d'un résultat s'apprécie objectivement, à raison de la seule teneur du message qui doit être *de nature* à inciter ses destinataires à agir conformément à celle-ci³⁰². L'intérêt principal d'une telle forme d'incrimination réside dans le fait qu'il permet la répression d'une intention criminelle manifestée de façon suffisamment caractérisée à l'encontre d'une valeur sociale protégée en droit pénal, quand bien même il n'en découlerait pas l'infraction voulue par l'agent. C'est donc ici exclusivement le comportement de l'auteur de l'infraction qui est pris en compte, consacrant en droit positif la distinction entre résultat et préjudice d'une infraction³⁰³. Ainsi, les provocations publiques non suivies d'effet, à défaut de porter directement atteinte aux valeurs protégées par les infractions à la commission desquelles le provocateur pousse son public, portent atteinte à une valeur plus large, qui englobe ces valeurs-cibles : celles-ci ne seraient atteintes que par l'action de ceux qui, séduits par le message, décideraient d'y obéir, tandis que

²⁹⁷ D. Portolano, *op. cit.* p. 102, n° 71.

²⁹⁸ F. Desportes, F. Legunnehec, *op. cit.* p. 420, n° 461.

²⁹⁹ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 368, n° 440.

³⁰⁰ D. Roets, Jcl. Pénal Code, fasc. 20, *Classifications des infractions*, 2010, n° 43.

³⁰¹ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 240, n° 194.

³⁰² Cass. Crim., 7 août 1925.

³⁰³ W. Jeandidier, *Droit pénal général*, *op. cit.* n° 240.

le provocateur s'en prend, pour sa part, directement à l'ordre public de façon générale par l'influence qu'il exerce sur ses destinataires en tendant à les affranchir du respect de la loi³⁰⁴.

Si la provocation consiste dans un encouragement direct au crime par la suggestion appuyée de son accomplissement futur, c'est aussi pour l'image qui est donnée du phénomène criminel par l'expression glorifiante, au sein d'une société qui se doit de le répugner, que le législateur a souhaité empêcher qu'il devienne l'objet de célébrations douteuses.

B - L'apologie publique, transmission d'une pensée pernicieuse

76. La doctrine et la jurisprudence qualifient fréquemment l'apologie publique de *provocation indirecte*³⁰⁵, en raison de ses traits *a priori* semblables à ceux de la provocation (1). Cependant, s'agissant de propos qui n'ont pas pour but explicite d'inciter leurs destinataires à commettre les infractions dont il est question, plusieurs éléments permettent de les distinguer du discours provocateur, ce qui en fait un délit autonome (2).

1 - L'apologie, délit semblable à la provocation

77. A l'instar de la provocation, l'incrimination de propos apologétiques a pris naissance dans un contexte où il était craint que certains discours exercent une contagion du phénomène criminel (a). L'infraction d'apologie s'est, elle aussi, diversifiée dans ses formes au gré des contextes (b).

a - La crainte d'une contagion du phénomène criminel par l'esprit

78. De même que pour la provocation, les jurisconsultes romains avaient, dans leur étude de la complicité intellectuelle, envisagé parmi les variétés de *consilio* le fait de « louer [le crime] comme une bonne action, ou de le soutenir par des écrits, comme une chose permise et légitime »³⁰⁶. Dès lors, « l'apologie est la complicité par approbation et louange de notre

³⁰⁴ Selon Chassan, « c'est commettre une attaque contre la loi, que de provoquer à commettre une action qualifiée crime ou délit » (*Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, op. cit. p. 311, I).

³⁰⁵ D. Portolano, op. cit. pp. 6-7, pp. 97-98, n° 67 ; N. Joffroy, op. cit. p. 209, n° 202 ; J.-Y. Lassalle, Rép. Pén. Dalloz, V° *Provocation*, étude préc. p. 6, n° 45 ; J.-B. Thierry, Jcl. lois pénales spéciales, fasc. 60, *Provocation aux crimes et délits*, étude préc., n° 42 ; cette assimilation fut également reprise par la 17^{ème} chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Paris qui a affirmé que l'apologie est « incriminée en ce qu'elle constitue une provocation indirecte à commettre de semblables crimes ». TGI Paris, 17^{ème} ch., 25 janvier 2002, Légipresse 2002-I, p. 26, n° 190-01.

³⁰⁶ P.-J.-E. Fabreguettes, *De la complicité intellectuelle et des délits d'opinion*, op. cit. p. 49.

Ancien Droit »³⁰⁷. La notion d'apologie tire son sens du grec *apo* (loin, fin) et *logos* (discours), destinant l'*apologia* à justifier un fait, le mettre hors de cause. De nos jours, elle est plus volontiers définie comme l' « *éloge ou la justification de quelqu'un, de quelque chose, présentés dans un écrit ou un discours* »³⁰⁸. Celle-ci, alors tournée vers le phénomène criminel, consiste pour son auteur à « *décrire, présenter ou commenter une infraction en invitant à porter, sur elle, un jugement moral favorable* »³⁰⁹.

La première incrimination autonome du délit d'apologie d'un fait qualifié crime ou délit figurait au sein de la loi du 9 septembre 1835, en son article 8, dont le contenu faisait office de « fourre-tout » destiné à protéger l'ordre public de façon générale³¹⁰. Rendue nécessaire par « *les écarts de plusieurs journaux* »³¹¹, cette infraction s'insérait ainsi dans une loi qui devait sa naissance à l'attentat commis le 28 juillet précédent contre la personne du roi Louis-Philippe³¹² et connut sa première application à raison de l'apologie qui avait été faite de cet attentat³¹³. Dans son plaidoyer en faveur de l'adoption de cette infraction au rang de celles qui allaient composer cette nouvelle loi, M. de Salvandy, alors rapporteur à la Chambre des députés, affirmait : « *ne voit-on pas les journaux établir que la révolte est légitime ; que chacun, en vertu de mille sophismes, a le droit de se révolter sans cesse ; que chacun peut descendre dans la rue les armes à la main, tirer sur la milice civique ou l'armée, tirer sur la loi vivante. On établit tous les jours que des actions abominables, que les massacres de septembre*³¹⁴, par exemple, sont un digne modèle à méditer. Nous voulons qu'il soit établi que ce qui, par la loi, est crime en action, est aussi crime en discours ; que le panégyrique n'est pas permis des actes défendus par la loi, condamnés par la morale publique, flétris par l'indignation universelle »³¹⁵. Ainsi, l'apologie devait être réprimée pour ce qu'elle se faisait l'inspiration absolutrice du souffle

³⁰⁷ *Ibidem*, p. 62.

³⁰⁸ Dictionnaire Larousse en ligne, *Apologie*, entrée n° 1.

³⁰⁹ J.-H. Robert, Jcl. Communication, fasc. 3170, *Apologies et provocations de crimes et délits*, étude préc., n° 25.

³¹⁰ L'article disposait : « *Toute attaque contre la propriété, le serment, le respect dû aux lois ; toute apologie de faits qualifiés crimes et délits par la loi pénale ; toute provocation à la haine entre les diverses classes de la société, sera punie des peines portées par l'art. 8 de la loi du 17 mai 1819* ».

³¹¹ J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, p. 314, n° V.

³¹² Sénat.fr, *Les procès de la Cour des Pairs – Le procès de Fieschi*, document disponible à l'adresse http://www.senat.fr/histoire/les_proces_de_la_cour_des_pairs/le_proces_fieschi_1835.html.

³¹³ J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, op. cit. p. 314, n° V.

³¹⁴ Il est ici fait référence aux nombreuses exécutions sommaires qui avaient été perpétrées à Paris et dans d'autres communes françaises en septembre 1792 en réaction aux rumeurs d'un complot royaliste à l'origine de l'invasion austro-prussienne de la France.

³¹⁵ N.-A. de Salvandy, séance du 27 août 1835 ; - Mon. 28, 3^{ème} suppl. cité in M. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, op. cit. p. 313, n° V.

criminel. Il est à noter que le champ d'application du texte était particulièrement large, celui-ci visant l'apologie de n'importe quel fait qualifié crime ou délit « *par la loi pénale* », au même titre que les provocations publiques visées par l'article 1^{er} de la loi du 17 mai 1819, alors en vigueur.

Cette infraction demeura en vigueur jusqu'à l'adoption de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. En effet, le délit d'apologie en fut initialement exclu, car l'absence d'un lien de causalité rattachant le propos apologétique à la commission hypothétique d'une infraction en faisait trop facilement le prétexte de procès de tendance³¹⁶. Pourtant, la propagande qui se faisait l'écho des nombreux attentats anarchistes survenus à la fin du XIX^e siècle³¹⁷ a conduit le législateur à revoir sa position sur la question de la répression des propos apologétiques. Cette réincarnation du délit, au sein de l'article 24, alinéa 3 de la loi de 1881, fut ainsi l'œuvre de la première des trois lois dites « scélérates », adoptée les 12 et 13 décembre 1893 en réaction à l'attentat revendiqué par l'anarchiste Auguste Vaillant à l'encontre des députés du palais Bourbon le 9 décembre précédent³¹⁸. Antonin Dubost, alors garde des Sceaux, avait ainsi estimé que le propos apologétique était par nature destiné à « *des esprits faibles et dévoyés qu'on dirige ainsi plus lentement mais plus sûrement vers le but qu'on se propose et auquel on ne les aurait peut-être pas conduits par une provocation trop directe et trop violente* », évoquant la « *glorification de ces prétendus héros de l'anarchie* »³¹⁹. L'infraction fut donc, dans un premier temps, et conformément aux vœux de ses initiateurs, essentiellement utilisée aux fins de répression des éloges publics des actions violentes menées par les anarchistes³²⁰, bien qu'elle trouva par la suite une utilité s'agissant de faits politiquement neutres³²¹.

³¹⁶ En ce sens, v. le rapport général du projet de loi sur la liberté de la presse, articles du projet 26 à 28, in H. Celliez, C. Le Senne, *op. cit.*, p. 155 ; E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 164, n° 309.

³¹⁷ C. Granier, *La représentation du terroriste anarchiste dans quelques romans français de la fin du XIX^{ème} siècle*, Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique, 96-97 | 2005, pp. 137-157.

³¹⁸ Certains attribuent cependant cet attentat aux forces de police qui avaient fabriqué une bombe composée de clous inoffensifs dans le but précis d'obtenir une législation de répression des anarchistes : en ce sens, v. H. Leclerc, intervention au colloque « *Y'a-t-il des abus licites de la liberté d'expression ?* » tenu le 2 octobre 2014 à Paris, actes publiés in Legicom 2015/1, n° 54, *sp. pp.* 84-85.

³¹⁹ Exposé des motifs de la loi des 12 et 13 décembre 1893, Recueil Dalloz 1894, 4, p. 9, *cité par* E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 166, n° 314

³²⁰ Cass. Crim., 22 août 1912, D. 1914.1.75 ; Toulouse, 19 janvier 1894, D. 1894.2.80. En ce sens, v. N. Droin, *La limitation de la liberté d'expression dans la loi du 29 juillet 1881*, *op. cit.* p. 370, n° 414 s.

³²¹ Cass. Crim., 6 février 2007, n° 05-86.495 ; Cass. Crim., 28 avril 2009, Bull. crim. 2009 n° 79, AJ Pénal 2009, p. 359, obs. Royer ; JCP 2009, n° 46, obs. de Lamy ; Dr. Pén. 2009, 104, obs. Véron, Com. Comm. Electr. 2009, comm. 81, obs. Lepage ; 17 mars 2015, Bull. crim. 2015 n° 56, D. 2015, p. 954, note A. Serinet.

Le texte voté et adopté, l'article 24 de la loi se parait désormais d'un nouvel alinéa réprimant l'apologie « *des crimes de meurtre, de pillage, ou d'incendie, ou de vol, ou de l'un des crimes prévus par l'article 435 du Code pénal* » (aujourd'hui article 322-1, relatif à la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui). Ainsi, et contrairement à sa version de 1835, le délit d'apologie de 1881 affiche un champ d'application restreint, se conformant ainsi davantage aux ambitions du législateur visant à limiter le plus possible les risques d'arbitraires en matière de diffusion des opinions. En ce sens, il comporte une analogie avec l'infraction de provocation publique en empruntant la quasi-totalité des objets qui la font tomber sous le coup de la loi pénale lorsqu'elle n'est pas suivie d'effet. Plus encore, cette similarité se mue progressivement en symétrie, le délit renvoyant aujourd'hui aux « *crimes visés par le premier alinéa* » de l'article 24, soit à ceux de la provocation publique non suivie d'effet.

A l'instar des délits de provocation publique, l'apologie fit par la suite l'objet de déclinaisons ponctuelles par le législateur.

b - La diversification contextualisée des incriminations

79. Les différentes incriminations d'apologie succédant au délit initial ne répondent pas aux mêmes finalités : certaines d'entre-elles se donnent en effet pour objectif la sanctuarisation de la mémoire de crimes historiques (i), tandis que d'autres se font, dans la continuité des motifs à l'origine du délit initial, un moyen de modérer les passions dans un contexte troublé (ii).

i - L'apologie, infraction sanctuaire

80. Après la Libération, dans un contexte où les dénonciations de collaboration étaient devenues une pratique courante, et après la parution de certains ouvrages réhabilitant le régime de Vichy³²², la loi n° 51-58 du 5 janvier 1951 mit en place un dispositif de répression des « *activités antinationales* » : le Titre III, qui en contient les dispositions afférentes, comporte un article 27 réprimant l'apologie « *des crimes de guerre ou des crimes de collaboration avec l'ennemi* ». Cette loi eut pour effet de modifier le cinquième alinéa de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 en y incluant ces deux nouvelles formes d'apologie. Sur

³²² Les pamphlets « *Lettre à François Mauriac* » (1947) et « *Nuremberg ou la Terre promise* » (1948), écrits par Maurice Bardèche, ont ainsi donné lieu à des condamnations pour apologie de crimes de guerre (CA Paris, 19 mars 1952, D. 1952, p. 694 ; Cass. Crim. 11 février 1954, Bull. crim. n° 71, RSC 1954, p. 367, obs. L. Hugueney ; Gaz. Pal. 1954, I, 131).

la base de ces dispositions, ont ainsi fait l'objet de condamnation pour apologie du crime d'intelligence avec l'ennemi les discours qui manifestèrent leur approbation morale à ceux qui avaient servi le régime hitlérien pendant l'occupation³²³ ou qui firent l'éloge de Pierre Laval³²⁴ et du Maréchal Pétain³²⁵, tous deux frappés d'indignité nationale à l'issue de leur procès devant la Haute Cour de justice. Ont été, par ailleurs, considérés comme constitutifs d'une apologie de crimes de guerre, les discours tendant à présenter comme régulière et légale l'accession au pouvoir d'Hitler en l'absence de tout rappel des crimes qui ont jalonné celle-ci³²⁶ ; ceux de nature à réhabiliter des dirigeants du régime national-socialiste³²⁷ ; ou, encore, ceux comparant les actes de criminels de guerre jugés en tant que tels à ceux des combattants légaux³²⁸.

Etonnamment, et alors que le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg avait également défini dans son article 6 les crimes contre l'humanité, le législateur de 1951 n'avait pas souhaité intégrer leur apologie parmi les infractions punies par le cinquième alinéa de l'article 24 de la loi de 1881. Cet oubli fut corrigé par l'article 15 de la loi n° 87-1157 du 31 décembre 1987, qui parachève l'œuvre de répression des « activités antinationales » en relation avec les faits survenus pendant la Seconde Guerre mondiale. Ont ainsi, par exemple, été considérés comme constitutifs de ce délit la représentation du visage d'Adolf Hitler couronné de palmes³²⁹, la légitimation par un article de journal de la déportation des Juifs sous le prétexte qu'ils « *étaient unanimement du côté des alliés* »³³⁰ ou de leur « *comportement haineux et méprisant* »³³¹, la justification des déportations massives, de l'utilisation des chambres à gaz et du recours à la solution finale³³² ou, enfin, l'expression d'un regret que le « *boulot* » n'ait pas été « *fini* », à l'occasion de la remise de décorations à un couple de militants d'origine juive³³³.

³²³ Cass. Crim., 11 février 1954, Bull. crim. 1954, n° 71, JCP 1954.II.7794, RSC 1954, p. 367, obs. Hugueney.

³²⁴ Trib. Corr. Agen, 8 septembre 1971, Gaz. Pal. 1971, 1, jurispr. p. 377.

³²⁵ Cass. Crim., 8 novembre 1988, n° 87-91.445, Gaz. Pal. 1989, 1, somm. 13, note J.-P. Doucet ; 16 novembre 1993, n° 90-83.128, Dr. Pén. 1994, comm. 59, obs. Véron.

³²⁶ Cass. Crim., 14 janvier 1971, Bull. crim. 1971 n° 14, D. 1971, p. 101, rapp. Chapar.

³²⁷ CA Paris, 9 mai 1990, n° 6875/89, JurisData n° 1990-023345 ; 20 novembre 1991, n° 90-9088, 91-0386, JurisData n° 1991-024886.

³²⁸ Cass. Crim., 11 février 1954 *préc.*

³²⁹ Trib. Corr. Paris, 10 novembre 1998, Légipresse 1999, n° 163.I.81.

³³⁰ Trib. Corr. Paris, 13 décembre 1999, Légipresse 2000, n° 169.I.19.

³³¹ CA Paris, 9 mai 2001, n° 98/07486-B, JurisData n° 2001-148077.

³³² CA Paris, 11 septembre 2002, n° 01/01445, JurisData n° 2002-204662.

³³³ Cass. Crim., 7 mai 2018, n° 17-82.656, à paraître au *Bulletin*, Légipresse 2018, n° 361 p. 328, obs. E. Dreyer.

81. La nature des crimes dont il est question, les circonstances de leur adoption ainsi que le contenu de la jurisprudence s'y attachant laissent penser que ces délits n'ont été créés qu'aux seules fins de réprimer les opinions nostalgiques du Troisième Reich. Il n'est pourtant fait aucunement mention, dans la lettre des textes d'incrimination, d'un cadre temporel restrictif à leur application. Aussi, le délit d'apologie de crimes de guerre a récemment connu une application inédite dans une affaire où il était question d'un ouvrage traitant de l'utilisation de la torture et des exécutions sommaires pendant la guerre d'Algérie, en la justifiant³³⁴. L'auteur, ancien coordinateur des services de renseignement à Alger entre 1955 et 1957, évoquait dans ses mémoires « *l'utilisation de cette forme de violence, inacceptable en des temps ordinaires, [qui] pouvait devenir inévitable dans une situation qui dépassait les bornes* ».

Si cette affaire a valu à la France d'être condamnée par la Cour européenne des droits de l'Homme³³⁵, elle eut toutefois le mérite de « déverrouiller » le champ d'application de l'infraction d'apologie de crimes de guerre. Aussi, le Conseil constitutionnel, le 16 octobre 2015, à la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la Cour de cassation et posée par une association de défense des intérêts des victimes du génocide rwandais³³⁶, a tiré les conséquences de l'absence de prévision par le législateur d'une « *répression pénale différente pour l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité selon que ces crimes ont été commis ou non pendant la Seconde Guerre mondiale* », et de l'inexistence, au sein des travaux préparatoires de la loi du 13 juillet 1990, de motifs « *justifiant de réserver aux seules associations défendant les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou des déportés la faculté d'exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne l'apologie des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité* ». Les Sages ont ainsi déclaré l'alinéa 5 de l'article 24 partiellement contraire à la Constitution³³⁷, et assorti cette censure d'un sursis d'un an quant à sa prise d'effet afin de permettre au législateur de procéder à la modification des dispositions atteintes. La loi dite « égalité et citoyenneté » du 27 janvier 2017 a donc procédé à une modification de l'alinéa, qui vise désormais l'apologie « *des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité, des crimes de réduction en esclavage ou d'exploitation*

³³⁴ Cass. Crim., 7 décembre 2004, Bull. crim. 2004 n° 310, Dr. Pén. 2005, comm. 20, note M. Véron ; D. 2005, p. 1341, note D. Roets

³³⁵ CEDH, *Orban et autres c/ France*, 15 janvier 2009, n° 20985/05, RSC 2009 p. 663, obs. D. Roets.

³³⁶ Cass. Crim., 8 juillet 2015, n° 15-90.006.

³³⁷ Conseil constitutionnel, 16 octobre 2015, n° 2015-492 QPC, Comm. com. Electr. 2015, comm. 100, obs. A. Lepage.

d'une personne réduite en esclavage ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi, y compris si ces crimes n'ont pas donné lieu à la condamnation de leurs auteurs ».

Sanctuarisant davantage le passé que l'avenir, ces infractions semblent constituer une catégorie atypique parmi les incriminations pénales d'expression apologétique. L'apologie d'actes terroristes, quant à elle, s'inscrit davantage dans la *ratio legis* de l'incrimination originelle.

ii - L'apologie, infraction modératrice

82. Le délit d'apologie de crimes et délits adopté en 1883 était, jusqu'à une période récente³³⁸, tombé en désuétude en raison de la disparition progressive des activités anarchistes radicales au cours de la première moitié du XX^e siècle. Cependant, dans une logique similaire, mais à plus grande échelle, la lutte contre le terrorisme est devenue l'une des préoccupations les plus régulièrement invoquées depuis une trentaine d'années en France en matière de politique répressive. Loin de se limiter à la répression *a posteriori* des actes terroristes matérialisés par des attentats meurtriers, la lutte contre ce phénomène étend son impact au droit à la liberté d'expression, l'endoctrinement demeurant l'un des principaux facteurs de développement du terrorisme.

Le 9 septembre 1986, à la suite d'une série d'attentats commis sur le sol Français, la loi n° 86-1020 marqua le début d'une longue série d'interventions du législateur dans le sens d'un renforcement de la lutte contre le terrorisme en France³³⁹. L'article 8 de cette loi créait au sein de l'article 24 de la loi de 1881 un sixième alinéa punissant des peines prévues pour la provocation non suivie d'effet (alinéa 1^{er} de l'article) ceux qui « *auront provoqué directement à l'un des crimes ou délits énumérés au onzième alinéa de l'article 44 du code pénal ou fait l'apologie de l'une de ces infractions, lorsque ce crime ou délit aura été en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* ». L'entrée en vigueur du nouveau Code pénal le 1^{er} mars 1994, et la création en son sein d'un titre consacré aux actes terroristes (livre IV, titre II) entraîna un élargissement de l'objet de l'apologie d'actes terroristes à la totalité des actes présents dans ce

³³⁸ Une condamnation a récemment été prononcée sur la base du délit d'apologie du crime de meurtre : v. Cass. Crim., 17 mars 2015, Bull. crim. 2015 n° 56, D. 2015 p. 954 *préc.* ; Comm. Com. Electr. 2015, comm. 43, note A. Lepage.

³³⁹ Etude d'impact préalable au projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 8 juillet 2014, NOR : INTX1414166L/Bleue-1, pp. 5-7.

même titre. Cet alinéa resta depuis inchangé, jusqu'à son abrogation le 13 novembre 2014 au profit de la création au sein du Code pénal d'un nouvel article 421-2-5³⁴⁰ punissant de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende « *le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes* » et de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amendes les mêmes faits lorsqu'ils sont « *commis en utilisant un service de communication au public en ligne* ».

L'apologie du terrorisme fut, jusqu'à une période récente³⁴¹, relativement peu réprimée en pratique. Il est cependant à noter que la majorité des condamnations interviennent presque immédiatement à la suite d'attentats³⁴². Fut notamment considéré comme constituant cette infraction le fait de proposer la création de *tee-shirts* représentant l'image d'un attentat³⁴³, ou le fait d'avoir, au lendemain des attentats du 11 septembre 2001, fait publier un dessin représentant l'effondrement des Tours jumelles de Manhattan, accompagné de la légende parodiant un slogan publicitaire « *nous en avons tous rêvé... Le Hamas l'a fait* »³⁴⁴. Ainsi, c'est à la faveur d'une actualité funeste que le délit d'apologie, en passe de ne devenir qu'un délit d'opinion destiné à ménager un pays accablé par son passé, se réconcilie avec les raisons qui, jadis, l'avaient vu apparaître : l'urgence d'une modération des passions face à une menace quasi permanente pour la sécurité des citoyens et du territoire français³⁴⁵.

Le rôle joué par le délit d'apologie s'apparente grandement à celui de la provocation publique : « *les deux types d'infractions appréhendent des propos exprimant un mépris des valeurs sociales protégées par le droit pénal* »³⁴⁶. Pourtant, l'apologie se distingue de son infraction « cousine » par ses caractéristiques.

³⁴⁰ Loi du 13 novembre 2004, art. 5 précité.

³⁴¹ Sur cet accroissement de la répression, v. *infra*, n° 89 s.

³⁴² Etude d'impact préalable au projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme précitée, pp. 13-14.

³⁴³ CA Paris, 10 décembre 1998, n° 8665/97, JurisData n° 1998-023951.

³⁴⁴ Cass. Crim., 25 mars 2003, n° 02-87.137 ; CEDH, *Leroy c/ France*, 2 octobre 2008, n° 36109/03 (absence de violation de l'article 10 Conv. EDH), Comm. com. Electr. 2009, étude 17, note P. Auvret.

³⁴⁵ En ce sens, v. P. Auvret, *La sanction de l'apologie du terrorisme, restriction nécessaire à la liberté d'expression dans une société démocratique*, Comm. com. Electr. 2009, étude 17.

³⁴⁶ B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, op. cit. p. 350, n° 545.

2 - L'apologie, délit autonome de la provocation

83. La Chambre criminelle insiste sur le fait que « *l'apologie des crimes [...] est une infraction distincte de la provocation, non suivie d'effet [...], et leurs éléments constitutifs ne sauraient être confondus*³⁴⁷ ». Il convient alors d'observer que « *la provocation semble [...] tournée vers l'avenir, quand l'apologie regarde plutôt vers le passé*³⁴⁸ » (a). Par ailleurs, davantage qu'une action, l'apologiste a pour objectif immédiat une approbation morale (b).

a - Le crime passé comme support du discours

84. En considérant la définition de l'apologie, celle-ci renvoie à une « *défense orale ou écrite d'une personne, d'une collectivité, d'une institution ou d'une philosophie* »³⁴⁹. Est-il possible, d'un point de vue juridique, de faire l'apologie d'un acte criminel imaginaire ?

Certains auteurs s'interrogent sur ce point, rappelant que la question n'a jamais été abordée en jurisprudence : Jacques Francillon conclut, pour sa part, à l'absence d'incidence, sur la caractérisation du délit d'apologie, de la référence à un événement passé au sein du message litigieux³⁵⁰. Selon lui, « *pour caractériser le délit, il suffit que de tels propos, une fois projetés dans l'avenir, incitent à porter un jugement favorable sur des crimes de cette nature [...] que de tels crimes aient été "déjà accomplis" ou qu'ils soient "susceptibles de l'être"* »³⁵¹. Sur la même question, Olivier Décima propose une analyse plus prudente : estimant que l'incrimination de l'apologie répond par nature à des objectifs de prévention du crime, et que l'article 24, alinéa 5 de la loi de 1881 est muet quant à la référence à des événements passés, il estime néanmoins que « *la référence à des faits avérés et qualifiables au moment de l'éloge devrait suffire* »³⁵². Enfin, Emmanuel Dreyer répond par la négative, considérant qu'« *il n'est pas sûr qu'une telle extension de l'incrimination [...] serait encore compatible avec la garantie de liberté d'expression attendue par l'article 10 de la Convention européenne des droits de*

³⁴⁷ Cass. Crim., 11 juillet 1972, Bull. crim. n° 236.

³⁴⁸ A. Lepage, *Apologie de crimes de guerre : conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme ; qualification et interprétation*, RSC 2005, p. 583.

³⁴⁹ M. Jarrety (dir.), *Lexique des termes littéraires*, Le Livre de Poche, Paris, 2001, p. 36, cité par D. Boisson, E. Pinto-Mathieu (dir.), *L'apologétique chrétienne*, PUR, 2012, p. 9.

³⁵⁰ J. Francillon, *Apologie de crimes contre l'humanité. Absence de portée normative de la loi « Taubira » du 21 mai 2001*, RSC 2013, p. 99. A noter toutefois que l'auteur emploie, dans sa démonstration, la référence à des « événements **historiques**, même lointains ».

³⁵¹ *Ibidem*. Dans le même sens, v. aussi Y. Mayaud, *L'esclavage, un crime contre l'humanité exclu des sanctions de l'apologie*, RSC 2013, p. 79.

³⁵² O. Décima, *Interprétation restrictive de l'apologie de crime contre l'humanité*, AJ Pénal 2013, p. 218.

*l'homme. Ensuite, cette interprétation rapprocherait considérablement l'apologie de la provocation directe, au point de rendre la distinction délicate. La frontière est mince entre la justification "pour l'avenir" d'un acte criminel et l'incitation à le commettre »*³⁵³.

Suivant l'hypothèse de M. Dreyer, il semble dangereux pour le juge de s'aventurer dans la voie d'une incrimination de l'apologie par renvoi à une infraction non commise : l'écart entre un propos suggérant, dans l'absolu, qu'un comportement de nature criminelle est justifié ou légitime, et une provocation directe à ce même comportement apparaît ténu, de telle sorte que le choix à opérer entre les deux qualifications (choix dont dépend la régularité de la procédure en vertu des articles 50 et 53 de la loi de 1881) s'avèrerait encore plus délicat qu'il ne l'est déjà³⁵⁴. Selon les paramètres propres à une forme d'expression légitimant la commission d'un crime imaginaire, il se peut en effet qu'elle devienne *ipso facto* constitutive d'une provocation à part entière à défaut de répondre à la qualification d'apologie envisagée par les textes répressifs. Si un propos justifie, pour l'avenir, la commission d'un crime ou d'un délit de telle sorte qu'il résulte des termes employés par son auteur une « volonté [...], *quels qu'aient été son mobile et son but final, de créer, par un acte constituant la provocation directe au crime, l'état d'esprit propre à susciter ce crime* »³⁵⁵, il peut arriver que, indépendamment de l'intention réelle de l'auteur, un propos de nature apologétique revête la qualification d'une provocation. En ce sens, la Chambre criminelle a approuvé la condamnation pour provocation directe non suivie d'effets d'un imam qui avait, dans une *interview*, justifié l'emploi par les hommes de la violence sur leurs épouses en cas d'adultère³⁵⁶. Cette condamnation apparaît cependant contestable dans la mesure où elle tend à incriminer des faits relevant d'une provocation *indirecte* non punie par la loi³⁵⁷.

Ce premier critère « temporel » est doublé d'un second, davantage lié à l'objectif poursuivi par l'auteur du message. Il ne s'agit plus d'exhorter le public à la commission d'un

³⁵³ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 170, n° 324.

³⁵⁴ Sophie Martin-Valente considère ainsi que « *faire l'éloge d'actes délictueux n'est pas provoquer à la commission de ces mêmes actes puisque, par définition, ils sont déjà réalisés* » (*La provocation en droit pénal*, thèse, Paris-Sud, ss. Dir. J. Francillon, 2002, n° 527, cité par A. Serinet, D. 2015, p. 954).

³⁵⁵ Cass. Crim., 29 octobre 1936 *préc.* ; CA Nancy, 10 octobre 1950, D. 1951, somm. 30 ; Gaz. Pal. 1951.1.151 ; Dans le même sens, v. Tribunal correctionnel de Paris, 15 avril 1986 *préc.* ; CA Rouen, 14 décembre 2005 *préc.*

³⁵⁶ Cass. Crim., 6 février 2007, n° 05-86.495

³⁵⁷ E. Dreyer, *Violence volontaire : caractérisation du délit de provocation dans l'interview de l'imam de Vénitieux*, JCP 2007.II.10091. Dans un contexte factuel similaire, v. Cass. Crim., 28 avril 2009, Bull. crim. 2009 n° 79, Comm. com. Electr. 2009, comm. 81, obs. A. Lepage.

crime : il s'agit cette fois-ci de le conforter durablement dans l'idée que ce crime ne saurait souffrir d'une quelconque réprobation morale.

b - L'approbation morale comme objectif immédiat

85. A défaut de pouvoir prêter à l'acte criminel l'assentiment de la loi, l'auteur du propos apologétique exprime une présentation alternative de la réaction sociale qui en a découlé et qu'il revendique pour lui-même et/ou pour son public. L'apologie passe donc par deux modes de commission : la *justification* d'un crime, ou sa *glorification*.

86. La cible principale de l'auteur d'un propos apologétique peut d'abord résider dans la *raison* de son public, en lieu et place de ses pulsions³⁵⁸. A ce titre, l'apologie se donne pour dessein la « *détérioration grave du sens moral ou civique* »³⁵⁹ de ses destinataires en les conduisant à porter un jugement favorable sur le phénomène criminel. Cette adhésion morale du public au propos que lui destine l'apologiste, sorte d'« *animus convertendi* »³⁶⁰, est ainsi fréquemment utilisée par la jurisprudence dans la caractérisation de l'apologie punissable afin de qualifier l'effet qu'elle est susceptible d'avoir sur son lectorat ou son auditoire : lorsqu'il ne s'agit pas d'« *inciter le lecteur à porter un jugement de valeur morale favorable* »³⁶¹, sont constitutifs du délit les messages qui « *présentent [l'infraction] comme un exploit digne d'approbation* »³⁶², qui « *tendent à faire naître dans l'esprit des lecteurs une appréciation favorable audit crime* »³⁶³ ou qui encouragent « *le lecteur potentiel à apprécier de façon positive la réussite d'un fait criminel* »³⁶⁴. Constitue dès lors une apologie punissable « *la publication d'un livre dans lequel l'auteur s'efforce de justifier les meurtres et assassinats*

³⁵⁸ A noter toutefois que Prosper de Barante, lors des discussions ayant précédé l'adoption de l'article 8 de la loi du 1835 punissant pour la première fois le délit d'apologie, réfutait le fondement de la répression sur « *des discussions abstraites ou philosophiques qui ne s'adressent pas aux passions, qui n'ont pas un caractère d'excitation* », estimant que « *ce serait une extension erronée et vexatoire qui n'est pas dans l'intention de la loi* » (cité par B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, op. cit. p. 356, n° 553). Le juge du XX^e siècle a assurément fait évoluer la notion d'apologie vers une acception plus large, englobant les discours visant, sous des aspects philosophiques, à justifier des comportements criminels ou à les rendre dignes d'approbation.

³⁵⁹ A. Vitu, *Traité de droit criminel – Droit pénal spécial*, t. 1, op. cit. p. 1236, n° 1569.

³⁶⁰ F. Safi, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, op. cit. p. 13, n° 11.

³⁶¹ Cass. Crim., 11 février 1954, Bull. crim. n° 71 préc. ; v. aussi, utilisant les termes de « jugement favorable », Cass. Crim., 14 janvier 1971 préc. ; Trib. Correctionnel d'Agen, 8 septembre 1971, Gaz. Pal. 1972, 1, jurispr. p. 377 ; Cass. Crim., 7 décembre 2004 préc. ; Cass. Crim., 12 avril 2005, Bull. crim. n°128, D. 2005, IR 1378, obs. Daleau ; JCP 2005.IV.2278 ; RSC 2005, p. 583, note Lepage ; Gaz. Pal. 2005, 2, somm. 3622, note Monnet ; Dr. Pén. 2005, comm. 122, obs. Véron ; Cass. Crim., 28 avril 2009 préc.

³⁶² Cass. Crim., 2 novembre 1978, Bull. crim. 1978 n° 294.

³⁶³ *Idem*.

³⁶⁴ CA Pau, 24 septembre 2002.

commis pendant la Seconde Guerre mondiale par les nazis, en imputant la responsabilité de ces crimes à ceux qui en ont été victimes ou à leurs compatriotes, ou en établissant des comparaisons abusives entre ces crimes et les actes de guerre accomplis par les alliés »³⁶⁵. C'est donc cet élément de *justification* du crime qui doit distinguer l'expression d'une opinion personnelle de l'incitation « à porter sur les crimes en cause un jugement favorable »³⁶⁶. Ainsi l'infraction d'apologie ne saurait être constituée dans le cadre d'un message contestant la qualification de crime de guerre à des faits survenus pendant la Seconde Guerre mondiale « car on ne peut en déduire une volonté de justification »³⁶⁷.

87. A la justification du crime peut s'ajouter ou se substituer, dans certains cas, la présentation du crime comme un acte qui, s'il n'est pas nécessairement « justifié », est glorifié. Le propos apologétique, indépendamment d'une motivation rationnelle par son auteur, peut être constitué par la seule description élogieuse du crime ou de son auteur : le fait de « magnifier » un crime³⁶⁸ peut être fait de façon explicite, comme ce fut le cas dans une affaire où un article de presse, sobrement intitulé « *bravo pour le coup d'Alebert !* », souhaitait que l'auteur d'un important cambriolage réalisé dans une bijouterie parisienne « *ne se fasse pas piquer* »³⁶⁹. Il en va de même du fait, pour un animateur radio, de se réjouir de la mort d'un policier tué au cours d'une fusillade nonobstant le « *total climat de dérision et d'humour* » dans lequel l'émission se déroulait, la réitération de l'éloge à quatre reprises neutralisant « *l'excuse d'une réaction spontanée qui aurait pu échapper maladroitement à son auteur* »³⁷⁰. La glorification peut également être exercée sur le mode implicite : le fait d'offrir, à un enfant, un maillot portant les inscriptions « *je suis une bombe* » et « *Jihad, né le 11 septembre* » a été considéré comme traduisant la volonté « *de présenter sous un jour favorable* » les attentats perpétrés sur le sol américain à cette date, constituant ainsi le délit d'apologie de crimes d'atteinte volontaire à la vie³⁷¹. De même, la diffusion de disques phonographiques compilant des chants nazis, dont la

³⁶⁵ CEDH, *Orban et autres c/ France*, 15 janvier 2009 préc., § 16, évoquant l'arrêt de la Chambre criminelle en date du 11 février 1954 préc.

³⁶⁶ Cass. Crim., 28 avril 2009 préc.

³⁶⁷ Cass. Crim., 12 avril 2005 préc.

³⁶⁸ Cass. Crim. 8 novembre 1988 préc. ; 16 novembre 1993 préc.

³⁶⁹ Cass. Crim., 2 novembre 1978, Bull. crim. 1978, n° 294. En l'espèce, la glorification de l'acte s'accompagnait d'une justification morale pour le moins douteuse, celle-ci consistant à affirmer que le joaillier victime du cambriolage était « *plein de fric* ».

³⁷⁰ TGI Paris, 17^{ème} ch., 12 septembre 1995, JurisData n° 1995-053354.

³⁷¹ Cass. Crim., 17 mars 2015, Bull. Crim. 2015 n° 56, D. 2015 p. 1738, obs. J. Pradel ; AJ Pénal 2015, p. 431, obs. G. Royer ; AJCT 2015, p. 402, obs. S. Lavric ; JCP G 2015, 559 note F. Gras ; Comm. Com. Electr. 2015, comm. 43, note A. Lepage ; AJDA 2015, p. 1451, note E. Dreyer. Il est par ailleurs étonnant que, s'agissant d'un message évoquant les attentats du 11 septembre 2001, la qualification d'apologie d'actes de terrorisme n'ait été

pochette représente Adolf Hitler gravissant triomphalement un escalier, et dont le verso faisait état du caractère régulier de son accession au pouvoir en 1939, constitue le délit d'apologie de crimes de guerre³⁷².

La provocation et l'apologie publiques, quoique présentant certaines similitudes, doivent donc être considérés comme deux délits distincts, dont les objectifs ne sauraient être confondus. En effet, si « *l'apologie est comparable à la provocation en ce que les individus enclins à la délinquance peuvent y trouver des arguments et justifications propres à les aider à passer à l'acte* », elle « *s'oppose à la provocation parce qu'elle est punissable même quand l'auteur n'a pas désiré le renouvellement des infractions qu'il excuse ou justifie* »³⁷³. Surtout, l'apologie demeure, à l'inverse de la provocation qui consiste en une exhortation, l'expression d'une opinion³⁷⁴. C'est pourtant une démarche d'assimilation qui semble avoir, récemment, motivé le législateur à soustraire ces deux infractions lorsqu'elles sont en lien avec des actes terroristes, du régime dérogatoire institué par la loi du 29 juillet 1881 pour les insérer au sein du Code pénal au sein d'un seul et même alinéa de l'article 421-2-5.

§ 2 - La regrettable confusion de la provocation et de l'apologie par le législateur en matière de terrorisme

88. Le droit positif en matière d'incitation d'autrui à commettre des actes terroristes est le produit de réformes successives de son régime répressif (A). L'ultime forme prise par cette pénalisation présente des caractères de nature à porter une atteinte sérieuse au droit à la liberté d'expression, ce qui caractérise l'échec de son adaptation à un phénomène mal identifié (B).

A - L'accentuation progressive d'un régime répressif instable

89. Les délits d'incitation au terrorisme, consistant dans les incriminations de provocation directe et d'apologie d'actes terroristes, ont vu leur régime se durcir progressivement au cours des dernières années sous l'effet des mutations structurelles du

retenue. En ce sens, v. A. Serinet, *L'enfant, le tee-shirt et l'attentat du World Trade Center : action publique et action civile pour apologie*, D. 2015 p. 954 préc.

³⁷² Cass. crim., 14 janvier 1971 préc.

³⁷³ P. Auvret, « La répression de l'apologie dans le cadre de l'article 24 de la loi sur la presse », in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : une nécessité ?*, Actes du colloque organisé les 3 et 4 novembre 2016 par le Centre de recherche et d'étude en droit et science politique de l'Université de Bourgogne Franche-Comté, LGDJ, 2017, p. 91, *sp.* pp. 95-96.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 101.

phénomène terroriste (1). La dernière étape en date consiste dans leur introduction au sein du Code pénal, qui emporte de lourdes conséquences sur leur répression (2).

1 - Une répression en proie aux mutations structurelles du terrorisme

90. La recrudescence, au cours de la dernière décennie, d'attentats perpétrés par des « loups solitaires » ou par des groupes de personnes ayant vécu pour la majeure partie de leur vie sur le territoire français, a permis d'entrevoir un nouveau visage du phénomène terroriste, résidant notamment dans une « popularisation » de ses modes de recrutement. Autrefois relayée par des canaux très clandestins, la propagande de mobilisation à la cause terroriste use désormais des moyens d'expression offerts par le réseau Internet, s'adaptant aux formes les plus modernes de la communication de masse³⁷⁵ : au-delà des forums et sites spécialisés, les réseaux sociaux, très populaires parmi les jeunes générations, sont également plébiscités par les filières de recrutement. Dans ce contexte, où la France serait l'un des pays européens les plus touchés par le phénomène du déplacement de ses ressortissants vers les sites étrangers de formation au *Jihad*³⁷⁶, les infractions de provocation et d'apologie d'actes terroristes ont fait l'objet, ces dernières années, de plusieurs interventions législatives destinées à rendre leur répression plus efficace afin d'endiguer la diffusion de la propagande terroriste.

91. La loi dite « LOPPSI 2 » du 14 mars 2011³⁷⁷ avait déjà rendu possible, par la création d'un article 706-25-2 au sein du Code de procédure pénale, l'enquête « sous pseudonyme » par les services de police et de gendarmerie quant à la commission des infractions visées à l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881, parmi lesquelles figuraient encore les délits de provocation et d'apologie d'actes terroristes. Par la suite, une loi du 21 décembre 2012 permettait, pour ces mêmes infractions, l'allongement de leur délai de prescription, qui passait de trois mois à un an, ainsi que le recours à la détention provisoire de leurs auteurs présumés³⁷⁸. La dernière – et plus importante – étape de cette évolution répressive est intervenue à la suite de l'attentat perpétré le 24 mai 2014 au Musée juif de Belgique à Bruxelles par un ressortissant français. Le ministre de l'Intérieur Bernard Cazeneuve a, le 9 juillet suivant, déposé un projet de loi dont

³⁷⁵ P. Auvret, Comm. Com. électr. 2009, étude 17 préc., n° 1.

³⁷⁶ B.O. Ministère de la Justice, Circulaire du 5 décembre 2014 de présentation de la loi n° 2014-1353 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, NOR : JUSD1429083C.

³⁷⁷ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure.

³⁷⁸ Loi n° 2012-1432 du 21 décembre 2012 relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme, art. 4.

les dispositions furent promulguées le 13 novembre à l'issue d'une procédure accélérée engagée par le Gouvernement en vertu de l'article 45 de la Constitution³⁷⁹.

Reprenant une mesure envisagée par la précédente loi de 2012³⁸⁰, mais qui avait alors été refusée par la Commission des lois du Sénat³⁸¹, le texte de 2014 a abrogé le sixième alinéa de l'article 24 de la loi de 1881 réprimant les provocations et apologies publiques d'actes terroristes, et inséré au sein du Code pénal un article 421-2-5, réprimant « *le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes* ». Les peines encourues, s'élevant à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende (contre cinq ans et 45 000 euros sous l'ancien régime de 1881), sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende « *lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication en ligne* ». En dépit de ce déplacement de l'incrimination vers le Code pénal, un troisième alinéa prévoit, à l'instar d'autres infractions d'expression « codifiées »³⁸², la mise en œuvre du mécanisme de responsabilité « en cascade » pour les faits commis par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de communication au public en ligne, seul vestige de l'ancien statut de délit d'expression de ces infractions. Beaucoup moins discutée en doctrine, la modification de l'article 227-24 du Code pénal visant la fabrication, le transport, la diffusion ou la commercialisation de messages de nature à porter atteinte à l'intégrité physique ou morale d'un mineur, pour y ajouter les formes d'expression « *incitant au terrorisme* », ne retiendra pas ici l'attention en raison de son caractère potentiellement redondant avec les dispositions du nouvel article 421-2-5³⁸³.

Si la définition juridique des notions de provocation et d'apologie n'est pas modifiée par cette « migration législative », celle-ci emporte néanmoins plusieurs conséquences sur leur répression.

³⁷⁹ Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme.

³⁸⁰ A. Lepage, *Terrorisme. Projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme*, Com. Comm. élect. 2012, comm. 70.

³⁸¹ Commission des lois du Sénat, compte-rendu de la séance du mardi 16 octobre 2012, interventions de MM. Jean-Jacques Hyest et Jacques Mézard.

³⁸² Ainsi de la provocation au suicide de l'art. 223-13 du Code pénal, de la provocation à s'armer illégalement de (art. 412-8), de la provocation à la désobéissance de militaires (art. 413-3).

³⁸³ A. Lepage, *Un an de droit pénal des nouvelles technologies*, Dr. Pén. 2015, chron. 10, n° 2.

2 - Une codification lourde de conséquences

92. En premier lieu, le nouveau délit de provocation directe à des actes terroristes de droit commun, contrairement à sa mouture précédente, n'est plus visé comme étant commis par les moyens de publication énumérés par l'article 23 de la loi de 1881, ce qui tend à en élargir considérablement le champ d'incrimination. Sont désormais réprimées non seulement les provocations *publiques*, mais également celles qui résulteraient de propos *privés*. L'objectif poursuivi est ainsi « *d'appréhender notamment les prêches tenus dans des lieux de culte clandestins, ou encore des propos tenus sur les réseaux sociaux lorsque l'accès aux propos est restreint aux destinataires agréés avec lesquels l'émetteur forme une "communauté d'intérêts"* »³⁸⁴. Il est d'ailleurs à noter que sont visés des « *actes de terrorisme* » sans aucune autre précision, ce qui permet de réprimer la provocation à n'importe lequel de ces actes, du moins grave au plus sérieux³⁸⁵.

Toujours au titre des provocations, deux concours d'infractions potentiels doivent pouvoir être évacués. D'abord, celui qui résulterait d'une provocation non publique résultant des offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques, menaces ou pressions prévues à l'article 421-2-4 du Code pénal, mais dont la distinction avec la provocation de l'article 421-2-5 peut se déduire de « *la proximité entre le provocateur et le provoqué et l'existence ou l'absence de moyens de pression du premier sur le second* »³⁸⁶. D'autre part, la provocation directe et publique, lorsqu'elle est suivie d'effet, demeure punie en tant qu'acte de complicité des délits et crimes commis si elle est commise selon les moyens visés à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881.

S'agissant de l'apologie d'actes terroristes, en ce qu'elle consiste largement dans des faits d'expression d'une opinion, elle demeure punissable sous sa seule forme publique,

³⁸⁴ J. Alix, *La répression de l'incitation au terrorisme*, Gaz. Pal. 24 février 2015, p. 11.

³⁸⁵ J.-H. Robert, Jcl. Communication, fasc. 92, *La provocation à des actes de terrorisme et leur apologie*, 2015, n° 2.

³⁸⁶ *Ibidem*, n° 8. Dans le même sens, v. E. Dreyer, « L'opportunité d'une sortie des infractions de presse de la loi du 29 juillet 1881 au regard d'un exemple précis : le cas du délit d'apologie du terrorisme et de provocation aux actes de terrorisme », in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.* p. 37, *sp.* p. 40.

quoique l'absence de référence à l'article 23 de la loi sur la presse est de nature à en étendre sensiblement les formes punissables³⁸⁷.

93. Cette codification emporte *a priori* un effet profondément symbolique : la provocation directe et l'apologie publique d'actes terroristes, auparavant considérées par le législateur comme des délits de presse, sont désormais assimilées, quoiqu'on en dise³⁸⁸, à des *actes terroristes*. En insérant au titre II du livre IV du Code pénal des délits d'expression, le législateur a en effet procédé à une véritable « *modification dans les valeurs protégées par l'incrimination* »³⁸⁹, qui revient à traiter les provocateurs ou apologues « *comme des maillons de la chaîne terroriste, des terroristes eux-mêmes* », réalisant de ce fait une « *avancée de la répression sur l'iter criminis que réalise la qualification terroriste des propos apologétiques, bien en-deça de toute préparation individuelle ou collective d'un acte de terrorisme* »³⁹⁰. Cette transformation, qui n'a rien d'anodin, ne relève pourtant pas d'une seule démarche symbolique du législateur. L'objectif poursuivi est avant tout « *d'améliorer l'efficacité de la répression de la propagande terroriste, en permettant que ces actes soient soumis aux règles de procédure de droit commun et à certaines des règles prévues en matière de terrorisme* »³⁹¹.

94. Il s'agissait en effet de débarrasser la répression des faits d'incitation au terrorisme des rigueurs procédurales de la loi de 1881, considérées comme étant « *de nature à entraver ou à rendre moins efficace l'action des services d'enquête et des autorités judiciaires dans un contexte de lutte contre le terrorisme* »³⁹². C'est donc désormais un régime « hybride » de droit commun qui s'applique à la répression des faits de provocation et d'apologie du terrorisme : ont en effet été écartées, dans un souci de préservation des libertés individuelles, certaines des dispositions du titre XV du livre IV du Code de procédure pénale, pourtant spécifiques aux actes terroristes : le délai de prescription sexennal prévu en droit commun est applicable aux

³⁸⁷ En ce sens, les propos tenus par un détenu dans un fourgon cellulaire en la seule présence de gendarmes qui l'escortaient doivent être considérés comme ayant été tenus « publiquement » (Cass. crim., 11 juillet 2017, n° 16-86.965, à paraître au *Bulletin*).

³⁸⁸ Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2018-706 QPC du 18 mai 2018, a en effet affirmé qu'en dépit de l'insertion de l'article 421-2-5 au sein du chapitre du Code pénal réprimant les « actes terroristes », « le législateur n'a pas expressément qualifié cette infraction d'acte de terrorisme » (cons. n° 16). Pour une analyse de cette décision et une appréciation de cette affirmation, v. Y. Mayaud, *L'apologie du terrorisme, un « acte de terrorisme » qui n'en est pas un...*, D. 2018, p. 1233.

³⁸⁹ D. Dassa-Le Deist, *Le délit de provocation et d'apologie des actes de terrorisme : grandeur et servitude d'un délit d'opinion ?*, Gaz. Pal. 24 février 2015, p. 8.

³⁹⁰ J. Alix, Gaz. Pal. 24 février 2015, p. 11 préc.

³⁹¹ Projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, étude d'impact, NOR : INTX1414166L/Bleue-1, p. 45.

³⁹² *Ibidem*, p. 44.

délits de l'article 421-2-5 du Code pénal, en vertu d'une dérogation expresse de l'article 706-25-1 du Code de procédure pénale prévoyant habituellement pour les délits terroristes un délai de vingt ans ; sont par ailleurs exclues les dispositions relatives à la prolongation de la garde à vue de quatre-vingt-seize heures et aux perquisitions de nuit en vertu de l'article 706-24-1 du même Code. Sont néanmoins applicables les règles relatives à la compétence du tribunal de grande instance de Paris en matière d'infractions terroristes, à l'anonymat des officiers de police judiciaire, la surveillance, l'infiltration, l'interception des correspondances, la sonorisation et la captation d'images de certains lieux privés ou véhicules et la captation de données informatiques³⁹³. Les dispositions de droit commun relatives aux procédures accélérées de comparution immédiate et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), étrangères à la répression des délits de presse classiques, sont désormais applicables.

S'agissant de délits qui, quoiqu'on en dise, relèvent bien de comportements d'expression publique, cette réforme appelle des critiques mesurées.

B - L'échec de l'adaptation à un phénomène mal identifié

95. Si la dernière réforme du régime répressif des délits d'incitation au terrorisme apparaît critiquable à bien des égards (1), elle répond, maladroitement, au problème bien réel qu'est la lutte contre l'endoctrinement terroriste (2).

1 - Une mesure contestable : l'accentuation disproportionnée de la répression

96. Les dispositions de la loi du 13 novembre 2014 créant l'article 421-2-5 du Code pénal ont reçu un accueil très mitigé. Un certain nombre de réserves peut en effet être formulé à l'égard de ce texte, qui étend la conception de l'incitation à des actes terroristes à un degré particulièrement élevé.

97. En premier lieu, cette loi, comme l'ensemble de celles qui poursuivent l'ambition d'endiguer le phénomène terroriste, a été adoptée dans l'urgence, le Gouvernement ayant engagé la procédure accélérée aux fins de son adoption, intervenue moins de cinq mois après le dépôt du projet de loi par le ministre de l'Intérieur. Véritables symptômes d'un « *règne de l'exception pérenne* »³⁹⁴, plus d'une quinzaine d'interventions législatives ont été effectuées

³⁹³ J.-H. Robert, Jcl. Communication, fasc. 92, étude préc., n° 19-20.

³⁹⁴ R. Ollard, O. Desaulnay, *La réforme de la législation anti-terroriste ou le règne de l'exception pérenne*, Dr. Pén. 2015, étude 1.

depuis 1986 en France en matière de lutte contre le terrorisme³⁹⁵, faisant de cette législation « *une discipline de plus en plus envahissante* », pourtant rendue nécessaire par « *un besoin constant d'adaptation* » à « *une délinquance particulièrement odieuse* »³⁹⁶. S'agissant néanmoins du droit fondamental qu'est celui de la liberté d'expression au sein d'une société démocratique, plusieurs voix se sont élevées contre le caractère expéditif du vote des dispositions déplaçant le champ répressif de l'incitation au terrorisme de la très libérale loi sur la liberté de la presse vers le Code pénal³⁹⁷. En particulier, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme (CNCDH), contrainte à s'autosaisir dans l'urgence³⁹⁸, a estimé que « *la procédure accélérée ne permet pas un fonctionnement normal du Parlement dès lors qu'elle restreint considérablement le temps de réflexion et de maturation nécessaire au débat démocratique, et nuit par ricochet à la qualité de la loi* »³⁹⁹. Fustigeant la « *prolifération de textes législatifs, relevant davantage de l'opportunité politique que du travail législatif réfléchi* »⁴⁰⁰, l'instance consultative a par ailleurs relevé « *la pauvreté de l'étude d'impact accompagnant le projet de loi [...], qui ne comprend que peu d'éléments chiffrés* » et « *n'aborde jamais les incidences des nouvelles mesures sur l'organisation et le fonctionnement des juridictions administratives et judiciaires* »⁴⁰¹. Aussi, la CNCDH, qui avait déjà manifesté par le passé son attachement au maintien du régime uniforme et libéral assuré par la loi de 1881 quant aux infractions commises par le truchement de l'expression publique⁴⁰², a déploré le déplacement des infractions de provocation et d'apologie d'actes terroristes vers le Code pénal⁴⁰³, craignant « *que le mouvement de sortie de la loi du 29 juillet 1881 d'un certain nombre d'infractions relatives aux abus de la liberté d'expression vide cette grande loi de sa substance en lui faisant perdre sa cohérence, au risque de la marginaliser et de la voir disparaître à*

³⁹⁵ C. Mauro, *Une nouvelle loi contre le terrorisme : quelles innovations ? A propos de la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014*, JCP G 2014, 1203.

³⁹⁶ Y. Mayaud, *La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente*, AJ Pénal 2013, p. 442.

³⁹⁷ C. Godeberge, E. Daoud, *La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ?*, AJ Pénal 2014, p. 563.

³⁹⁸ CNCDH, Ass. Plén., *Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme*, 25 septembre 2014, p. 4, n° 6.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 2, n° 3.

⁴⁰⁰ *Ibidem*, p. 3, n° 3.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 3, n° 4.

⁴⁰² CNCDH, Ass. Plén., *Avis sur la loi relative à la sécurité et à la lutte contre le terrorisme*, 20 décembre 2012, pp. 2-3, n° 8 s.

⁴⁰³ CNCDH, Ass. Plén., 25 septembre 2014 *préc.*, p. 12, n° 23.

terme »⁴⁰⁴. On peut en effet légitimement craindre que le signal envoyé par la création de l'article 421-2-5 du Code pénal soit de nature à créer une brèche répressive au sein de laquelle s'engouffreraient d'autres incriminations issues de la loi de 1881⁴⁰⁵.

98. S'agissant des changements concrètement opérés par cette codification sur les éléments constitutifs de l'infraction, l'absence de référence aux moyens de commission des deux délits de provocation et d'apologie a pu susciter des inquiétudes quant à la prévisibilité de l'incrimination ainsi qu'à sa conformité au principe de légalité des délits et des peines⁴⁰⁶. Plus regrettables encore sont les conséquences découlant du statut d'infraction terroriste que revêt désormais l'infraction d'apologie. En estimant qu'« *il ne s'agit pas en l'espèce de réprimer des abus de la liberté d'expression, mais de sanctionner des faits qui sont directement à l'origine des actes terroristes* »⁴⁰⁷, le législateur use d'une figure rhétorique consistant à nier à un propos litigieux la nature de fait d'expression pour l'assimiler directement à des voies de fait ou à un acte matériel afin de légitimer sa pénalisation ou le durcissement de celle-ci⁴⁰⁸. Ce type d'argument est extrêmement contestable en ce qu'il consiste à établir un « écran idéologique » occultant totalement la réalité criminologique des comportements incriminés⁴⁰⁹. Aussi, on peut craindre qu'il soit porté une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression à raison de l'incrimination de propos de nature politique susceptibles de procéder à une légitimation fortuite et lointaine d'actes terroristes⁴¹⁰. Cette infraction a fait l'objet, dans les premiers mois de son entrée en vigueur, d'une utilisation abusive pour des comportements qui, certes loin d'une expression pamphlétaire de haute volée, n'auraient cependant pas requis une telle attention⁴¹¹. En ce sens, il convient de se demander si le mécanisme de la CRPC, désormais

⁴⁰⁴ CNCDH, Ass. Plén., 12 février 2015 *préc.*, p. 11, n° 13 ; dans le même sens, v. C. Mauro, JCP G 2014, 1203 *préc.*

⁴⁰⁵ O. Mouysset, *Un an de droit pénal de la presse*, Dr. Pén. 2015, chron. 6, n° 25 ; J. Alix, Gaz. Pal. 24 février 2015, p. 11 *préc. in fine*.

⁴⁰⁶ C. Godeberge, E. Daoud, AJ Pénal 2014 p. 563 *préc.*

⁴⁰⁷ Projet de loi n° 2110, étude d'impact *préc.*, p. 45. En ce sens, certains considèrent que la liberté d'expression « *n'a rien à gagner à l'incitation d'un acte de terrorisme supposant l'adhésion à des valeurs qui reviennent au contraire à la nier. De même, elle ne peut rien gagner à l'approbation d'un tel acte* » (E. Dreyer, étude *préc. in* N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.* p. 37, *sp.* p. 44).

⁴⁰⁸ Certains auteurs dénoncent ainsi une tendance grandissante, au sein des dispositifs de lutte contre le terrorisme, à l'assimilation du « *dire terroriste* » au « *faire terroriste* » : « *autrement dit, le terrorisme serait performatif : s'en revendiquer discursivement revient à le pratiquer concrètement* ». En ce sens, v. J. Pieret, *Revue de l'Université libre de Bruxelles* 2007-1, vol. 35 p. 197 *préc.*

⁴⁰⁹ V. Brengarth, *L'apologie et la provocation au terrorisme dans le Code pénal. Etude critique et premier bilan*, JCP G 2015, doctr. 1003, n° 14 ; J. Alix, Gaz. Pal. 24 février 2015, p. 11 *préc.*

⁴¹⁰ P. Auvret, *Com. Comm. électr.* 2009, étude 17 *préc.*, n° 5 ; R. Ollard, O. Desaulnay, Dr. Pén. 2015, étude 1 *préc.*, n° 6 ; C. Godeberge, E. Daoud, AJ Pénal 2014, p. 563 *préc.* ; J. Alix, Gaz. Pal. 24 février 2015, p. 11 *préc.*

⁴¹¹ V. *infra*, n° 219.

applicable à de tels faits et qui permet un jugement rapide de ceux-ci, est véritablement adapté à des délits d'expression, *a fortiori* s'agissant du délit d'apologie pour lequel la matérialité des faits implique un examen approfondi de la part du juge⁴¹².

Les mesures prises par la loi du 13 novembre 2014 en matière de renforcement de la répression des délits d'incitation au terrorisme semblent, au mieux, inadaptées à l'objectif poursuivi, au pire, attentatoires au droit à la liberté d'expression. Il n'en demeure pas moins que la propagande terroriste, notamment en ligne, est une réalité que le législateur se doit de saisir.

2 - Un problème bien réel : la lutte contre l'endoctrinement terroriste

99. Certains ont pu voir dans la codification des délits de provocation et d'apologie d'actes terroristes un changement heureux : les nouvelles dispositions seraient plus efficaces « *pour réprimer spécifiquement le "Djihad médiatique" théorisé il y a plusieurs années par Al-Quaïda et lié aux activités de recrutement et de propagande sur internet* »⁴¹³. S'il est permis d'émettre quelques réserves quant à l'existence d'une réelle plus-value en termes de répression effective, on peut cependant admettre, d'un point de vue purement axiologique, que l'article 421-2-5 du Code pénal répond à un besoin très symbolique « *de réprimer fermement des propos – apologétiques ou provocateurs à des actes de terrorisme – qui menacent gravement l'équilibre des valeurs sur lequel notre société pacifiée est fondée* »⁴¹⁴. L'incitation au terrorisme est aujourd'hui une réalité comptant parmi les préoccupations auxquelles la France s'est engagée à répondre à plusieurs reprises dans un cadre conventionnel⁴¹⁵. Par ailleurs, et hormis les cas où l'objectif légitime de répression d'une propagande terroriste est dévoyé aux fins d'une restriction de la liberté d'expression politique⁴¹⁶, la Cour européenne des droits de l'Homme a eu l'occasion d'affirmer que la condamnation des formes d'expression de nature à porter un regard bienveillant sur des actes terroristes, lorsqu'elles s'inscrivent dans un cadre

⁴¹² E. Dreyer, étude préc. in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.* p. 37, *sp. pp.* 47-48.

⁴¹³ Entretien avec C. Hennetier, chef de la section *terrorisme et atteintes à la sûreté de l'Etat* au sein du parquet de Paris, *Entrée en vigueur du nouveau dispositif de lutte anti-terrorisme*, Dr. Pén. 2014, entretien 2.

⁴¹⁴ D. Dassa-Le Deist, *Gaz. Pal.* 24 février 2015, p. 8 *préc.*

⁴¹⁵ En ce sens, v. Conseil de sécurité (ONU), résolution n° 1624 (2005) du 14 septembre 2005, 1° ; Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, 16 mai 2005, art. 5 ; Décision-cadre n° 2008/919/JAI du Conseil de l'Union européenne, 28 novembre 2008, art. 3.2.a). A noter toutefois que ces textes font unanimement référence à la notion de *provocation* et n'évoquent jamais celle d'*apologie*.

⁴¹⁶ CEDH, *Ceylan c/ Turquie*, 8 juillet 1999, n° 68953/01 ; *Öztürk c/ Turquie*, 28 août 1999, n° 22479/93 ; *Ibrahim Aksoy c/ Turquie*, 10 octobre 2000, n° 28635/95, 30171/96 et 34535/97 ; *Karkın c/ Turquie*, 23 septembre 2003, n° 43938/98 ; *Kızılyaprak c/ Turquie*, 2 octobre 2003, n° 27528/95 ; *Saygili et Seyman c/ Turquie*, 14 juin 2007, n° 62677/00.

temporel et géographique propre à aggraver un climat de tensions et de craintes, n'entre pas en violation de l'article 10 de la Convention EDH⁴¹⁷. Aussi, et bien que la Cour ait, par le passé, affirmé que les Etats « *ne sauraient prendre, au nom de la lutte contre l'espionnage et le terrorisme, n'importe quelle mesure jugée par eux appropriée* »⁴¹⁸, le contexte émotionnel qui accompagne des attentats largement médiatisés est de nature à exercer une influence certaine sur les politiques répressives de même que sur les institutions amenées à les examiner⁴¹⁹. Dès lors, la pénalisation de l'incitation au terrorisme est une problématique dont les enjeux sont tangibles et qu'il n'est guère possible d'ignorer aujourd'hui.

La nécessaire évaluation de l'efficacité de la répression de comportements dont l'ampleur et les manifestations ont évolué de façon significative passe inévitablement par la remise en question du régime légal dans lequel cette même répression est inscrite. Agissant dans un esprit résolument libéral, le législateur de 1881 était loin de se douter que les moyens de diffusion d'idées qu'il ambitionnait de protéger contre toute forme d'ingérence étatique connaîtraient des mutations permettant une action d'endoctrinement à l'échelle planétaire ; et de nos jours, « *une certaine contrariété naît de la rencontre du droit de la presse et de la réaction au terrorisme, pour situer cette dernière à l'opposé de la finalité du premier [...]. C'est bien dire que le terrorisme n'est pas adapté à la loi sur la presse, et que les réalités qu'il traverse par Internet méritent des solutions hors de son champ, voire des qualifications spécifiques, mieux en rapport avec les besoins d'une répression appartenant à une autre sensibilité* »⁴²⁰. Aussi, « *ce n'est pas la première fois que cette loi subit des démembrements inspirés par la crainte de la propagation de telle ou telle criminalité par le moyen des médias* »⁴²¹. On peut, à ce titre, citer l'exemple du délit de provocation de militaires à la désobéissance, anciennement réprimé par l'article 25 de la loi du 29 juillet 1881 et désormais puni par l'article 413-3 du Code pénal.

La plupart des délits de provocation réprimés par le Code pénal, bien que pouvant être commis par voie de presse, touchent à la sécurité publique ainsi qu'à la sûreté de l'Etat et de la nation. Surtout, il s'agit moins pour le provocateur d'exprimer une pensée que de chercher à obtenir de son public la commission d'actes pénalement répréhensibles. Il apparaît dès lors

⁴¹⁷ CEDH, *Leroy c/ France*, 2 octobre 2008 *préc.*, § 45.

⁴¹⁸ CEDH, *Klass et autres c/Allemagne*, 6 septembre 1978, n° 5029/71, § 49.

⁴¹⁹ P. Auvret, *Com. Comm. électr.* 2009, étude 17 *préc.*, n° 23 s.

⁴²⁰ Y. Mayaud, *AJ Pénal* 2013 p. 442 *préc.*

⁴²¹ J.-H. Robert, *Jcl. Communication*, fasc. 92, étude *préc.*, n° 1.

logique que le délit de provocation directe – publique ou non – à des actes terroristes, en ce qu’il exprime moins une *opinion* qu’une *injonction*, soit réprimé sous le régime du droit commun. Toutefois, la critique la plus importante des dispositions issues de la loi du 13 novembre 2014 réside dans la réunion, au sein d’un même article du Code pénal, de toutes les formes d’expression *de nature à inciter à des actes terroristes*⁴²². La CNCDH, en opérant une distinction de fondement entre les provocations directes suivies d’effet et non suivies d’effet, les secondes étant supposées demeurer des abus de la liberté d’expression, précise qu’ « *il en est à plus forte raison de même s’agissant de l’apologie publique du terrorisme, qui doit continuer à relever des dispositions spécifiques du droit de la presse* »⁴²³. Cette dernière remarque paraît empreinte de bon sens dans la mesure où, en tant que manifestation d’idées, aussi choquantes et condamnables soient-elles, le délit d’apologie demeure largement constitué par l’expression d’opinions et, à ce titre, doit pouvoir bénéficier d’un régime répressif dérogatoire, quel que soit l’objet de cette apologie.

100. Il semble dès lors qu’en incriminant, sous la dénomination d’apologie et sous le régime des infractions terroristes, des comportements s’inscrivant dans l’optique d’une propagande à la fois massive et structurée, le législateur autorise une répression démesurée et systématique de propos bien souvent isolés ou simplement provocateurs, et susceptibles, en premier lieu, d’émaner de personnes qui n’ont que peu, voire aucun lien avec des organisations terroristes, et, en second lieu, de revêtir un caractère éminemment politique et/ou philosophique, sinon totalement insignifiants. Ce faisant, une telle répression, lorsqu’elle ne rate pas simplement sa cible en raison des nombreux relais anonymes d’une propagande diffusée sur un réseau mondial depuis l’étranger, est de nature à favoriser la conduite d’une véritable « *justice de frustration* »⁴²⁴.

Ces risques n’avaient pas échappé à la Commission des lois du Sénat, qui avait entrepris d’amender le projet de loi afin de n’inclure au sein du Code pénal que les seules provocations et apologies commises « *par la voie d’un réseau de communication au public en ligne* » afin de préserver l’économie de la loi du 29 juillet 1881⁴²⁵. A cette occasion, le sénateur M. Jean-

⁴²² Assemblée nationale, compte-rendu des débats de la 1^{ère} séance du mercredi 17 septembre 2014, interventions de Mme. Isabelle Attard et MM. François de Rugy et Christian Paul ; Sénat, compte rendu de la séance du jeudi 9 octobre 2014, interventions de Mme. Esther Benbassa.

⁴²³ CNCDH, Ass. Plén., 25 septembre 2014 *préc.*, p. 12, n° 25.

⁴²⁴ « M^e Eolas », *Le juge et la guêpe*, Dalloz Actualité, 28 janvier 2015.

⁴²⁵ Commission des lois du Sénat, rapport n° 9 du 9 octobre 2014, p. 49. Le texte fut néanmoins rétabli sous sa forme originelle lors de son examen en commission mixte paritaire le 29 octobre 2014.

Yves Leconte a défendu un amendement qui aurait mérité d'être davantage débattu. Celui-ci tendait, en sanctuarisant les dispositions de la loi sur la liberté de la presse, à créer au sein du Code pénal un délit spécifique « *d'organisation de médias à vocation terroriste* » punissant de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende « *le fait d'organiser, administrer, diriger, héberger, éditer ou financer un média de presse écrite, audiovisuelle, ou de communication au public en ligne ayant pour activité essentielle la provocation à la commission d'actes terroristes ou l'apologie du terrorisme* », étant précisé que la mention de l'activité « essentielle » avait pour objet « *d'exclure la responsabilité des hébergeurs ou gestionnaires de sites, forums et réseaux sociaux sur lesquels des usagers publieraient des commentaires ou articles incitant au terrorisme ou faisant son apologie, actes qui relèveraient alors de la loi sur la liberté de la presse* »⁴²⁶.

De telles dispositions auraient présenté l'avantage d'appréhender de façon plus réaliste le phénomène que constitue la diffusion organisée et structurée de la propagande terroriste en France et à l'étranger. Celles qui sont actuellement en vigueur, aggravant et généralisant une répression déjà existante, ne répondent en effet nullement aux facteurs d'évolution que sont l'intensité et la démultiplication de cette propagande, qui dépendent davantage de métamorphoses à la fois techniques (l'apparition d'un Internet « participatif »⁴²⁷) et structurelles (l'adaptation des réseaux terroristes à ces outils de communication). Ainsi, le droit positif, tel qu'il est issu des dispositions de la loi du 13 novembre 2014, paraît discutable en ce qu'il ambitionne de répondre à un besoin avéré sans toutefois en avoir apprécié préalablement les paramètres. Ce manque de recul est très largement imputable à la précipitation avec laquelle il convient de légiférer dans une matière où la loi remplit, plus qu'en toute autre, une fonction de *placebo* pour l'opinion.

En matière de sécurité nationale, la norme pénale rassure autant qu'elle inquiète, en particulier lorsqu'est mis en péril l'exercice par les citoyens de leurs libertés publiques, notamment du droit à la liberté d'expression. En comparaison, certaines infractions créées aux fins de la protection des intérêts nationaux peuvent apparaître pour le moins fantaisistes. C'est le cas des infractions, récemment instituées, d'outrages aux symboles républicains.

⁴²⁶ Sénat, compte-rendu de la séance du 15 octobre 2014, présentation de l'amendement n° 7 rectifié.

⁴²⁷ En ce sens, v. *infra*, n° 496.

Section 2 - La pénalisation dispensable des outrages aux symboles républicains

101. Récemment, certains événements d'actualité ont pu contribuer à une exacerbation des sensibilités⁴²⁸, conduisant parfois le législateur à adopter une posture républicaine et identitaire forte par le biais de textes normatifs. Ce « *patriotisme légal* »⁴²⁹ prend une forme particulièrement aiguë en matière de réglementation de l'expression publique à travers la protection des symboles républicains que constituent le drapeau tricolore et l'hymne national français, qui appelle un certain nombre de critiques. D'abord, la notion d' « outrage » présente, en droit pénal spécial, des contours dont l'interprétation est malaisée (§ 1). Ensuite, ces nouvelles infractions semblent présenter un intérêt assez réduit (§ 2).

§ 1 - L'interprétation malaisée de la notion d'outrage

102. Toujours actuelle, la qualification d'outrage fait rarement l'objet d'une application au titre de la pénalisation de l'expression publique. Ce constat s'explique de façon globale par le caractère générique de cette incrimination (A), qui s'apprécie au regard du contexte dans lequel elle est commise (B).

A - Une incrimination générique

103. L'outrage est une infraction dont les contours sont assez mal définis. Cette complexité réside en premier lieu dans l'impossibilité d'une distinction entre la diffamation et l'injure d'une part, et l'outrage d'autre part. En effet, d'un point de vue purement lexical, l'outrage est une forme d'expression susceptible de revêtir des traits injurieux au sens générique du terme. Dans son rapport devant la Chambre des députés précédant l'adoption de la loi de 1881, M. Lisbonne avait exposé la peine qu'il avait éprouvé à définir l'outrage en tant que forme d'expression à part entière, certains dictionnaires consultés à cet effet renvoyant à la définition de l'outrage pour expliquer l'injure et réciproquement⁴³⁰. Chassan, bien avant, avait déjà exposé que « *d'après la définition grammaticale, l'injure est un outrage et l'outrage est une injure* » ; aussi avait-il considéré que l'outrage « *consiste tant dans des expressions*

⁴²⁸ Dans la première décennie du XXI^e siècle, l'insécurité, l'intégration et l' « *identité nationale* », face aux polémiques récurrentes relatives aux constructions de mosquées et aux « prières de rue », à la viande *halal* et au port du voile dans l'espace public, occupèrent une place de choix dans l'activité législative et la communication officielle.

⁴²⁹ L. Pech, *Du respect des symboles de la République imposé par la loi*, Com. comm. Electr. 2003, chron. 13.

⁴³⁰ « *L'une et l'autre de ces définitions se nuisent réciproquement ; elles se rendent moins claires en se renvoyant l'une à l'autre* ». Rapport cité in H. Celliez, C. le Senne, *op. cit.* p. 340.

*injurieuses ou diffamatoires que dans l'imputation ou l'allégation d'un fait de nature à blesser l'honneur, la considération ou la délicatesse de la personne ; ainsi les propos constitutifs de la diffamation ou de l'injure sont un outrage. Il en est de même d'un geste, d'une menace, lorsqu'ils ont ou qu'ils indiquent un sens injurieux ou diffamatoire »*⁴³¹. Au vu de ces données, l'ajout, au corpus juridique déjà très subtil de l'injure et de la diffamation⁴³², d'un délit qui englobe indifféremment l'une et l'autre de ces infractions selon les circonstances de faits peut désarçonner.

104. En réalité, un propos prend la qualification d'outrage, non à raison de son contenu, mais à raison des personnes à l'encontre desquelles il se dirige⁴³³. Il s'agit en effet de personnes qui exercent des fonctions qui leur confèrent un caractère public duquel doit découler une respectabilité accrue : *« ce n'est pas là un privilège [...], mais une disposition que nos institutions appellent ; car puisqu'elles créent des autorités, elles veulent nécessairement que ces autorités soient respectées ; or, comment le respect des peuples s'attachera-t-il au magistrat, si l'on ne peut plus voir en lui qu'un homme privé, hors des instants où il exerce ses fonctions ? »*⁴³⁴. On peut alors en déduire que l'outrage vise autant la personne publique en tant que telle qu'à raison de sa vie privée. En ce sens, il se confond partiellement avec les infractions de diffamation et d'injure simples (art. 32 et 33 L. 29 juillet 1881) ou dirigées contre les institutions ou leurs représentants (art. 30 et 31), dont il se distingue néanmoins en ce qu'il relève davantage de l'insolence que de l'intention de nuire. De façon générale, l'outrage peut alors s'entendre de tout propos ou geste tenu dans le but de porter une atteinte ponctuelle à l'autorité légitime et légale d'une personne : *« alors que la rébellion ou les violences à fonctionnaire expriment l'agressivité de leur auteur sous un aspect physique, l'outrage manifeste cette agressivité sous une forme morale »*⁴³⁵.

Entendu génériquement comme susceptible de revêtir des aspects injurieux ou diffamatoires, le contenu de l'outrage reste cependant fonction de son contexte.

⁴³¹ J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, op. cit. pp. 365-366, I.

⁴³² Sur ces infractions, v. *infra*, n° 340 s.

⁴³³ En ce sens, v. P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 2, op. cit., p. 77, n° 1470.

⁴³⁴ Intervention de M. de Ségur lors des travaux préparatoires du Code pénal de 1810, séance du 12 août 1809, cité in T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, op. cit. p. 212, n° 347.

⁴³⁵ A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1, op. cit. p. 321, n° 414.

B - Une incrimination contextualisée

105. Le livre III du Code pénal de 1810 comportait, en la section IV du Chapitre III du premier titre relatif aux crimes et délits contre la chose publique, un paragraphe II consacré aux « *outrages et violences envers les dépositaires de l'autorité et de la force publique* ». Les articles 222 à 225 réprimaient ainsi les outrages par paroles, gestes ou menaces commis envers un magistrat, un officier ministériel ou un agent dépositaire de la force publique « *dans l'exercice de leurs fonctions, ou à l'occasion de cet exercice* ». Délits de droit commun, leur application ne devait pas susciter de grandes difficultés, jusqu'à l'entrée en vigueur de la première loi sur la presse du 17 mai 1819, qui introduisit en droit positif les injures et diffamations aggravées envers les serviteurs de l'Etat, ce qui avait donné lieu à certaines interrogations relatives à de potentiels cumuls de qualifications. En résulta rapidement une situation d'incertitude quant au maintien en vigueur des délits de l'ancien Code pénal, ainsi qu'aux règles d'interprétation permettant une distinction aisée avec les délits spéciaux.

Le rapporteur Courvoisier avait évoqué une « abrogation implicite » des articles du Code pénal « *en ce qui concerne les injures et diffamations commises par l'un des moyens énumérés dans l'article 1^{er}* » de la loi de 1819 (moyens de publication), les seuls outrages reçus *dans l'exercice des fonctions ou à l'occasion de cet exercice* demeurant soumis aux dispositions de droit commun⁴³⁶. Si cette précision était de nature à simplifier en partie la lecture conjointe des deux ensembles législatifs, une nouvelle difficulté devait résulter de l'entrée en vigueur, en 1822, de la loi du 25 mars dont l'article 6 punissait « *l'outrage fait publiquement, d'une manière quelconque, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, soit à un ou plusieurs membres de l'une des deux chambres, soit à un fonctionnaire public, soit enfin à un ministre de la religion de l'Etat ou de l'une des religions dont l'établissement est légalement reconnu en France* »⁴³⁷.

De nos jours, le Code pénal réprime l'outrage commis par paroles, gestes ou menaces, écrits ou images de toute nature non rendus publics ou l'envoi d'objets quelconques adressés à une personne chargée d'une mission de service public (art. 433-5) ou à un magistrat, un juré ou toute personne siégeant dans une formation juridictionnelle (art. 434-24), lorsqu'un tel outrage est commis dans l'exercice des fonctions de la victime ou à l'occasion de cet exercice. La loi

⁴³⁶ Séance du 10 avril 1819, cité in P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 2, op. cit. p. 78, n° 1471.

⁴³⁷ Sur les diverses solutions à adopter en fait d'outrages sous l'empire des lois de 1819, 1822 et de l'ancien Code pénal, v. T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, op. cit. pp. 214-229, sp. p. 229, n° 372.

du 29 juillet 1881, qui a par ailleurs abrogé le délit d'outrage prévu par la loi du 25 mars 1822, ne réprime désormais que les injures et diffamations aggravées envers les serviteurs de l'Etat à travers son article 31.

106. La question essentielle demeurerait donc de savoir si les outrages prévus par le Code pénal devaient être considérés comme réprimant des formes d'expressions publiques, ou si les termes « *dans l'exercice des fonctions ou à l'occasion de cet exercice* » étaient de nature à exclure tout propos public. Le garde des Sceaux, dans la circulaire suivant l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1881, a précisé que les infractions d'outrages prévues par le Code pénal devaient être maintenues, dès lors que « *la publicité n'est pas un de leurs éléments constitutifs, et qu'ils ont toujours trouvé une application distincte de celle des outrages prévus par la législation antérieure sur la presse* »⁴³⁸. Cependant, un doute persiste : s'il faut effectivement considérer que le fonctionnaire est réputé « dans l'exercice de ses fonctions » « *lorsqu'il se livre à un acte de sa charge dans le lieu affecté spécialement à cette destination, ou dans le lieu que le devoir d'exercer son ministère lui a occasionnellement désigné à cet effet* »⁴³⁹, ce qui semble réduire le nombre d'hypothèses où un tel outrage serait commis publiquement (en particulier par écrit), l'outrage est pourtant bien commis « à l'occasion de l'exercice de ses fonctions » lorsque « *l'exercice en [est] le motif, la cause plus ou moins directe, en un mot l'occasion* »⁴⁴⁰.

Afin de circonscrire le champ d'application des dispositions du Code pénal, plusieurs éléments doivent être pris en compte. En premier lieu, les termes « *non rendus publics* », présents aux articles 433-5 et 434-24 semblent *a priori* ne devoir s'appliquer qu'aux formes de l'outrage résultant d'écrits ou d'images⁴⁴¹. Ainsi, les seuls outrages commis par la parole se trouvent constitués au titre des articles 433-5 et 434-24 indifféremment de leur publicité⁴⁴². Si la démarcation peut ici paraître claire, consistant dès lors dans l'applicabilité de la loi de 1881 aux seules expressions injurieuses ou diffamatoires commises par écrit et publiées au sens de l'article 23 de ladite loi, il convient toutefois de rappeler que ce même article attribue un

⁴³⁸ Circulaire du Ministre de la justice en date du 9 novembre 1881, citée in P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, op. cit. pp. 35-65, sp. p. 63.

⁴³⁹ T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, op. cit. p. 215, n° 349.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, p. 224, n° 364.

⁴⁴¹ J.-H. Robert, Jcl. Pénal Code, fasc. 20, *Outrages à magistrats et envers d'autres personnes représentant la personne publique*, n° 5-7, n° 16 ; E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 218, n° 431.

⁴⁴² Cass. Crim., 17 novembre 1944, Bull. crim. n° 182.

caractère public aux « *discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics* », maintenant un éventuel double emploi avec l'outrage par paroles incriminé dans le Code pénal. La Chambre criminelle considère par ailleurs que « *toute expression injurieuse ou diffamatoire, lorsqu'elle s'adresse à un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de cet exercice, est qualifiée d'outrage par l'article 434-24 du Code pénal et, même lorsqu'elle a été proférée publiquement, entre dans les prévisions de ce texte* »⁴⁴³...

107. En définitive, le critère le plus clairement identifié au titre de la distinction des outrages punis par le Code pénal et les infractions aggravées d'injure et de diffamation punies par la loi de 1881 semble devoir résider dans l'élément moral de l'infraction. D'après Emmanuel Dreyer, c'est la *démarche* de l'auteur des propos qui déterminera la qualification à adopter : les articles 433-5 et 434-24 du Code pénal précisent tous deux que les propos constitutifs de l'outrage doivent avoir été *adressés* à la victime, ce qui implique qu'ils sont infligés directement à celle-ci, faisant alors de la publicité du propos une circonstance indifférente quant à la caractérisation du délit. Ce n'est alors pas tant l'expression publique qui est réprimée que *l'acte de défi* qui en découle⁴⁴⁴. C'est ainsi un dol spécial, consistant dans la volonté pour l'auteur des propos d'atteindre la personne visée qu'il sait être un représentant de l'autorité publique⁴⁴⁵, qui révèle le délit d'outrage. Les outrages punis par le Code pénal peuvent donc être des infractions d'expression publique *par incidence*, sans que cela n'influe réellement sur la constitution du délit au sens de la loi. En ce sens, cette infraction constitue une hypothèse

⁴⁴³ Cass. Crim., 16 octobre 1956, Bull. crim. n° 638 ; 13 février 1975, n°74-91.435, Gaz. Pal. 1975.1.357 ; 24 janvier 1991, n° 87-90.214, Dr. Pén. 1991, 193 ; 17 juin 1991, n°90-84.144, Gaz. Pal. 1992.1. Somm. 24 ; 19 avril 2000, n° 99-84.886.

⁴⁴⁴ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. pp. 219-221, n° 433-434. En ce sens, « *les expressions diffamatoires ou injurieuses proférées publiquement par l'un des moyens énoncés à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, contre une personne chargée d'une mission de service public ou dépositaire de l'autorité publique à raison de ses fonctions ou à l'occasion de leur exercice, sans être directement adressées à l'intéressé, n'entrent pas dans les prévisions de l'article 433-5 du code pénal incriminant l'outrage* » (Cass. Crim., 29 mars 2017, n° 16-82.884, Dalloz Actualité, 2 mai 2017, note S. Lavric ; AJ Pénal 2017, p. 278, obs. D. Luciani-Mien).

⁴⁴⁵ J.-H. Robert, Jcl. Pénal Code, fasc. 20, *Outrages à magistrats et envers d'autres personnes représentant la personne publique*, étude préc., n° 31.

relativement résiduelle mais néanmoins pertinente⁴⁴⁶ au sein de la catégorie des expressions publiques qui constitue le corpus de la présente étude⁴⁴⁷.

En ce sens, parallèlement à la pénalisation de l'outrage opérée en droit commun, l'article 37 de la loi du 29 juillet 1881 punit d'une amende de 45 000 euros « *l'outrage commis publiquement envers les ambassadeurs et ministres plénipotentiaires, envoyés, chargés d'affaires ou autres agents diplomatiques accrédités près du gouvernement de la République* ». D'ores et déjà, il convient de formuler deux remarques : d'une part, le terme « *publiquement* » doit s'interpréter comme affranchissant ces dispositions des conditions visées par l'article 23 de la même loi, réalisant une extension de l'élément constitutif de publicité du délit⁴⁴⁸. D'autre part, s'agissant de victimes étrangères, on peut douter qu'un tel délit porte atteinte à la *res publica* de l'Etat français⁴⁴⁹. C'est pourtant bien une mission officielle, exercée vis-à-vis de l'Etat français, qu'il est ici question de protéger⁴⁵⁰. Ces personnes, chargées d'affaires publiques par une puissance étrangère auprès du gouvernement français, ne doivent en effet pas être confondues avec les *consuls*, dépourvus de la qualité d'agents diplomatiques et qui ne bénéficient dès lors pas de la protection spécifique de l'article 37⁴⁵¹.

En tout état de cause, dès lors que l'outrage suppose une défiance exprimée dans d'une façon susceptible de blesser l'honneur d'une *personne* à raison des *fonctions qu'elle exerce*, celui-ci semble devoir réprimer en premier lieu les atteintes faites à une autorité « *personnifiée* » dans un contexte où cette même autorité est effectivement exercée. En ce sens, son application à des *symboles* que sont l'hymne ou le drapeau nationaux tend à aggraver le

⁴⁴⁶ Ont ainsi été jugés constitutifs d'un outrage des propos tenus au cours d'un concert, insultant la police, alors que les auteurs avaient conscience de la présence au sein du public de fonctionnaires de police chargés de maintenir la sécurité ; CA Aix-en-Provence, 23 juin 1997, JurisData n° 1997-045637.

⁴⁴⁷ A ce titre, la Chambre criminelle a récemment affirmé que l'article 433-5 du Code pénal « *sanctionne, sans disproportion manifeste, l'atteinte portée, dans le cadre de l'exercice d'une mission de service public [...] et tend ainsi à concilier la prévention des atteintes à l'ordre public [...], et l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figure la liberté d'expression* ». Cass. Crim., 22 juillet 2015, n° 15-80.815 (QPC), Dr. Pén. 2015, comm 159, obs. P. Conte.

⁴⁴⁸ D. Dechenaud, Jcl. Lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 70, *Outrage envers les agents diplomatiques étrangers*, n° 11 ; E. Raschel, Jcl. Communication, fasc. 128, *Outrage à agents diplomatiques étrangers*, n° 42.

⁴⁴⁹ V. considérant que l'outrage prévu par l'article 37 n'est ni un délit contre la chose publique, ni un délit contre les personnes, E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 136, n° 251.

⁴⁵⁰ E. Raschel, Jcl. communication, fasc. 128, *Outrage à agents diplomatiques étrangers*, étude préc., n° 4-6 ; D. Dechenaud, Jcl. Lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 70, *Outrages envers les agents diplomatiques étrangers*, étude préc., n° 2.

⁴⁵¹ Cass. Crim., 3 février 1843, B. n° 22 ; 9 février 1884, B. n° 35, D. 1884-I-307.

caractère imprécis de la notion. Surtout, cette incrimination apparaît d'un intérêt particulièrement réduit.

§ 2 - L'intérêt réduit des infractions d'outrage aux symboles républicains

108. L'étude des infractions d'outrage aux symboles républicains révèle que leur champ d'application, en dépit d'une double intervention du législateur, s'avère particulièrement limité (A). D'autre part, leur répression s'avère, au regard des critères tirés de la jurisprudence strasbourgeoise, assez superflue (B).

A - L'ambition redoublée d'une protection limitée

109. La pénalisation des expressions portant atteinte à la respectabilité des symboles républicains s'est effectuée en deux étapes : d'abord au travers de l'adoption d'un délit d'outrage très circonstancié, donc d'application restreinte (1) ; puis avec l'élargissement, via deux nouvelles contraventions, de la protection du drapeau tricolore dans des conditions incertaines (2).

1 - Un délit d'application restreinte

110. Au début des années 2000, à l'occasion de rencontres de *football* télé-retransmises (notamment, un match amical disputé par les équipes de France et d'Algérie le 6 octobre 2001⁴⁵², et la finale de la Coupe de France jouée par les équipes de Lorient et de Bastia le 11 mai 2002⁴⁵³), l'hymne national avait été sifflé et hué par des groupes de spectateurs. Ces épisodes, vécus comme des agressions symboliques d'un emblème national, suscitèrent des réactions épidermiques du corps politique, dont certaines se traduisirent par le dépôt de propositions de lois visant à conférer une protection pénale aux symboles républicains, dans un premier temps face aux « *paroles, gestes, écrits ou images* » de nature à y porter volontairement atteinte⁴⁵⁴ et dans un second temps, face aux « *agissements de toute nature qui portent atteinte au respect dû à l'hymne national* »⁴⁵⁵.

⁴⁵² Le Parisien.fr, *France-Algérie : pourquoi le match a dégénéré*, 8 octobre 2001.

⁴⁵³ Le Parisien.fr, *Chirac n'admet pas que « la Marseillaise » soit sifflée*, 12 mai 2002.

⁴⁵⁴ Proposition de loi n° 304 tendant à créer un délit d'outrage aux symboles de la République, déposé au Sénat le 21 février 2002.

⁴⁵⁵ Proposition de loi n° 132 tendant à réprimer les atteintes portées au drapeau tricolore et à l'hymne national, déposée à l'Assemblée nationale le 24 juillet 2002.

Bien que faisant l'objet d'une consécration au sein de l'article 2 de la Constitution du 4 octobre 1958, le drapeau et l'hymne français ne bénéficiaient en effet d'aucune protection pénale en tant que tels, si ce n'est, s'agissant du drapeau tricolore, de dispositions relatives aux outrages commis par les militaires (art. L. 322-7 du Code de justice militaire) ou, de manière plus résiduelle, du délit de destruction, de dégradation ou de détérioration d'un bien public réprimé par l'article 322-2 du Code pénal⁴⁵⁶. C'est à partir de ce constat que M. Rudy Salles, à l'occasion du vote de la loi pour la sécurité intérieure de 2003⁴⁵⁷, déposa des amendements visant à créer, sous l'article 433-5 du Code pénal réprimant les outrages aux personnes dépositaires de l'autorité publique, un article 433-5-1 punissant les outrages portés au drapeau tricolore et à l'hymne national. Le député estimait en effet que « *le rétablissement de la sécurité passe aussi par la résurgence de ces repères qui nous font actuellement défaut, par le respect des valeurs essentielles qui fondent la République* »⁴⁵⁸. Au terme de vifs débats, le délit fut finalement adopté après amendement de son élément matériel. Est ainsi visé « *le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore* », l'amende encourue d'un montant de 7 500 €, étant assortie d'une peine d'emprisonnement de six mois lorsque le délit est commis en réunion.

Comme pour les autres délits répondant à cette dénomination d'outrage⁴⁵⁹, la question de sa définition a été soulevée par la doctrine⁴⁶⁰. Il fut suggéré de se référer à l'interprétation jurisprudentielle relative aux dispositions visant l'outrage commis par un militaire à l'encontre du drapeau national, qui peut s'entendre de « *tout geste offensant, toute expression injurieuse, manifestant publiquement de la part de son auteur le mépris dans lequel il tient le drapeau ou l'armée* »⁴⁶¹, en supposant toutefois que l'outrage ne saurait résulter d'un refus ostensible d'entonner l'hymne national lors de sa diffusion programmée pour les besoins de la manifestation⁴⁶². Le gouvernement s'était, quant à lui, inspiré des dispositions relatives à

⁴⁵⁶ X. Cabannes, *Le délit d'outrage au drapeau tricolore ou à l'hymne national*, RRJ 2003-2, vol. 1, pp. 987-999, sp. pp. 991-992.

⁴⁵⁷ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure.

⁴⁵⁸ Assemblée nationale, compte-rendu de la 2^{ème} séance du mercredi 15 janvier 2003.

⁴⁵⁹ V. *supra*, n° 103 s.

⁴⁶⁰ X. Cabannes, RRJ 2003-2, vol. 1 p. 987 *préc.* ; L. Pech, Com. Comm. électr. 2003, chron. 13 *préc.*, n° 13.

⁴⁶¹ P. Salvage, Jcl. lois pénales spéciales, V° Armée, Fasc. 30, *Infractions contre l'honneur et le devoir*, 2013, n° 49.

⁴⁶² M. Segonds, Jcl. Pénal Code, art. 433-5-1, fasc. 20, *Outrage à l'hymne national ou au drapeau tricolore*, 2005, n° 9

l'outrage « classique » prévu par l'article 433-5 pour définir la notion d'outrage public comme relevant des « *paroles, gestes ou menaces, des écrits ou images de toute nature susceptibles de porter atteinte à la dignité ou au respect* »⁴⁶³. Dès lors, « *le fait de siffler, de huer, d'insulter ou encore de tourner en dérision le drapeau ou l'hymne national [...]* est bien susceptible de tomber sous le coup de l'article 433-5-1 du Code pénal »⁴⁶⁴. Aux termes de cet article, l'outrage est cependant « circonstancié »⁴⁶⁵ : il doit être commis publiquement, « *au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques* », ce qui semble restreindre de manière significative son champ d'application.

111. La décision rendue le 13 mars 2003 par le Conseil constitutionnel à propos de la loi pour la sécurité intérieure⁴⁶⁶ a permis de préciser davantage les contours de l'infraction : en refusant de constater l'inconstitutionnalité des dispositions soumises à son examen, le juge constitutionnel a néanmoins émis une réserve d'interprétation, précisant que « *sont exclus du champ d'application de l'article critiqué les œuvres de l'esprit, les propos tenus dans un cercle privé, ainsi que les actes accomplis lors de manifestations non organisées par les autorités publiques ou non réglementées par elles* », et « *que l'expression "manifestations réglementées par les autorités publiques [...]", doit s'entendre des manifestations publiques à caractère sportif, récréatif ou culturel se déroulant dans des enceintes soumises par les lois et règlements à des règles d'hygiène et de sécurité en raison du nombre de personnes qu'elles accueillent* »⁴⁶⁷. Par une telle lecture du texte, étaient ainsi levées les inquiétudes formulées par certains parlementaires quant aux manifestations politiques, littéraires ou artistiques susceptibles d'entrer dans la définition commune de l'outrage⁴⁶⁸, celui-ci n'étant en l'espèce constitué qu'à l'occasion de commémorations, d'évènements sportifs ou de rassemblements officiels⁴⁶⁹. L'élément matériel du délit, ainsi précisé, restreignait particulièrement les hypothèses de sa mise en application par le juge.

⁴⁶³ JORF n° 66 du 19 mars 2003, p. 4827, *Observations du Gouvernement sur les recours dirigés contre la loi pour la sécurité intérieure*.

⁴⁶⁴ Se référant au jugement prononcé le 7 mars 1940 par le Tribunal militaire de cassation (S. 1940, 2, p. 23), v. M. Segonds, Jcl. Pénal Code, art. 433-5-1, fasc. 20, *Outrage à l'hymne national ou au drapeau tricolore*, étude préc., n° 9.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, n° 8.

⁴⁶⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, cons. n° 99-106.

⁴⁶⁷ *Ibidem*, cons. n° 104.

⁴⁶⁸ V. les interventions de MM. Bruno Le Roux, (Assemblée nationale, compte-rendu de la 1^{ère} séance du mercredi 12 février 2003), Robert Bret, Jacques Mahéas et Mme. Nicole Borvo (Sénat, compte-rendu de la séance du 13 février 2003).

⁴⁶⁹ V. Delbos, Rép. Pén. Dalloz, V° *Outrage*, étude préc., n° 193.

C'est à l'issue du constat ultérieur de l'applicabilité restreinte de ces dispositions que le Gouvernement a été amené à étendre la répression des outrages envers le drapeau national.

2 - Des contraventions d'application incertaine

112. Le 6 mars 2010, parmi les lauréats d'un concours de photographie sur le thème du « politiquement incorrect » organisé par la FNAC de Nice, figurait l'auteur d'un cliché représentant un homme en train de s'essuyer le postérieur avec le drapeau français. Alertées par des associations d'anciens combattants, les autorités niçoises en informèrent la ministre de la Justice qui prit l'initiative de demander que des poursuites pénales soient engagées. Le procureur de la République de Nice, saisi un mois plus tôt par les autorités locales, avait cependant pris acte de la décision rendue en 2003 par le Conseil constitutionnel et estimé que le délit, issu d'une œuvre de l'esprit, n'était pas constitué⁴⁷⁰. Lourdemment sollicité pour renforcer la répression des outrages dirigés vers le drapeau tricolore⁴⁷¹, le pouvoir réglementaire a, à la suite de ces événements, promulgué un décret insérant au sein du Code pénal un article R. 645-15 visant, au titre des contraventions de 5^{ème} classe, « *hors les cas prévus par l'article 433-5-1 [...] le fait, lorsqu'il est commis dans des conditions de nature à troubler l'ordre public et dans l'intention d'outrager le drapeau tricolore : 1° De détruire celui-ci, le détériorer ou l'utiliser de manière dégradante, dans un lieu public ou ouvert au public ; 2° Pour l'auteur de tels faits, même commis dans un lieu privé, de diffuser ou faire diffuser l'enregistrement d'images relatives à leur commission* »⁴⁷².

113. Ces nouvelles contraventions présentent, *a priori*, l'avantage de la précision en comparaison du délit institué en 2003 : chose peu habituelle en matière contraventionnelle⁴⁷³, un élément moral est requis pour sa constitution, nécessitant la caractérisation par les juges d'une « intention d'outrager » le drapeau français⁴⁷⁴, et les comportements susceptibles de constituer l'outrage sont décrits pour chaque hypothèse visée (outrage public et/ou diffusion publique des images de l'outrage). Néanmoins, un auteur a pu relever, s'agissant de l'élément moral, que « *la référence à l'intention [...], ne sera que de peu de poids si cette intention de*

⁴⁷⁰ Le Monde.fr, *Il s'essuie avec le drapeau tricolore, Michèle Alliot-Marie proteste*, 21 avril 2010.

⁴⁷¹ JOAN 22 juin 2010, question écrite n° 77737 de M. Dominique Souchet ; 6 juillet 2010, question écrite n° 75567 de Mme. Joëlle Ceccaldi-Raynaud ; 5 octobre 2010, question écrite n°80887 de M. Jacques Remiller, question écrite n°79103 de M. Gérard Lorgeoux ; 23 novembre 2010, question écrite n°72553 de M. Claude Bodin.

⁴⁷² Décret n°2010-835 du 21 juillet 2010 relatif à l'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore.

⁴⁷³ En ce sens, v. R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, op. cit. p. 744, n° 594.

⁴⁷⁴ J. Lasserre-Capdeville, *Précisions sur le champ d'application de la contravention d'outrage au drapeau tricolore*, AJDA 2011, p. 2136.

porter atteinte au symbole républicain est trop facilement déduite des faits mêmes de destruction, de détérioration ou d'utilisation dégradante du drapeau. Il en va de même de la référence au trouble à l'ordre public : cette condition n'est utile que si l'on admet [que,] en soi, l'outrage au drapeau tricolore ne constitue pas un trouble à l'ordre public »⁴⁷⁵.

Fut également soulignée l'existence d'un concours réel d'infractions, résultant « *de l'économie chaotique du texte* »⁴⁷⁶. En effet, l'hypothèse de diffusion de l'enregistrement d'images de l'outrage ne concernant que l'auteur dudit outrage, celui-ci se rend, lorsque les faits sont commis « *dans un lieu public ou ouvert au public* », coupable des deux contraventions, cumulables au titre des dispositions de l'article 132-7 du Code pénal, la peine encourue s'élevant dès lors à 3 000 euros d'amende.

Saisi par la Ligue des droits de l'Homme d'un recours pour excès de pouvoir, le Conseil d'Etat a, le 19 juillet 2011, à son tour précisé que « *ce texte n'a pas pour objet de réprimer les actes [...] qui reposeraient sur la volonté de communiquer [...] des idées politiques ou philosophiques ou feraient œuvre de création artistique, sauf à ce que ce mode d'expression ne puisse, sous le contrôle du juge pénal, être regardé comme une œuvre de l'esprit* »⁴⁷⁷. Ainsi, l'élargissement souhaité de la protection du drapeau national français ne s'opère finalement pas tant sur les modes d'accomplissement de l'outrage que sur le champ « circonstanciel » de sa commission : d'autres occasions et lieux que les manifestations réglementées par les autorités publiques (les manifestations citoyennes par exemple) peuvent désormais être le théâtre d'un outrage au drapeau tricolore.

En dépit des heureuses précisions fournies par le Conseil constitutionnel et le Conseil d'Etat quant au champ d'application des infractions d'atteinte à la respectabilité des symboles républicains, le principe même de leur incrimination n'en paraît pas moins contestable.

B - L'inconventionnalité manifeste d'une répression superflue

114. L'intégration, dans l'arsenal juridique répressif français, d'infractions destinées à protéger les symboles républicains face aux formes injurieuses de l'expression publique ne

⁴⁷⁵ A.-G. Robert, *Décret n°2010-835 du 21 juillet 2010 relatif à l'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore*, RSC 2010, p. 927.

⁴⁷⁶ D. Roets, *L'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore : opus 2 ! A propos du nouvel article R. 645-15 du Code pénal*, Gaz. Pal. 19 août 2010, n° 231 p. 15.

⁴⁷⁷ Conseil d'Etat, ss. sect. 10 et 9, 19 juillet 2011, n° 34430.

pouvait laisser indifférent. Si quelques auteurs, envisageant principalement la question du point de vue de la sécurité et de la bonne conduite des rencontres au sein des enceintes sportives, semblent approuver la création d'un délit visant à réprimer les attitudes irrespectueuses vis-à-vis de l'hymne national⁴⁷⁸, d'autres ont réservé à ce dispositif un accueil sceptique, voire parfois amer⁴⁷⁹. En effet, si « *le souci de protéger la chose publique est une constante historique* »⁴⁸⁰, il est difficile de ne pas voir dans ces initiatives normatives « *un aveu supplémentaire de l'incapacité de l'Etat d'affirmer son autorité par d'autres voies que l'extension indéfinie de mesures pénales* »⁴⁸¹. Hors de toute considération juridique, on peut afficher une certaine perplexité quant à l'opportunité d'incriminations qui obligent au respect de symboles n'incarnant l'Etat ni au travers de personnes physiques ou morales ni au travers d'entités et institutions publiques : le respect, disait Clémenceau lors du vote de la loi de 1881, « *n'a de valeur que s'il est librement consenti* »⁴⁸². C'est ainsi dans le souci du législateur de l'époque d'abolir le délit d'opinion que l'infraction d' « outrage à la République », qui avait été réclamé par certains parlementaires en 1881, fut évincée du texte final⁴⁸³. Aussi, il est permis de se montrer dubitatif quant à l'avenir des dispositions de 2003 et 2010 qui, au-delà de leur contestabilité de principe, semblent avant tout méconnaître les principes constitutionnels et conventionnels garantissant l'exercice du droit à la liberté d'expression.

115. Les juges constitutionnel et administratif, respectivement saisis de l'inconstitutionnalité et de l'illégalité des articles réprimant le délit et les contraventions d'outrage à des symboles républicains, ont tous deux refusé d'observer dans le *principe même* de l'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore une atteinte au droit à la liberté d'expression.

La réponse des sages de la rue de Montpensier aux griefs portés à leur connaissance a pu être qualifiée d' « *indigente* »⁴⁸⁴. En effet, le Conseil constitutionnel a évité de se prononcer

⁴⁷⁸ J.-P. Vial, *Sécurité – Les violences dans les stades et la répression des fauteurs de trouble*, Tourisme et Droit 2004, n° 60, p. 12 ; J.-P. Karaquillo, *L'hymne national sifflé dans les stades de football*, D. 2008, p. 2776.

⁴⁷⁹ L. Pech, Com. Comm. électr. 2003, chron. 13 *préc.* ; D. Roets, Gaz. Pal. 19 août 2010 p. 15 *préc.* ; C. Clavierie-Rousset, *La légalité criminelle*, Dr. Pén. 2011, étude 16 ; J. Lasserre-Capdeville, AJDA 2011 p. 2136 *préc.* ; « M^e Eolas », *Profitions de notre liberté avant qu'elle n'expire*, Journal d'un avocat, 23 juillet 2010.

⁴⁸⁰ L. Pech, Com. comm. Electr. 2003, chron. 13 *préc.*, n° 2.

⁴⁸¹ JORF Sénat, 14 février 2003 (séance du 13 février), p. 880, cité par X. Cabannes, RRJ 2003-2, vol. 1 *préc.*, p. 988.

⁴⁸² Cité par L. Pech, Com. Comm. électr. 2003, chron. 13 *préc.*, n° 4.

⁴⁸³ H. Celliez, C. Le Senne, *op. cit.* pp. 370-380.

⁴⁸⁴ L. Pech, Com. Comm. électr. 2003, chron. 13 *préc.*, n° 15.

sur l'opportunité de l'incrimination, dont la réserve d'interprétation à laquelle il soumet son application « *laisse persister une disposition pénale éminemment contestable tout en la rendant de facto inapplicable* »⁴⁸⁵ : la poursuite de faits outrageants au titre de cette infraction se trouve limitée à des hypothèses où une présence policière est requise pour constater des comportements le plus souvent collectifs et désordonnés, et qui trouvent par ailleurs une plus grande vocation à être adoptés au cours de manifestations non-réglées par les autorités publiques. L'on peut par ailleurs craindre que le Conseil constitutionnel, par sa réticence à effectuer un réel contrôle de la nécessité d'une incrimination⁴⁸⁶, ne favorise ultérieurement l'exercice tout aussi contestable par le juge pénal d'un tel contrôle au mépris de ses attributions⁴⁸⁷. Au titre des critères identifiés par la doctrine pour définir le contenu d'un tel contrôle⁴⁸⁸, celui de l'adéquation de l'incrimination au but légitime poursuivi porte à considérer que la menace pesant sur l'ordre et de la sécurité publics, invoquée par le législateur en l'espèce, n'est nullement avérée, rendant *de facto* l'incrimination non nécessaire.

Le Conseil d'Etat a, lui aussi, rejeté une action en non-conformité des dispositions litigieuses aux normes supérieures, et en particulier aux principes garantissant le droit à la liberté d'expression⁴⁸⁹ : le juge administratif a écarté l'hypothèse d'une « réserve de loi »⁴⁹⁰, estimant que « *la circonstance que l'incrimination d'un acte a pour effet de limiter l'exercice d'une liberté publique garantie par des dispositions constitutionnelles ne saurait, par elle-même, avoir pour conséquence de réserver au pouvoir législatif la compétence pour édicter ces contraventions, dès lors qu'elles n'ont pas pour objet de réglementer l'exercice de cette liberté mais seulement d'y apporter les limitations nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public* ». L'invocation par le texte, et reprise par le Conseil d'Etat, de la défense de l'ordre public, peine toutefois à convaincre s'agissant de comportements dont l'atteinte supposée à celui-ci n'a pourtant pas été vérifiée dans les faits⁴⁹¹. Le juge administratif, en procédant à une lecture restrictive, voire « *neutralisante* » de la définition de l'outrage⁴⁹², condamne les dispositions de

⁴⁸⁵ *Ibidem*, n° 16.

⁴⁸⁶ F. Desportes, F. Le Guehec, *op. cit.* p. 222, n° 273 ; R. Parizot, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s) : mélanges en l'honneur du Professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245.

⁴⁸⁷ G. Tillement, *Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal*, Dr. Pén. 2003, chron. 34.

⁴⁸⁸ F. Rousseau, *Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir*, RSC 2015, p. 257 ; R. Parizot, art. préc.

⁴⁸⁹ Conseil d'Etat, ss. sect. 10 et 9, 19 juillet 2011 *préc.*

⁴⁹⁰ C. Salcedo, *Outrage au drapeau tricolore et liberté d'expression : l'autolimitation du Conseil d'Etat*, D. 2011, p. 2320.

⁴⁹¹ *Idem*.

⁴⁹² R. Grand, *Interprétation neutralisante de la définition de l'outrage au drapeau tricolore*, AJDA 2011, p. 1525.

l'article R. 645-15 du Code pénal à un avenir plus qu'incertain. S'agissant d'une infraction dont le champ d'application est, nonobstant les précisions formulées par le Conseil d'Etat, plus large que le délit adopté en 2003, on peut se demander si des circonstances propres à rattacher certains comportements à une expression politique ou artistique ne pourraient pas être assimilées à de simples mobiles auxquels le juge pénal se doit de rester indifférent⁴⁹³ : l'infraction se transformerait dès lors en véritable arme de redressement des opinions⁴⁹⁴.

116. Dès lors, plusieurs auteurs ont émis l'hypothèse d'une issue défavorable à l'Etat français dans le cas où des affaires mettant en branle l'appareil répressif pour des faits d'outrages aux symboles républicains seraient portées devant la Cour européenne des droits de l'Homme⁴⁹⁵. Toujours en considérant que l'incrimination de l'outrage auxdits symboles est susceptible, dans le large spectre des comportements afférents, de relever de l'expression d'une opinion politique ou de constituer une œuvre artistique, il convient de rappeler la jurisprudence libérale du juge strasbourgeois en matière de liberté d'expression politique.

Par un « entonnoir argumentatif », les requérants pourraient, en premier lieu, invoquer la célèbre formule de l'arrêt *Handyside*, selon laquelle la liberté d'expression « vaut non seulement pour les "informations" ou les "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population »⁴⁹⁶ ; puis, l'arrêt *Castells c/ Espagne*, qui fut l'occasion pour la Cour de rappeler que « la position dominante qu'il [l'Etat] occupe lui commande de témoigner de retenue dans l'usage de la voie pénale, surtout s'il a d'autres moyens de répondre aux attaques et critiques injustifiées de ses adversaires ou des médias »⁴⁹⁷. De façon plus incidente quant à la protection de la chose publique, la jurisprudence relative aux délits d'offense dirigée contre des chefs d'Etat nationaux ou étrangers, issue des arrêts *Otegi Mondragon c/ Espagne*⁴⁹⁸ et *Colombani c/ France*⁴⁹⁹, devrait en outre permettre de considérer

⁴⁹³ J. Lasserre-Capdeville, AJDA 2011 p. 2136 *préc.*

⁴⁹⁴ Un an après l'adoption du décret instituant les contraventions de l'article R. 645-15 du Code pénal, un artiste avait fait l'objet de poursuites sur ce fondement pour avoir revêtu publiquement une burqa tricolore en signe de protestation vis-à-vis de la loi sur le port du voile intégral. Il fut néanmoins relaxé (Le Point.fr, *Un artiste relaxé après avoir porté une burqa tricolore* », 25 novembre 2011).

⁴⁹⁵ S'agissant du délit de l'article 433-5-1 du Code pénal, v. L. Pech, Com. Comm. électr. 2003, chron. 13 *préc.*, n° 13 s. ; s'agissant des contraventions de l'article R. 645-15 du Code pénal, v. D. Roets, Gaz. Pal. 19 août 2010 p. 15 *préc.* ; J. Lasserre-Capdeville, AJDA 2011 p. 2136 *préc.*

⁴⁹⁶ CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, 7 décembre 1976 *préc.*, § 49.

⁴⁹⁷ CEDH, *Castells c/ Espagne*, 23 avril 1992, n° 11798/85, § 46.

⁴⁹⁸ CEDH, *Otegi Mondragon c/ Espagne*, 15 mars 2011, n° 2034/07.

⁴⁹⁹ CEDH, *Colombani et autres c/ France*, 25 juin 2002, n° 51279/99, § 68.

qu'une protection accrue par la loi pénale des symboles d'un Etat est tout autant, sinon davantage, contestable dans son principe que des infractions qui tendent à conférer aux personnifications de l'Etat « *un statut exorbitant du droit commun, les soustrayant à la critique seulement en raison de leur fonction ou statut, sans aucune prise en compte de l'intérêt de la critique* »⁵⁰⁰.

S'il est exact que, dans certains pays voisins où sont également réprimées les expressions portant atteinte à la respectabilité des symboles nationaux⁵⁰¹, les juridictions suprêmes interprètent les textes d'une manière très restrictive en excluant les œuvres littéraires ou artistiques du champ répressif⁵⁰², il reste permis de douter de la nécessité, dans une société démocratique, de la prévision de sanctions pénales pour de tels comportements. A titre de comparaison, et avec la circonspection qu'il convient d'adopter eu égard aux différences existant entre les cultures juridiques européenne et américaine⁵⁰³, on peut se souvenir que la Cour suprême des Etats-Unis a rendu, dans l'affaire *Texas v. Johnson*, une décision remarquable à l'occasion de laquelle les juges avaient nié à l'Etat du Texas la possibilité d'invoquer la sauvegarde de l'ordre public sans démontrer la probabilité raisonnable d'un risque de débordements, pour fonder la condamnation d'un homme ayant brûlé le drapeau américain en signe de protestation⁵⁰⁴.

En définitive, et partant du constat d'un contentieux extrêmement résiduel⁵⁰⁵, il est à envisager que les dispositions françaises réprimant les outrages aux symboles républicains tomberont rapidement – si ce n'est déjà le cas – en désuétude, jusqu'à ce qu'une affaire isolée vienne très probablement sceller son sort à l'aune des lumières de la Cour de Strasbourg.

⁵⁰⁰ En ce sens, constitue une violation par l'Etat espagnol de l'article 10 Conv. EDH, la condamnation de personnes ayant, au cours d'un rassemblement en place publique pour la visite du Roi d'Espagne, mis le feu à une photographie du couple royal (CEDH, *Taulats et Capellera c/ Espagne*, 13 mars 2018, n° 51168/15 et 51186/15).

⁵⁰¹ Citant les exemples de l'Italie, l'Espagne et l'Allemagne, v. M. Segonds, Jcl. Pénal Code, V° art. 433-5-1, fasc. 20, *Outrage à l'hymne national ou au drapeau tricolore*, étude préc., n° 4.

⁵⁰² Cour constitutionnelle fédérale allemande (BVerfGE), 7 mars 1990, cité par L. Pech, Com. Comm. électr. 2003, chron. 13, n° 10.

⁵⁰³ Sur ces différences, v. *infra*, n° 585 s.

⁵⁰⁴ USSC, *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), p. 409.

⁵⁰⁵ Le ministère des sports a, dans une réponse donnée en 2011 à une question parlementaire, indiqué que « *ce dispositif répressif [l'outrage réprimé par l'article 433-5-1 du Code pénal] semble à ce jour mal connu du milieu sportif comme cela a été souligné à propos du football* », soulignant par ailleurs qu'il convient de tenir compte, pour sa mise en œuvre, de l'« *interprétation libérale* » de l'article 10 CEDH par la Cour EDH (JOAN, 3 mai 2011, question écrite n° 5889 de M. Eric Raoult) ; le ministère de la justice a, quant à lui, indiqué en 2012 que « *4 condamnations ont été inscrites au casier judiciaire national* » du chef du délit d'outrage à l'hymne national ou au drapeau depuis son entrée en vigueur le 21 mars 2003.

Conclusion du Chapitre 1

117. L'expression publique constitue, aujourd'hui, un terrain propice au phénomène d'instrumentalisation de la loi pénale en matière de protection des intérêts nationaux. L'accroissement de cette protection dans des proportions envahissantes tire ses origines, pour une large part, d'une exacerbation des sensibilités imputable à une actualité tantôt dramatique, tantôt controversée.

118. En premier lieu, la menace terroriste planant actuellement sur la France comme dans de nombreux Etats occidentaux tend à diluer les intérêts relatifs aux libertés publiques dans les considérations sécuritaires, parfois au prix de la cohérence des *corpus* législatifs⁵⁰⁶. C'est ce que montrent les dernières évolutions en matière de répression des incitations au terrorisme. La répression des comportements incitatifs s'opère, certes, en raison du mépris caractérisé, témoigné par ses auteurs, de valeurs sociales essentielles telles que la vie, le respect de l'intégrité physique d'autrui et la sécurité publique. Il n'en reste pas moins que les qualifications de provocation et d'apologie, qui en constituent les formes les plus réprimées, demeurent distinctes dans leurs éléments constitutifs. Les infractions de provocation publique punissent en effet les comportements qui encouragent, incitent ou excitent, directement et parfois indirectement, un ensemble de personnes indéterminé à la commission de délits ou de crimes d'une certaine gravité. Les infractions d'apologie publique punissent, quant à elles, les expressions qui se donnent pour objectif immédiat, non plus la commission de ces mêmes infractions, mais la justification ou la glorification de crimes graves ou de leurs auteurs. Aussi, la confusion des comportements provocateurs et apologétiques d'actes terroristes, extraits de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, pour être réunis au sein d'un même alinéa dans le nouvel article 421-2-5 du Code pénal, est profondément critiquable. Si les apologies sont parfois qualifiées de « provocations indirectes » en ce qu'elles témoignent d'un mépris évident des victimes en ravivant des blessures profondes et en fertilisant le sentiment criminel, elles n'en demeurent pas moins un délit d'opinion qui se distingue de l'exhortation directe à un acte criminel. A ce titre, leur apparition au sein du titre du Code pénal relatif aux actes terroristes, auxquels elles sont désormais associées, alourdit considérablement le régime répressif d'un

⁵⁰⁶ En ce sens, v. J.-B. Perrier, *L'adaptation des incriminations*, RSC 2017 p. 373, *sp.* II, B.

délit dont les contours incertains se prêtent difficilement à l'urgence dans laquelle il convient d'agir contre le phénomène terroriste.

119. Un autre degré de cette instrumentalisation de la loi pénale à travers le prisme des intérêts nationaux réside dans l'incrimination de comportements antérieurement licites, pour lesquels on peut observer que « *le législateur actuel réagit plus qu'il n'agit, multipliant les "interventions circonstanciées"* »⁵⁰⁷. Aux événements polémiques succèdent ainsi des lois de circonstances dans des domaines où l'immobilisme constitue bien souvent pour l'opinion publique un grief davantage condamnable qu'une action mal calibrée. Le discours politique qui accompagne l'élaboration de la loi tend dès lors à moraliser l'intervention législative au point de délégitimer toute posture neutre ou attentiste⁵⁰⁸, au détriment parfois des libertés fondamentales. A ce titre, la défense d'une « identité nationale » est devenue le prétexte de l'incrimination d'un grand nombre pour la condamnation de quelques uns, à travers la pénalisation stérile des outrages aux symboles républicains. L'incrimination d'outrage, dont l'opacité des contours a suscité, dès ses origines, de nombreuses interrogations sur l'étendue et la nature des comportements auxquels elle renvoie, vise des comportements de défiance caractérisés réalisés contre des autorités personnifiées à raison des fonctions qu'elles exercent, et semble difficilement transposables aux bravades subies par des symboles dont l'autorité n'apparaît que... *symbolique*. Cette incohérence, révélée par une démarche purement identitaire du législateur, a conduit à restreindre, sous la pression des juridictions suprêmes, le champ d'application des infractions d'outrage aux symboles républicains à des circonstances qui en raréfient considérablement les hypothèses de répression. Il est dès lors possible de s'interroger sur la nécessité réelle de ces incriminations, qui semblent par ailleurs s'inscrire à contre-courant des exigences de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière de liberté de critique politique.

Si la protection envahissante des intérêts nationaux donnent à constater l'intempérance du législateur en matière d'expression publique, il est également possible de l'observer à travers la tâche difficile – mais pourtant bien nécessaire – qu'est la protection, en France, des intérêts catégoriels.

⁵⁰⁷ J. Traullé, *op. cit.* p. 2, n° 1.

⁵⁰⁸ L. Muchielli, *op. cit.* pp. 7-8.

Chapitre 2 - La protection inépuisable des intérêts catégoriels

120. L'intérêt général défendu par l'Etat implique la garantie d'une défense accrue des intérêts de certaines catégories de personnes, dont les caractéristiques les rendent plus vulnérables aux attaques d'autrui. S'agissant des restrictions qu'une telle protection d'intérêts dits « catégoriels » entraîne sur le droit à la liberté d'expression, la notion qui se trouve au centre des mécanismes de répression imposés par le droit pénal est celle des *discours de haine*. A défaut d'une définition uniforme de cette notion en droit français et international, la recommandation R(97) 20 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe permet de comprendre qu'elle couvre « *toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine fondées sur l'intolérance, y compris l'intolérance qui s'exprime sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrés et des personnes issues de l'immigration* »⁵⁰⁹.

Si les discours de haine comptent aujourd'hui parmi les préoccupations d'un certain nombre d'Etats, c'est qu'ils constituent une manifestation récurrente et largement répandue d'opinions intolérantes, parfois relayées par des personnes influentes dans des supports d'expression dont l'audience et l'impact sont considérables. C'est la dangerosité, désormais notoire, de l'expression haineuse, qui établit les fondements actuels de sa répression (Section 1). A travers la poursuite du délicat objectif que constitue la régulation du discours haineux, le législateur peut toutefois être amené à pêcher par excès, tant il est vrai que les supports et les victimes de la discrimination apparaissent toujours plus innombrables dans la pensée et la parole collectives. L'étude de la législation en matière de discours de haine appelle la tâche difficile d'une critique de ses errements (Section 2).

Section 1 - Les fondements de la pénalisation des discours de haine

121. La répression des discours de haine tire ses origines du constat amer de l'influence opérée par l'expression haineuse dans le déroulement des drames humains ayant marqué l'Histoire du XX^e siècle. Partant, elle est effectuée en considération des effets profondément

⁵⁰⁹ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, *Du comité des ministres aux Etats membres sur le « discours de haine »*, Recommandation n° R (97) 20 adoptée le 30 octobre 1997, *sp.* « Champ d'application ».

néfastes qu'elle entraîne sur la cohésion et l'équilibre sociaux. Il convient donc d'en identifier les fondements historiques (§ 1), avant d'en analyser les fondements théoriques (§ 2).

§ 1 - Les fondements historiques de la pénalisation des discours de haine

122. La problématique du traitement par le droit répressif des discours de haine a pris naissance au cours de la seconde moitié du XX^e siècle, alors que la mesure avait été prise, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, des dangers occasionnés par la diffusion d'idéologies racistes au sein de l'opinion publique. Les abominations de l'Histoire, à travers la massification du phénomène criminel au moyen d'une propagande haineuse (A), ont constitué le préalable à une appréhension du discours haineux par le droit pénal international (B).

A - Une massification du phénomène criminel par la propagande haineuse

123. C'est sous leur forme, la plus systématisée et amplifiée, de propagande que les discours de haine ont inscrit leur influence néfaste dans l'Histoire du XX^e siècle (1). Leur rôle dans l'expansion d'une criminalité de masse est alors apparu avec évidence (2).

1 - La manipulation des esprits par la propagande

124. Dans le cadre de l'étude des discours de haine et de leurs conséquences à grande échelle sur l'opinion publique, le terme « propagande » prend le sens d'une « *action systématique exercée sur l'opinion pour lui faire accepter certaines idées ou doctrines, notamment dans le domaine politique ou social* »⁵¹⁰. En effet, il s'agit bien, ici, d'une pratique de communication idéologique à part entière, se déclinant sous des formes extrêmement variées et exercée à plus ou moins long terme. Si elle prend, de nos jours, un aspect beaucoup plus feutré que par le passé, la propagande compte néanmoins parmi les procédés les plus puissants de *fabrication de l'opinion*⁵¹¹.

L'opinion publique apparaît comme un facteur déterminant dans la caractérisation d'un lien de causalité entre discours de haine et criminalité de masse, dans la mesure où elle constitue la cible principale des propagandes haineuses dont l'objectif est précisément d'acquiescer l'assentiment du public aux thèses défendues. D'abord prise dans sa dimension individuelle,

⁵¹⁰ Dictionnaire Larousse en ligne, *Propagande*, préc.

⁵¹¹ En ce sens, v. J. Cazeneuve, *La fabrication de l'opinion* (1962), Les cahiers de la publicité, n° 1, pp. 33-38 préc.

l'opinion est, selon Stoetzel, un « *processus d'interaction sociale* »⁵¹², que l'on pourrait définir comme « *une prise de position, positive ou négative, affirmée ou nuancée, sur un sujet quelconque, qui vise à exprimer ce que la personne considère comme étant vrai, bon, beau ou juste* »⁵¹³. Ainsi, « *tout homme a une multitude d'opinions car il a besoin de comprendre, de se donner des repères. Or il ne peut avoir de connaissances sur toutes choses, l'opinion remédie alors à ce manque en apportant une explication et en assouvissant ainsi le besoin de savoir, par là-même elle rassure* »⁵¹⁴. L'opinion devient publique « *quand apparaît, dans la répartition des individus sur les différentes nuances d'une attitude, un facteur de conformité* »⁵¹⁵. Agrégat homogène d'une pensée collective, l'opinion publique est donc le « *sentiment dominant au sein d'une certaine communauté sociale, accompagné plus ou moins clairement, chez les sujets, de l'impression que ce sentiment leur est commun* »⁵¹⁶.

L'objet d'une propagande, au sens large, est de façonner, de modeler l'opinion publique afin de réaliser une convergence des jugements portés par le plus grand nombre sur une question donnée. En cela, elle manipule l'opinion, voire la *fabrique*, en usant de techniques de communication visant à imposer à un individu un point de vue, tout en lui donnant l'impression que celui-ci émane de son seul choix. De son vivant, Jean Cazeneuve a identifié un certain nombre de ces techniques qui, jouant sur le double terrain de la rationalité et des émotions, ont pour objectif de diriger la pensée dans un sens déterminé. Le sociologue soulignait que ces pratiques, bien qu'institutionnalisées et connues du grand public à partir du XX^e siècle, ont néanmoins toujours existé, s'adaptant aux évolutions des sociétés humaines. Chez les peuples primitifs, où l'absence d'écriture donne une importance prépondérante aux représentations collectives, c'est davantage sur l'affectivité des individus que s'opère la convergence de leurs opinions, notamment au travers des rites initiatiques qui soudent la communauté autour de valeurs symboliques. L'apparition de l'écriture dans les sociétés modernes, « *faisant triompher le concept sur le symbole, en substituant finalement la civilisation du livre à celle du mythe* »⁵¹⁷, n'a fait évoluer les pratiques de manipulation de l'opinion qu'en apparence : bien que mettant

⁵¹² J. Stoetzel, *Théorie des opinions*, PUF, 1943, p. 9, cité par J. Cazeneuve, *op. cit.* p. 33.

⁵¹³ B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, *op. cit.* p. 5, n° 12.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 2, n° 6.

⁵¹⁵ J. Cazeneuve, *op. cit.* p. 34.

⁵¹⁶ J. Stoetzel, *op. cit.* p. 80, cité par J. Cazeneuve, *op. cit.* p. 34.

⁵¹⁷ J. Cazeneuve, *op. cit.* p. 36.

à contribution *l'intellect* davantage que *l'affect*, elles donnent l'illusion d'utiliser le premier pour agir sur le second.

Jean Cazeneuve expliquait alors que la fabrication de l'opinion consiste dans la fourniture d'informations, vraies ou fausses, totalement ou partiellement, ayant pour objet de mobiliser l'attention de l'individu mais en prenant le soin de maintenir sa réflexion dans une certaine passivité, aux fins de neutraliser son esprit critique. A ce titre, il notait que les médias de grande diffusion, tels que la presse papier et les moyens de communication audiovisuels sont les plus à même de réaliser cette fascination inerte dans la mesure où ils sont consultés durant les moments de loisirs. Aussi, et malgré l'apparente substitution du concept à la représentation symbolique, le message s'adresse néanmoins aux sentiments et pulsions instinctives de l'individu (peur, joie, etc.) dans le but de faire obstacle à d'éventuelles objections que celui-ci pourrait opposer au point de vue défendu sur la base de sa raison propre. Cette dernière peut par ailleurs être trompée par l'utilisation d'un format dialectique où sont opposés tour à tour des vues contradictoires dans le but de mettre en valeur les arguments en faveur de la position défendue. Est ainsi recherché le renforcement des processus de projection et d'identification du public, qui se valorise personnellement au travers de sa situation au sein du débat, ainsi que des archétypes et stéréotypes véhiculés par celui-ci.

125. Si ces techniques existent de longue date, c'est cependant à partir du XX^e siècle que leur meilleure connaissance et leur relative maîtrise par les acteurs publicitaires et politiques ont contribué à en faire un sujet de préoccupations au sein du public, notamment après l'utilisation qui a pu en être faite par certains régimes politiques⁵¹⁸. Serge Tchakotine a ainsi mis en évidence l'efficacité avec laquelle Hitler a, par le biais de sa propagande, conquis le pouvoir en Allemagne et imposé à son peuple un régime autoritaire en faisant l'impasse sur la violence⁵¹⁹. A ce titre, Tchakotine a effectué un rapprochement entre les procédés propagandistes et les études réalisées par Ivan Pavlov sur la psychologie cognitive, desquelles ressortent ses conclusions sur l'existence de *réflexes conditionnés*⁵²⁰. Ainsi, concluait-il, « *la parole surtout donne naissance, les uns se greffant sur les autres, à une série de réflexes*

⁵¹⁸ En ce sens, v. A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1, *op. cit.* p. 1205, n° 1527.

⁵¹⁹ S. Tchakotine, *Le viol des foules par la propagande politique*, Gallimard 1939, 270 p.

⁵²⁰ *Ibidem*, pp. 16-25.

*conditionnés toujours plus compliqués, d'où résulte alors toute la complexité des réactions verbales et de la pensée de l'homme »*⁵²¹.

Dès lors, la décomposition de la propagande nazie pratiquée avant et après l'accession d'Hitler au pouvoir laisse apparaître une série d'éléments dont l'objectif était de conditionner, d'acclimater l'opinion publique à la politique national-socialiste : congrès et cérémoniaux rythmés et impressionnants où le cadre de la foule favorise une prépondérance de l'affectif sur le raisonnement ; répétition de concepts simples au moyen d'une doctrine raciste jouant sur les craintes d'une nation affaiblie à l'issue du premier conflit mondial ; utilisation omniprésente de représentations visuelles à la lourde charge symbolique par le biais de la croix gammée ; prolongation de l'idéologie du parti au sein d'une presse partisane. La propagande nazie était donc pluridimensionnelle, et adaptait son emprise à tous les intellects. Il est ainsi possible de schématiser le champ d'action des propagandes politiques sous la forme d'une pyramide quadripartite, à la base de laquelle la doctrine précédait le programme politique, sur lequel figurait le slogan et, au sommet, le symbole du parti⁵²².

En introduction de son étude, publiée avant même le déclenchement de la Seconde Guerre mondiale, Tchakotine insistait sur les grands dangers qu'impliquait l'utilisation par des hommes influents et charismatiques des puissants effets de la manipulation de l'opinion par la propagande haineuse⁵²³. Sa vision prophétique se trouva par la suite réalisée en Europe avec les conséquences tragiques que l'on sait. Elle connut par ailleurs des résurgences tristement célèbres dans d'autres pays à la fin du siècle, démontrant le rôle crucial joué par les discours de haine dans l'escalade meurtrière observée au sein de certains conflits armés.

2 - Le rôle des propagandes haineuses dans la criminalité de masse

126. L'évolution des mentalités vers une réprobation des pratiques guerrières les plus meurtrières en droit international humanitaire s'est accompagnée d'une prise de conscience du rôle joué par l'environnement médiatique dans la désensibilisation des populations au crime haineux. A ce titre, les cas emblématiques de la propagande nazie, outil de légitimation du crime

⁵²¹ *Ibidem*, p. 25.

⁵²² *Ibidem*, p. 99.

⁵²³ « Si par une coïncidence fortuite, cette tendance erronée [à admettre encore qu'une « différence capitale sépare les races humaines »] l'emporte sur l'évolution normale et saine, si elle n'est pas combattue et maîtrisée comme une maladie contagieuse, on s'approche alors du gouffre et la menace de la destruction générale se dresse, spectre affreux, devant l'Humanité toute entière » (p. 9).

(a), et des « médias de la haine » au Rwanda, outils d'excitation au crime (b), doivent être évoqués en particulier.

a - La propagande haineuse, outil de légitimation du crime

127. Tout au long du règne national-socialiste, l'environnement médiatique du peuple allemand a fait l'objet d'un contrôle minutieux par le régime hitlérien, qui avait à cet effet établi un ministère du Reich à l'éducation du peuple et à la propagande à la tête duquel Joseph Goebbels était en charge d'édicter ses directives aux organes de presse nationaux, en grande majorité soumis à la politique du Reich. Par le rachat et la création d'un certain nombre de titres de la presse papier, le gouvernement donnait l'illusion d'une importante pluralité médiatique, malgré le fait que « *tous les rédacteurs en chef devaient être membres de la Ligue de la presse du Reich (Reichsverband der Deutschen Presse)* » afin de conserver leur droit d'exercice⁵²⁴. A la direction du département de presse, Otto Dietrich fut, avec Goebbels, l'artisan d'une propagande militariste et antisémite virulente dont l'objectif était « *d'émousser la sensibilité de la population en ce qui concerne la campagne de persécution et de meurtre qui battait son plein [...]. Leur dessein clair et déclaré était de monter les Allemands contre les Juifs, de justifier les mesures prises et qui devaient l'être contre eux, et d'étouffer tous les doutes qui pouvaient naître quant à la justice des mesures de persécution raciale auxquelles les Juifs allaient être soumis* »⁵²⁵.

Les tirages les plus tristement célèbres étaient le *Völkischer Beobachter* (« L'observateur du peuple »), quotidien national officiel du parti, dont le rédacteur en chef n'était autre que l'un des principaux idéologues nazis, Alfred Rosenberg. *Die Judenfrage* (« la question juive »), bihebdomadaire dont la ligne éditoriale se concentrait sur l'étude de thèmes relatifs à la « race » juive, de son impact sur les domaines relatifs à l'économie et la culture dans le monde occidental, et sur l'éveil d'une opposition critique aux fins de l'adoption d'une « solution » de la question juive. *Das Reich* (« l'Empire »), hebdomadaire édité par Goebbels, se destinait à la frange intellectuelle de la nation en abordant les thèmes chers à l'idéologie nazie sous un angle politique et de façon plus raffinée. A l'inverse, *Der Stürmer* (« l'attaquant ») abordait la « question juive » de manière frontale et violente ; son contenu était presque exclusivement rédigé par Julius Streicher, qui fut à ce titre jugé et condamné par le

⁵²⁴ Jeffrey Herf parle ainsi d'un pourcentage de 82,5% de la presse « *sous la coupe des nazis* » en 1945 (*L'ennemi juif – la propagande nazie, 1939-1945*, Calmann-Levy, 2011, 349 p., *sp.* pp. 28-29).

⁵²⁵ *Ibidem*, pp. 31-32.

Tribunal militaire international de Nuremberg en 1946. Enfin, les « journaux muraux », tels « *Die Parole der Woche* » (« le mot de la semaine ») jouaient un rôle capital dans la « nazification » massive des esprits : les Allemands, lorsqu'ils n'achetaient pas la presse écrite ni n'écoutaient la radio, ne pouvaient échapper à ces affichages de presse, largement répandus dans l'environnement urbain et devant lesquels se massaient quotidiennement les curieux.

Outre les organes de presse, les maisons d'édition étaient également soumises à l'hégémonie nazie, notamment s'agissant des ouvrages à vocation pédagogique. Plusieurs pamphlets avaient ainsi été rédigés à l'usage des instituteurs et professeurs allemands, traitant de la « question juive » dans l'éducation. Un ouvrage de Fritz Fink avait été édité et préfacé par Julius Streicher, qui en faisait régulièrement la publicité dans *Der Stürmer*, insistant sur la nécessité d'introduire la critique de la judéité dans l'enseignement scolaire⁵²⁶ : « *l'enseignement racial fut introduit dans les programmes scolaires comme la matière très importante et obligatoire [...]. On inculquait aux jeunes le sentiment de leur supériorité raciale, l'arrogance, la haine de l'humanité, le mépris et la cruauté à l'égard d'autres peuples* »⁵²⁷. Le manifeste d'Adolf Hitler, *Mein Kampf*, était par ailleurs donné gratuitement à chaque couple allemand nouvellement marié⁵²⁸.

128. L'antisémitisme avait ainsi été *normalisé* par une littérature abondante, qui procédait selon plusieurs niveaux de propagande : l'idéologie raciale du parti était abordée selon un axe pseudo-scientifique, établissant fréquemment des comparaisons triviales avec le règne animal (le Juif est un « parasite » affaiblissant les autres espèces⁵²⁹) ou l'immunologie (le Juif est un « bacille » qui, tant qu'il n'est pas perpétuellement éliminé de l'organisme, revient systématiquement déclencher des maladies de façon chronique⁵³⁰), et prétextant les derniers progrès en matière de génétique afin de justifier les lois raciales de Nuremberg⁵³¹. Parallèlement à cette *ratio-propagande*, une *senso-propagande*⁵³² présentait la « juiverie mondiale » comme

⁵²⁶ F. Fink, *Die Judenfrage im Unterricht*, Nürnberg, Stürmeverlag, 1937.

⁵²⁷ L. Poliakov, *Le procès de Nuremberg*, Julliard, 1971, 280 p., sp. pp. 72-73.

⁵²⁸ *Ibidem*, pp. 38-39.

⁵²⁹ *Parole 21 : Den Juden kennen heißt den Sinn des Krieges verstehen !* Sprechabendienst, Sept/Okt. 1944.

⁵³⁰ *Der Stürmer*, 25 mai 1944, cité par L. Poliakov, *op. cit.* pp. 211-214.

⁵³¹ F. Bennecke, *Vom deutschen Volk und seinem Lebensraum, Handbuch für die Schulungsarbeit in der HJ*, München, Franz Eher, 1937, cité par R. L. Bytwerk, *German Propaganda Archive*, Calvin College (<http://research.calvin.edu/german-propaganda-archive>). Dès lors, les Juifs étaient soumis à un *Sonderrecht* (droit « séparé »), du fait que le droit allemand était considéré comme la « *forme de vie du peuple allemand* », de laquelle les Juifs étaient nécessairement exclus car dépourvus de *Gestalt* (de « forme » humaine intrinsèque). En ce sens, v. O. Jouanjan, *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, PUF, 2016, sp. p. 278 s.

⁵³² Cette distinction est empruntée à Serge Tchakotine, *op. cit.* p. 152.

étant à l'origine de tous les maux subis par l'Allemagne : la guerre menée contre les forces Alliées était une guerre d'origine juive destinée à anéantir le peuple allemand, légitimant dès lors les politiques militaires et de persécution. La situation géopolitique mondiale était dépeinte sous des traits romanesques, au travers desquels « *une Allemagne jeune et vertueuse se battait virilement contre des intrigants pervers, surtout les Juifs* »⁵³³.

Un autre exemple emblématique de manipulation des masses par une propagande haineuse et meurtrière est celui des « médias de la haine » dans le cadre du génocide des Tutsis du Rwanda en 1994.

b - La propagande haineuse, outil d'excitation au crime

129. En 1994, le Rwanda fut le théâtre d'un génocide dont l'une des particularités est d'avoir été en grande partie commis par des civils rwandais⁵³⁴. Celui-ci prit ses origines dans des tensions larvées depuis plusieurs décennies entre les deux principales catégories sociales du pays, les Tutsis et les Hutus⁵³⁵. Au plus fort de la crise nationale qui allait entraîner l'insoutenable, l'invasion par la frontière nord du Rwanda par le Front patriotique rwandais (FPR) en octobre 1990 a déclenché une guerre civile qui trouva une fin précaire en août 1993 par la signature des accords d'Arusha. Durant cette période, qui fut marquée par la consécration d'un pluralisme politique apparent à la suite de l'adoption d'une nouvelle constitution, un certain nombre de médias semi-privés naquirent, dont certains à l'initiative directe de proches de la famille présidentielle, distillant une propagande radicale contre les Tutsis.

Parmi ceux-ci, le journal *Kangura* (« réveille-le ! »), à la tête duquel Hassan Ngeze avait été placé par l'entourage présidentiel⁵³⁶, fut le principal relais imprimé de la propagande anti-tutsie du gouvernement. La ligne éditoriale de *Kangura*, qui se résumait au slogan figurant sous le titre du journal (« *la voix qui réveille et défend le peuple majoritaire* »), s'inscrivait dans une logique de stigmatisation similaire à celle employée par les idéologues nazis à l'encontre des Juifs : les Tutsis étaient un « ennemi intérieur » menaçant la survie du « peuple majoritaire » hutu. A ce titre, de fréquentes références à la révolution sociale de 1959 étaient faites en rappel de la libération passée de l'ethnie hutue du « joug féodal tutsi ». Y fut notamment publié un

⁵³³ J. Herf, *op. cit.* p. 14.

⁵³⁴ J.-P. Kimonyo, *Rwanda – Un génocide populaire*, Karthala, 2009, *sp.* p. 8.

⁵³⁵ Plus généralement sur le génocide rwandais et son contexte, v. C. Braeckman, *Rwanda – Histoire d'un génocide*, Fayard, 1994.

⁵³⁶ J.-P. Chrétien (dir.), *Rwanda : les médias du génocide*, Karthala, 2002, *sp.* pp. 26-27.

faux historique comparable au Protocole des sages de Sion, relatant l'existence d'un complot tutsi de conquête du Kivu et de l'Afrique Centrale⁵³⁷. Consécutivement à cette publication, fut diffusé dans un tirage ultérieur un manifeste se présentant comme les « dix commandements du Hutu », d'après lequel toute alliance de quelque nature que ce soit à l'ethnie tutsie doit être considérée comme une trahison à la cause hutue⁵³⁸. Ainsi, par des procédés de stigmatisation des uns, à laquelle devait répondre l'unification des autres, *Kangura* entretenait au travers de ses tirages une méfiance unilatérale des Hutus envers les Tutsis.

130. Au savant entretien, par la presse papier extrémiste, d'une culture de la haine déjà bien implantée depuis une trentaine d'années au sein de la population hutue rwandaise, s'ajoutait l'action d'un moyen de communication désigné unanimement comme l'un des principaux catalyseurs des massacres qui allaient être perpétrés : la *radiodiffusion*. Le média radiophonique jouissait alors, au Rwanda, d'une popularité importante. Avant sa mise sur le marché à des prix relativement bas, facilitant l'acquisition d'un poste de radio par le plus grand nombre, la communication était essentiellement orale et assurée par les sages des villages dans les contrées les plus reculées⁵³⁹. L'arrivée de la radio en tant que moyen de transmission massive de l'information en fit rapidement un outil privilégié par les autorités rwandaises pour la diffusion de la propagande gouvernementale. Plusieurs auteurs soulignent le rôle déterminant joué par les messages radiodifusés dans la perpétration des massacres de 1994⁵⁴⁰. Ainsi, l'influence du média radiophonique se différenciait de celle de la presse papier par son impact plus immédiat : là où la seconde permettait d'entretenir un état d'esprit combustible, la première s'employait à y faire jaillir une étincelle.

La station officielle de l'Etat, *Radio Rwanda*, relayait les informations soumises au contrôle gouvernemental de façon classique jusqu'à la fin des années 1980, lorsque le directeur de l'Office rwandais d'information (ORINFOR), de moins en moins prompt à diffuser la

⁵³⁷ *Kangura*, octobre 1990, n° 4, cité in J.-P. Chrétien (dir.), *op. cit.*, pp. 34-35.

⁵³⁸ *Kangura*, 6 décembre 1990, n° 6, *ibidem*, pp. 141-142. A ce sujet, v. J.-P. Chrétien, « Presse libre » et propagande raciste au Rwanda, *Kangura* et « les 10 commandements de Hutu », *Politique africaine* n° 42, juin 1991, pp. 109-120.

⁵³⁹ C. L. Kellow, H. L. Steeves, *The Role of Radio in the Rwandan Genocide*, *Journal of Communication*, volume 48, issue 3, septembre 1998, pp. 107-128 *sp. p.* 115.

⁵⁴⁰ En ce sens, v. J.-P. Chrétien (dir.), pp. 56-57 ; C. Braeckman, *op. cit.*, pp. 164-165 ; C. L. Kellow, H.L. Steeves, art. préc. pp. 115-117 ; A. Des Forges, *Call to Genocide : Radio in Rwanda, 1994*, in A. Thompson, *The Media and the Rwanda Genocide*, Pluto Press, 2007, 463 p., *sp. p.* 42 ; K. Sommerville, *Violences et discours radiophoniques de haine au Kenya – Problèmes de définition et d'identification*, *Afrique Contemporaine* 2011/4, n° 240, pp. 125-140, *sp. p.* 134 ; Reporters sans frontières, *Les médias de la haine*, La découverte, 1995, *sp. pp.* 22-55 ; v. cependant contra. : S. Straus, *What is the Relationship between Hate Radio and Violence ? Rethinking Rwanda's « Radio Machete »*, *Politics and Society*, vol. 35, n° 4, décembre 2007, pp. 609-637, *sp. p.* 615.

propagande de l'*akazu*⁵⁴¹, fut démis de ses fonctions au profit de celui qui fut considéré comme l'idéologue du génocide rwandais : Ferdinand Nahimana, proche du président Habyarimana et l'un des promoteurs à l'origine du journal *Kangura*⁵⁴². Avec Hassan Ngeze, ils participèrent à la création de la station « indépendante »⁵⁴³ *Radio-Télévision libre des Mille Collines* (RTLM) en août 1993, qui allait devenir l'emblème d'une orchestration par les « médias de la haine » d'un génocide dont l'intensité fut proportionnelle à sa rapidité.

Bénéficiant d'une liberté de ton que lui procurait son écran d'indépendance, cette station de radio mêlait à sa programmation musicale l'expression libre et familière des intervenants qui animaient ses *talk-shows*, et devint rapidement très populaire. Immédiatement après l'attentat dans lequel le président Juvénal Habyarimana a trouvé la mort, qui fut l'élément déclencheur de la vague génocidaire d'avril à juillet 1994, la RTLM, qui s'était jusqu'alors contentée de prendre la relève d'une propagande haineuse envers les Tutsis et de la critique des accords de paix d'Arusha, se mit à diffuser des appels à la vigilance et au « travail ». La terminologie utilisée renvoyait en réalité à l'extermination de ceux que les animateurs appellent *inyenzi* (« cafards »)⁵⁴⁴. Des personnes, notables Tutsis ou Hutus modérés (« *ibytso* », complices), dont les noms et les adresses correspondantes avaient été diffusées à l'antenne furent notamment assassinées les 7 et 8 avril⁵⁴⁵. Dans les premières semaines du massacre, sans avoir explicitement appelé à l'extermination des civils tutsis, la RTLM justifiait néanmoins les meurtres de ceux-ci par l'association répétée qu'ils en faisaient avec le FPR⁵⁴⁶. C'est cependant durant les phases ultimes du génocide, entre les mois de mai et juillet, que les appels sans équivoque à l'extermination de « l'ennemi » se sont fait entendre sur l'antenne de la RTLM⁵⁴⁷,

⁵⁴¹ En kinyarwanda, « petite hutte » ; ce terme était fréquemment utilisé pour désigner la sphère influente de la famille présidentielle.

⁵⁴² J.-P. Chrétien (ss. dir.), *op. cit.*, pp. 48-49.

⁵⁴³ Parmi les actionnaires de la société privée de radiodiffusion se trouvaient plusieurs membres de l'*akazu*, dont la veuve du président Habyarimana, Agathe Kanziga, et émettait depuis un local situé à proximité du palais présidentiel (C. L. Kellow, H. L. Steeves, *op. cit.*, p. 118) ; la radio empruntait par ailleurs le réseau d'émetteurs de *Radio Rwanda*, qui détenait les canaux d'émission de la RTLM (J.-P. Chrétien et al., *op. cit.* p. 70) ; enfin, les locaux de la RTLM bénéficiaient d'une protection spéciale ordonnée par le gouvernement d'interim nommé après la mort de Juvénal Habyarimana (Article 19, *Broadcasting Genocide : Censorship, propaganda & state-sponsored violence in Rwanda 1990-1994*, 1996, 177 p., *sp.* p. 65).

⁵⁴⁴ J.-P. Chrétien (ss. dir.), *op. cit.* p. 78.

⁵⁴⁵ S. Straus, art. préc. p. 614.

⁵⁴⁶ Article 19, *op. cit.* p. 67 ; v. aussi TPIR, *Le procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, jugement du 3 décembre 2003 préc., § 357-358, § 392-398.

⁵⁴⁷ S. Straus, *op. cit.* p. 622 ; v. aussi, TPIR, *Le procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, jugement du 3 décembre 2003 préc., § 425-428.

qui félicitait, jusqu'à la chute du régime et la fin des atrocités, les milices et citoyens pour le « travail » accompli⁵⁴⁸.

Les jugements des propagandes nazie et antitutsie, consécutifs à la fin des conflits dont il est question, ont contribué à faire entrer les discours de haine et à préciser leurs contours dans le droit pénal international.

B - L'appréhension du discours haineux par le droit pénal international

131. Les discours de haine firent une entrée remarquée en droit pénal international à l'occasion du procès des atrocités nazies à Nuremberg, au titre de crimes contre l'humanité (1). Beaucoup plus tard, le procès dirigé contre les principaux responsables des « médias de la haine » du génocide rwandais fut l'occasion de préciser, avec davantage de recul, les éléments constitutifs des infractions dérivées des discours de haine en droit pénal international (2).

1 - L'érection des discours haineux en tant que crime contre l'humanité à Nuremberg

132. Le procès de Nuremberg qui se tint à l'initiative des forces Alliées victorieuses fut, à bien des titres, une innovation dans la pratique judiciaire. Outre le fait que le Tribunal militaire international constituait la première mise en œuvre d'une forme embryonnaire de justice pénale internationale, ce procès fut l'occasion de juger, davantage que les seuls responsables « matériels » et exécutifs des crimes nazis, ceux qui furent les artisans de ce que François de Menthon avait qualifié de « *crime contre l'esprit* »⁵⁴⁹.

Sur le banc des accusés se tinrent ainsi notamment Hans Fritzsche, directeur du département radiophonique du ministère de la propagande nazie, et Julius Streicher, rédacteur en chef et éditeur de l'hebdomadaire antisémite *Der Stürmer* (Joseph Goebbels s'était en effet donné la mort pour échapper à tout procès). Hans Fritzsche fut acquitté de toutes les charges qui pesaient à son encontre (crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité) en raison notamment de l'insuffisante portée incitative des messages qu'il diffusait au cours de

⁵⁴⁸ « *Mais donc ! Et ces inkotanyi [combattants du FPR, assimilés aux Tutsis] qui me téléphonaient, où sont-ils allés ? Hein ? Ah ! Ils doivent sûrement avoir été exterminés... ils doivent avoir été exterminés... chantons donc [...]. Mais tant pis, continuons. Serrons les ceintures et exterminons-les (...) et que nos enfants, nos petits enfants et les enfants de nos petits enfants n'entendent plus jamais ce qu'on appelle inkotanyi !* » - Kantano Habimana, sur l'antenne de la RTL, le 2 juillet, cité in J.-P. Chrétien et al., *op. cit.* p. 81.

⁵⁴⁹ L. Poliakov., *op. cit.*, p. 67.

ses émissions. Les juges ont conclu que son but résidait davantage dans l'encouragement d'un sentiment populaire favorable à Hitler et à l'effort de guerre qu'à la commission de crimes⁵⁵⁰. Julius Streicher, quant à lui, ne bénéficia pas d'une telle mansuétude. Son avocat, Hanns Marx, avait, à l'occasion de son procès, affirmé que « *la question de savoir si le peuple allemand dans son ensemble avait su et approuvé ces actes est la question primordiale. Elle constitue la pierre de touche qui doit décider si oui ou non l'Allemagne se retrouvera jamais sur un pied d'égalité dans le cercle culturel et vital du monde* »⁵⁵¹.

La connaissance par Streicher lui-même de la politique d'extermination des Juifs d'Europe a constitué le critère principal de détermination de son intention coupable dans l'incitation à l'assassinat de millions de personnes : lors de son interrogatoire par le lieutenant-colonel Griffith-Jones, ce dernier avait produit à cet effet plusieurs articles publiés par l'accusé au titre de preuves. Streicher avait plaidé non coupable, et prétendu que l'utilisation répétée, dans ses publications, des termes *Vernichtung* (« anéantissement ») et *Ausrottung* (« extermination ») ne renvoyait pas à l'idée d'un massacre physique du peuple juif, mais à la détermination par un congrès international d'une solution au « *problème juif* », consistant dans la création d'un foyer national à destination de ce même peuple⁵⁵². Malgré ses dénégations relatives à sa connaissance de l'existence d'une « Solution finale » dirigée contre les Juifs, les juges déduisirent du contenu de ses articles, dont certains citaient la presse israélite allemande déplorant la « disparition virtuelle » des Juifs en Europe et vantaient la réalisation de la prophétie annoncée par le Führer, que Julius Streicher s'était rendu coupable de persécution fondée sur des motifs raciaux en rapport avec des crimes de guerre, en tant que crime contre l'humanité⁵⁵³. Il fut condamné à mort par pendaison, laquelle eut lieu dans la nuit du 15 au 16 octobre 1946.

133. Le rôle de la propagande nazie fut celui d'une légitimation des crimes de persécution et d'extermination des Juifs d'Europe auprès de la population civile, devenue le complice passif de l'exécution, par les appareils étatique et militaire, des politiques meurtrières du Reich. La domination totale des autorités nazies sur la presse nationale et la diffusion à long

⁵⁵⁰ Jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg du 1^{er} octobre 1946, transcription (anglaise) disponible via Trial-ch.org (http://www.trial-ch.org/fileadmin/user_upload/documents/trialwatch/Nuremberg_judgment.doc), p. 148.

⁵⁵¹ Cité par L. Poliakov, *op. cit.* p. 221.

⁵⁵² L. Poliakov, *op. cit.* pp. 211-214.

⁵⁵³ Jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg du 1^{er} octobre 1946 *préc.*, p. 118.

terme des théories racistes, jusque dans les sphères de l'enseignement, contribuèrent ainsi à créer, dans toutes les strates de la population allemande, un « *consensus antisémite* »⁵⁵⁴. Après le procès de Nuremberg, les dispositions de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948 enjoignirent les Etats signataires à faire de « *l'incitation directe et publique à commettre le génocide* » une infraction pénale punissable⁵⁵⁵. Depuis, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, signé le 17 juillet 1998, qui donne compétence à ladite Cour pour juger du crime de génocide, dispose en son article 25, 3, e) que celle-ci est compétente pour juger toute personne qui « *incite directement et publiquement autrui* » à commettre un tel crime. En droit pénal français, c'est à l'occasion de la loi du 9 août 2010 « *portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale* » que l'infraction fut finalement introduite au sein du Code pénal (art. 211-2).

Première appréhension du discours haineux par la justice pénale internationale, le procès de Nuremberg n'avait toutefois pas permis d'en préciser les contours en tant que crime puni par le droit pénal international. Le procès des « médias de la haine » rwandais fut l'occasion de pallier cette lacune.

2 - La précision des liens entre discours haineux et crimes contre l'humanité à Arusha

134. Avant, pendant et après la tragédie rwandaise de 1994, la communauté et la presse internationales n'avaient eu de cesse de souligner le rôle de catalyseur qu'avaient joué les médias, et en particulier la RTLM, dans le déroulement du génocide par les incitations répétées à l'assassinat de l'ethnie tutsie. Les journalistes François Misser et Yves Jaumain, alors que le massacre faisait rage, affirmaient que « *si les crimes contre l'humanité commis au Rwanda devaient un jour être jugés, les propriétaires de la Radio des Mille Collines se tiendront à la tête des accusés* »⁵⁵⁶. C'est en ce sens que le Tribunal pénal international pour le Rwanda (TPIR) fut appelé, quelques années plus tard à Arusha, à juger les principaux responsables de la communication génocidaire de 1994⁵⁵⁷.

⁵⁵⁴ J. Herf, *op. cit.*, pp. 27 s.

⁵⁵⁵ Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, art. III, c).

⁵⁵⁶ F. Misser, Y. Jaumain, *Death by Radio*, Index on Censorship, n° 23-4/5, 1994, pp. 72-74.

⁵⁵⁷ Cette juridiction a été créée par la résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies n° 955 du 8 novembre 1994 pour juger les principaux responsables de violations graves du droit international humanitaire sur le territoire rwandais entre les 1^{er} janvier et 31 décembre 1994.

Trois personnes ont comparu devant la juridiction *ad hoc* : Ferdinand Nahimana, fondateur du comité d'initiative à l'origine de la création de la Radio-télévision des Mille Collines, Jean-Bosco Barayagwiza, membre de ce même comité, et Hassan Ngeze, fondateur et rédacteur en chef du journal *Kangura*, ont dû répondre des chefs d'accusation de génocide, complicité de génocide, entente en vue de commettre le génocide, crimes contre l'humanité, et en particulier, incitation directe et publique à commettre le génocide en vertu de l'article 2(3)(c) du statut du TPIR. Les instances des trois accusés ont été jointes à la demande du Procureur, qui soutenait que « *les actes qui leur étaient reprochés participaient d'un plan commun* »⁵⁵⁸. Si la problématique de l'incitation directe et publique à commettre le génocide avait été envisagée par le même tribunal à l'occasion d'autres affaires pour des propos tenus à titre individuel⁵⁵⁹, « *les accusés en l'espèce ont systématiquement fait usage des médias écrits et radiophoniques, non seulement pour diffuser leurs propres discours mais encore ceux de bien d'autres, et véhiculer ainsi des idées et mobiliser la population en masse* »⁵⁶⁰. Le 3 décembre 2003, les trois accusés furent condamnés par la chambre de première instance du TPIR à la réclusion criminelle à perpétuité pour l'ensemble des chefs d'accusations retenus à leur encontre⁵⁶¹. Au terme de la procédure en appel initiée par les accusés, Ferdinand Nahimana fut en définitive condamné à une peine d'emprisonnement de 30 ans, tandis que Jean-Bosco Barayagwiza et Hassan Ngeze virent leurs peines de privation de liberté réduites, respectivement, à 32 et 35 années⁵⁶². La comparaison des arrêts de première instance et d'appel dans cette espèce fait apparaître une différence d'appréciation des deux formations judiciaires dans l'appréciation du crime d'incitation directe et publique à commettre le génocide.

135. La chambre de première instance, qui devait se baser sur les minces précédents jurisprudentiels des affaires *Akayesu* et *Ruggiu* traitées par le TPIR, et sur les lointains raisonnements du Tribunal militaire international de Nuremberg à l'encontre de Julius Streicher et Hans Fritzsche, avait retenu une définition assez large du crime visé. Les juges estimèrent

⁵⁵⁸ TPIR, *Le procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, 3 décembre 2003, ICTR-99-52-T., § 34.

⁵⁵⁹ TPIR, *Le procureur c/ Jean-Paul Akayesu*, 2 septembre 1998, ICTR-96-4-T, § 672 s ; *Le procureur c/ Georges Ruggiu*, 1^{er} juin 2000, ICTR-97-32-I.

⁵⁶⁰ TPIR, *Le procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, jugement du 3 décembre 2003 *préc.*, § 979.

⁵⁶¹ A l'exception de Jean-Bosco Barayagwiza, qui bénéficia d'une réduction de peine en raison d'une violation de ses droits ; *Ibidem*, § 1105 s.

⁵⁶² TPIR, *Le procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, arrêt du 28 novembre 2007, ICTR-99-52-A, § 1044 s. A noter que Jean-Bosco Barayagwiza fut acquitté des charges pesant à son encontre s'agissant du crime d'incitation publique et directe à commettre le génocide, celui-ci n'ayant plus exercé des fonctions de supérieur hiérarchique sur le personnel de la RTLM après le 6 avril 1994, et les émissions diffusées par la station ne pouvant être considérées comme incitant directement à commettre le génocide avant cette date (*ibidem*, § 858).

notamment que la relation de cause à effet entre un discours et un acte meurtrier « *n'est pas une condition indispensable pour que soit constituée l'incitation. C'est parce qu'il a pour potentiel de provoquer le génocide que le discours caractérise l'incitation* »⁵⁶³. Ce faisant, la Chambre de première instance « *a abaissé le seuil de l'incitation, en englobant tout discours de haine ethnique* »⁵⁶⁴. D'après les premiers juges, l'incitation directe et publique à commettre le génocide « *est une infraction formelle qui se prolonge dans le temps jusqu'à l'accomplissement des actes envisagés* », ce qui leur permit de retenir des tirages et émissions échappant pourtant à la compétence *ratione temporis* du Tribunal, car bien antérieurs au 1^{er} janvier 1994. En effet, la propagande haineuse distillée par ces médias procédait par l'instauration progressive et sur le long terme d'un état d'esprit de méfiance à l'égard de l'ethnie tutsie⁵⁶⁵. Les juges de première instance avaient donc accordé un rôle important à la diffusion, antérieure aux massacres, de discours haineux par les prévenus.

136. Une interprétation aussi extensive des dispositions de l'article 2(3)(c) du statut du TPIR semblait cependant de nature à « *brouiller et fragiliser la distinction entre ce qui doit être considéré comme un crime international, telle que l'incitation directe et publique à commettre un génocide, et ce qui constitue, au contraire, un délit (commun) d'opinion, telle que la diffusion de propos racistes* »⁵⁶⁶. En ce sens, cette solution fut réfutée par la Chambre d'appel du Tribunal, qui estima « *qu'il y a une différence entre le discours haineux en général (ou l'incitation à la discrimination ou à la violence) et l'incitation directe et publique à commettre le génocide. En effet, il y aura incitation directe à commettre le génocide si le discours constitue un appel direct à commettre un ou des actes de génocide énumérés à l'article 2(2) du Statut ; une suggestion vague et indirecte ne suffira pas* »⁵⁶⁷. Ainsi, les faits de propagande haineuse antérieurs au 1^{er} janvier, voire au 6 avril 1994, date de commencement du génocide, ne sauraient être retenus au titre de l'incrimination d'incitation directe et publique à commettre le génocide qui, si elle est bien de nature formelle⁵⁶⁸, « *est consommée dès que les propos en question ont*

⁵⁶³ TPIR, *Le procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, jugement du 3 décembre 2003 préc., § 1015.

⁵⁶⁴ E. Fronza, R. Emilia, *Incitation à commettre un génocide et persécution*, RSC 2004 p. 720 ; sur l'arrêt d'appel du 28 novembre 2007, v. S. Kagan, *L'affaire des « médias de la haine » devant le tribunal pour le Rwanda*, Journal judiciaire de La Haye, vol. 3, n° 1, 2008, pp. 92-101.

⁵⁶⁵ TPIR, *Le procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, jugement du 3 décembre 2003 préc., § 1017.

⁵⁶⁶ E. Fronza, R. Emilia, RSC 2004 p. 720 préc.

⁵⁶⁷ TPIR, *Le procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, arrêt du 28 novembre 2007 préc., § 692.

⁵⁶⁸ *Ibidem*, § 720.

*été tenus ou publiés, même si les effets d'une telle incitation peuvent se prolonger dans le temps »*⁵⁶⁹.

Néanmoins, si les juges d'appel ont estimé, au titre de la qualification du crime de persécution en tant que crime contre l'humanité prévue par l'article 3 h) du statut, que les discours diffusés antérieurement aux massacres ne sauraient constituer « *une violation des droits à la vie, à la liberté et à l'intégrité physique* »⁵⁷⁰, les discours haineux prononcés après le début de l'attaque générale et systématisée le 6 avril 1994 devaient être constitutifs d'actes de persécution en ce qu'ils avaient *substantiellement contribué* à la commission d'autres actes de persécution à l'encontre des Tutsis⁵⁷¹ : en ce sens, seule la culpabilité de Ferdinand Nahimana, qui avait sous son autorité les journalistes de la RTLM, fut maintenue au titre de cette infraction⁵⁷². Se trouvait alors consacré, en jurisprudence pénale internationale, le lien de corrélation entre discours de haine et un passage à l'acte dans la perpétration de crimes de masse.

Le cas du génocide des Tutsis au Rwanda est donc révélateur à plus d'un titre, s'agissant de l'étude des effets du discours de haine sur une grande échelle. La jurisprudence du Tribunal pénal international pour le Rwanda apporte des éclaircissements significatifs sur l'interprétation par les juges du crime d'incitation publique et directe à commettre le génocide, près de soixante ans après la condamnation de Julius Streicher et la signature de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Mais surtout, ce tragique épisode de l'histoire rwandaise constitue une illustration extrême des effets de la propagande haineuse sur la population qui, davantage qu'un assentiment inconscient et passif à une politique génocidaire et de persécution, y apporte sa participation consciente et active.

C'est donc d'abord en considération des effets particulièrement dangereux de la généralisation du sentiment haineux par le biais de propagandes criminelles que les discours de haine font aujourd'hui l'objet d'une répression par le droit pénal. A l'échelle, *a priori* plus réduite mais beaucoup plus répandue de l'expression publique, la norme répressive se donne pour objectif d'éviter qu'un tel sentiment se banalise ou se perpétue.

⁵⁶⁹ § 723.

⁵⁷⁰ TPIR, *Le procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, arrêt du 28 novembre 2007 *préc.*, § 986.

⁵⁷¹ *Ibidem*, § 988.

⁵⁷² § 996.

§ 2 - Les fondements théoriques de la pénalisation des discours de haine

137. L'objectif de la répression des discours de haine réside avant tout dans l'effet stigmatisant qu'ils opèrent sur les personnes visées, tiré de leur caractère performatif (A). Cependant, la fonction remplie par la norme pénale dans la lutte contre les discours de haine ne saurait être étendue au-delà de son rôle essentiellement inhibiteur (B).

A - Le caractère performatif des discours de haine

138. John Langshaw Austin (1911-1960), professeur de philosophie morale à Oxford, a consacré une partie non-négligeable de son œuvre à la « phénoménologie linguistique », en tant qu'étude des effets du langage ordinaire sur le réel. A ce titre, l'un de ses travaux les plus édifiants consiste dans son analyse de l'accomplissement de faits par la parole au travers des *énoncés performatifs*⁵⁷³. Austin estimait que tout énoncé ne saurait se limiter à la description d'un fait quelconque⁵⁷⁴ : une affirmation prononcée par une personne peut, en plus de *décrire* une action, *l'accomplir*. Le philosophe y oppose les énoncés *constatifs*, desquels ne découle qu'une simple description d'un fait sans produire d'effet *extralinguistique*⁵⁷⁵. Notamment, Austin considérait l'importance de l'identification par « les hommes de loi » d'énoncés performatifs ou constatifs, ainsi que celle du « choix de langage » opéré par le législateur, avec « pour objectif, délibéré ou instinctif, de faciliter ou encourager l'obéissance à la norme ainsi exprimée »⁵⁷⁶. Christophe Grzegorzczuk, dans son *Impact de la théorie des actes de langage dans le monde juridique*, développe et transpose ainsi la théorie d'Austin au paysage jurisprudentiel, en estimant notamment qu'« en droit les mots font tout ou presque »⁵⁷⁷. Ainsi, « il est [...] indispensable d'avoir égard au contexte dans lequel un énoncé a été prononcé afin d'y déceler un éventuel effet "performatif sur le plan du droit", c'est-à-dire l'existence de conséquences juridiques attachées à cet énoncé »⁵⁷⁸.

⁵⁷³ v. J. L. Austin, *Quand dire c'est faire*, Points, 1991, 203 p.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 37-39.

⁵⁷⁵ Ainsi, le fait pour une personne de planter un drapeau en affirmant qu'il nomme un territoire d'une telle façon, ou se l'approprie, ou le fait de répondre « oui, je le veux » à l'occasion d'un mariage, constituent des énoncés performatifs en ce sens qu'ils produisent un effet extralinguistique (l'appropriation d'un territoire, la création des liens du mariage) par leur seule prononciation.

⁵⁷⁶ D. Pasteger in « Actes de langage et jurisprudence. Illustrations de la réception de la théorie austinienne de la performativité du langage dans la pratique juridique », *Dissensus* février 2010, vol. 3, p. 69.

⁵⁷⁷ *Ibidem* p. 71

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 74

139. Une application élargie des théories austiniennes dans la phénoménologie linguistique fut par la suite opérée par certains auteurs, qui l'étendent aux effets du langage à plus ou moins long terme sur l'opinion publique et l'environnement social⁵⁷⁹. Les discours de haine constituent, à ce titre, un exemple particulièrement évocateur. Judith Butler estime ainsi que la vulnérabilité physique d'une personne est transposable sur un plan linguistique, les invectives étant susceptibles de produire des blessures au même titre que les coups⁵⁸⁰. En ce sens, « *le discours de haine révèle une vulnérabilité au langage qui lui est antérieure, une vulnérabilité qui est la nôtre parce que nous sommes des êtres interpellés, qui dépendent de l'adresse de l'Autre pour être* »⁵⁸¹. La prononciation ou la diffusion de propos tendant au rejet d'autrui constitueraient dès lors une *institutionnalisation verbale* de la relation de subordination liant celui qui s'exprime au groupe de personnes qu'il attaque⁵⁸². Partant, les expressions comprises dans la catégorie des discours de haine auraient un effet performatif en ce qu'elles « *contribueraient à répandre et à consolider une vision infériorisée de certaines catégories de personnes, fragilisant ainsi ces dernières, aussi bien d'un point de vue individuel (infériorisation de la norme et haine de soi) que social (sentiment d'impunité des auteurs d'actes de violence physique à l'encontre de ces personnes) [...]. Bref, les discours de haine sont de véritables performatifs en ce qu'ils influent radicalement sur la réalité non-verbale* »⁵⁸³. Les discours de haine agissent donc comme un véritable dispositif d'affichage des sentiments haineux au travers de leur perpétuation par la grande variété de formes qu'ils prennent.

Si la théorie de la performativité des discours ne saurait à elle seule expliquer l'ensemble des enjeux qui entourent la question de l'expression haineuse, elle permet néanmoins de percevoir les mécanismes sociaux par lesquels le discours de haine agit sur la perception qu'un individu a de lui-même au sein de son environnement, au travers de la façon dont l'opinion publique s'exprime à l'égard du groupe ethnique ou culturel dont il est issu. C'est en ce qu'il crée, mais aussi pérennise, un certain malaise social traduisible dans les faits que le discours de

⁵⁷⁹ Françoise Tulkens estime ainsi que la solution rendue par la Cour européenne des droits de l'Homme dans l'affaire *Leroy c/ France* (2 octobre 2008 précité) révélait la prise en compte par la juridiction strasbourgeoise du caractère *performatif* d'une caricature représentant un acte terroriste, publiée dans une région sensible et augmentant dès lors son potentiel de provocation à l'acte. En ce sens, v. F. Tulkens, *When to say is to do, Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights*, Séminaire sur les droits de l'Homme pour les formateurs judiciaires européens du 9 octobre 2012, pp. 12-13.

⁵⁸⁰ J. Butler, *Le pouvoir des mots. Discours de haine et politique du performatif*, éd. Amsterdam, 2008, pp. 21-24.

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 49.

⁵⁸² *Ibidem*, p. 108.

⁵⁸³ N. Thirion, *Discours de haine et police du langage*, Revue de philosophie politique de l'ULg, n° 3, février 2010, p. 100.

haine est aujourd'hui largement réprimé par la norme pénale. Le rôle dévolu à celle-ci dans la lutte contre les sentiments haineux reste toutefois borné à l'inhibition de leur expression.

B - Le rôle inhibiteur de la norme pénale

140. Ces dernières années, la lutte contre les discours de haine est devenue une préoccupation récurrente en politique, à tel point que le retentissement médiatique de paroles racistes, sexistes ou homophobes prononcées par un personnage public revêt souvent une ampleur supérieure à celui de faits avérés de discrimination ou de violences commis par quiconque à raison des mêmes mobiles. Aussi, ces épisodes s'accompagnent parfois de projets ou propositions de lois visant à durcir encore davantage la législation existante en matière de répression des discours haineux⁵⁸⁴. Si ces initiatives sont motivées par l'affichage politique d'une juste réaction sociale, il convient de se demander dans quelle mesure la norme pénale est efficace dans la lutte contre les comportements haineux.

A ce titre, la doctrine nord-américaine, pour laquelle la question de la lutte contre les discours de haine revêt une complexité toute particulière en raison de la conception extensive du droit à la liberté d'expression aux Etats-Unis⁵⁸⁵, engage des réflexions intéressantes. D'après Jeremy Waldron, les initiatives visant à réprimer les discours de haine suggèrent trop souvent l'idée selon laquelle le législateur cherche à réguler les passions, les émotions, qui, en elles-mêmes, ne sauraient en aucun cas dépendre de l'action de la loi⁵⁸⁶. Ainsi, la pénalisation de telles formes d'expression ne devrait pas s'inscrire dans une démarche de régulation attitudinale, qui relève davantage de procédés éducatifs⁵⁸⁷. Ce serait précisément sur ce point que la question de la pénalisation du discours haineux fait problème aux Etats-Unis : l'emphasis placée sur la notion de haine dans ces législations aurait un effet stigmatisant, et procurerait le sentiment d'une ambition malheureuse de l'appareil répressif en direction d'un changement des mentalités. Outre le fait qu'il est impossible de parvenir à un tel résultat, une démarche comme celle-ci s'avèrerait parfaitement contreproductive. Dès lors, il importe de garder à l'esprit le fait

⁵⁸⁴ En ce sens, v. *infra*, n° 154 s.

⁵⁸⁵ Sur la jurisprudence constitutionnelle américaine relative aux discours haineux, v. *infra*, n° 591 s.

⁵⁸⁶ J. Waldron, 2009 *Oliver Wendell Holmes Lectures – Dignity and Defamation : the Visibility of Hate*, Harvard Law Review vol. 123 p. 1596, *sp.* p. 1598.

⁵⁸⁷ M. Alain Terrenoire, lors des discussions précédant l'adoption de la loi du 1^{er} juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme par l'Assemblée nationale, avait précisé que « *la commission n'a pas eu la naïveté de penser que l'amélioration proposée, et encore perfectible, de la législation supprimera tout racisme. Une véritable politique antiraciste passe d'abord par l'éducation et l'information* ». J.O.A.N., compte-rendu de la séance du 7 juin 1972, p. 2281.

que la répression des comportements s'analysant en un discours de haine ne saurait viser, en toute hypothèse, à anéantir le sentiment raciste, sexiste ou homophobe pouvant exister chez certains.

Néanmoins, toute démarche répressive vis-à-vis des discours de haine est-elle inutile ? Jean-François Gaudreault-DesBiens souligne que les discours de haine sont habituellement perçus comme « *tout propos ou parole dont l'objectif est de blesser, dégrader, dénigrer ou ridiculiser autrui sur le fondement d'une caractéristique distincte* »⁵⁸⁸. Toutefois, cette définition manque selon lui à l'exhaustivité dans la mesure où elle ne laisse pas entrevoir le « *nexus* » existant entre le discours haineux et les crimes les plus graves, cette connexité s'exprimant dans la manifestation généralisée d'une haine par nature systémique qui contribue à instaurer un climat défavorable aux groupes de personnes faisant l'objet d'un tel discours. Cette forme de haine devient alors *socialement acceptable*, voire *désirable* en ce que, par le biais de divers stades d'implémentation de cette haine dans la société, le(s) groupe(s) visé(s) deviennent peu à peu un « *Autre imaginaire* »⁵⁸⁹. Ainsi, dans le seul arrêt ayant permis à la Cour suprême américaine de maintenir en vigueur une loi visant à réprimer des formes d'expression haineuse, le juge Frankfurter a expliqué qu'il « *n'était pas besoin à l'Etat de l'Illinois d'observer hors de ses propres frontières ou d'attendre de faire la tragique expérience des trois dernières décennies pour conclure que ceux qui répandent sciemment des contrevérités à propos de groupes ethniques ou religieux avivent les tensions et tendent à obstruer de façon significative à la multitude d'efforts nécessaires à une vie libre et sereine dans une communauté métropolitaine et polyglotte* »⁵⁹⁰. Il est alors possible d'établir la nécessité pour les sociétés actuelles de pénaliser les discours de haine autour du concept de « société bien ordonnée » (« *well-ordered society* »)⁵⁹¹ : un Etat ne pénalisant pas les formes d'expression haineuse dirigées à l'encontre de certains groupes de personnes prend le risque de rendre son environnement social perméable aux manifestations de haine à l'égard de certaines minorités, aux célébrations des pires massacres du passé, à la diffusion libre d'idées exprimant une hostilité franche à l'égard d'autrui. « Le visible et l'audible » d'une société donnée

⁵⁸⁸ J.-F. Gaudreault DesBiens, *From Sisyphus's Dilemma to Sisyphus's Duty ? A Meditation on the Regulation of Hate Propaganda in Relation to Hate Crimes and Genocide*, McGill Law Review 2001, vol. 46, p. 1117

⁵⁸⁹ *Ibidem*, p. 1118.

⁵⁹⁰ « *Illinois did not have to look beyond her own borders or await the tragic experience of the last three decades to conclude that wilful purveyors of falsehood concerning racial or religious groups promote strife and tend powerfully to obstruct the manifold adjustments required for free, ordered life in a metropolitan, polyglot community* » (USSC, *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, pp. 258-259).

⁵⁹¹ J. Waldron, *op. cit.*, p. 1617.

conditionneraient ainsi de façon variable le sentiment de sécurité ou de crainte dans lequel certains groupes de personnes peuvent se trouver.

141. Le rôle joué par la norme pénale dans la régulation des discours de haine est alors à inscrire dans les fonctions *expressive* et *dissuasive* du droit pénal, par lesquelles il est procédé à un « affichage normatif » des valeurs fondamentales de notre société⁵⁹². C'est par cet affichage que ces valeurs se trouvent progressivement ancrées dans le « pacte social » qui lie les citoyens à l'Etat. L'interdiction d'une forme d'expression haineuse ne peut aboutir à la destruction de l'idée même qui lui a donné naissance, mais l'existence de l'interdit forme le cadre social dans la direction duquel les mentalités s'expriment au sein du débat public. Ainsi, Jean-François Gaudreault DesBiens énonce quatre prérequis à la mise en place d'une telle législation⁵⁹³ : tout d'abord, il s'agit de garder à l'esprit que la loi ne peut être un moyen unique et totalement effectif aux fins de la suppression du sentiment haineux au sein des sociétés humaines ; que la régulation des discours comporte par ailleurs pour principal inconvénient l'exploitation par les locuteurs poursuivis de leur situation pénale au travers d'un « syndrome de Galilée » les conduisant à s'autoproclamer martyrs de la liberté d'expression ; il convient ensuite, tout en se plaçant du point de vue de la souffrance des victimes, de ne pas en faire un critère prévalant sur d'autres, tels que l'intérêt général ; enfin, cette régulation ne saurait s'appliquer à toute forme de propos outrageant à l'égard d'un groupe de personnes en raison de caractéristiques réelles ou perçues, et devrait se limiter aux formes d'expression les plus extrêmes.

Par l'action publique dirigée contre l'auteur d'une expression haineuse envers un groupe de personnes protégées, il n'est pas tant procédé à une pénalisation de son opinion qu'à une réduction de la visibilité, par son *inhibition*, du sentiment haineux au sein d'une société en raison des effets tangibles qu'elle opère sur l'environnement social. C'est en ce sens que la France s'est dotée d'un arsenal législatif visant à réprimer certaines formes du discours de haine. Ce dispositif, incontestablement utile, n'est pas exempt de défauts.

⁵⁹² En ce sens, v. G. Titley, *Hate speech in Europe : considerations for the proposed campaign* « Young People Combating Hate Speech in Cyberspace », Conseil de l'Europe, 2012 : <http://nohate.ext.coe.int/content/download/27209/206889/file/Hate%20speech%20by%20Gavan%20Titley%20.doc> ; N. Thirion, *op. cit.*, p. 113.

⁵⁹³ J.-F. Gaudreault DesBiens, *op. cit.* p. 1130.

Section 2 - Les errements de la pénalisation des discours de haine

142. La lutte contre les idéologies racistes devint, dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, une priorité soutenue par la communauté internationale. La France, malgré sa réticence à ratifier la Convention européenne des droits de l'Homme avant 1974, était néanmoins signataire de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965. Cette dernière enjoint, en son article 4, ses signataires à condamner toute propagande raciste, notamment en déclarant « *délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique* ». Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de l'ONU en date de 1966 dispose également en son article 20 que « *tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi* ». Plus récemment, la décision-cadre du Conseil de l'Union européenne du 28 novembre 2008 invite les Etats membres à une incrimination de « *l'incitation publique à la violence ou à la haine visant un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe, défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance, l'origine nationale ou ethnique* »⁵⁹⁴. C'est dans ce cadre conventionnel⁵⁹⁵ qu'un grand nombre d'Etats, parmi lesquels la France, adoptèrent une législation pénalisant le discours de haine sous diverses formes.

Le droit pénal français a successivement intégré un certain nombre de textes visant les formes d'expression classiques tendant au rejet d'autrui. En dépit des louables intentions qui président à son instauration, la législation réprimant les propos haineux pèche par son approche parfois trop ambitieuse (§ 1), tandis que celle tendant à la répression de la forme spécifique des discours de haine que constitue le négationnisme pèche par son approche mémorielle (§ 2).

⁵⁹⁴ Décision-cadre 2008/913/JAI du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, art. 1^{er}, 1, a).

⁵⁹⁵ Cadre auquel il faut ajouter les déclarations comprises au sein du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, lequel dispose en son premier alinéa qu'« *au lendemain de la victoire remportée par les peuples libres sur les régimes qui ont tenté d'asservir et de dégrader la personne humaine, le peuple français proclame à nouveau que tout être humain, sans distinction de race, de religion ou de croyance, possède des droits inaliénables et sacrés* ».

§ 1 - L'approche ambitieuse de la pénalisation des propos haineux

143. Les propos stigmatisant des catégories de personnes à raison de mobiles discriminatoires constituent une préoccupation régulière du législateur pénal en France. Cette approche sans cesse renouvelée révèle la difficulté, inhérente à la matière, de l'incrimination des propos haineux (A). La crainte du vide entraînant l'abondance, il en résulte une pénalisation qui apparaît, sous certains aspects, hypertrophiée (B).

A - L'incrimination difficile des propos haineux

144. La législation française de lutte contre le discours de haine a, au cours du dernier siècle, fait la preuve de son adaptabilité (1), en dépit de laquelle elle demeure imparfaite (2).

1 - Un arsenal répressif adaptable

145. Si l'article 8 de la loi du 9 septembre 1835 punissait « *toute provocation à la haine entre les diverses classes de la société* », consacrant ainsi une forme embryonnaire de pénalisation des discours de haine, c'est cependant le décret-loi dit « Marchandeu », adopté le 21 avril 1939, qui constitua la première mesure répressive prise à l'encontre de paroles haineuses envers des catégories de personnes déterminées par leurs caractéristiques. Le texte introduisait au sein des articles 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 des délits de diffamation et d'injure publiques⁵⁹⁶ dirigées « *envers un groupe de personnes appartenant, par leur origine, à une race ou à une religion déterminée lorsqu'elles auront eu pour but d'exciter à la haine entre les citoyens ou habitants* ». Cette mesure, prise en plein essor de la propagande nazie en Europe, présentait l'inconvénient d'un champ d'application restreint. En effet, d'une part, les seuls « groupes de personnes » étant visés, le ministère public conservait l'initiative des poursuites à défaut d'une victime individuelle⁵⁹⁷, et, d'autre part, la constitution de l'infraction était subordonnée à la présence d'un dol spécial que constituait le but d'exciter à la haine entre les citoyens ou habitants⁵⁹⁸. Le 27 août 1940, peu après la signature de l'armistice et le début de l'occupation allemande en France, une loi abrogeant le décret-loi Marchandeu fut

⁵⁹⁶ Plus généralement sur les propos injurieux ou diffamatoires, v. *infra*, n° 367 s.

⁵⁹⁷ En ce sens, v. J.O.A.N., compte-rendu de la séance du 7 juin 1972 précité, p. 2282.

⁵⁹⁸ En ce sens, v. X. Agostinelli, *Diffamation, injure et provocation à la discrimination raciale*, Legicom 2002/3, n° 28, pp. 47-60, *sp.* p. 47.

promulguée par le Maréchal Pétain. Ces dispositions furent néanmoins réintroduites dans l'ordre juridique français après la Libération.

Les difficultés d'application de cette législation, couplées aux nouvelles obligations conventionnelles de l'Etat français⁵⁹⁹, ont conduit le législateur, outre une modification de la loi du 16 juillet 1949 visant à interdire les préjugés ethniques au sein des publications destinées à la jeunesse⁶⁰⁰, à adopter un ensemble de mesures contenues dans la loi du 1^{er} juillet 1972, dite « loi Pleven ». Les travaux parlementaires soulignaient en effet les critiques formulées de façon récurrente à l'encontre du dol spécial exigé par la législation précédente, « *qui rendait les poursuites pénales très aléatoires* »⁶⁰¹. Ce nouvel ensemble législatif prenait également pour support la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, en modifiant partiellement les infractions de diffamation et d'injures publiques commises désormais « *envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* » (art. 32 et 33), et en les séparant de la condition d'excitation à la haine entre citoyens, qui fit l'objet d'une incrimination à titre autonome sous la forme de la provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence commise à raison des mêmes mobiles au sein d'un huitième alinéa de l'article 24 (devenu *septième* alinéa depuis l'« exfiltration » des délits d'incitation au terrorisme).

146. L'infraction de provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence constitue en ce sens l'incrimination la plus large. Erigée en infraction autonome des deux précédentes en raison du caractère nuisible de formes d'expression « *où l'élément diffamatoire peut manquer* »⁶⁰², cette infraction ne constitue pas, à l'inverse des diffamations et injures raciales, la forme aggravée d'un autre comportement, en ce sens qu'il n'existe pas d'incrimination semblable pour les simples particuliers. L'existence de cette infraction se justifie donc par son seul mobile discriminatoire. Il avait été initialement prévu de décliner ce comportement en deux infractions distinctes, l'une consistant dans l'incitation à la discrimination, l'autre dans la provocation à la haine ou à la violence ; cette distinction, découlant de ce que « *le verbe « inciter » comportait une nuance supplémentaire par rapport au verbe "provoquer"* »⁶⁰³,

⁵⁹⁹ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale du 21 décembre 1965, art. 4 préc.

⁶⁰⁰ Loi n° 54-1190 du 29 novembre 1954 modifiant les articles 2 et 16 de la loi n° 49-956 sur les publications destinées à la jeunesse, art. 1^{er}.

⁶⁰¹ J.O.A.N., compte-rendu de la séance du 7 juin 1972 précité, p. 2281.

⁶⁰² *Ibidem*, p. 2283.

⁶⁰³ *Ibidem*, p. 2293.

aurait pu trouver une justification dans le fait que la discrimination s'observe davantage dans des actes (la loi de 1972 a instauré un certain nombre de délits d'actes discriminatoires, aujourd'hui contenus aux articles 225-1 et suivants du Code pénal), tandis que la haine s'apparente davantage à un sentiment de rejet difficilement caractérisable dans les faits. La violence, quant à elle, se caractérise également par des actes, mais l'absence de précision du type de violence en cause confère, dans ce cas précis, un caractère flou à cette notion, l'apparentant de ce fait au sentiment de haine. Néanmoins, le terme de « provocation » fut finalement retenu dans un souci de cohérence avec le vocabulaire pénal habituel.

S'agissant des mobiles racistes, nationalistes ou anti-religieux, la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, en l'absence de précision dans le texte d'incrimination, peut être commise indifféremment de façon directe ou indirecte, contrairement aux autres délits de provocation contenus dans cet article⁶⁰⁴. Dès lors, les caractères direct ou indirect d'une provocation se distinguent ici en ce sens qu'une provocation directe constitue un appel ou une exhortation explicite au rejet des groupes de personnes protégés par ces dispositions, tandis que la provocation indirecte se limite à l'instillation, plus insidieuse, d'un *sentiment* de rejet relativement aux groupes précités. Une telle extension se trouve justifiée par le fait que « *la préférence pour l'emploi d'un style indirect est révélatrice, chez certains, d'une naïve tendance à espérer se placer à l'abri de toute poursuite* »⁶⁰⁵.

147. Consécutivement à l'entrée en vigueur de la loi Pleven, plusieurs textes vinrent en compléter le dispositif par touches successives afin de prendre en compte l'existence de discriminations autres que raciales. La loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) a notamment complété les dispositions de la loi du 29 juillet 1881, créant pour chacune de ces trois infractions (diffamation, injure et provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence) un délit spécifique réprimant ces comportements lorsqu'ils sont commis « *à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap* »⁶⁰⁶, mention qui fut enrichie en 2012 par l'introduction de la notion d' « *identité sexuelle* »⁶⁰⁷, à laquelle fut finalement substituée celle

⁶⁰⁴ Les discours incitant à une *discrimination* homophobe, sexiste ou handiphobe doivent toutefois, par dérogation, constituer une provocation directe. En ce sens, v. *infra*, n° 156.

⁶⁰⁵ X. Agostinelli, Legicom 2002/3, n° 28 *préc.*, p. 54.

⁶⁰⁶ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, art. 20.

⁶⁰⁷ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, art. 4.

d' « *identité de genre* » par la loi « égalité et citoyenneté » du 27 janvier 2017. Cette même loi a, enfin, entrepris de faciliter la poursuite de ces infractions en permettant, de façon dérogatoire, de requalifier les faits lorsque les propos comportent un mobile discriminatoire, en dispensant la partie poursuivante de qualifier et d'articuler les faits, et en calquant le régime de l'interruption du délai de prescription de ces infractions sur le droit commun (les actes réalisés par les enquêteurs, normalement exclusifs d'une interruption de la prescription en matière de délits de presse, renouvellent désormais ce délai pour les propos haineux)⁶⁰⁸. Parallèlement, la loi dite « Perben II » du 9 mars 2004 a porté le délai de prescription de l'action publique relatif à ces infractions à un an, par dérogation aux trois mois traditionnellement prévus pour l'ensemble des incriminations de la loi de 1881⁶⁰⁹. Le Code pénal, quant à lui, comporte depuis 2003⁶¹⁰ deux articles 132-76 et 132-77, aggravant les peines encourues par les auteurs de crimes et délits précédés, accompagnés ou suivis « *de propos, écrits, utilisation d'images ou d'objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime* » à raison des mobiles discriminatoires précités⁶¹¹.

148. Une autre innovation introduite par la loi du 1^{er} juillet 1972 est le fait, pour toute association déclarée depuis plus de cinq ans à la date des faits, et qui se propose par ses statuts de « *défendre la mémoire des esclaves et l'honneur de leurs descendants, de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse* », de pouvoir exercer les droits reconnus à la partie civile en matière de diffamations, injures et provocation à la haine raciales (art. 48-1)⁶¹². Cette possibilité fut progressivement étendue, à raison d'infractions limitativement énumérées portant atteinte à leurs intérêts respectifs, aux associations défendant les intérêts moraux de la Résistance ou des déportés s'agissant du délit de contestation de crimes contre l'humanité (art. 48-2), défendant les intérêts moraux et l'honneur des anciens combattants (art. 48-3), luttant contre les violences ou les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre (art. 48-4), le

⁶⁰⁸ J. Dechepy-Tellier, *La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ?*, RSC 2017 p. 677. Considérant toutefois que cet aménagement est de nature à compliquer la tâche des parquets, v. C. Bigot, *Les innovations procédurales de la loi Egalité et citoyenneté*, Légipresse 2017, n° 348 p. 189, *sp.* p. 190.

⁶⁰⁹ Cet allongement du délai de prescription fut par ailleurs effectué s'agissant des infractions punissant les discours sexistes ou homophobes par la loi n° 2014-56 du 27 janvier 2014.

⁶¹⁰ Loi n° 2003-88 du 3 février 2003, art. 38 ; Loi n°2003-239 du 18 mars 2003, art. 47.

⁶¹¹ L'aggravation de la peine, auparavant circonscrite aux « *cas prévus par la loi* », est désormais édictée et harmonisée par les différents paragraphes des deux articles (loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017, art. 171).

⁶¹² Dernièrement, ces associations ont vu leur action étendue aux infractions d'apologie et de négationnisme des articles 24 et 24 bis de la loi de 1881, à travers la création d'un article 48-1-1 (loi du 27 janvier 2017, art. 173).

sexe (art. 48-5) ou le handicap de la victime (art. 48-6). Cette faculté, longtemps revendiquée par les associations, est depuis à l'origine de la majorité du contentieux en matière de poursuites de discours haineux en France, pour lequel le ministère public ne joue plus qu'un rôle minime⁶¹³.

La législation française de lutte contre le discours de haine est aujourd'hui très complète en raison des nombreux ajouts qu'elle a connus au cours des dernières décennies. Néanmoins, celle-ci n'est pas exempte de défauts.

2 - Un arsenal répressif imparfait

149. De sérieuses réserves peuvent être formulées à l'encontre de l'imprécision des termes contenus dans les dispositions pénalisant la provocation à la haine ou à la violence (a). Par ailleurs, on peut discuter l'opportunité d'une distinction opérée entre les diverses formes d'incrimination « classiques » du discours de haine (b).

a - La matérialité floue du délit de provocation discriminatoire

150. L'une des principales difficultés dans l'appréciation de la constitution du délit de provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence résulte de ce qu'il n'est – heureusement – pas requis que le message provocant ait été suivi d'un effet quelconque. Surtout, le sentiment haineux ne se manifeste pas nécessairement de façon visible. Ainsi, il convient en principe pour le juge de se placer, non du point de vue des destinataires du message dont la sensibilité peut varier considérablement d'un individu à l'autre, mais de celui de son auteur à partir de son propos même⁶¹⁴. Le rôle du juge réside dès lors dans la préservation d'un équilibre entre le droit de manifester des opinions « *qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population* »⁶¹⁵ et la nécessité de punir les auteurs d'expressions qui, spécifiquement calibrées pour ne pas manifester une opinion clairement haineuse, dissimulent celle-ci derrière des précautions de langage ou des sous-entendus douteux. Pour autant, la complexité de la valeur sociale protégée par un tel délit implique irrémédiablement que le juge soit soumis, dans son appréciation des faits objectifs, à sa propre sensibilité, et le souci d'unité jurisprudentielle dont dépend la sécurité juridique en souffre

⁶¹³ En ce sens, v. C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. p. 209. Sur le rôle des associations de défense d'intérêts collectifs dans le contentieux de la liberté d'expression, v. *infra*, n° 246 s.

⁶¹⁴ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit., p. 150, n° 281.

⁶¹⁵ CEDH, *Handyside c/Royaume-Uni*, 7 décembre 1976 *préc.*, § 49.

parfois à raison d'un même type de propos. Damien Roets relève ainsi la présence deux courants jurisprudentiels, chronologiquement parallèles, de la Cour de cassation en la matière⁶¹⁶ : l'un exigeant, aux fins de la caractérisation du délit, une véritable exhortation du public à la haine, à la discrimination ou à la violence⁶¹⁷, et l'autre se contentant de messages dont la « teneur en provocation » n'est pas toujours évidente⁶¹⁸. Dans cette dernière hypothèse, l'expression litigieuse doit simplement tendre « à susciter un sentiment d'hostilité ou de rejet envers un groupe de personnes à raison d'une origine ou d'une religion déterminée »⁶¹⁹, ce qui n'est pas sans susciter certaines critiques⁶²⁰.

Ainsi, il put être récemment jugé que les passages d'un ouvrage relatif au Génocide des Tutsis au Rwanda, qui faisaient état, dans la diaspora tutsie, d'une « culture du mensonge et de la dissimulation », érigée en « art majeur » par les « vainqueurs » du conflit rwandais dans le but de s'attirer les faveurs de la communauté internationale⁶²¹, ne pouvaient valablement constituer le délit de provocation à la haine, à la violence ou à la discrimination à raison de l'origine ethnique des personnes visées. La Chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet approuvé la relaxe prononcée par la Cour d'appel de Paris à l'égard de l'éditeur et de l'auteur de l'ouvrage, en estimant que les propos litigieux, « même si leur formulation peut légitimement heurter ceux qu'ils visent, ne contiennent néanmoins aucun appel ni aucune exhortation à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'encontre des Tutsis »⁶²².

Dans une autre espèce, un périodique avait publié une citation du Président François Mitterrand selon laquelle « la nation française ressentait profondément l'utilité de la présence d'immigrés chez nous... où ils travaillent et ils travaillent bien », et à laquelle étaient juxtaposés, sans aucun commentaire, une série de faits divers commis par des personnes d'origine étrangère en France. Relaxé en première instance, puis condamné en appel, le directeur de publication du journal avait vu son pourvoi rejeté par la Chambre criminelle, pour qui les juges du second

⁶¹⁶ D. Roets, « La provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à raison de l'origine ou de l'appartenance ou de la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée : une incrimination insaisissable », in *Humanisme et Justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 643, *sp.* pp. 648 s.

⁶¹⁷ Cass. Crim., 3 juillet 1987, n° 86-93.434 ; 28 janvier 1992, n° 91-81.778 ; 15 mars 2005, Bull. crim. 2005 n° 90. Dernièrement, v. 7 juin 2017, n° 16-80.322 – à paraître au *Bulletin*, D. Actualité 19 juin 2017, obs. S. Lavric.

⁶¹⁸ Cass. Crim., 30 janvier 1990, n° 88-86.549 ; 16 mai 1996, Bull. crim. 1996 n° 210 ; 24 mai 1997, Bull. crim. n° 253.

⁶¹⁹ Cass. Crim., 14 mai 2002, n° 01-85.482 ; 20 septembre 2016, n° 15-83.070 – à paraître au *Bulletin*.

⁶²⁰ F. Safi, *Chronique de droit pénal des médias*, RPDP 2015 p. 368, n° 3.

⁶²¹ P. Péan, *Noires fureurs, blancs menteurs*, Fayard, 2005.

⁶²² Cass. crim., 8 novembre 2011, Bull. crim. 2011, n° 229, D. 2012, p. 765, note E. Dreyer.

degré avaient correctement caractérisé le délit de l'article 24, alinéa 7 de la loi de 1881, affirmant que « [cette] juxtaposition a donné au texte une force particulière et a été de nature à susciter immédiatement chez le lecteur, contre les personnes visées comme les auteurs de tels agissements et " les vecteurs principaux des formes les plus répréhensibles de la délinquance", des réactions de rejet, voire de haine et de violence »⁶²³. La solution, qui ne saurait surprendre considération prise de la ligne éditoriale notoire et habituelle du périodique en question, aboutit néanmoins à consacrer un critère extrêmement large de caractérisation du délit, en déduisant de la juxtaposition, exempte de commentaire, de deux propos « *purs de toute coloration pénale* », un « *ensemble impur* »⁶²⁴. Ainsi est-on conduit à s'interroger quant au fait de déterminer ce qui, *matériellement*, exonérerait l'auteur de l'expression litigieuse pour un contenu similaire, s'inscrivant dans un débat d'intérêt général relatif aux politiques d'immigration en France et aux nombreuses questions engendrées par les phénomènes de multiculturalisme. La crainte engendrée par ce type de solution est ainsi que des sujets aussi sensibles ne fassent l'objet d'une autocensure de la part de ceux qui sont amenés, de bonne foi, à les traiter⁶²⁵.

Il est à redouter que l'opacité et la variabilité des critères jurisprudentiels en matière de provocation discriminatoire ne conduisent « *les juges à faire des procès d'intention selon les personnes poursuivies, ce qui serait difficilement concevable* »⁶²⁶. Pour éviter un tel écueil, le contrôle que la Chambre criminelle s'autorise à exercer sur l'appréciation effectuée par les juges du fond⁶²⁷ s'avère crucial, mais souffre lui-même d'une certaine équivocité. Par ailleurs, deux questions prioritaires de constitutionnalité, formulées récemment à l'encontre de l'article 24, alinéa 7 de la loi de 1881 au motif de son imprécision, ont fait l'objet d'un rejet par la Cour de cassation⁶²⁸. Toutefois, il est à noter que la Chambre criminelle semble, dernièrement, avoir confirmé son choix pour une appréciation plus rigoureuse du délit de provocation à la haine

⁶²³ Cass. Crim., 16 mai 1996, *préc.*

⁶²⁴ En ce sens, v. J.-P. Delmas St-Hilaire, *Provocation à la discrimination raciale : un délit dont la répression peut facilement donner lieu à des abus du fait de l'imprécision de sa définition. Un nouvel arrêt de la Chambre criminelle fournit l'occasion de rappeler la réalité du danger*, RSC 1997 p. 650.

⁶²⁵ M.-C. Ducomte, *Pour une répression enfin loyale de l'intolérance*, Gaz. Pal. 28 mai 1988, doct. P. 303. A cet égard, on peut signaler que le Conseil constitutionnel a récemment censuré l'instauration, par les lois dites « *pour la confiance dans la vie politique* », de peines d'inéligibilités pour les élus ayant fait l'objet de condamnations pour injures racistes ou homophobes (Conseil constitutionnel, décision n° 2017-752 DC du 8 septembre 2017, cons. n° 12).

⁶²⁶ B. Ader, *La loi Pleven a quarante ans !*, Légipresse 2012, n° 297, p. 467.

⁶²⁷ En ce sens, v. Cass. Crim., 16 mai 1996 *préc.* ; 17 février 1998, n° 96-85.567, Gaz. Pal. 1998, 2, chron. crim. 97.

⁶²⁸ Cass. crim., 16 avril 2013, n° 13-90.008, D. 2014 p. 508, obs. E. Dreyer ; 30 mars 2016, n° 15-84.511, D. 2017 p. 181, obs. E. Dreyer.

raciale. Dans une affaire où un périodique avait publié en « une » un buste de Marianne à moitié voilée, avec pour titre : « *Naturalisés, l'invasion qu'on cache* », la Haute juridiction a, notamment sur le fondement de l'article 10 de la Convention EDH, cassé l'arrêt qui avait condamné le directeur de la publication du journal. Ainsi, « *les propos litigieux, portant sur une question d'intérêt public relative à la politique gouvernementale de naturalisation, ne dépassaient pas les limites acceptables de la liberté d'expression et que, même si leur formulation peut légitimement heurter les personnes de confession musulmane, ils ne contiennent néanmoins pas d'appel ou d'exhortation à la discrimination, à la haine ou à la violence à leur égard* »⁶²⁹. Une autre affaire, dans laquelle étaient jugés les propos d'une ancienne femme politique ayant qualifié l'homosexualité d' « *abomination* » et de « *péché* », fut l'occasion pour la Chambre criminelle de considérer de nouveau que « *le propos incriminé, s'il est outrageant, ne contient néanmoins pas, même sous une forme implicite, d'appel ou d'exhortation à la haine ou à la violence à l'égard des personnes homosexuelles* »⁶³⁰. Ces décisions, si elles tendent à priver le délit de provocation à la haine d'une part significative de son aura répressive, a toutefois le mérite de restreindre son champ d'incrimination dans des limites plus prévisibles et respectueuses de la pluralité du débat public⁶³¹.

Outre les doutes pouvant subsister sur la matérialité du seul délit de provocation, la distinction à établir entre les diverses formes de discours haineux n'apparaît pas avec évidence.

b - L'intentionnalité commune aux délits d'expression haineuse

151. Les trois infractions de diffamation, d'injure et de provocation à la haine, à la violence ou à la discrimination constituent la base de notre législation visant à lutter contre le discours de haine. Celles-ci nécessitent la réunion de deux éléments communs : un acte de publication au sens de ceux visés par l'article 23 de la même loi, et un *mobile ségrégationniste*⁶³². Ce dernier constitue le dénominateur commun de toutes les infractions sanctionnant le discours de haine, laissant la seule matérialité des faits distinguer les trois

⁶²⁹ Cass. crim., 7 juin 2017, n° 16-80.322 (à paraître au *Bulletin*), AJ Pénal 2017 p. 398, obs. J.-B. Thierry.

⁶³⁰ Cass. crim., 9 janvier 2018, n° 16-87.540.

⁶³¹ En ce sens, Farah Safi considère que seules les provocations portant sur des actes, à l'exclusion de celles portant sur des « sentiments » devraient pouvoir être réprimées sur le fondement de l'article 24, alinéa 7 de la loi du 29 juillet 1881 (v. *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, op. cit. p. 290, n°424). Dans le même sens, v. C. Bigot, *La Cour de cassation revient à une définition étroite du délit de provocation à la haine raciale*, D. 2017 p. 1814.

⁶³² L'expression est empruntée à E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, op. cit. p. 158, n° 297 ; v. aussi J. Francillon, *Délits de presse. Provocation à la discrimination et à la haine raciale* [...], RSC 2011, p. 135.

formes d'expression dont l'élément intentionnel demeure identique. En cela, il est possible de s'interroger sur l'opportunité de leur distinction. En effet, ces caractères communs rendent parfois l'exercice de qualification pénale ardu pour le juge, notamment en raison de l'identité des mobiles requis.

152. S'agissant en premier lieu des infractions de diffamation et d'injure, existe en jurisprudence un principe de leur indivisibilité : la Chambre criminelle rappelle à ce titre que « *lorsque les expressions outrageantes ou appréciations injurieuses sont indivisibles d'une imputation diffamatoire, le délit d'injure est absorbé par celui de diffamation et ne peut être relevé seul* »⁶³³. S'agissant toutefois des injures et diffamations discriminatoires, il a pu être écrit que « *si le législateur [de 1972] a entendu associer dans un même texte, les deux infractions de diffamation et d'injure raciales, c'est nécessairement pour permettre la poursuite pénale sur le fondement du second délit, lorsque le premier ne peut être retenu pour défaut d'imputation d'un fait précis* »⁶³⁴.

Dans un domaine aussi sensible que l'expression d'opinions portant sur les caractéristiques innées d'autrui, le flou qui entoure classiquement la ligne à tracer entre diffamation et injure⁶³⁵ peut dès lors se trouver amplifié encore davantage du fait de la réticence à engager un débat contradictoire sur les faits allégués en cette matière. Dans une affaire, la Chambre criminelle a ainsi estimé que des propos associant une activité infractionnelle à la couleur de peau exigeaient, pour constituer le délit de diffamation, la présence d'un « *rapport de causalité avéré ou possible entre l'origine ou la couleur de peau et une surreprésentativité prétendue parmi les trafiquants* »⁶³⁶, ce qui n'était évidemment pas le cas en l'espèce. Le délit de diffamation raciale implique donc un mobile discriminatoire contenu dans « *un discours procédant par amalgame* »⁶³⁷, ce qui le distingue assez difficilement de l'injure à caractère racial. Aussi, l'impossibilité, auparavant consacrée par la jurisprudence (mais aujourd'hui étrangement remise en cause par le législateur⁶³⁸), relativement à l'utilisation du mécanisme de

⁶³³ Cass. Crim., 18 janvier 1994, n° 92-80.717, Dr. Pén. 1994, chron. 64.

⁶³⁴ X. Agostinelli, Legicom 2002/3, n° 28, *op. cit.*, p. 53.

⁶³⁵ En ce sens, v. J. Francillon, *Délits de presse. Distinction entre la diffamation et l'injure. Exigence de précision des faits*, RSC 2011, p. 130.

⁶³⁶ TGI Paris, 17^{ème} ch. corr., 18 février 2011

⁶³⁷ J. Francillon, RSC 2011 p. 135 *préc.*

⁶³⁸ L'alinéa ajouté au sein de l'article 55 de la loi de 1881 par la loi du 27 janvier 2017 rend en effet applicable le mécanisme de l'exception de vérité aux propos poursuivis sous la qualification de provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence lorsqu'ils sont requalifiés en diffamation par le juge. Sur ce mécanisme en général, v. *infra*, n° 387 ; n° 405 s.

l'exception de vérité en matière de diffamation raciale⁶³⁹ rend toujours plus difficile la distinction à opérer entre un propos diffamatoire, par nature susceptible d'être l'objet d'un débat, et une parole injurieuse qui ne renferme l'imputation d'aucun fait. Dès lors, c'est de l'appréciation souveraine des juges du fond, sous le contrôle exigeant de la Chambre criminelle⁶⁴⁰, que dépend la qualification à retenir.

153. De même, il semble que l'infraction de provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence constitue le « socle intellectuel » de la législation issue de la loi Pleven de 1972⁶⁴¹. Il convient donc de s'interroger sur la pertinence d'une distinction entre celle-ci et les délits d'injure ou de diffamation raciale, eu égard au but commun poursuivi par cet ensemble d'infractions. La Chambre criminelle semble pourtant attachée à son maintien⁶⁴² : elle estime que « *les intérêts protégés par l'incrimination de diffamation raciale et ceux protégés par celle de provocation à la discrimination ou à la haine à raison de l'origine ou de la race sont différents* », précisant que « *ces qualifications ne sont pas inconciliables entre elles et qu'elles sont susceptibles d'être appliquées concurremment* »⁶⁴³. Dans une affaire récente, les juges du fond ont considéré que « *le délit de provocation à la discrimination raciale [a] pour but de préserver une valeur sociale alors que le délit de diffamation a pour finalité de sanctionner l'atteinte à une victime à titre individuel* », caractérisant ainsi deux intentions coupables distinctes pour l'auteur⁶⁴⁴.

Cette précision peine cependant à convaincre entièrement : si les infractions de diffamation et d'injure raciales confèrent une protection « à titre individuel », le seul élément qui les distingue des diffamations et injures sous leur forme traditionnelle est l'appartenance de la victime à un groupe protégé. Dès lors, une personne diffamée ou injuriée en raison de son appartenance à un tel groupe ne souffre-t-elle pas d'un préjudice *différent* de celui dont souffre

⁶³⁹ Cass. Crim., 16 mars 2004, Bull. crim. 2004 n° 67. v. aussi 4 novembre 1972, Bull. crim. 1972 n° 236; TGI Paris, 4 juillet 1994, LégiPresse 1994, n° 114, I, p. 96 ; CA Paris, 28 septembre 1995, LégiPresse 1996, n° 129, III, p. 19. A ce sujet, Emmanuel Dreyer considère toutefois que la solution optée pour la jurisprudence est de formulation maladroite ; « *la preuve en cas de diffamation raciale n'est pas irrecevable ; elle est impossible* » (v. *Responsabilités civile et pénale des médias*, op. cit. p. 246, n° 516).

⁶⁴⁰ En matière de diffamation classique, v. Cass. Crim., 5 mai 1953, Bull. crim. n° 156, D. 1953, 444 ;

⁶⁴¹ Christophe Bigot estime qu'il s'agit du « *délit chapeau* », voire de la « *bonne à tout faire* » du dispositif de lutte contre les discours racistes ; v. en ce sens, *La sortie annoncée de la loi de 1881 des infractions relatives aux discours racistes*, actes du forum LégiPresse du 1^{er} octobre 2015, *La liberté d'expression face au défi numérique et sécuritaire*, LégiCom 2016/2, n° 57 p. 23, sp. p. 28 ; v. aussi LégiPresse 2017, n° 348 p. 189 préc. sp. p. 191.

⁶⁴² Cass. Crim., 28 juin 1983, Bull. crim. 1983 n° 202; 1^{er} juillet 1997, n° 96-82.784, Dr. Pén. 1998, 4, obs. Véron.

⁶⁴³ Cass. Crim., 30 octobre 2012, n° 11-88.562.

⁶⁴⁴ CA Colmar, 16 novembre 2011. Dans le même sens, v. TGI Paris, 17^{ème} ch. corr., 18 février 2011 préc. RSC 2011 p. 135, note J. Francillon.

une personne diffamée ou injuriée à raison de considérations purement factuelles ? Par l'amalgame accompli, n'est-ce pas le groupe tout entier qui se trouve sali, et, par là-même, menacé d'opprobre ? La dimension « raciale » du délit n'implique-t-elle pas en elle-même une dimension collective du préjudice subi ? En ce sens, certains auteurs estiment que « *dès lors que l'on protège une communauté raciale ou religieuse, l'infraction devient impersonnelle* », la diffamation ou l'injure raciale n'étant constituée qu'en présence d'un « *lien de causalité intellectuellement établi entre le fait attentatoire à l'honneur, ou le mépris jeté sur la personne, et la race de celle-ci* »⁶⁴⁵.

Si la triple incrimination contenue au sein de la loi du 29 juillet 1881 peut trouver sa justification dans une volonté du législateur de capter la plus grande variété possible de comportements haineux, « *il n'est pas rare, aujourd'hui, qu'un propos diffamatoire ou injurieux emporte en lui-même, et ce de manière consubstantielle, une certaine incitation ou provocation à la haine raciale. C'est la raison pour laquelle, fréquemment en pratique, les poursuites sont initialisées sur le double fondement de diffamation (ou d'injure) et de provocation à la haine raciale* »⁶⁴⁶. La possibilité offerte par le législateur de 1972 de poursuivre des provocations directes comme indirectes tend à faire converger la *ratio legis* de ces trois infractions vers un même but, qui est la protection de la dignité et de la sécurité d'autrui⁶⁴⁷. Cette triple distinction, justifiée par l'importante variété d'expressions haineuses, semble l'être tout autant, sinon davantage, par une démarche symbolique visant à élargir le champ visible de la répression. L'interprétation récemment retenue par la Chambre criminelle, plus restrictive, du délit de provocation haineuse⁶⁴⁸ pourrait cependant permettre de mieux distinguer ce délit des deux autres. Il conviendrait néanmoins de réformer un tel dispositif, dont la cohérence est de toute évidence de nature à produire des effets pervers sur la répression⁶⁴⁹.

Eprouvée par la difficulté d'incriminer ce qui caractérise la haine des autres dans le discours des uns, l'approche ambitieuse du législateur en matière de lutte contre les propos

⁶⁴⁵ E. Dreyer, Jcl. lois pénales spéciales, fasc. 100, *Diffamations et injures spéciales*, 2015, n° 81-83.

⁶⁴⁶ X. Agostinelli, Legicom 2002/3, n° 28, *op. cit.*, p. 54.

⁶⁴⁷ En ce sens, v. G. Calvès, *Envoyer les racistes en prison ? Le procès des insulteurs de Christiane Taubira*, LGDJ, 2015, *sp.* p. 24 s. Cette hypothèse semble aujourd'hui largement confirmée à travers la possibilité désormais offerte au juge de presse de requalifier les faits poursuivis sur le fondement de l'une de ces trois qualifications (art. 54-1 L. 1881, créé par la loi n°2017-86 du 27 janvier 2017 sur l'égalité et la citoyenneté).

⁶⁴⁸ V. *supra*, n° 150.

⁶⁴⁹ Pour une proposition, v. *infra*, n° 165.

discriminatoires tend à s'hypertrophier, au détriment de sa cohérence et de la liberté d'expression.

B - La pénalisation hypertrophiée des propos haineux

154. L'horreur que suscite, de nos jours encore, la haine de l'*autre* lorsqu'elle se manifeste par des actes violents et parfois meurtriers, tend à cristalliser l'attention de l'opinion autour des discours qui – supposément ou de façon avérée – sont de nature à l'engendrer ou l'exciter. A ce titre, le législateur peut être amené à multiplier les mobiles haineux spécifiquement incriminés (1). S'agissant de la répression, l'assimilation des délits d'expression haineuse à des infractions de droit commun, régulièrement projetée depuis une vingtaine d'années, constitue une ambition périlleuse (2).

1 - La multiplication des mobiles haineux incriminés

155. Entre 2004 et 2017, le législateur français a procédé à l'ajout, au sein de la loi du 29 juillet 1881, de nouvelles dispositions visant à étendre la répression des discours de haine à de nouveaux mobiles discriminatoires (a). Cette extension, quoique louable sur un plan symbolique, pose néanmoins la question de ses limites et de sa nécessité (b).

a - Un champ répressif extensible

156. En janvier 2004, un fait divers impliquant l'agression d'un homme, et dont le mobile aurait été son orientation sexuelle⁶⁵⁰ fut l'occasion d'évoquer la possible extension des délits de provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence, de diffamation et d'injures haineuses aux propos homophobes et sexistes. Ce débat avait pris naissance quelques années auparavant, notamment à la suite d'un arrêt rendu par la Chambre criminelle qui avait rejeté le pourvoi d'une association de lutte contre les discriminations envers les homosexuels dans une affaire où étaient en cause des tracts s'en prenant violemment à ceux-ci, au motif « *que les faits dénoncés n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 24, alinéa [7], de la loi du 29 juillet 1881* »⁶⁵¹. En effet, ces dispositions ne punissent le délit de provocation à la haine que lorsque celle-ci est dirigée à l'encontre de personnes à raison de leur origine ou de leur

⁶⁵⁰ L'Express.fr, *L'énigme Nouchet*, 23 mai 2005.

⁶⁵¹ Cass. Crim., 30 janvier 2001, n° 00-81.292.

appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion, ce qui exclut l'orientation sexuelle du groupe visé.

Faisant suite à diverses initiatives infructueuses, un projet de loi « *relatif à la lutte contre les propos discriminatoires à caractère sexiste ou homophobe* » fut déposé le 23 juin 2004 par le gouvernement, visant à « *compléter à la fois l'article 24 de la loi de 1881 réprimant les provocations et les articles 32 et 33 réprimant les diffamations et injures publiques* »⁶⁵². Un avis négatif rendu par la CNCDH le 18 novembre suivant ayant conduit à son abandon prématuré⁶⁵³, le dispositif fut néanmoins inséré par le biais d'amendements au sein du projet de loi visant à instituer la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE)⁶⁵⁴, avec quelques corrections préalables, dont l'ajout, *in extremis*, du *handicap* parmi mobiles discriminatoires punissables⁶⁵⁵. Après promulgation de cette loi le 30 décembre 2004⁶⁵⁶, les mobiles sexistes, homophobes et handiphobes d'une provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence, d'une injure ou d'une diffamation publiques (auxquels fut récemment ajouté le mobile relatif à l'« *identité sexuelle* », remplacé désormais par l'« *identité de genre* »⁶⁵⁷) sont tous réprimés au même titre que les mobiles « classiques » issus de la loi dite « Pleven » du 1^{er} juillet 1972, et cette extension de la répression s'accompagne également, comme pour tout autre délit d'expression haineuse, d'une habilitation à ester en justice dans le contentieux relatif à ces infractions pour les associations se donnant pour mission de lutter contre les discriminations fondées sur l'orientation ou l'identité sexuelle (art. 48-4 de la loi de 1881), le sexe (art. 48-5) et le handicap (art. 48-6).

Si le délai de prescription des nouveaux délits, initialement maintenu à une durée de trois mois, fut récemment aligné sur le délai dérogatoire d'un an prévu pour les autres

⁶⁵² Projet de loi n° 1700 du 23 juin 2004.

⁶⁵³ CNCDH, Ass. Plén., *Avis sur le projet de loi relatif à la lutte contre les propos discriminatoires à caractère sexiste ou homophobe*, 18 novembre 2004.

⁶⁵⁴ Projet de loi n° 1732 du 15 juillet 2004.

⁶⁵⁵ Le processus parlementaire par lequel le contenu du projet de loi relatif à la lutte contre les propos homophobes et sexistes a été intégré à celui instituant la HALDE a été fortement critiqué. En effet, contournant quelque peu l'avis défavorable de la CNCDH (quoique les dispositions nouvelles tiennent compte, en partie, des propositions subsidiaires formulées par la Commission), cette démarche a contribué à « noyer » les débats parlementaires relatifs à cette initiative au sein de la discussion sur la création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. Un auteur, quoique favorable à l'extension de la répression, a néanmoins considéré que « *cette façon de légiférer par surprise n'est pas digne de l'ambition affichée* » (E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 350, n° 703). V. dans le même sens, Y. Padova, *Liberté d'expression versus répression du sexisme et de l'homophobie*, Gaz. Pal. 17 mars 2005 p. 2.

⁶⁵⁶ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité.

⁶⁵⁷ Loi n° 2012-954 du 6 août 2012, art. 4, et loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017, art. 173.

infractions de discours haineux⁶⁵⁸, quelques « asymétries » subsistent toutefois au sein du dispositif général de lutte contre les propos discriminatoires : une première distinction réside dans l'incrimination, au titre des seules provocations à la *discrimination*, des propos incitant aux actes énumérés par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal, tandis que les provocations visant des personnes à raison de l'origine ou de l'appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion, demeurent punissables sans davantage de précision quant à l'acte discriminatoire provoqué⁶⁵⁹. L'objet de cette limitation était, d'après ses initiateurs, de ne pas risquer de faire tomber sous le coup de la loi des propos relatifs aux débats de société concernant certaines pratiques discriminatoires légalement appliquées aux couples homosexuels à cette époque, telles que l'interdiction du mariage ou de l'adoption⁶⁶⁰. Une autre distinction, plus subtile, réside également dans le fait que le ministère public, en cas de diffamations ou d'injures commises envers une seule personne à raison de son orientation sexuelle, de son sexe ou de son handicap, ne peut exercer les poursuites d'office qu'à la condition que la victime ait donné son accord, contrairement au cas où les mêmes faits seraient commis pour des motifs racistes.

157. L'assimilation de ces nouveaux mobiles discriminatoires aux mobiles racistes et antireligieux conduit donc à transposer le régime des infractions du discours de haine aux propos sexistes, homophobes, transphobes ou handiphobes. Est-ce à dire que les juges doivent, à leur tour, apprécier le caractère punissable d'une expression visant ces catégories de la population par analogie avec le contentieux de l'expression raciste ? La solution qui ressort d'un arrêt de la Chambre criminelle en date du 12 novembre 2008 pouvait permettre d'en douter⁶⁶¹. En l'espèce, étaient en cause les propos tenus par un député considérant l'homosexualité comme « *inférieure à l'hétérosexualité* » en raison du danger qu'elle ferait peser sur l'humanité « *si on la poussait à l'universel* ». Poursuivi par plusieurs associations de défense des intérêts de la communauté *LGBT*, le député fut condamné en première instance⁶⁶²

⁶⁵⁸ Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 *préc.*, art. 5.

⁶⁵⁹ La Chambre criminelle avait pourtant, lors des premières applications du dispositif issu de la « loi Pleven », considéré que « *la provocation à la discrimination raciale, prévue par l'article 24, alinéa 5 précité implique la provocation aux faits que définissent et répriment les articles 187-1 et 416 du Code pénal [ancien]* » (Cass. Crim., 12 avril 1976, Bull. crim. 1976 n° 112) ; la solution fut par la suite élargie à tout type d'acte à caractère discriminatoire (v. J.-B. Thierry, Jcl. Lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 60, *Provocation aux crimes et délits*, étude préc., n° 27).

⁶⁶⁰ Sénat, rapport n° 121 de M. Jean-René Lecerf au nom de la Commission des lois, 15 décembre 2004, p. 28 ; v. aussi Y. Padova, Gaz. Pal. 17 mars 2005 p. 2 *préc.*

⁶⁶¹ E. Dreyer, *Cassation d'une condamnation pour injure homophobe*, JCP 2008.II.10206.

⁶⁶² TGI Lille, 6^{ème} ch., 24 janvier 2006.

ainsi qu'en appel⁶⁶³ sur le fondement d'injure publique à raison de l'orientation sexuelle de la victime (art. 33, al. 3 de la loi du 29 juillet 1881). Cette condamnation fut cependant cassée par la Chambre criminelle au motif que si les propos de l'homme politique, « *ont pu heurter la sensibilité de certaines personnes homosexuelles, leur contenu ne dépasse pas les limites de la liberté d'expression* »⁶⁶⁴. L'attendu, quoique « *désespérément sibyllin* »⁶⁶⁵, est néanmoins rendu sous le double visa de la loi de 1881 et de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, et paraît avoir été grandement inspiré de la célèbre formule strasbourgeoise issue de l'arrêt *Handyside* selon laquelle la liberté d'expression vaut également pour les idées « *qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population* »⁶⁶⁶.

S'il pose des barrières bienvenues quant à l'interprétation des nouvelles infractions du discours de haine, cet arrêt ne devait cependant pas priver celles-ci de toute applicabilité pour l'avenir. La Haute juridiction a en effet rejeté le moyen du prévenu tendant à faire constater l'inconventionnalité du délit d'injure homophobe. A ce titre, la Cour de Strasbourg dut se prononcer quatre ans plus tard sur la conformité à la Convention EDH de la condamnation d'un groupe de personnes qui avaient distribué, dans une école suédoise, des tracts imputant l'accélération de la pandémie du SIDA aux homosexuels, et accusant les *lobbies* homosexuels de plaider en faveur d'une légalisation de la pédophilie⁶⁶⁷. En cette occurrence, la Cour a estimé que l'incitation à la haine ne nécessitait pas un appel caractérisé à la violence, et que la stigmatisation et la calomnie répétée d'un groupe spécifique de la population doit suffire à légitimer l'intervention d'un Etat pour restreindre un exercice « irresponsable » du droit à la liberté d'expression par ses ressortissants (§ 55). Dans l'espèce française ayant donné lieu à l'arrêt de la Chambre criminelle du 12 novembre 2008, l'expression litigieuse, dont le caractère maladroit – mais l'était-il vraiment ? – et choquant ne saurait cependant lui ôter sa nature d'opinion⁶⁶⁸, aurait donc vraisemblablement revêtu la qualité d'infraction punissable si le

⁶⁶³ CA Douai, 6^{ème} ch. corr., 25 janvier 2007, Comm. com. Electr. 2007, comm. 112, note A. Lepage.

⁶⁶⁴ Cass. Crim., 12 novembre 2008, Bull. crim. 2008 n° 229, D. 2009, p. 50, note P. Chaumont, E. Degorce ; *ibidem* p. 402, note J. Pradel ; *ibidem* pan. 1781, obs. J. Dupeux ; RSC 2009, p. 129, obs. J. Francillon ; AJ Pénal 2009, p. 228, obs. C. Duparc ; Dr. Pén. 2009, comm. 20, obs. M. Véron ; *ibidem*, chron. 6, obs. O. Mouysset ; JCP G 2008.II.10206, note E. Dreyer.

⁶⁶⁵ F. Rome, *Homos, ça coince...*, D. 2008 p. 2777.

⁶⁶⁶ J. Pradel, *Injure à raison de l'orientation sexuelle et liberté d'expression*, D. 2009 p. 402 ; J. Dupeux, D. 2009, pan. 1781 ; C. Duparc, *Injures à raison de l'orientation sexuelle*, AJ Pénal 2009 p. 228 préc. ; A. Lepage, *Premier arrêt de la Cour de cassation au sujet de l'article 33, alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1881*, Comm. com. Electr. 2009, comm. 8.

⁶⁶⁷ CEDH, *Vejdeland et autres c/ Suède*, 9 février 2012, n° 1813/07.

⁶⁶⁸ A. Lepage, *Injure à raison de l'orientation sexuelle*, Comm. com. Electr. 2007, comm. 112 ; J. Pradel, D. 2009 p. 402 préc.

prévenu, loin de s'attacher à porter un jugement de valeur morale sur un « comportement », avait tenu des propos particulièrement outrageants à l'égard des homosexuels. En ce sens, s'agissant de propos tenus par un élu au cours d'un conseil municipal, assimilant la communauté « LGBT » aux zoophiles, la Chambre criminelle a récemment jugé que « *la circonstance que les propos incriminés ont été tenus à l'occasion d'un débat d'intérêt public au cours d'une séance d'un conseil municipal [n'est] pas de nature à leur retirer leur caractère injurieux à l'égard des personnes visées* »⁶⁶⁹. Tel caractère avait en effet été reconnu par les juridictions du fond, pour lesquelles « *le prévenu a sciemment mis sur le même plan l'homosexualité, qui est une orientation sexuelle, et la zoophilie, qui constitue pour la psychiatrie un trouble de l'objet sexuel, par ailleurs susceptible de caractériser le délit de sévices sexuels envers un animal* »⁶⁷⁰. De même, si le fait, pour une ancienne femme politique, d'affirmer que l'homosexualité est une « *abomination* » ne saurait revêtir la qualification de provocation à la haine, à la violence ou à la discrimination homophobe en vertu de l'interprétation dernièrement retenue de ce délit par la Chambre criminelle⁶⁷¹, il n'est pas douteux que de tels faits, poursuivis sous la qualification d'injure homophobe, eût été punissable.

Par le dispositif adopté en 2004, la France a ainsi élargi le champ répressif des infractions du discours de haine à de nouveaux mobiles discriminatoires. Si le législateur poursuit, ce faisant, une œuvre commune de lutte contre les discriminations en Europe⁶⁷², certaines critiques peuvent être formulées relativement à une volonté d'étendre toujours plus le champ d'incrimination des infractions en matière de discours haineux.

b - Un champ répressif symbolique

158. Comme on pouvait s'y attendre, le sujet de l'extension des incriminations du discours de haine aux motifs discriminatoires visant l'orientation et l'identité sexuelles, le sexe et le handicap fit l'objet de vives polémiques, tant à l'occasion des débats parlementaires qu'au

⁶⁶⁹ Cass. crim., 28 novembre 2017, n° 16-85.637, D. 2018 p. 208, obs. E. Dreyer.

⁶⁷⁰ CA Angers, 30 juin 2016.

⁶⁷¹ Cass. crim., 9 janvier 2018 préc.

⁶⁷² Le sexe, le handicap et l'orientation sexuelle figuraient en effet déjà parmi les motifs de discrimination contre lesquels le traité d'Amsterdam a consacré la lutte le 2 octobre 1997 (art. 2, 7)) ; de même, ces motifs figurent parmi ceux interdits par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 18 décembre 2000 (art. 21 § 1).

sein de la doctrine⁶⁷³, dont certains auteurs livrent par ailleurs une critique virulente et relativement fréquente⁶⁷⁴. Un argument largement répandu a notamment consisté à dénoncer le communautarisme qui présiderait à l'élaboration de ces textes. Cependant, si l'on peut légitimement déplorer une tendance certaine du législateur au clientélisme « communautaire » et sa propension à légiférer dans la précipitation ou l'opportunisme électoral en matière de restrictions à la liberté d'expression⁶⁷⁵, il ne saurait être refusé aux minorités d'un Etat le droit de formuler des revendications d'ordre juridique dans un domaine où les incivilités « ordinaires » côtoient bien souvent des actes violents ou discriminatoires faisant l'objet d'incriminations au sein du Code pénal⁶⁷⁶. Aussi, c'est en ne contestant d'aucune manière la réalité des comportements discriminatoires et le caractère répréhensible des formes d'expression qui les accompagnent habituellement que l'on peut néanmoins mettre en doute la stricte opportunité d'un traitement toujours plus étendu de ces dernières par le droit pénal⁶⁷⁷.

La critique d'initiatives visant à élargir le champ répressif des infractions instituées par la loi dite « Pleven » du 1^{er} juillet 1972 s'avère délicate à plusieurs titres. En premier lieu, comme le souligne un auteur, « *toutes ces infractions sont construites sur le même modèle et les critiques adressées aux unes rejaillissent sur les autres* »⁶⁷⁸, risquant ainsi d'élargir le débat vers l'opportunité même d'une répression des propos discriminatoires de façon générale. Cette difficulté se voit renforcée par la sensibilité du thème traité : les restrictions apportées à la liberté d'expression en matière de discours de haine s'inscrivent inévitablement dans une lutte plus globale contre le rejet de certaines catégories de personnes, dont le qualificatif de « minorités » est moins imputable à leur nombre qu'à la vulnérabilité que l'on peut légitimement présumer qu'elles endurent⁶⁷⁹. Dès lors, la formulation de critiques quant à l'opportunité de dispositions pénales pour restreindre l'une des nombreuses et parfois

⁶⁷³ P. Mbongo, *L'incrimination des opinions « sexistes » et la liberté d'expression*, D. 2002 p. 427 ; C. Bigot, *Sexisme, homophobie et liberté d'expression*, L'Égipresse 2004.I.35.

⁶⁷⁴ En ce sens, v. A.-M. Le Pourhiet, *La liberté et la démocratie menacées*, in D. Corrigan-Carsin (dir.), *La liberté de critique*, Litec, 2007, p. 113 ; *Judiciarisation et discrimination*, in F. Rouvillois, *op. cit.* pp. 67-75 ; *Fonction juridictionnelle et liberté d'expression : les garants de nos libertés sont-ils Charlie ?*, Constitutions 2015 p. 49 ; *La prolifération des délits d'opinion en droit pénal français*, LPA 25 février 2015 p. 8.

⁶⁷⁵ B. Mathieu, *La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives*, RDP 2007 p. 231 ; D. de Bellescize, *Délits d'opinion et liberté d'expression*, D. 2006 p. 1476.

⁶⁷⁶ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 349, n° 702.

⁶⁷⁷ B. Mathieu, *Le délit d'homophobie ou la violation de la Constitution par consensus*, AJDA 2005 p. 113 ; A. Lepage, *Com. Comm. électr.* 2007, comm. 112 préc. ; J.-Y. Monfort, *Les nouveaux délits de presse introduits par la loi du 30 décembre 2004, au regard de la liberté d'expression et des droits de l'homme*, Légicom 2006/1 p. 125 ; P. Mbongo, D. 2002 p. 427 préc.

⁶⁷⁸ E. Dreyer, JCP G 2008.II.10206 préc.

⁶⁷⁹ A. Lajoie, *Quand les minorités font la loi*, PUF, 2002, *sp.* pp. 21-22.

fréquentes manifestations visibles et audibles de la haine d'autrui peut passer, aux yeux de certains, pour une justification ou une banalisation de cette haine⁶⁸⁰. C'est notamment en ce sens que l'avis rendu le 18 novembre 2004 par la CNCDH fut déploré⁶⁸¹, peut-être davantage pour ce qu'il paraissait être inspiré par le refus d'une intégration de certaines catégories de personnes parmi les populations identifiées comme vulnérables par le droit pénal (comme s'il s'agissait d'une « surenchère » à la discrimination) que pour son contenu réel qui consistait en une critique plus fondamentale de la « *multiplication de catégories de personnes nécessitant une protection spécifique* »⁶⁸².

159. Les interventions favorables à l'adoption de ces dispositions lors de leur discussion devant les chambres du Parlement en 2004 ont fait la part belle à la vocation pédagogique et symbolique du dispositif débattu⁶⁸³, qui semble mettre à contribution de façon prioritaire la fonction expressive du droit pénal⁶⁸⁴. En effet, l'inscription de nouveaux mobiles discriminatoires au titre des infractions composant la catégorie des « discours de haine » se justifie avant tout par la volonté de consolider les valeurs de tolérance et d'égalité au sein d'une société démocratique par l'affirmation du caractère illicite des propos visés⁶⁸⁵. Néanmoins, l'extension d'un dispositif répressif préexistant à d'autres situations que celles qu'il régit initialement interroge inévitablement sur la pertinence de la démarche visant, pour le législateur, à procéder par analogie entre toutes les situations envisagées lorsqu'elles recouvrent des réalités sensiblement différentes. Et s'il n'est absolument pas douteux que le sexe, l'orientation ou l'identité sexuelle et le handicap d'une personne constituent des motifs habituels de discrimination, leur assimilation au racisme, quoique bénéfique d'un point de vue pédagogique, demeure discutable⁶⁸⁶.

⁶⁸⁰ G. Calvès, « *Communauté homosexuelle* » et communauté des citoyens : pour qui sonne le glas ?, D. 2005 p. 1497 ; E. Dreyer, JCP G 2008.II.10206 préc.

⁶⁸¹ L'Obs.fr, *Propos homophobes : la CNCDH contre la loi*, 22 novembre 2004.

⁶⁸² J.-Y. Monfort, *Légicom* 2006/1 p. 125 préc. sp. § 10 s.

⁶⁸³ En ce sens, v. l'intervention de Mme. Nicole Ameline, J.O. Sénat, examen des amendements, 23 novembre 2004.

⁶⁸⁴ J.-Y. Monfort, *Légicom* 2006/1 p. 125 préc. sp. § 9.

⁶⁸⁵ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 349, n° 702.

⁶⁸⁶ P. Mbongo, D. 2002 p. 427 préc. ; J.-Y. Monfort, *Le racisme, le sexisme et l'homophobie ne sont pas des « opinions »*, *Légicom* 2015/1, pp. 77 préc. sp. § 6. Nathalie Droin estime, pour sa part, que l'utilité de l'extension du champ d'incrimination des délits de discours haineux aux mobiles sexistes (et plus particulièrement misogynes) est douteuse, en raison notamment des possibilités de répression offertes par d'autres qualifications « classiques », telles que l'injure aux particuliers (art. 33, L. 29 juil. 1881) ou la provocation au crime de viol (art. 24, al. 2, L. 29 juil. 1881). En ce sens, v. N. Droin, *Outrage aux femmes et propos sexistes (misogynes) à l'épreuve de la loi sur la presse du 29 juillet 1881*, RSC 2017 p. 481.

Transparaît ainsi dans ce débat toute la problématique d'une polarisation des politiques de lutte contre telle ou telle forme de « phobie » nouvellement identifiée autour de la dimension répressive du droit en matière d'expression publique⁶⁸⁷. L'ajout tardif, au dispositif initial de 2004, des mobiles discriminatoires relatifs au handicap et, en 2012, à l'identité sexuelle d'autrui (entendue, depuis 2017, sous l'appellation d'identité « de genre »), témoigne de la grande perméabilité de ce champ répressif « symbolique » dont certains ont même pu souhaiter qu'il soit littéralement étendu à toutes les formes de discrimination énumérées exhaustivement par l'article 225-1 du Code pénal⁶⁸⁸, ce qui tendrait à accroître de manière considérable le champ d'application des délits d'expression haineuse. Le rapporteur de la Commission des lois du Sénat M. Jean-René Lecerf avait ainsi affirmé que la logique pourrait, « à terme, viser toutes les discriminations sans distinction particulière »⁶⁸⁹.

Aussi légitime que soit le combat à mener contre les diverses formes de discrimination, *« il est évident que cette limitation de la liberté d'expression qui ne vise pas des intérêts objectifs, mais restreint le champ de l'expression en fonction de considérations idéologiques entre en conflit avec le principe même de la liberté d'expression et pose la question, incontournable et insoluble dans une démocratie ou dans un régime fondé sur les droits fondamentaux, des limites opposées à la liberté au nom de la défense de cette liberté »*⁶⁹⁰. On peut alors craindre, avec certains, que les valeurs de tolérance promues par une société démocratique finissent par se voir systématiquement imposées à toute pensée dissidente au moyen de sanctions pénales qui, en dépit de la rareté des hypothèses d'application, peuvent prendre la forme de la privation de liberté⁶⁹¹, à mesure que les motifs de la pénalisation, originellement tirés de la situation de vulnérabilité critique et historiquement avérée d'un groupe de personnes, tendent désormais à émerger de son seul statut de « minorité ». En ce sens, la CNCDH avait assorti son avis du 18 novembre 2004 d'une observation visant à rappeler *« l'importance de l'éducation aux droits de l'homme, à tous les niveaux de la société, afin d'une part que chacun soit amené à se comporter en concordance avec ces valeurs fondamentales et que d'autre part ceux qui verraient leurs droits bafoués soient en mesure de demander*

⁶⁸⁷ J.-Y. Monfort, *Les apports de la loi de 1972 en matière de droit de la presse*, Légipresse 2012, n° 300 p. 686, sp. pp. 688-689, n° 2 *in fine*.

⁶⁸⁸ V. l'intervention de Robert Badinter, ne voyant « aucune raison de discriminer entre les discriminations », lors de l'examen des amendements au Sénat, séance du 23 novembre 2004.

⁶⁸⁹ Sénat, rapport n° 121 du 15 décembre 2004 *préc.*, p. 30.

⁶⁹⁰ B. Mathieu, RDP 2007 p. 231 *préc.*

⁶⁹¹ A.-M. Le Pourhiet, LPA 25 février 2015 p. 8 *préc.* ; C. Bigot, Légipresse 2004.I.35 *préc.*

justice »⁶⁹². La « fonction pédagogique » de la norme pénale ne saurait, seule, redresser les travers de l'esprit, de même que sa fonction expressive ne saurait être indéfiniment détournée à des fins de reconnaissance sociale.

Si les difficultés d'appréciation des éléments constitutifs de ces infractions toutes récentes ne sont assurément pas absentes du débat⁶⁹³, c'est cependant sans grande différence avec celles, précédemment évoquées⁶⁹⁴, de leurs grandes sœurs en matière de racisme⁶⁹⁵. Les projets récurrents de déplacement du régime répressif des discours de haine vers le droit commun constituent une occasion de formuler certaines remarques à cet égard.

2 - La périlleuse ambition d'une répression en droit commun

160. Depuis une vingtaine d'années, des voix s'élèvent régulièrement pour que les discours de haine ne soient plus considérés comme des abus d'expression mais comme des délits de droit commun (a). Une telle mesure, dont l'impact symbolique ne serait pas dépourvu de conséquences pratiques, peut légitimement susciter des réserves (b).

a - Un projet récurrent

161. Le 27 janvier 2015, à l'occasion de l'anniversaire de la libération du camp d'Auschwitz-Birkenau, et peu de temps après la série d'attentats survenus au début du mois à Paris et notamment dans une épicerie *cashier*, le Président de la République avait annoncé son intention d'introduire une réforme du Code pénal visant à intégrer les délits d'expression haineuse dans le droit commun⁶⁹⁶. Le projet, qui n'a pas vu le jour, était inscrit au sein du « plan antiracisme » du Premier ministre, dont la mise en oeuvre fut prévue sur une durée de trois ans⁶⁹⁷. Toutefois, ce n'est pas la première fois qu'une telle mesure, souhaitée depuis les années 1990 par certaines associations de lutte contre le racisme⁶⁹⁸, est envisagée.

⁶⁹² CNCDH, Ass. Plén., avis du 18 novembre 2004 préc. Dans le même sens, v. J. Morange, *La liberté d'expression*, op. cit., p. 214, n° 97.

⁶⁹³ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 350, n° 704.

⁶⁹⁴ V. *supra*, n° 149 s.

⁶⁹⁵ Y. Padova, Gaz. Pal. 17 mars 2005 p. 2 préc. *in fine*.

⁶⁹⁶ La Croix.fr, *Que changerait l'introduction des injures racistes dans le Code pénal ?*, 28 janvier 2015.

⁶⁹⁷ Le Monde.fr, *Que contient le plan de lutte contre le racisme et l'antisémitisme du gouvernement ?*, 17 avril 2015.

⁶⁹⁸ Libération.fr, *Pour une répression juste des propos racistes*, 18 mai 2015 ; *Cent avocats des victimes du racisme demandent que le racisme puisse intégrer le Code pénal*, Légipresse n° 328, 26 mai 2015.

162. Il y a une vingtaine d'années, le scandale provoqué par les propos relatifs à une prétendue inégalité des races, prononcés par un homme politique d'extrême-droite⁶⁹⁹, avait conduit le garde des Sceaux de l'époque, M. Jacques Toubon, à déposer un avant-projet de loi destiné à renforcer la législation de lutte contre le discours de haine en France⁷⁰⁰. En effet, l'affaire, quoiqu'extrêmement médiatisée, avait néanmoins entraîné l'annonce par le Parquet, saisi à cette occasion, qu'il n'engagerait pas de poursuites, faute de qualification légale adéquate⁷⁰¹. L'auteur des propos, habitué des prétoires⁷⁰², avait en effet pris soin d'évoquer sa croyance dans l'inégalité des races sans en nommer aucune, rendant de ce fait inapplicables les dispositions de l'article 24, alinéa 7 de la loi du 29 juillet 1881⁷⁰³. Dès lors, l'exposé des motifs du projet précisait qu'« *à la différence des textes actuels, les nouvelles dispositions n'exigeront plus qu'il soit fait référence à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. Une telle exigence est en effet injustifiée, car elle interdit de poursuivre quelqu'un qui tiendrait des propos racistes ou xénophobes en proclamant, de manière générale, l'inégalité des "races", ou la supériorité de certaines "races" par rapport à d'autres, sans viser précisément une catégorie donnée [...]* »⁷⁰⁴.

Le texte ainsi élaboré prévoyait le regroupement de l'ensemble des infractions d'expression haineuse (provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence, diffamation et injure à caractère discriminatoire) en un seul délit de diffusion de messages à caractère raciste ou xénophobe, prévu non plus par la loi de 1881 mais au sein d'un article 225-4-1 du Code pénal réprimant « *le fait de diffuser, par quelque moyen que ce soit, un message portant atteinte à la dignité, l'honneur ou à la considération d'une personne ou d'un ou plusieurs groupes de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion, qu'elle soit ou non déterminée* ». Une aggravation de la peine était alors prévue par un second alinéa visant l'hypothèse où le message incriminé « *provoque ou est de nature à provoquer à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un ou plusieurs groupes de personnes* », faisant de ce qui était auparavant une condition de la répression, une

⁶⁹⁹ Libération.fr, Jean-Marie Le Pen croit toujours à l'inégalité des races, 10 septembre 1996.

⁷⁰⁰ Projet de loi n° 3045 relatif à la lutte contre le racisme, présenté à l'Assemblée nationale le 16 octobre 1996.

⁷⁰¹ France 2, journal télévisé du 12 septembre 1996, archives images INA.

⁷⁰² Cass. 2^{ème} civ., 3 février 1988, n° 86-17.740 ; 11 octobre 1989, Bull. crim. 1989 n° 174; Cass. Crim., 7 décembre 1993, n° 93-82.956 ; 13 avril 1999, Bull. crim. 1999 n° 77; 3 février 2009, Bull. crim. 2009 n° 25 (deux arrêts).

⁷⁰³ P. Rolland, « Du délit d'opinion dans la démocratie française », in *Pouvoir et liberté, études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, pp. 645-670, sp. p. 661.

⁷⁰⁴ Cité *ibidem*, note n° 20.

simple circonstance aggravante⁷⁰⁵. La CNCDH, qui s'était prononcée deux ans auparavant contre l'intégration de la législation antiraciste dans le droit commun et la création d'une infraction commune⁷⁰⁶, avait cependant approuvé le projet de 1996⁷⁰⁷. En dépit des propositions de modifications du texte formulées par la Commission, le projet fut adopté sous sa forme initiale par le Conseil des ministres le 16 octobre 1996, prévoyant néanmoins un délai de prescription d'un an, en dérogation au droit commun applicable.

Le texte de 1996 ne trouva finalement pas de rapporteur et fut définitivement enterré après la dissolution de l'Assemblée nationale par Jacques Chirac le 21 avril 1997. Cependant, le débat quant à une intégration des délits d'expression haineuse au sein du Code pénal est loin d'être achevé⁷⁰⁸. Une mesure de cette nature constituerait de prime abord, à travers une condamnation étendue et accrue des opinions racistes, un progrès éminemment symbolique. L'enfer étant pavé de bonnes intentions, il convient néanmoins de formuler des critiques à l'égard d'un tel projet.

b - Un projet discutable

163. Le texte de M. Toubon fut favorablement accueilli par les associations de lutte contre le racisme, qui dénonçaient une inadéquation à leur cause tant des éléments constitutifs des inscriptions existantes qui, selon elles, ne pourraient condamner qu' « *une certaine forme de racisme* »⁷⁰⁹, que de leur cadre procédural au sein de la loi du 29 juillet 1881⁷¹⁰. Il fit néanmoins l'objet de nombreuses critiques⁷¹¹. Henri Leclerc notamment, alors président de la Ligue des droits de l'Homme, le qualifia de « *loi de circonstance* » en raison de son adoption consécutive aux propos litigieux précités. Selon lui, une telle réforme, qui tendait à mener sur le front juridique une lutte essentiellement politique, risquait de constituer « *une brèche ouverte pour une répression d'opinion qui dépasse le racisme* »⁷¹². De la même façon, l'actuel projet

⁷⁰⁵ P. Rolland, *Du délit d'opinion dans la démocratie française*, op. cit. p. 652.

⁷⁰⁶ CNCDH, Avis concernant un avant-projet de loi relatif à la « lutte contre la diffusion d'idées racistes ou xénophobes », 3 novembre 1994.

⁷⁰⁷ CNCDH, Avis portant sur un projet de loi renforçant la répression de la diffusion de messages racistes ou xénophobes, 26 septembre 1996.

⁷⁰⁸ S.O.S. Racisme, *La loi sur la liberté de la presse comme bouc émissaire ?*, 20 avril 2015.

⁷⁰⁹ Interview de Mouloud Aounit pour France 2, journal télévisé du 16 octobre 1996, archives images INA.

⁷¹⁰ P. Mairat, *Mieux légiférer contre le racisme*, Différences n° 179, novembre 1996, pp. 8-9 ; A. Jakubowicz, *Légicom* 2016/2, n° 57 p. 23 préc.

⁷¹¹ Libération.fr, *Racisme : la loi Toubon en garde à vue*, 17 octobre 1996.

⁷¹² Libération.fr, *Racisme : « les dangers d'une loi d'exception »*, 24 septembre 1996.

gouvernemental de « sortie » des délits racistes hors de la loi de 1881 est intensément débattu en doctrine⁷¹³.

164. Forts de la figure rhétorique consistant à affirmer que « le racisme n'est pas une opinion, mais un délit », c'est notamment en considération du fait que la loi du 29 juillet 1881 « *était originellement destinée aux professionnels de la communication* » tandis que « *les propos racistes émanent principalement de personnes qui ne sont pas des professionnels de la communication, mais par [sic] tout un chacun, dans la rue, sur son lieu de travail, à l'école, sur les réseaux sociaux* », que les tenants d'un transferts des délits d'expression haineuse vers le Code pénal souhaitent, de ce fait, adresser un message fort à destination de l'opinion publique⁷¹⁴. C'est cependant oublier, d'une part, que ces formes les plus répandues de propos haineux qui constituent le « racisme ordinaire », et qui découlent d'une expression bien souvent privée dont seule la nature – hélas – répétitive tend à lui conférer une dimension « publique »⁷¹⁵, font déjà l'objet d'une répression au sein du Code pénal aux articles R. 624-3 et R. 624-4 du Code pénal, punissant respectivement les diffamations et injures privées commises « *envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée* »⁷¹⁶ ; d'autre part, que si l'affirmation selon laquelle le racisme est un délit est avérée lorsqu'une infraction est commise pour des mobiles discriminatoires (délits et crimes avec les circonstances aggravantes des articles 132-76 et 132-77 du Code pénal, et délits d'expression haineuse), une opinion raciste ne perd pas, *ipso facto*, sa qualité d'opinion dès lors qu'elle peut constituer l'expression de sentiments ou convictions intimes à son auteur⁷¹⁷.

Cet argument, qui a notamment prévalu s'agissant du déplacement au sein du Code pénal des infractions de provocation et d'apologie d'actes terroristes, avec les conséquences

⁷¹³ B. Ader, *Le dépaysement des propos racistes dans le Code pénal : une fausse bonne idée !*, Légipresse 2015, n° 325 p. 135 ; 10 questions à Anne-Marie Sauteraud, Légipresse 2015, n° 326 p. 199, sp. p. 201 ; P. Guerder, *Les infractions de presse (janvier 2015-janvier 2016)*, Légipresse 2016, n° 336 p. 185, n° 10 ; v. également les observations de Christophe Bigot in Légicom 2016/2, n° 57 p. 23 préc. sp. pp. 26-29.

⁷¹⁴ Libération.fr, *Pour une répression juste des propos racistes*, art. préc.

⁷¹⁵ N. Bonnal, *Poursuites pénales en matière de racisme : la pratique judiciaire*, Légipresse 2012, n° 300 p. 690.

⁷¹⁶ Ces mêmes textes sont applicables, depuis 2005, aux propos sexistes, homophobes ou handiphobes.

⁷¹⁷ J.-Y. Monfort, Légicom 2015/1, n° 54 préc., pp. 77-81 ; C. Korman, *Délits racistes de presse et délits de propagande*, Légipresse 1993.III.90 ; D. Roets, art. préc. in *Humanisme et Justice*, op. cit. sp. p. 643 ; v. également, qualifiant l'affirmation d' « *absurdité juridique* », l'intervention d'Henri Leclerc au colloque « *Y'a-t-il des abus licites de la liberté d'expression ?* » tenu le 2 octobre 2014 à Paris, actes publiés in Legicom 2015/1, n° 54, sp. pp. 84-85 préc.

que l'on sait sur le plan procédural⁷¹⁸, est de nature à occulter une partie significative des enjeux résultant de la mise en confrontation du principe de la liberté d'expression avec celui de la protection des fractions les plus vulnérables de la population, et ce alors même que les délits d'expression haineuse bénéficient déjà, au sein de la loi du 29 juillet 1881, d'un statut particulier en ce sens qu'ils demeurent les seuls à être toujours passibles de peines d'emprisonnement et que leur prescription est acquise après le délai d'un an contre les trois mois habituellement prévus⁷¹⁹.

165. Si la jurisprudence relative à l'application du délit de provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence de l'article 24, alinéa 7 de la loi sur la liberté de la presse, « *pourtant la plus souple, celle qui apparaît la plus adaptable à la variété des situations* »⁷²⁰, démontre bien l'insaisissabilité manifeste d'un délit aux contours parfois obscurs⁷²¹, les difficultés de sa répression résultent de l'infinie sensibilité de son objet au regard de la liberté d'expression. Aussi, l'hésitation jurisprudentielle relative au choix à opérer entre l'incrimination de la provocation directe, véritable « exhortation » au rejet d'un groupe de personnes, et l'incrimination d'une provocation indirecte de nature à susciter « seulement » un sentiment de rejet, témoigne du malaise des juges à sonder l'expression dont le caractère répréhensible ne saurait dépendre du seul état d'esprit dans lequel son auteur la profère ou la diffuse⁷²². C'est probablement pour cette raison que la France, en ratifiant la Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale le 28 juillet 1971, avait émis une réserve aux dispositions de l'article 4 imposant aux signataires de « *déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale* », en déclarant que « *la France tient à préciser qu'elle interprète la référence qui y est faite aux principes de la Déclaration universelle des droits de l'homme ainsi qu'aux droits énoncés dans l'article 5 de la même Convention comme déliant les Etats parties de l'obligation d'édicter des dispositions répressives qui ne soient pas compatibles avec les libertés d'opinion et d'expression, de réunion et d'association pacifiques qui sont garanties par ces textes* »⁷²³.

⁷¹⁸ V. *supra*, n° 93 s.

⁷¹⁹ C. Bigot, intervention à la table ronde « *La sortie annoncée de la loi de 1881 des infractions relatives aux discours racistes* », *Légicom* 2016/2, n° 57 p. 23 *préc. sp.* p. 27.

⁷²⁰ J.-Y. Monfort, *Légicom* 2015/1 p. 77 *préc.* § 12.

⁷²¹ D. Roets, art. *préc.*, in *Humanisme et Justice*, *op. cit.* p. 643.

⁷²² Sur les difficultés de caractérisation du délit de provocation à la haine raciale, V. *supra*, n° 150.

⁷²³ Organisation des Nations Unies, collection des traités, Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, déclarations et réserves, V° France.

Ces difficultés, qui dépassent les simples enjeux symboliques de la question, plaident assurément en faveur d'une répression mesurée de l'expression haineuse. Il semblerait approprié, en raison des redondances précédemment évoquées quant à l'objectif poursuivi par les différentes formes de délits d'expression haineuse⁷²⁴, d'incriminer de manière uniforme les messages exprimant une *opinion* haineuse – injurieuse *et/ou* diffamatoire –, tout en incriminant séparément un délit de provocation *directe* à des actes de violence ou de discrimination⁷²⁵. Partant, seul le transfert de cette dernière forme d'expression au sein du Code pénal serait souhaitable, et ce pour les mêmes raisons que celles précédemment évoquées en matière d'incitation à des actes terroristes : la provocation directe perd sa qualité d'opinion dès lors qu'elle franchit la limite de l'exhortation à l'acte, ce qui l'éloigne des abus de la liberté d'expression classiquement réprimés par la loi du 29 juillet 1881. Des propos exprimant une opinion ou une invective, quoique manifestement haineuse, doivent, en revanche, continuer à être considérés comme des abus de la liberté d'expression et relever, à ce titre, du régime dérogatoire de la loi sur la liberté de la presse.

A agir sur une part sans cesse croissante des avatars de l'expression haineuse, le législateur donne l'impression, sinon de vouloir dicter à chacun une pensée vierge de tout ressentiment, du moins de surestimer les vertus de la loi sur l'intolérance. De façon comparable, l'approche indubitablement mémorielle qui préside à la pénalisation des propos négationnistes laisse penser qu'il se trompe de combat.

§ 2 - L'approche mémorielle de la pénalisation des propos négationnistes

166. Assimilé au *parachèvement* d'un génocide ou d'un crime contre l'humanité⁷²⁶, le négationnisme (parfois désigné sous l'appellation de *révisionnisme*⁷²⁷) voit sa répression

⁷²⁴ V. *supra*, n° 151 s.

⁷²⁵ D. Roets, *La provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence*, art. préc. in *Humanisme et Justice*, op. cit. p. 655 in fine.

⁷²⁶ B. Jouanneau, intervention au colloque « *La lutte contre le négationnisme. Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe* », actes du 5 juillet 2002 à la cour d'appel de Paris. AFHJ, Commission nationale consultative des droits de l'Homme, Ecole nationale de la magistrature. Paris : Doc. fr, 2003, 121 p. ; v. aussi Discours d'accueil prononcé par Jean-Louis Nadal pour ce même colloque ; P. Wachsmann, *Liberté d'expression et négationnisme*, RTDH 2001 p.585 ; B. Beignier, « *De la langue perfide, délivre moi...* », *Réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite « Loi Gayssot »*, Mélanges Mourgeon, Bruylant, 1998 p. 497 sp. p. 531.

⁷²⁷ Dans notre développement, les termes de *négationnisme* et de *révisionnisme* seront indifféremment utilisés, car ils appartiennent tous deux au contexte de la répression pénale du comportement visant à nier l'existence de l'Holocauste. Le révisionnisme est, à l'origine, une discipline consistant à procéder à une relecture critique d'événements ou de textes historiques. Les négationnistes se sont toutefois approprié cette appellation afin de prêter une caution scientifique à leurs « travaux ».

inscrite, de par ses enjeux, dans la lutte contre les discours de haine (A). Ce sont toutefois ces mêmes enjeux qui rendent sa pénalisation particulièrement épineuse (B).

A - La pénalisation d'une forme insidieuse d'expression haineuse

167. Les premières poursuites pénales dirigées contre des propos négationnistes se sont heurtées à une répression fragile sur le fondement des délits traditionnels d'expression raciste (1). Les dispositions particulières de la loi dite « Gayssot », promulguée en 1990, eurent pour objectif de remédier à ces lacunes (2).

1 - Une répression fragile sur le fondement de la loi Pleven

168. Si le terme de « négationnisme » renvoie aujourd'hui généralement à la contestation indifférenciée de divers crimes contre l'humanité survenus dans l'Histoire, et notamment au cours du XX^e siècle, l'apparition de ce néologisme⁷²⁸ s'inscrit dans le cadre d'une popularisation de sa forme littéraire dans le cours des années 1980⁷²⁹, qui était alors exclusivement centrée sur les crimes de l'Holocauste. La thèse principalement défendue par ces écrits, outre la minimisation ou la négation de l'existence du génocide commis par l'Allemagne nazie pendant la Seconde Guerre mondiale, s'accompagnait souvent d'accusations prêtant au peuple Juif la manipulation de l'Histoire pour l'obtention de l'Etat d'Israël et de dédommagements conséquents de l'Etat allemand⁷³⁰. Au cours des années 1980, les discours négationnistes, qui s'exprimaient auparavant de façon radicale dans des ouvrages ouvertement opposés aux issues géopolitiques de la Seconde Guerre mondiale⁷³¹, quittèrent le terrain d'une littérature marginale pour revêtir la forme de thèses pseudo-scientifiques, intensément relayées par certains universitaires et par la presse d'extrême-droite. C'est de la nécessité de protéger la mémoire des victimes de la Shoah et de leurs descendants, et d'endiguer la diffusion insidieuse

⁷²⁸ Dont la paternité est attribuée à l'historien Henry Rousso ; en ce sens, v. B. Jouanneau, *Répression du négationnisme : la voix dissonante*, Legicom 2015/1, n° 54, pp. 59-67, sp. p. 62.

⁷²⁹ En ce sens, v. K. Bertrams, P.-O. De Broux, *Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ?* Revue de droit de l'Université Libre de Bruxelles., n° 35, 2007, p. 75, sp. p. 76.

⁷³⁰ Robert Faurisson, avait alors popularisé sa thèse sous la forme d'un slogan, prononcé à l'antenne d'une station de radiodiffusion à l'occasion d'une émission à laquelle il avait été invité : « les prétendues "chambres à gaz" hitlériennes et le prétendu "génocide des Juifs" forment un seul et même mensonge historique qui a permis une gigantesque escroquerie politico-financière dont les principaux bénéficiaires sont l'Etat d'Israël et le sionisme international et dont les principales victimes sont le peuple allemand, mais non pas ses dirigeants, et le peuple palestinien tout entier ».

⁷³¹ Parmi les principaux ouvrages français, l'on peut nommer *Le mensonge d'Ulysse* de Paul Rassiner, et *Nuremberg ou la terre promise* de Maurice Bardèche.

d'opinions antisémites par cette « *apologie à rebours* »⁷³², que naquit le contentieux pénal en matière de discours négationnistes, sur le fondement des infractions issues de la loi Pleven du 1^{er} juillet 1972.

169. La principale difficulté touchait au fait que l'arsenal pénal introduit par la loi Pleven de 1972, composé des infractions d'injure, de diffamation et de provocation à caractère racial, exigeaient la réunion d'éléments constitutifs que les formes les plus insidieuses d'expression négationniste ne présentaient que rarement en raison du style scientifique volontairement emprunté par leurs auteurs. Était notamment requis que soit compris dans l'expression litigieuse le mobile ségrégationniste, jetant « *un trouble dans les esprits de nature à conduire le lecteur non averti à opérer la discrimination dénoncée, au point de l'entraîner à une haine envers les Juifs* »⁷³³. Constituait, par exemple, le délit de provocation à la haine raciale le fait de « *traiter les sionistes de menteurs et de fous racistes, faisant un amalgame entre Juifs et sionistes, tout en affirmant la non-réalité de l'Holocauste* »⁷³⁴ ; le fait pour une revue « *destinée aux personnes intéressées par le mouvement Ku-Klux-Klan branche française* » de prendre pour cible les Juifs en niant la réalité de la Shoah⁷³⁵ ; ou encore la publication d'un ouvrage se présentant comme un « *mémoire en défense* » du procès de Nuremberg et accusant la communauté juive de « *mensonge et d'escroquerie financière* » en prenant pour support la théorie révisionniste des chambres à gaz⁷³⁶. Le délit de diffamation raciale se trouvait quant à lui constitué, par exemple, par « *le fait d'imputer à la communauté juive américaine une exploitation pécuniaire de l'Holocauste, dont la réalité est niée, et de les faire passer pour des imposteurs et des profiteurs* »⁷³⁷, ou par la diffusion de tracts contestant le génocide juif en accusant un lobby juif « *d'avoir faussé l'histoire à des fins politico-financières* »⁷³⁸.

N'étaient alors susceptibles de tomber sous le coup de la loi pénale que les formes les plus agressives et ouvertement antisémites du négationnisme, lesquelles ne pouvaient entrer dans la catégorie des travaux prétendument scientifiques qui fondaient leurs conclusions sur la

⁷³² « *En niant l'existence de ces crimes, on entend justifier, voire glorifier, les actes et leurs auteurs* » (P. Auvret, étude préc. in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.* p. 91, sp. p. 97).

⁷³³ CA Metz, 14 mars 1990, JurisData n° 1990-040942.

⁷³⁴ *Idem.*

⁷³⁵ CA Orléans, 13 décembre 1990, JurisData n° 1990-052368.

⁷³⁶ CA Paris, 4 juillet 1990, JurisData n° 1990-023165.

⁷³⁷ CA Paris, 28 février 1990, JurisData n° 1990-022909.

⁷³⁸ CA Versailles, 2 juin 1988, JurisData n° 1988-043523.

réfutation de preuves ou de témoignages. En outre, le juge civil avait, dans l'un des premiers procès en la matière, souligné que « les tribunaux [...] n'ont ni qualité, ni compétence pour juger l'histoire [...] ; ils n'ont pas reçu de la loi pour mission de décider comment doit être représenté et caractérisé tel ou tel épisode de l'histoire nationale ou mondiale »⁷³⁹. La maladresse de cette formulation avait conduit les milieux « révisionnistes » à en déduire une preuve de la reconnaissance par la justice française de leurs recherches⁷⁴⁰.

Les discours négationnistes, par leur spécificité, échappaient donc partiellement à l'emprise limitée du droit positif ; il convenait dès lors de « *lutter contre un ennemi perfide parce que masqué* »⁷⁴¹ par l'adoption d'une législation spécifique.

2 - Une répression renforcée par la loi Gayssot

170. Outre les difficultés que rencontraient les autorités et associations de lutte contre le racisme et l'antisémitisme pour poursuivre les discours négationnistes « modérés », la forte émotion suscitée par la profanation d'un cimetière juif à Carpentras dans la nuit du 8 au 9 mai 1990 avait renforcé les craintes d'une extinction de la Mémoire collective avec la vie des derniers survivants de la Shoah, plus de quarante ans après la libération des camps. C'est dans ce contexte d'urgence que le texte de loi proposé par Jean-Claude Gayssot fut adopté le 13 juillet 1990⁷⁴². Des mesures introduites par le texte (publication de la décision de condamnation pour infraction à la législation antiraciste, privation de certains droits), la plus innovante est la création, au sein de la loi du 29 juillet 1881, d'un article 24 *bis* réprimant le fait de contester, « *par un des moyens énoncés à l'article 23, l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945 et qui ont été commis soit par les membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 dudit statut, soit par une personne reconnue coupable de tels crimes par une juridiction française ou internationale* ».

171. Le délit de contestation de crimes contre l'humanité implique donc la *publicité* de son expression au travers des moyens habituellement connus sous l'empire de la loi de 1881.

⁷³⁹ TGI Paris, 8 juillet 1981 ; v., dans la même affaire, CA Paris, 26 avril 1983.

⁷⁴⁰ T. Hochmann, Faurisson, « *falsificateur de la jurisprudence* » ?, Droit et cultures (en ligne), 61, 2011-1, 28 octobre 2011. <http://droitcultures.revues.org/2526>

⁷⁴¹ R. Dhoquois, *Les thèses négationnistes et la liberté d'expression en France*, Ethnologie française, 2006/1, vol. 36, pp. 27-33, sp. p. 32.

⁷⁴² Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe.

En cela, il s'agit d'une infraction de presse répondant aux mêmes conditions de poursuite que l'ensemble des délits prévus par cette loi. Cependant, le texte comporte des éléments nouveaux en droit pénal de la presse, à commencer par la notion de *contestation*, laquelle doit s'entendre non seulement comme le fait de nier littéralement la réalité du crime⁷⁴³, mais également comme celle « *inscrite dans un discours logique et cohérent, dès lors qu'elle conduit à contester en les niant, en des termes de mépris envers les victimes, l'existence d'un crime contre l'humanité ayant entraîné des condamnations de ce chef par le Tribunal militaire international* »⁷⁴⁴. La relative imprécision du terme « contester » conduisit par ailleurs les juridictions à en adopter une interprétation extensive. Le délit se trouve ainsi constitué lorsque ladite contestation est « *présentée sous une forme déguisée ou dubitative ou par voie d'insinuation* »⁷⁴⁵, de même lorsqu'il est procédé à une « *minoration outrancière* » du nombre des victimes, celle-ci impliquant que le prévenu ait agi de mauvaise foi⁷⁴⁶. Ainsi, l'élément intentionnel constitue l'élément constitutif essentiel de l'infraction, mais aussi le plus difficile à établir. Il est pourtant crucial dans la mesure où l'incrimination de l'article 24 bis est « *exorbitante* » au point qu'une « *interprétation trop extensive du texte [...] serait contraire au principe constitutionnel de la liberté d'expression* »⁷⁴⁷.

172. La plus grande particularité du texte réside davantage dans la désignation de l'objet de la contestation incriminée : jusqu'en 2017⁷⁴⁸, les seuls crimes contre l'humanité dont la contestation pouvait donner lieu à des poursuites étaient ceux définis par le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg et jugés par cette même juridiction, à l'exclusion de tout autre crime contre l'humanité commis antérieurement ou postérieurement. Ce choix pouvait s'expliquer de plusieurs façons. D'une part, la Shoah était le seul génocide faisant, *en France*, l'objet d'une contestation systématique et répandue dans un but d'incitation à la haine raciale⁷⁴⁹.

⁷⁴³ CA Paris, 31 octobre 1990, Gaz. Pal. 1991, 1, 311, note Bilger ; 27 mai 1992, Gaz. Pal. 1992, 2, somm. 321.

⁷⁴⁴ TGI Paris, 17^{ème} ch. corr., 18 avril 1991, RTDH 1991 p. 441.

⁷⁴⁵ Cass. Crim., 29 janvier 1998, n° 96-82.731, Gaz. Pal. 1998, 1, chron. crim. 87 ; 12 septembre 2000, n° 98-88.202, JCP 2003.IV.105 ; Dr. Pén. 2003, comm. 58, obs. Véron.

⁷⁴⁶ Cass. Crim., 17 juin 1997, Bull. crim. 1997 n° 236 ; 29 janvier 1998 *préc.*

⁷⁴⁷ F. Gorget, intervention au colloque « *La lutte contre le négationnisme. Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe* » précité.

⁷⁴⁸ La loi du 27 janvier 2017 a en effet complété l'article 24 bis d'un alinéa punissant des mêmes peines « *ceux qui auront nié, minoré ou banalisé de façon outrancière [...], l'existence d'un crime de génocide autre que ceux mentionnés au premier alinéa du présent article, d'un autre crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou d'un crime de guerre défini aux articles 6, 7 et 8 du statut de la Cour pénale internationale [...] et aux articles 211-1 à 212-3, 224-1 A à 224-1 C et 461-1 à 461-31 du code pénal lorsque [...] ce crime a donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale* ».

⁷⁴⁹ M. Zaoui, intervention au colloque « *La lutte contre le négationnisme* » précité.

D'autre part, en invoquant un jugement passé en force de chose jugée, le législateur ne qualifiait pas lui-même et rétroactivement en tant que crime contre l'humanité un événement historique déjà survenu et n'empiète pas sur les attributions constitutionnelles du juge tirées du principe de la séparation des pouvoirs⁷⁵⁰. Si le caractère générique de la notion de contestation laissait une certaine marge au juge pour l'interpréter extensivement, la référence au jugement du Tribunal de Nuremberg fut l'occasion pour certains prévenus de contester – au surplus – la validité du dispositif de l'article 24*bis*. Il fut ainsi argué que cet article entraînait en violation du décret du 5 novembre 1880 relatif à la promulgation des lois et décrets, dans la mesure où le jugement du Tribunal militaire international n'avait pas été publié au Journal officiel⁷⁵¹. Invoqué à plusieurs reprises⁷⁵², l'argument fut systématiquement rejeté par la Chambre criminelle, au motif que le statut de la juridiction *ad hoc*, d'après lequel « *la décision "sera définitive et non susceptible de révision"* », a été régulièrement publié au Journal officiel⁷⁵³. Dès lors, l'auteur de l'infraction visée à l'article 24*bis* ne saurait se prévaloir de son ignorance du contenu de ladite décision, celle-ci ayant fait l'objet d'une transcription en français conformément à l'article 25 du statut du Tribunal militaire international⁷⁵⁴.

La loi Gayssot comblait donc les lacunes de la loi Pleven en matière de lutte contre le négationnisme, en captant dans son champ d'application l'ensemble des formes d'expression caractérisant une intention de leur auteur de nier publiquement l'existence des événements constitutifs de la Shoah. Cependant, cette pénalisation spécifique du négationnisme soulève d'importantes et délicates questions relativement à son opportunité.

B - La pénalisation épineuse d'un délit contesté

173. L'incrimination des propos négationnistes en droit pénal entraîne deux séries de problèmes. Par la protection qu'elle confère inévitablement à certains crimes à défaut d'autres, elle devient l'objet de revendications des victimes qui, « oubliées » par la loi, souhaitent également voir leur souffrance défendue face aux propos qui la nient (1). En ce sens, la démarche du législateur calque les besoins actuels de la répression sur des événements passés,

⁷⁵⁰ N. Mallet-Poujol, *La loi de pénalisation du négationnisme : la censure constitutionnelle ou le crépuscule des lois mémorielles*, Légipresse 2012, n° 293, p. 219.

⁷⁵¹ CA Paris, 9 décembre 1992, Gaz. Pal. 1992, 2, somm. 526.

⁷⁵² Cass. Crim., 20 décembre 1994, n° 93-80.627 ; 7 novembre 1995, n° 93-85.800.

⁷⁵³ Cass. Crim., 23 février 1993, n° 92-83.478.

⁷⁵⁴ Cass. Crim., 20 décembre 1994 *préc.*

ce qui tend à instaurer un doute permanent sur sa légitimité au sein du dispositif législatif de lutte contre les discours de haine (2).

1 - Une législation objet de revendications

174. Les débats sur l'opportunité de pénaliser la contestation publique de crimes historiques se cristallisent fréquemment autour du négationnisme visant le génocide des Arméniens (a). L'insolubilité apparente de cette problématique appelle un recadrage des enjeux réels de cette législation (b).

a - L'échec d'une extension du négationnisme punissable au génocide des Arméniens

175. Véritable « maronnier » du débat juridique, l'extension du délit de contestation de crimes contre l'humanité au génocide des Arméniens est régulièrement souhaitée (i). L'unique concrétisation dont elle fit l'objet fut toutefois censurée par le Conseil constitutionnel (ii).

i - Une extension souhaitée

176. Forte d'une communauté arménienne estimée comme étant la plus importante d'Europe occidentale⁷⁵⁵, la France compte un certain nombre d'associations dont l'objet vise à sensibiliser l'opinion publique sur la culture et l'Histoire arméniennes, et notamment les massacres et déportations commis sur cette communauté par le gouvernement Jeune Turc sous l'Empire Ottoman en 1915 et 1916. La reconnaissance publique du génocide des Arméniens devint, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, après la signature de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide, un enjeu majeur pour la diaspora arménienne⁷⁵⁶, un enjeu d'autant plus important que sa concrétisation est entravée au sein même de l'Etat turc qui revendique officiellement une version de l'Histoire niant, tout en les minimisant, le caractère génocidaire des événements de 1915 et 1916. A la suite de diverses résolutions adoptées par des organes internationaux dont l'ONU et le Parlement européen tendant à la reconnaissance de ces crimes⁷⁵⁷, la France s'est dotée le 29 janvier 2001, au terme

⁷⁵⁵ Les estimations du Comité de défense de la communauté arménienne (CDCA) et du Centre de recherche sur la diaspora arménienne s'élevaient, en 2011, à 600 000 français d'origine arménienne, dont 400 000 nés dans l'Hexagone (Le Point.fr, *Les Arméniens en France*, 22 décembre 2011).

⁷⁵⁶ Assemblée nationale, rapport n° 925 fait au nom de la Commission des Affaires étrangères par M. René Rouquet sur la proposition de loi n° 895 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, 26 mai 1998.

⁷⁵⁷ En ce sens, v. le jugement symbolique rendu par le Tribunal permanent des peuples le 16 avril 1984 sur le génocide des arméniens, la résolution adoptée par la Sous-Commission des droits de l'Homme de l'ONU le 29 août

d'une procédure législative pour le moins mouvementée et entamée en 1998⁷⁵⁸, d'une loi dont l'unique article dispose que « *la France reconnaît publiquement le génocide arménien de 1915* »⁷⁵⁹. Ce texte, régulièrement classé parmi les lois dites « mémorielles » adoptées par l'Etat français au cours des années 1990 et 2000⁷⁶⁰, revêt un caractère uniquement déclaratif le privant en principe de toute portée normative⁷⁶¹. Il ne saurait dès lors permettre la condamnation de propos niant la réalité du génocide de la population arménienne au début du siècle dernier.

177. En effet, l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881, qui punit le délit de contestation de crimes contre l'humanité, ne permettait, jusqu'à son extension par la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017, que la poursuite d'expressions contestant la réalité des crimes commis par le régime national-socialiste allemand pendant la Seconde Guerre mondiale. Cette restriction du champ d'incrimination du délit de négationnisme a été expressément constatée par la 17^{ème} chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Paris lorsqu'elle avait été amenée à se prononcer sur la punissabilité des propos tenus par l'historien Bernard Lewis, qui avait qualifié dans un quotidien français la thèse génocidaire de « *version arménienne de cette histoire* ». La juridiction avait en effet rejeté les constitutions de partie civile formées par des associations de défense des intérêts arméniens, en considérant que la définition de l'objet des associations habilitées à agir « *doit être directement rapprochée de l'article 24 bis ; or, celle-ci est exclusivement limitée à la contestation de l'existence des crimes contre l'humanité [...] qui ont été commis pendant la dernière guerre mondiale par des organisations ou des personnes agissant pour le compte des pays européens de l'Axe* »⁷⁶². En dépit de la condamnation ultérieure de cet historien par le juge civil⁷⁶³, cette impossibilité de saisir pénalement des propos niant la réalité des massacres de 1915 a suscité une demande d'intervention législative destinée

1985, et la résolution adoptée le 18 juin 1987 par le Parlement européen sur une solution politique de la question arménienne (J.O.C.E., C-190).

⁷⁵⁸ En ce sens, v. G. Vedel, *Les questions de constitutionnalité posées par la loi du 29 janvier 2001*, in D. Maus, J. Bougrab (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Publications de la Sorbonne, 2005, pp. 37-61.

⁷⁵⁹ Loi n°2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915.

⁷⁶⁰ V. Duclert, *Faut-il une loi contre le négationnisme du génocide des arméniens ? Un raisonnement historien sur le tournant de 2012*, *Revue Histoire@Politique*, 2013/3, n° 121, pp. 167-192, § 7.

⁷⁶¹ V. cependant sur ce point l'opinion de Georges Vedel, considérant que ce texte entraîne les effets de droit s'attachant classiquement à la qualification de génocide d'un comportement, notamment son imprescriptibilité ainsi que des « *éventualités contentieuses dans des litiges privés qui ne sont pas invraisemblables* » (D. Maus, J. Bougrab (dir.), *op. cit.* pp. 55-56, n° 28).

⁷⁶² TGI Paris, 17^{ème} ch. corr., 18 novembre 1994, cité par B. Beignier in *Pouvoir et liberté*, *op. cit.* p. 514.

⁷⁶³ L'historien, en « *occultant les éléments contraires à sa thèse [...] a ainsi manqué à ses devoirs d'objectivité et de prudence, en s'exprimant sans nuance, sur un sujet aussi sensible* » (TGI Paris, 1^{ère} ch., 1^{ère} sect., 21 juin 1995, cité *ibidem* p. 515).

à amender la fameuse « loi Gayssot » de façon à en étendre le dispositif répressif au génocide des arméniens. Dès 1994, des propositions de loi furent déposées en ce sens à l'Assemblée nationale, le sujet faisant régulièrement surface par la suite⁷⁶⁴. Longtemps infructueuse, cette tentative connut des suites favorables en 2011 avec la proposition enregistrée le 18 octobre par Valérie Boyer⁷⁶⁵ et qui aboutit à l'adoption d'une loi le 23 janvier 2012.

ii - Une extension déçue

178. Outre une adaptation de l'article 48-2 de la loi de 1881 pour y intégrer l'habilitation à exercer les droits de la partie civile en faveur des associations défendant les intérêts « *de toute autre victime de crimes de génocide, crimes de guerre, crimes contre l'humanité ou des crimes ou délits de collaboration avec l'ennemi* » (art. 2), le texte adopté en 2012 créait, à la suite de l'article 24 bis de la loi de 1881, un article 24 ter disposant que « *les peines prévues à l'article 24 bis sont applicables à ceux qui ont contesté ou minimisé de façon outrancière, par un des moyens énoncés à l'article 23 l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide défini à l'article 211-1 du code pénal et reconnus comme tels par la loi française* » (art. 1^{er}). Derrière ce « généralisme » de façade était en fait visée la négation de l'unique génocide ayant fait, en France, l'objet d'une reconnaissance par la loi, à savoir le génocide arménien de 1915. La loi du 29 janvier 2001 se trouvait ainsi complétée et revêtait finalement, par ricochet, une portée normative en « activant » le délit de l'article 24 ter.

179. Chose remarquable, car inhabituelle, la controverse qui nourrit régulièrement la question d'une extension de la répression du négationnisme transcende les clivages politiques traditionnels au point qu'à peine adoptée, la loi du 23 janvier 2012 devait faire l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel par 65 députés et 77 sénateurs issus de tous les groupes politiques représentés⁷⁶⁶. Les auteurs de cette saisine invoquaient, à l'appui de celle-ci, la violation, par ce texte, des libertés d'expression, de communication et de recherche, ainsi que

⁷⁶⁴ J.O.A.N., Proposition de loi n° 1872 de M. Patrick Devedjian [...] contre la contestation de l'ensemble des crimes contre l'humanité quel que soit le moment ou lieu où ils ont été commis, déposée le 22 décembre 1994 ; n° 2039 de M. François Rochebloine tendant à interdire la contestation de tous les génocides et crimes contre l'humanité, déposée le 16 mai 1995 ; n° 3485 de M. Patrick Devedjian [...] de façon à interdire la contestation de la réalité de tous les génocides et crimes contre l'humanité, déposée le 27 mars 1997 ; n° 1643 de M. Didier Migaud sanctionnant la négation du génocide arménien, déposée le 8 juin 2004 ; n° 3030 de M. Didier Migaud complétant la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien, déposée le 12 avril 2006.

⁷⁶⁵ Proposition de loi n° 3842 portant transposition du droit communautaire sur la lutte contre le racisme et réprimant la contestation de l'existence du génocide arménien.

⁷⁶⁶ A. Levade, B. Mathieu, *Le législateur ne peut fixer des vérités et en sanctionner la contestation*, JCP G 2012, 425.

des principes de légalité criminelle, d'égalité, de séparation des pouvoirs et de nécessité des peines. C'est néanmoins sur le seul fondement du droit à la liberté d'expression que le Conseil, « *sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs* », a censuré le texte de loi qui lui était soumis. Le 28 février 2012, c'est en rappelant l'exigence de normativité de la loi précédemment formulée au sein de leur jurisprudence⁷⁶⁷ que les Sages portèrent, à travers les dispositions de la loi du 29 janvier 2001, un coup fatal aux dispositions de la loi du 23 janvier 2012⁷⁶⁸ : ils estimèrent « *qu'une disposition législative ayant pour objet de "reconnaître" un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi* »⁷⁶⁹ ; partant, « [...] *en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication* » (considérant n° 6).

180. Cette décision fut diversement accueillie, et il ne pouvait guère en être autrement, tant elle était attendue. Bien davantage que la conformité d'un texte de loi à la Constitution, elle emportait des enjeux éminemment politiques, diplomatiques et juridiques. Aussi, la très courte motivation fournie par le Conseil constitutionnel, qui contenta les uns⁷⁷⁰ tout en décevant les autres⁷⁷¹, pouvait également s'avérer frustrante pour ceux qui en attendaient bien plus : qu'il se soit agi, pour le Conseil, de traiter successivement chacun des griefs invoqués par les auteurs de la saisine⁷⁷², de déceler ceux qui auraient échappé à leur vigilance⁷⁷³ ou de prendre l'initiative de traiter la question sous l'angle du principe constitutionnel de la dignité des personnes⁷⁷⁴,

⁷⁶⁷ « [...] *sous réserve de dispositions particulières prévues par la Constitution, la loi a pour vocation d'énoncer des règles et doit par suite être revêtue d'une portée normative* » (Conseil constitutionnel, décisions n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004 et 2005-512 DC du 21 avril 2005).

⁷⁶⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, *préc.*, cons. n°3.

⁷⁶⁹ Sur ce point, plusieurs auteurs ont exprimé leur perplexité en soulignant que le défaut de portée normative de la loi du 29 janvier 2001 se voyait en quelque sorte « résorbé » par le contenu de la loi du 23 janvier 2012, qui avait pour effet de la compléter ; en ce sens, v. T. Hochmann, *Un paradoxe d'une portée limitée : le Conseil constitutionnel et le négationnisme*, Le Monde.fr, 20 mars 2012 ; J. Roux, *Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien : de l'a-normativité à l'inconstitutionnalité de la loi*, D. 2012, p. 987, n° 6-7 ; A. Levade, B. Mathieu, JCP G 2012, 425 *préc.*

⁷⁷⁰ J. Roux, D. 2012, p. 987 *préc.* F. Terré, *L'histoire jugera*, JCP G 2012, 307 ; Libération.fr, *La fin de la saga des lois mémorielles*, entretien avec Paul Cassia, 29 février 2012 ; D. Chagnollaude de Sabouret, *Loi contre les génocides : le serpent s'est mordu la queue*, Huffington Post, 29 février 2012.

⁷⁷¹ P. Kalfayan, *Génocide arménien : quand la fin justifie les moyens douteux*, Huffington Post, 1^{er} mars 2012 ; L. L. Lambrichs, *Le Conseil constitutionnel a décidé de rendre le négationnisme licite*, Le Monde.fr, 5 mars 2012.

⁷⁷² A. Levade, B. Mathieu, JCP G 2012, 425 *préc.*

⁷⁷³ Evoquant une possible atteinte au principe de non-rétroactivité des délits et des peines par la qualification de génocide appliquée à des faits antérieurs à son apparition en Droit, v. *Idem* ; Association française de droit constitutionnel, *Constitutions* 2012 p. 393 ; écartant une telle hypothèse, v. J. Roux, D. 2012 p. 987 *préc.*

⁷⁷⁴ J. Francillon, *Répression de la contestation de l'existence d'un génocide reconnu par la loi*, RSC 2012, p. 179.

nombreux étaient les moyens par lesquels les Neuf Sages auraient pu conférer à leur décision une portée plus retentissante. Mais en demander plus n'était-il pas déjà en demander trop ? Cinglante à l'égard des ambitions normatives de la communauté arménienne, cette décision, bien que n'approuvant d'aucune manière les comportements niant la réalité des crimes de 1915 et 1916, a, selon un auteur, « *constitué une victoire symbolique du négationnisme* », « *la censure d'une initiative perçue dans l'opinion comme "arménienne"* [ayant] *nourri des soupçons sur la qualité même du génocide* »⁷⁷⁵. Robert Badinter, lorsqu'il exprimait son opposition à la loi et prévenait de la probabilité d'une saisine constitutionnelle, avait bien averti des conséquences regrettables pour la cause arménienne qu'entraînerait la censure à laquelle s'exposerait, *a posteriori*, la loi déclarative du 29 janvier 2001 si elle venait à être assortie de sanctions pénales⁷⁷⁶. L'impact politique néfaste d'une telle décision explique probablement le fait que la loi reconnaissant le génocide arménien n'ait, à l'instar des autres lois dites « mémorielles », pas fait l'objet d'une censure expresse de la part du Conseil à l'occasion de sa décision du 28 février 2012.

C'est que, en effet, l'élargissement de la répression pénale du négationnisme aux propos visant d'autres génocides que l'Holocauste constitue une question aussi vertigineuse dans la complexité de ses enjeux que dans celle de sa portée.

b - L'écueil d'une assimilation du devoir de mémoire au besoin de répression

181. L'approche de la répression du négationnisme semble de nature à l'inscrire dans une inexorable spirale répressive mue par un besoin universel de protection de la mémoire (i). L'appréciation de son opportunité passe dès lors par un rappel des enjeux qui ont justifié son apparition en droit positif : le besoin spécifique de réprimer des propos haineux (ii).

i - Un devoir universel de protection de la mémoire

182. Le principal reproche qui a pu être adressé à la décision du Conseil constitutionnel en date du 28 février 2012 est de ne pas avoir abordé, *de front*, la question de la constitutionnalité de l'incrimination d'un négationnisme autre que celui de la Shoah⁷⁷⁷. Aussi,

⁷⁷⁵ V. Duclert, *op. cit.*, § 5.

⁷⁷⁶ J.O. Sénat, compte rendu des débats de la séance du 4 mai 2011.

⁷⁷⁷ T. Hochmann, *Le Monde.fr*, 20 mars 2012 *préc.* ; A. Levade, B. Mathieu, *JCP G* 2012, 425 *préc.*

la rédaction de la loi du 23 janvier 2012 constitua une aubaine pour le juge constitutionnel dans la mesure où il lui offrait l'opportunité d'axer son raisonnement sur la forme plutôt que sur le fond. En effet, le texte devait à l'origine modifier l'article 24 *bis* afin de réprimer l'apologie, la négation ou la banalisation grossière des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre tels que définis par les dispositions du statut de la Cour pénale internationale, les articles 211-1 et 212-1 du Code pénal, l'article 6 du statut du Tribunal de Nuremberg, « *et qui auront fait l'objet d'une reconnaissance par la loi, une convention internationale signée et ratifiée par la France ou à laquelle celle-ci aura adhéré, par une décision prise par une institution communautaire ou internationale, ou qualifiés comme tels par une juridiction française, rendue exécutoire en France* »⁷⁷⁸. Si ce texte avait été soumis à l'examen du Conseil constitutionnel, eût-il été possible qu'il ne fasse l'objet que d'une censure partielle relativement à ses seules dispositions visant les génocides « reconnus par la loi » ?

183. La Commission des lois du Sénat, appelée à se prononcer sur le texte adopté en première lecture par l'Assemblée nationale, rappela, à titre liminaire, que cette problématique « *soulève des questions nombreuses, complexes, difficiles, tenant notamment aux moyens dont dispose le pouvoir politique pour reconnaître solennellement les souffrances endurées par les victimes, aux limitations à la liberté d'expression et à la liberté de recherche qu'une société démocratique est prête à accepter au nom de la protection de la mémoire et de la dignité des disparus et à la légitimité de l'intervention du législateur dans le champ de l'Histoire* »⁷⁷⁹. La question s'inscrivait inévitablement dans celle, plus large, des lois dites « mémorielles », dont les formes modernes se multiplièrent depuis l'adoption de la « loi Gayssot » en 1990 jusqu'en 2005⁷⁸⁰. Le recours à ces lois, « *véritable liturgie républicaine* »⁷⁸¹, fit l'objet de nombreuses critiques⁷⁸² ayant conduit à la création d'une commission parlementaire dont le rapport, signé

⁷⁷⁸ Assemblée nationale, proposition de loi n° 3842 du 18 octobre 2011 *préc.*, art. 1^{er}.

⁷⁷⁹ Sénat, rapport n° 269 de M. Jean-Pierre Sueur au nom de la Commission des lois du 18 janvier 2012, p. 7.

⁷⁸⁰ Furent par la suite adoptées : la loi n° 94-488 du 11 juin 1994 relative aux rapatriés anciens membres des formations supplétives et assimilés ou victimes de la captivité en Algérie ; la loi n° 99-882 du 18 octobre 1999 relative à la substitution, à l'expression « *aux opérations effectuées en Afrique du Nord* », de l'expression « *à la guerre d'Algérie ou aux combats en Tunisie et au Maroc* » ; la loi n° 2000-644 instaurant une journée nationale à la mémoire des victimes des crimes racistes et antisémites de l'État français et d'hommage aux Justes de France ; la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915 ; la loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité ; la loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés.

⁷⁸¹ M. Frangi, *Les « lois mémorielles » : de l'expression de la volonté générale au législateur historien*, RDP 2005 p. 241.

⁷⁸² « *Une soixantaine de professeurs de droit pour l'abrogation des lois mémorielles* », JCP G 2006, act. 563 ; A.-C. Foirry, *Lois mémorielles, normativité et liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel – Un équilibre complexe et des évolutions possibles*, Pouvoirs, 2012/4 n° 143, p. 146 ; M. Frangi, RDP 2005 p.

en 2008 par M. Bernard Accoyer⁷⁸³, conclut à la nécessité de mettre un frein à ce que certains nommèrent un « *sport législatif purement français* »⁷⁸⁴. D'une certaine manière, la censure constitutionnelle du 28 février 2012 en constitue le rappel.

Il demeure néanmoins que la négation de certains crimes, en particulier celui de l'Holocauste, est punissable en France. Or, lorsqu'il s'agit pour l'Etat d'accorder une protection spécifique aux victimes d'un crime historique, il apparaît tout à fait naturel que d'autres groupes revendiquent à leur tour les enjeux que constituent, outre la défense en justice de leurs intérêts moraux, la reconnaissance sur le plan légal de leur condition de victimes. À cela s'ajoute parfois, en particulier pour la communauté arménienne, l'enjeu de préservation de la dignité d'une diaspora désavouée par l'Etat à l'origine même de ses souffrances. La découverte, par la communauté internationale, d'autres génocides et crimes contre l'humanité a ainsi fait de la répression du négationnisme un « *véritable enjeu identitaire* »⁷⁸⁵. Dès lors, la question de la pénalisation des « outrages à la mémoire » pose irrémédiablement celle de ses effets pervers. Jean-Michel Chaumont a pu décrire les processus qui, dans la lutte de groupes pour l'accréditation publique de leur souffrance passée, conduisent les milieux de la Mémoire à nourrir des débats conflictuels sur l'existence d'une « unicité » caractérisant telle ou telle tragédie meurtrière de l'Histoire et qui justifie sa reconnaissance accrue au niveau institutionnel⁷⁸⁶. La répression d'« un » négationnisme au détriment des autres n'est-elle pas génératrice d'un « tout ou rien » dommageable à l'esprit de cohésion qui se doit d'animer le devoir de mémoire ? N'est-elle également pas de nature, lorsqu'il s'agit d'écarter d'autres négationnismes du champ répressif, à imprimer symboliquement dans l'opinion une « impunité » des faussaires de l'Histoire dont l'action apparaît comme normale, voire banale, à côté de celle des négateurs de la Shoah ? A titre d'exemple, à peine l'initiative de 2012 était-elle amendée pour en réduire l'applicabilité aux seuls génocides reconnus par la loi, que des

241 *préc.* ; F. Terré, JCP G 2012, 307 *préc.* ; J. Pradel, « La liberté d'expression, jusqu'où ? Brèves remarques sur quelques affaires récentes », in D. Corrigan-Carsin, *La liberté de critique*, Litec, 2007, p. 131, *sp.* p. 132 s.

⁷⁸³ Assemblée nationale, rapport d'information n°1262 fait au nom de la mission d'information sur les questions mémorielles, 18 novembre 2008, p. 181.

⁷⁸⁴ P. Nora, *Lois mémorielles : pour en finir avec ce sport législatif purement français*, Le Monde.fr, 27 décembre 2011.

⁷⁸⁵ K. Bertrams, P.-O. De Broux, *Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles* 2007, n° 35, p. 76 *préc.*

⁷⁸⁶ J.-M. Chaumont, *La concurrence des victimes. Génocide, identité, reconnaissance*, éd. La découverte, 2010, 381 p.

voix s'élevaient déjà pour dénoncer l'absence de répression qui en découlerait pour ceux qui nient ou relativisent le génocide survenu au Rwanda en 1994⁷⁸⁷.

Aussi, on peut estimer, avec certains, que la souffrance des victimes et de leurs descendants ne paraît pas devoir constituer un motif suffisant pour justifier l'extension de la pénalisation du négationnisme⁷⁸⁸ ; elle constitue, en tout état de cause, un motif générateur de conflits parmi ceux-là même qui souhaitent voir sa négation punie. Dès lors, si les débats sur l'« unicité » d'un génocide par rapport à d'autres ne sauraient nourrir la présente réflexion, il semblerait que c'est bien la spécificité de certains négationnismes par rapport à d'autres qui permette de justifier leur traitement différencié par le droit pénal⁷⁸⁹.

ii - Un besoin spécifique de répression des propos haineux

184. L'argument employé par les opposants à l'extension de la pénalisation à d'autres génocides que l'Holocauste⁷⁹⁰, et parfois entériné par la jurisprudence criminelle⁷⁹¹, résidant dans la justification d'une différence de traitement des comportements négationnistes par l'autorité de la chose jugée par le Tribunal militaire international de Nuremberg⁷⁹², ne saurait véritablement convaincre. En effet, la reconnaissance d'un crime et la condamnation de ses auteurs par une juridiction ne saurait permettre, à elle seule, d'établir le besoin impérieux d'une répression de sa négation publique⁷⁹³.

185. Aussi, c'est dans la *ratio legis* que semblent devoir être recherchées les véritables raisons de la restriction initiale, dans ses objets, de la pénalisation du négationnisme en France. Comme l'a indiqué l'avocat Sevag Torossian, les objectifs poursuivis par les projets de pénalisation de la négation du génocide arménien et la « loi Gayssot » diffèrent en ce sens que la seconde s'inscrit dans la lutte contre l'idéologie antisémite tandis que les premiers devraient

⁷⁸⁷ Libération.fr, « On peut continuer à minorer le génocide rwandais », 9 février 2012.

⁷⁸⁸ M. Zaoui in *La lutte contre le négationnisme. Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, actes du colloque préc., p. 93.

⁷⁸⁹ M. Troper, *La loi Gayssot et la Constitution*, Annales HSS 1999 pp. 1239-1255, sp. p. 1255.

⁷⁹⁰ R. Badinter, « *Le Parlement n'est pas un tribunal* », Le Monde.fr, 14 janvier 2012.

⁷⁹¹ Cass. Crim., 9 octobre 1995, n° 92-83.890 ; 7 mai 2010, n° 09-80.774.

⁷⁹² C. Amson, *Loi sur la négation du génocide arménien : la décision du Conseil constitutionnel du 28 février 2012 ou l'impossible conciliation des lois mémorielles et de la liberté d'expression*, Gaz. Pal. 29 mars 2012, p. 9 ; P. Conte, Dr. Pén. 2016, repère 3 préc.

⁷⁹³ B. Mathieu, *La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives*, RDP 2007 p. 231. Dans le même sens, v. T. Hochmann, « La réécriture de l'article 24 bis : généalogie d'une étrangeté », in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.* p. 105, sp. pp. 111-112.

constituer un « rempart contre la propagande d'un Etat étranger sur le territoire national »⁷⁹⁴. La contestation des crimes de 1915 et 1916 découle en effet essentiellement d' « un négationnisme d'Etat, organisé, délibéré et systématique »⁷⁹⁵ « que la loi pénale française est évidemment totalement impuissante à juguler »⁷⁹⁶. En ce sens, les initiatives étrangères, comme celles de la France, visant à reconnaître le génocide arménien ou à en pénaliser la négation, suscitent généralement des réactions de représailles diplomatiques de la part de l'Etat turc⁷⁹⁷.

La contestation de la réalité de l'Holocauste, quant à elle, constitue l'un des nombreux avatars d'une idéologie antisémite pourtant marginalisée par l'Etat. Il fut ainsi souligné qu'elle diffère, dans ses objectifs, de la négation des crimes turcs « en cherchant à accréditer l'idée que le génocide est un mythe dont la fabrication est entièrement due à la perversité et à l'avidité des Juifs »⁷⁹⁸. Et, tandis que des manifestations tangibles et dramatiques d'une haine anti-arménienne se font jour en Turquie⁷⁹⁹, « aucun discours de nature comparable à l'antisémitisme ne paraît viser aujourd'hui, en France et de façon massive, nos compatriotes d'origine arménienne »⁸⁰⁰. Dès lors, la sanction de propos répugnant la mémoire des victimes n'apparaît indispensable « que s'ils constituent un appel à la violence et à la haine envers un groupe de personnes susceptible d'engendrer des troubles à l'ordre public. Seule la vulnérabilité d'un groupe et la protection de l'ordre public, et non moral, peut justifier une attention particulière, une protection supplémentaire »⁸⁰¹. En l'espèce, le choix opéré par le législateur français semble consister à faire coïncider la répression avec une réalité criminologique locale. Cette position, que l'on peut fonder sur l'insertion du délit de contestation de crimes contre l'humanité au sein d'un dispositif « tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xenophobe »⁸⁰², tendrait à confirmer l'idée selon laquelle la pénalisation du négationnisme s'inscrit, en France, dans une lutte globale contre les discours de haine. C'est

⁷⁹⁴ Intervention de Sevag Torossian lors du colloque « Pénalisation de la négation des génocides : pour ou contre ? » précité, Légipresse n° 293 avril 2012 p. 236

⁷⁹⁵ S. Caubian, intervention à la table ronde organisée sur le thème « faut-il étendre le champ d'application de la loi à la contestation d'autres génocides ? », in *La lutte contre le négationnisme. Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xenophobe*, actes du colloque préc., p. 102.

⁷⁹⁶ J. Roux, D. 2012 p. 987 préc.

⁷⁹⁷ Un exemple récent réside dans le rappel par la Turquie de l'ambassadeur turc en Allemagne à la suite de l'adoption par le Bundestag allemand, le 2 juin 2016, d'une résolution reconnaissant le génocide arménien de 1915.

⁷⁹⁸ M. Troper, *op. cit.* pp. 1253-1254. Dans le même sens, v. P. Wachsmann, RTDH 2001, p. 585 préc. sp. p. 591.

⁷⁹⁹ CEDH, *Dink c/ Turquie*, 14 septembre 2010, n° 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09.

⁸⁰⁰ Sénat, rapport n° 269 du 18 janvier 2012 préc. p. 20.

⁸⁰¹ N. Droin, RDLF 2015, chron. 26 préc.

⁸⁰² Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 préc.

cette lecture qui fut privilégiée, dernièrement, par les juges européens et le Conseil constitutionnel.

La Cour européenne des droits de l'Homme, qui, on le sait, entretient une jurisprudence libérale en matière de liberté d'expression, a presque systématiquement opté, dans des affaires où l'extermination des Juifs d'Europe par le régime nazi avait été mise en doute, pour une application de la clause d'abus de droit prévue en l'article 17 de la Convention EDH⁸⁰³. C'est donc naturellement qu'à l'occasion d'une affaire où était en cause la qualification du génocide arménien, par un homme politique turc, de « *mensonge international* », il fut débattu sur la question de savoir si la guillotine strasbourgeoise devait s'abattre sur la requête qu'il formula à la suite de sa condamnation par les juridictions suisses pour négation, minimisation ou justification d'un génocide ou d'un crime contre l'humanité (art. 261 bis, al. 4 du Code pénal helvétique)⁸⁰⁴. Dans leur arrêt de Chambre du 17 décembre 2013, les juges strasbourgeois ont d'abord considéré que les propos du requérant, sans nier l'existence des massacres de 1915 et 1916, s'étaient attachés à en rejeter la qualification juridique de « génocide » (§ 51) ; partant, et constatant que l'intéressé n'avait pas été poursuivi pour incitation à la haine, la Cour a écarté l'application de l'article 17 en estimant « *que le requérant n'a pas usurpé son droit de débattre ouvertement des questions, même sensibles et susceptibles de déplaire* » (§ 52). Dans l'arrêt de Grande Chambre rendu en 2015, la Cour, constatant que la question de l'applicabilité du couperet conventionnel ne se prêtait pas, au regard des propos tenus, « *à une solution immédiate* », son examen fut « dilué »⁸⁰⁵ dans celui de la nécessité de l'ingérence de l'Etat suisse dans le droit à la liberté d'expression de M. Dogu Perinçek (§ 115).

A deux reprises, la juridiction strasbourgeoise a prononcé la condamnation de l'Etat suisse pour violation du droit à la liberté d'expression du requérant, constatant notamment que les propos de M. Perinçek ne pouvaient s'analyser en une incitation à la haine ou à l'intolérance⁸⁰⁶. Mais s'il a pu être souligné que les méthodes de raisonnement employées par

⁸⁰³ V. not. Comm. EDH, *X c/ Allemagne*, 16 juillet 1982, n° 9235/81 ; *T. c/ Belgique*, 14 juillet 1983, n° 9777/82 ; *H., W., P. et K. c/ Autriche*, 12 octobre 1989, n° 12774/87 ; *Walendy c/ Allemagne*, 11 janvier 1995, n° 21128/92 ; *Remer c/ Allemagne*, 6 septembre 1995, n° 25096/94 ; *Honsik c/ Autriche*, 18 octobre 1995, n° 25062/94 ; *Marais c/ France*, 24 juin 1996, n° 31159/96 ; CEDH, *Garaudy c/ France*, 24 juin 2003 préc. Sur l'application de l'article 17 de la Convention EDH, par la Cour européenne des droits de l'homme, v. *infra*, n° 235 s.

⁸⁰⁴ CEDH, *Perinçek c/ Suisse*, 17 décembre 2013, n° 27510/08 préc. § 43 s. ; *Perinçek c/ Suisse*, 15 octobre 2015 (Gde Ch.), n° 27510/08, § 103 s.

⁸⁰⁵ J.-P. Marguénaud, *L'arrêt de Grande Chambre Perinçek c/ Suisse relatif à la liberté de contester le génocide des Arméniens : un tête-à-queue méthodologique*, RSC 2016, p. 132.

⁸⁰⁶ CEDH, *Perinçek c/ Suisse*, 17 décembre 2003 préc., § 119 ; *Perinçek c/ Suisse*, 15 octobre 2015 préc., § 223.

les deux formations de la juridiction strasbourgeoise diffèrent quelque peu d'un arrêt à l'autre⁸⁰⁷, une constante se dégage néanmoins des deux « étapes » strasbourgeoises de l'affaire : la Chambre relève en effet que « *la négation de l'Holocauste est aujourd'hui le moteur principal de l'antisémitisme* », et que l' « *on ne saurait affirmer que le rejet de la qualification juridique de "génocide" pour les événements tragiques intervenus en 1915 et dans les années suivantes puissent avoir les mêmes répercussions* » (§ 119), tandis que la Grande Chambre rappelle que la pénalisation de la négation du génocide juif « *ne se justifie pas tant parce qu'il constitue un fait historique clairement établi que parce que, au vu du contexte historique dans les Etats en question [...], sa négation, même habillée en recherche historique impartiale, traduit invariablement une idéologie antidémocratique et antisémite* » (§ 243), tout en notant que « *nul ne soutient qu'il existe un lien direct entre la Suisse et les événements survenus en 1915 et les années suivantes dans l'Empire ottoman* » (§ 244). La Cour de Strasbourg semble donc retenir au surplus, parmi les critères de la pénalisation du négationnisme, celui d'un « lien direct » entre l'Etat d'incrimination et les faits dont la négation est réprimée, ce qui apparaît contestable dès lors que le seul lien entre cet Etat et des épisodes répétés d'incitation à la haine devrait suffire à en établir la nécessité au regard du but originellement poursuivi par l'infraction : n'est-ce pas seulement le rejet d'autrui, entretenu régulièrement à travers des allégations réitérées de mensonge, que l'on incrimine ?

L'année suivante, saisi pour la première fois, et après plusieurs tentatives infructueuses⁸⁰⁸, d'une question prioritaire de constitutionnalité relative au dispositif de la « loi Gayssot »⁸⁰⁹, le Conseil constitutionnel français eut l'occasion d'affirmer la conformité du délit prévu et puni par l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 à la Constitution⁸¹⁰. L'un des motifs de la saisine, qui n'avait été jusqu'alors pas été invoqué, résidait dans l'atteinte qu'un tel délit, visant les propos niant l'existence des crimes jugés par le Tribunal militaire de Nuremberg et laissant impunis tous ceux qui s'expriment en ce sens à propos d'autres crimes contre l'humanité, réalise vis-à-vis du principe d'égalité devant la loi. Rappelant, comme ce fut déjà jugé dans sa jurisprudence antérieure⁸¹¹, que le principe d'égalité devant la loi, consacré à

⁸⁰⁷ J.-P. Marguénaud, RSC 2016 p. 132 *préc.* ; F. Safi, *Il y aurait donc génocide et génocide...*, Dr. Pén. 2015, comm. 139.

⁸⁰⁸ Cass. Crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774 ; 5 décembre 2012, n° 12-86.382 ; 6 mai 2014, n° 14-90.010.

⁸⁰⁹ Cass. Crim., 6 octobre 2015, Bull. crim. 2015 n° 219.

⁸¹⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016.

⁸¹¹ Conseil constitutionnel, décision n° 80-125 DC du 19 décembre 1980 ; décision n° 89-262 DC du 7 novembre 1989.

l'article 6 de la Déclaration des droits de l'Homme de 1789, « *ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par le législateur entre agissements de nature différente* » (cons. n° 9), le Conseil constitutionnel estima que la différence de traitement découlant de la pénalisation des seuls propos niant les crimes nazis d'extermination des Juifs « *est en rapport avec l'objet de la loi du 13 juillet 1990 [...] qui vise à réprimer des actes racistes, antisémites ou xénophobes* », en précisant que « *la négation des crimes contre l'humanité commis durant la Seconde Guerre mondiale, en partie sur le territoire national, a par elle-même une portée raciste et antisémite* » (cons. n° 10).

186. Les décisions des Cours strasbourgeoise et constitutionnelle semblent donc bien confirmer que la question qui doit prévaloir dans l'approche répressive du négationnisme n'est pas tant de savoir s'il y a « *génocide et génocide* »⁸¹², mais plutôt de savoir s'il y a « *négation et négation* ». La pénalisation des opinions outrageant la mémoire d'autrui ne doit alors être envisagée qu'à la condition que l'Histoire soit déformée de façon répétée et à des fins avérées de stigmatisation d'autrui. Est-ce à dire que l'équation, soldée par une brutale mise à l'amende des pratiques législatives « mémorielles » en 2012, et par le décernement d'un sceau de constitutionnalité à la « loi Gayssot » en 2016, était définitivement résolue ?

En partant du principe que le délit de contestation de crimes contre l'humanité punit une forme insidieuse des discours de haine, la réponse ne pouvait qu'être négative. En ce sens, comme le souligne un auteur⁸¹³, la décision du Conseil constitutionnel semblait laisser ouverte la possibilité d'incriminer, à l'avenir, la négation d'autres crimes contre l'humanité dès lors que c'est notamment au regard de l'inscription de la répression dans la lutte contre les comportements racistes, antisémites et xénophobes que sa constitutionnalité doit être acquise. Ainsi, le législateur français, en adoptant la loi dite « *égalité et citoyenneté* » du 27 janvier 2017, a permis une extension du champ répressif de l'article 24 bis à « *ceux qui auront nié, minoré ou banalisé de façon outrancière [...], l'existence d'un crime de génocide autre que ceux mentionnés au premier alinéa du présent article, d'un autre crime contre l'humanité, d'un crime de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage ou d'un crime de guerre* » défini par le droit national et international lorsque ce crime a fait l'objet d'une condamnation définitive prononcée par une juridiction française ou internationale.

⁸¹² F. Safi, Dr. Pén. 2015, comm. 139 préc.

⁸¹³ O. Décima, *Le révisionnisme et l'égalité devant la loi pénale*, JCP G 2016, 254.

Une telle mesure permet, certes, de couper court aux reproches visant l'œuvre « historienne » du législateur⁸¹⁴, mais ne suscite pas moins d'interrogations quant à sa légitimité. En effet, c'est bien le choix initialement opéré en 1990 de réprimer cette forme spécifique du discours de haine par le biais d'une incrimination à forte connotation mémorielle qui semble de nature à prolonger indéfiniment les débats relatifs à l'étendue du délit de négationnisme.

2 - Une législation en quête permanente de légitimité

187. En raison des effets pervers qu'il est susceptible d'entraîner sur la liberté de recherche historique et l'efficacité de la répression, le délit de négationnisme apparaît, en lui-même, contestable (a). Dans un souci de cohérence avec son objet, il se pourrait que la répression du négationnisme gagne en légitimité en remobilisant les délits « classiques » d'expression haineuse dans leur pleine potentialité (b).

a - Un délit de contestation... contesté

188. La répression des discours négationnistes se heurte, comme pour celle des apologies de crimes, aux délicats enjeux de la limitation par l'Etat du droit à l'expression d'opinions⁸¹⁵. Outre les controverses qu'elle a pu susciter quant à la restriction de son objet à certains génocides, ce sont les atteintes qu'elle est susceptible d'emporter sur les libertés de la recherche historique et d'expression qui doivent ici retenir notre attention.

189. La loi Gayssot fait, depuis son entrée en vigueur, l'objet d'un certain nombre de critiques. Si l'argument tiré de la violation du droit à la liberté d'expression cède assez aisément face aux enjeux de protection des droits d'autrui et de la sécurité publique en matière de discours de haine, la problématique de la liberté de recherche scientifique est celle qui, dans les débats relatifs à la lutte contre le négationnisme, a suscité le plus de réactions. L'historien notamment, qui doit conduire ses travaux en toute neutralité, peut notamment être confronté à des domaines de recherche touchant à des événements sensibles de l'Histoire humaine, parmi lesquels les exterminations massives perpétrées par certains régimes politiques, pour lesquelles s'enchevêtrent une diversité importante de témoignages et de sources pouvant entraîner de

⁸¹⁴ N. Droin, *Etat des lieux de la répression du négationnisme en France et en droit comparé*, RTDH 2014, pp. 363-393, *sp.* p. 366 ; N. Mallet-Poujol, *Légipresse* 2017, n° 348 p. 197 *préc.*, *sp.* p. 196.

⁸¹⁵ En ce sens, v. N. Mallet-Poujol, *La répression du négationnisme ou l'impasse de l'article 24 bis de la loi de 1881*, *Légipresse* 2017, n° 348 p. 194, *sp.* p. 197.

multiples interprétations. Si l'existence de crimes contre l'humanité ne saurait faire l'objet d'une remise en question sérieuse au sein de la communauté des historiens, la crainte est que l'évaluation de leurs données historiques et numériques ne place les chercheurs dans une situation d'infraction à la loi pénale⁸¹⁶. Ainsi, certains historiens considèrent que « *la "chose jugée" acquiert un pouvoir de contrainte dont l'historien ne dispose pas* »⁸¹⁷, et que la loi Gayssot, en « [confiant] au juge chargé de son application la charge de dire la vérité en histoire alors que la vérité historique récuse toute autorité officielle », prive les prévenus d'un examen légitime de leur bonne foi⁸¹⁸. Aussi, plusieurs historiens, philosophes et juristes ont publié des pétitions et manifestes visant à l'abrogation de l'ensemble du dispositif législatif mémoriel, en y incluant parfois la loi Gayssot⁸¹⁹.

Surtout, la pertinence d'une réponse répressive au phénomène négationniste a pu être mise en doute par certains auteurs, craignant que l'application de processus judiciaires logiques à un processus intellectuel malhonnête ne conduise à des effets pervers⁸²⁰. En effet, l'égalité des armes implique, au cours d'une procédure pénale, une égalité des discours qui n'est, hors de la salle d'audience, pas permise car altérée par la loi. Cette tribune publique offerte aux négationnistes leur permet d'inscrire leur discours dans ce que Denis Salas appelle le « *triangle de la transgression : déni, délit, défi* »⁸²¹. Il est ainsi fréquent que les personnes condamnées invoquent les décisions de justice les frappant comme une preuve supplémentaire de dissimulation d'une vérité dérangeante par les autorités d'un pays en proie à la manipulation de la pensée par des communautés déterminées⁸²².

⁸¹⁶ En ce sens, v. C. Fortier, *L'organisation de la liberté de la recherche en France*, thèse, Dijon, 2005, pp. 312-313, cité par N. Droin, *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse de 1881*, op. cit. p. 279, n° 311.

⁸¹⁷ M. Rebérioux, *Le génocide, le juge et l'historien*, L'Histoire, n° 138, novembre 1990 pp. 92-94.

⁸¹⁸ M. Rebérioux, *Contre la loi Gayssot*, Le Monde, 21 mai 1996.

⁸¹⁹ En ce sens, v. le manifeste du Comité de vigilance face aux usages publics de l'histoire du 17 juin 2005, la pétition « *La liberté de débattre* » publiée par l'hebdomadaire Marianne le 24 décembre 2005, la pétition « *Liberté pour l'histoire* » du 9 janvier 2006 et l'ouvrage éponyme publié par Pierre Nora et Françoise Chandernagor le 9 octobre 2008 aux éditions du CNRS, ainsi que « *l'appel de 56 juristes contre les lois mémorielles* » par Bertrand Mathieu le 29 novembre 2006.

⁸²⁰ Pierre Vidal-Naquet, dans un entretien accordé au Monde le 21 mai 1996, estimait que la poursuite de propos négationnistes était de nature à « *transformer des zéros intellectuels en martyrs* ».

⁸²¹ D. Salas, intervention au colloque « *la lutte contre le négationnisme. Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe* » précité, sp. p. 43 s.

⁸²² M. Troper, op. cit., p. 1240. En ce sens, v. aussi M. Rebérioux, Le Monde, 21 mai 1996 préc.

190. Jusqu'à récemment, le sort de la loi Gayssot demeurait précaire en raison de ses lacunes⁸²³. Son dispositif n'avait, avant sa promulgation, pas fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel, probablement en raison du caractère politiquement inopportun s'attachant à l'invalidation d'une loi dont l'objet s'inscrivait dans la lutte contre le racisme et l'antisémitisme⁸²⁴. Mais la réforme constitutionnelle de 2008, en permettant une saisine *a posteriori* du juge constitutionnel, était de nature à permettre un examen longuement attendu de la conformité du délit de contestation de crimes contre l'humanité à la norme suprême. L'article 9 de la loi Gayssot, qui institue le délit réprimé à l'article 24*bis* de la loi du 29 juillet 1881, a ainsi fait l'objet de questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) soumises à la Chambre criminelle de la Cour de cassation entre 2010 et 2014, mais dont le transfert au Conseil constitutionnel avait été refusé par la Haute juridiction en ce qu'elles ne présentaient pas de caractère sérieux⁸²⁵. Néanmoins, à l'occasion d'une affaire ayant conduit un polémiste à sa condamnation sur la base du délit de l'article 24 *bis* de la loi de 1881, celui-ci invoqua devant la Chambre criminelle, outre les habituels motifs de violation des principes relatifs à la liberté d'expression et d'opinion, celui d'une possible atteinte au principe d'égalité devant la loi en raison de la seule incrimination de faits niant l'existence de l'Holocauste nazi à l'exclusion d'autres formes de négationnisme⁸²⁶. Pour la première fois, une QPC était transmise au Conseil constitutionnel, donnant à ce dernier l'occasion de finalement se prononcer sur la constitutionnalité de la loi Gayssot. Une décision, en date du 8 janvier 2016⁸²⁷, a permis aux Sages de la rue de Montpensier de mettre un terme à l'incertitude qui demeurait depuis vingt-cinq ans en la matière. En effet, le Conseil, avant d'écarter le grief tiré de la violation du principe d'égalité par l'article 24 *bis* de la loi de 1881, a écarté à titre liminaire toute atteinte portée au droit à la liberté d'expression, au motif que « *seule la négation ou la minimisation outrancière de ces crimes est prohibée* » par le délit, dont les dispositions « *n'ont ni pour objet ni pour effet d'interdire les débats historiques* »⁸²⁸. Ce faisant, le Conseil constitutionnel paraît avoir formulé une réserve d'interprétation, prenant appui sur la jurisprudence déjà existante, d'après

⁸²³ En ce sens, v. B. Jouanneau, Legicom 2015/1, n° 54 p. 59 *préc.*

⁸²⁴ N. Droin, *Le glas sonne-t-il pour la « loi Gayssot » ?* RDLF 2015, chron. 26.

⁸²⁵ Cass. Crim., 7 mai 2010 *préc.* ; 5 décembre 2012 *préc.* ; 6 mai 2014 *préc.*

⁸²⁶ Cass. Crim., 6 octobre 2015 *préc.*, RSC 2015 p. 877, obs. J. Francillon.

⁸²⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016 *préc.*, D. 2016 p. 76, obs. P. Wachsmann ; D. Actu., 1^{er} février 2016, obs. S. Lavric ; JCP G, 18 janvier 2016, n° 3 p. 52, note O. Décima.

⁸²⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016 *préc.*, cons. n° 8.

laquelle les propos dont la mauvaise foi est patente sont seuls susceptibles de tomber sous le coup de la loi.

Les Neuf Sages ont donc finalement décerné à l'ancienne rédaction de l'article 24 *bis* le « sceau de constitutionnalité » tant attendu par certains et redouté par d'autres⁸²⁹. Si c'est parce qu'ils consistent fréquemment dans une démarche de réhabilitation de régimes criminels ou dans la perpétuation d'opinions racistes que ces discours doivent être considérés comme relevant des expressions haineuses, les inquiétudes vis-à-vis des limitations qu'une telle incrimination serait susceptible d'emporter vis-à-vis de la liberté de recherche historique devaient évidemment être écartées. On pouvait toutefois légitimement demeurer circonspect quant aux effets pervers de l'incrimination des propos négationnistes, qui tend, quoi qu'en en dise, et en dépit du caractère infondé de cette affirmation, à procurer le sentiment qu'existe une « vérité officielle » pénalement sanctionnée⁸³⁰. L'existence d'un interdit fondé sur l'Histoire davantage que sur ce qu'il réprime véritablement n'y est certainement pas étranger. A ce titre, peut-être conviendrait-il de reconsidérer la répression du négationnisme à l'aune du cadre de la loi Pleven.

b - Une possible remobilisation des délits classiques d'expression haineuse ?

191. L'opinion exprimée par la Commission des lois du Sénat avant l'adoption de la loi Gayssot en 1990, selon laquelle « *le droit actuel permet déjà d'atteindre l'objectif recherché de répression des agissements, des écrits et des propos à caractère raciste et qu'il suffit que soient données aux parquets les instructions nécessaires pour appliquer avec fermeté la législation existante* »⁸³¹ mériterait-elle d'être de nouveau débattue ?⁸³²

La complexité du sujet subsiste avec une vigueur intacte⁸³³, d'autant que l'étendue de la répression des discours de haine sous leurs formes « classiques » est, elle-même, sujette à des

⁸²⁹ N. Droin, RDLF 2015, chron. 26 *préc.*

⁸³⁰ J.-B. Perrier, *Le négationnisme face aux droits et libertés garantis par la Constitution*, D. 2016, p. 521 ; J. Morange, *La liberté d'expression*, *op. cit.* p. 154, n°77 ; J. Pradel, art. *préc.* in D. Corrigan-Carsin, *op. cit.* p. 131, *sp.* p. 136. Pour une opinion contraire, v. toutefois Ph. Conte, *L'Histoire et les juges*, Dr. Pén. 2016, repère 3 ; N. Droin, *La limitation de la liberté d'expression dans la loi du 29 juillet 1881*, *op. cit.* p. 273, n° 306 s.

⁸³¹ Sénat, rapport n° 454 fait au nom de la Commission des lois du 29 juin 1990, p. 4.

⁸³² G. Carcassonne, *Devoir de mémoire et droit à la sensiblerie*, in V. Champeil-Desplats, N. Ferré, *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, pp. 171-172.

⁸³³ N. Mallet-Poujol, *Liberté d'opinion et droits de l'histoire : perspectives récentes*, Légicom 2015/1, n° 54 p. 45.

évolutions. Farah Safi, soulevant la question de la *ratio legis* de l'incrimination instaurée par l'article 24 *bis* de la loi de 1881, a souligné l'équivocité manifeste du régime répressif du délit de contestation de crimes contre l'humanité quant à l'objectif poursuivi par le législateur⁸³⁴. Cette infraction, créée par une loi tendant à la répression des actes racistes et antisémites, voit toutefois sa poursuite ouverte aux associations de Résistants et déportés de guerre en vertu de l'article 48-2 de la même loi, tout en restreignant l'objet de la contestation aux crimes ayant donné lieu à un jugement en bonne et due forme. S'interrogeant dès lors sur le fait de savoir si le délit prévu par l'article 24 *bis* protège les victimes du racisme, les intérêts moraux et l'honneur de la Résistance ou l'autorité des décisions de Justice, l'auteur conclut que l'objet de la contestation, résidant dans des crimes commis au nom d'une idéologie raciste, s'inscrit bien dans le cadre d'une lutte contre les discours haineux⁸³⁵. Toutefois, si elle en déduit la nécessité de généraliser l'incrimination aux crimes contre l'humanité tels que définis par l'article 211-1 du Code pénal, à laquelle le législateur de 2017 a largement répondu, il nous semble qu'une telle démarche tend à accroître la complexité, déjà importante⁸³⁶, du dispositif pénal de lutte contre les discours de haine en France.

192. A ce titre, l'adoption récente de la loi dite « égalité et citoyenneté » a donné lieu à une nouvelle saisine du Conseil constitutionnel à raison de plusieurs de ses dispositions, parmi lesquelles celles qui étendent l'incrimination du négationnisme aux propos contestant l'existence d'un crime de génocide, un crime contre l'humanité ou de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage, ou d'un crime de guerre, autres que l'Holocauste « *lorsque [...] ce crime a donné lieu à une condamnation prononcée par une juridiction française ou internationale* »⁸³⁷. Le Conseil constitutionnel, tout en validant le dispositif inséré au sein de l'article 24 *bis* par l'article 173 de la loi, a néanmoins censuré la partie du texte permettant la répression de tels propos en l'absence d'une condamnation effective par un tribunal français ou international lorsque cette négation « *constitue une incitation à la violence ou à la haine par référence à la prétendue race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale* ». En effet, les Sages ont notamment considéré que « *si la négation, la minoration ou la banalisation de façon outrancière de certains crimes [...] peuvent constituer une incitation à la haine ou à la violence à caractère raciste ou religieux, elles ne*

⁸³⁴ F. Safi, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, op. cit. p. 213, n° 308 s.

⁸³⁵ *Ibidem*, p. 218, n° 314.

⁸³⁶ En ce sens, v. *supra*, n° 149 s.

⁸³⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017.

revêtent pas, par elles-mêmes et en toute hypothèse, ce caractère. De tels actes ou propos ne constituent pas non plus, en eux-mêmes, une apologie de comportements réprimés par la loi pénale » (considérant n° 194). Le Conseil a dès lors estimé que de telles dispositions, qui entraient en concours avec celles, prévues par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 réprimant la provocation à la haine, à la violence ou à la discrimination, n'étaient pas nécessaires à la répression de discours haineux (considérant n° 195).

Une telle décision, tout en fixant des bornes salutaires à la répression des discours négationnistes, tend cependant à relativiser la portée de la décision précédemment rendue le 8 janvier 2016 relativement à la constitutionnalité de l'article 24 *bis*. Il est en effet possible d'affirmer, de façon comparable, que toute minoration, contestation ou banalisation des faits constitutifs des crimes de l'Holocauste n'est pas davantage, *en elle-même*, constitutive d'une incitation à la haine, à la discrimination ou à la violence antisémites, ni d'une réhabilitation du régime nazi. Dès lors, en souhaitant probablement clore la discussion de l'étendue de la répression, le Conseil semble avoir rouvert celle de son opportunité.

193. Incontestablement liée à la pénalisation des discours de haine, l'incrimination du négationnisme ne devrait être opérée qu'au travers des dispositifs qui préexistaient à l'entrée en vigueur de la loi Gayssot. En effet, les propos qui, tout en contestant l'existence des crimes de masse les plus abominables, imputent de façon grossière aux groupes de personnes qui en sont les victimes la propagation d'un mensonge s'ajoutant aux nombreuses manipulations que leur nature fondamentalement mauvaise les pousserait à exercer sur les autres groupes, doivent pouvoir être aisément réprimés sur le fondement des infractions d'injure, de diffamation et de provocation à caractère raciste, en usant au besoin de l'interprétation raisonnée des incriminations de l'article 24 de la loi de 1881⁸³⁸. Cette répression des formes les plus outrancières du négationnisme, déjà exercée sur le fondement de la loi Pleven avant l'adoption de la loi Gayssot⁸³⁹, doit également pouvoir être étendue à certains cas « limites », dans lesquels le sous-entendu ne laisse que peu de doutes quant à l'intention de nuire de l'auteur en vertu de la plasticité, précédemment évoquée⁸⁴⁰, du délit de provocation à la haine, à la violence ou à la discrimination. Enfin, ceux qui s'emploieraient à distiller des thèses négationnistes sous couvert

⁸³⁸ En ce sens, Nathalie Droin souligne la proximité du délit de négationnisme avec ceux de diffamation raciale et d'incitation à la haine raciale. V. *Les limitations à la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881*, op. cit. p. 271, n° 303.

⁸³⁹ En ce sens, v. *supra*, n° 169.

⁸⁴⁰ V. *supra*, n° 150.

de procédés pseudo-scientifiques dont l'iniquité apparaît avec évidence ne devraient, sous peine d'établir de prétendues « vérités officielles », ne faire l'objet que d'une réfutation unanime de leurs pauvres arguments par le débat scientifique, historique, juridique et politique.

De tels souhaits apparaissent toutefois bien vains au regard de la portée éminemment symbolique que revêt le dispositif législatif instauré par la loi Gayssot et complété par le législateur de 2017. L'abrogation de l'article 24 *bis* apparaît en effet souhaitable à bien des égards, et en particulier celui qui consisterait à redonner à la lutte contre le négationnisme un cadre exempt de toute revendication communautaire d'une part, et de toute récrimination de la part de ceux qui s'autoproclament martyrs de la liberté d'expression d'autre part. Elle n'en reste pas moins fortement improbable à l'heure actuelle, où les sensibilités demeurent les proies des tensions qui étreignent régulièrement notre société en matière de racisme et de xénophobie. On peut toutefois espérer que la course du temps permettra d'effacer un jour, non l'impérative mémoire des pires crimes humains, mais les facteurs qui justifient ce mal nécessaire qu'est l'inopportune incrimination de contestation de crimes contre l'humanité.

Conclusion du Chapitre 2

194. L'instrumentalisation de la norme pénale par le législateur face aux débordements de l'expression publique s'observe notamment dans la façon dont il envisage la délicate mais nécessaire protection des intérêts catégoriels. Cette instrumentalisation se fait jour à travers le caractère par trop ambitieux de la pénalisation au regard des enjeux déterminés par ses fondements.

195. La répression des discours de haine est la conséquence directe de la nécessité de contenir les formes les plus endémiques de l'expression haineuse. L'Histoire humaine a en effet démontré à plusieurs reprises que certaines idéologies fondées sur l'intolérance, lorsqu'elles sont institutionnalisées et intégrées dans la pensée collective au point d'être érigées au rang de fondement essentiel d'une société, sont susceptibles, sinon d'entraîner un peuple dans la mise à exécution de politiques criminelles massives, tout du moins de leur conférer son appui aveugle. Si les propagandes haineuses peuvent, pour prospérer, exploiter des foyers infectieux empiriques (dysfonctionnements sociaux, économiques et culturels), c'est néanmoins par les formes d'expression employées qu'elles exercent leur potentiel d'incitation au crime. Ainsi, si le procès de Julius Streicher devant le Tribunal militaire international de Nuremberg a permis d'amorcer une pénalisation des dérives propagandistes en droit international sous leur angle apologétique en ce qu'il s'agissait de justifier ou dissimuler les atrocités commises, le procès des « médias de la haine » devant le Tribunal *ad hoc* pour le Rwanda a permis d'étendre cette pénalisation aux pratiques qui, caractérisées par un lien de causalité entre actes et propos, agissent en véritable provocation au crime de masse. Le discours de haine consiste donc dans la pollution plus ou moins consciente et d'intensité variable de l'environnement visuel et auditif d'une société donnée, dont la diversité des auteurs – citoyens, représentants politiques ou groupements privés – s'ajoute à la grande variété des formes qu'elle peut prendre – injures, diffamations, incitations à la haine ou à la violence, ou encore contestation de crimes contre l'humanité ayant fait l'objet d'un jugement national ou international. A ce titre, la norme pénale ne saurait tendre à modifier les éventuelles convictions intimes des auteurs d'infractions, dont la liberté d'opinion doit demeurer intacte. Elle se donne davantage pour objectif de diminuer la présence, dans l'espace public, d'une telle forme d'expression, dont la banalisation se trouverait renforcée par son impunité.

196. Le principe de sa répression est assuré par un corpus législatif national qui fait montre d'une adaptabilité remarquable aux évolutions du phénomène raciste. Toutefois, les intérêts catégoriels, sous le manteau de l'intérêt général, constituent – souvent malgré eux – l'œil d'un cyclone répressif qu'il convient de maîtriser sous peine de le rendre incontrôlable. En premier lieu, la pénalisation des délits « classiques » d'expression haineuse que sont, d'une part, la provocation à la haine, à la violence ou à la discrimination fondée sur des mobiles discriminatoires et, d'autre part, la diffamation et l'injure à caractère raciste, sexiste ou homophobe, se heurtent à la difficulté qu'est celle d'appréhender le *sentiment* discriminatoire au sein d'une expression donnée. En témoigne l'équivocité avec laquelle le délit de provocation est interprété par les tribunaux, imputable à son caractère tant direct qu'indirect qui tend à en faire un délit « fourre-tout » incriminant tant l'exhortation manifeste aux comportements haineux que les opinions situées à la frontière de l'intolérance. En témoigne également l'incertitude avec laquelle il convient de distinguer entre ce premier délit « générique » et les infractions de diffamation et d'injure discriminatoires, tant est observable la communauté de leurs éléments intentionnels face à laquelle les distinctions matérielles alourdissent le travail de qualification des juges. Ces facteurs, cumulés à la multiplication vertigineuse des mobiles de l'expression haineuse, appellent à regarder avec beaucoup de circonspection l'insertion, régulièrement envisagée, de ce dispositif au sein du Code pénal. En second lieu, le choix opéré par le législateur d'incriminer spécifiquement les expressions niant, minimisant ou banalisant l'existence de crimes contre l'humanité commis sur le fondement de mobiles racistes interroge quant à son opportunité. La nécessité d'incriminer des propos visant certains crimes définitivement jugés à défaut des autres tend en effet à cristalliser une concurrence entre les mémoires des différentes victimes, au détriment de la liberté de recherche historique et du principe de nécessité des incriminations. Répondant initialement à un besoin de répression du discours haineux, la pénalisation du négationnisme devrait être rattachée au socle législatif institué par la loi Pleven de 1972, réduisant ainsi la quantité de grain à moudre de ceux qui y perçoivent l'instauration, par la loi, d'une « vérité officielle ».

Conclusion du Titre 1

197. Dans ses *Essais sur les lois*, Jean Carbonnier constatait avec amertume : « à peine percevons-nous le mal que nous exigeons le remède ; et la loi est, en apparence, le remède instantané. Qu'un scandale éclate, qu'un accident survienne, qu'un inconvénient se découvre : la faute en est aux lacunes de la législation. Il n'y a qu'à faire une loi de plus. Et on la fait. Il faudrait beaucoup de courage à un gouvernement pour refuser cette satisfaction de papier à son opinion publique »⁸⁴¹. Ce phénomène, qui s'étend à l'ensemble du Droit, revêt néanmoins une portée toute particulière en ce qui concerne la pénalisation de l'expression publique.

198. En cette matière, le scandale provoqué par les uns entraîne fréquemment, ces dernières années, une réaction épidermique du législateur restreignant en conséquence la liberté de tous les autres. Bien davantage que la condition d'adaptation nécessaire du Droit à des besoins réels et nouveaux, la loi pénale semble être devenue l'outil par lequel le législateur souhaite apaiser les flammes de l'opinion, quitte à faire de certains sujets des « terrains minés ». Le législateur voit alors son calendrier rythmé par les épisodes d'indignation collective intensément relayés par les médias⁸⁴², et des restrictions sérieuses à une liberté fondamentale sont adoptées dans l'urgence sur les bancs parlementaires à grand renfort de postures salvatrices et de figures rhétoriques au détriment de l'examen de la qualité et de l'opportunité de la loi. Or, l'exigence spécifique de précaution avec laquelle la liberté d'expression doit faire l'objet de restrictions éventuelles en droit pénal s'avère bien souvent incompatible avec le climat d'urgence et de passion dans lequel ces mesures sont prises. Les comportements incriminés se trouvent fréquemment être l'expression d'idées qui « heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population »⁸⁴³ pour lesquelles la protection de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme doit également, sous certaines conditions, produire ses effets. Il conviendrait ainsi de ne pas surestimer le rôle de la norme pénale dans la

⁸⁴¹ J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, 2^{ème} éd., Rép. Not. Defrénois, 1995, p. 312. Un exemple récent, et qui touche incidemment l'expression publique, réside dans le projet de loi contre les violences sexuelles et sexistes, présenté à la suite des nombreux scandales d'agressions sexuelles qui ont ponctué le débat médiatique à l'automne 2017. Ce texte prévoit la création d'une incrimination d'« outrage sexiste », dont la redondance avec l'arsenal pénal déjà existant (harcèlement sexuel, exhibition sexuelle, agressions sexuelles, injures et violences sexistes) fut largement dénoncée par la doctrine. En ce sens, v. V. Tellier-Cayrol, *Non à l'outrage sexiste !*, D. 2018 p. 425 ; A. Darsonville, *Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles*, AJ Pénal 2017 p. 532.

⁸⁴² A. Darsonville, *L'élaboration de la loi pénale sous l'influence des citoyens*, in *Politique(s) criminelle(s) : mélanges en l'honneur du Professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 147, *sp.* p. 149.

⁸⁴³ CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, 7 décembre 1976 préc., § 49.

régulation des excès du débat public, et de ne pas prêter, aux revendications citoyennes d'un temps, l'empreinte définitive de la volonté générale nécessaire à l'élaboration de la loi⁸⁴⁴.

199. La protection des intérêts nationaux et catégoriels constituent, à ce titre, les domaines dans lesquels ce phénomène d'instrumentalisation de la loi pénale est le plus prégnant depuis quelques décennies.

Pour cruciale qu'elle fût dans notre société actuelle, la lutte contre le terrorisme ne saurait devenir le prétexte d'une inflation permanente du régime répressif, jusqu'au degré récemment atteint où il fut procédé à l'assimilation du délit d'apologie publique, dont la nature historique de délit de presse apparaît encore avec évidence, à un acte terroriste à part entière et réprimé en tant que tel par le Code pénal. Pas davantage, l'attitude provocante de quelques écervelés lors de manifestations sportives ne saurait être le prétexte d'une levée pudique du bouclier normatif autour des symboles républicains, dont la protection par les délits et contraventions d'outrage adoptés en 2003 et 2010 apparaît, sinon vaine au regard des conditions de leur mise en application, inopportune au regard des standards européens en matière de liberté de critique et d'expression politique.

Incontestablement nécessaire dans une société démocratique, la pénalisation des discours de haine se caractérise, quant à elle, par un degré de complexité qui exige de nombreuses précautions dans l'acte de légiférer, afin que la norme pénale n'outrepasse pas son rôle de garant des valeurs de tolérance pour devenir un outil de répression au service de ce que certains qualifient déjà de « nouvel ordre moral »⁸⁴⁵. On peut cependant craindre que la plasticité qui découle des défauts originels du dispositif introduit par la loi Pleven de 1972, conjuguée à la démarche exhaustive dans laquelle semble s'inscrire de nos jours le législateur à travers l'incrimination des multiples avatars du mépris humain, ne conduise à enfermer le débat public dans des limites qui, initialement fixées sur une expression intolérable, tendent aujourd'hui à s'étendre à une expression inconvenante.

Le phénomène d'instrumentalisation auquel la pénalisation de l'expression publique est aujourd'hui confrontée ne limite toutefois pas ses effets à l'activité législative. La Justice, qui constitue à bien des égards le prolongement de la loi, n'est pas épargnée.

⁸⁴⁴ En ce sens, v. M.-H. Galmard, *Etat, société civile et loi pénale*, PUAM, 2006, p. 36, n° 52.

⁸⁴⁵ J. Julliard, *Contre le nouvel ordre moral*, éditorial dans *Marianne*, 24-30 avril 2015 p. 8.

Titre 2 - L'instrumentalisation de la Justice

200. Prenant la suite du législateur, le juge pénal est appelé à concrétiser les finalités de la loi dans le contentieux judiciaire. Toutefois, si l'office qui lui était initialement dévolu par le principe de légalité criminelle devait consister dans la mise en œuvre d'un simple syllogisme juridique par lesquels il était appelé à sanctionner la violation des prévisions d'un texte, le rôle du juge a connu une extension progressive vers une reconnaissance de son rôle d'interprétation des lois. La difficulté inhérente à cette tâche se trouve encore alourdie en matière de délits d'expression publique où, bien souvent, l'application des textes nécessite une délicate pesée d'intérêts contradictoires. Aussi, l'arbitrage qui en découle comporte parfois des imperfections, qui constituent autant de brèches dans lesquelles divers acteurs du contentieux s'engouffrent pour instrumentaliser la Justice.

Tandis que l'interprétation extensive des normes répressives tend à faire de la Justice l'outil par lequel l'expression publique est rétrécie (Chapitre 1), l'action en Justice elle-même constitue parfois l'outil par lequel l'expression publique est entravée (Chapitre 2).

Chapitre 1 - Le rétrécissement de l'expression publique par l'interprétation déraisonnable des normes d'incrimination

201. Il est incontestable que le débat public ne saurait être entièrement libre. La plupart des textes qui consacrent la liberté d'expression rappellent à ce titre que des limites peuvent être apportées par la loi à son exercice⁸⁴⁶. Toutefois, à la circonscription du périmètre de cette liberté par le législateur peut parfois s'ajouter une marge restrictive supplémentaire découlant de l'interprétation jurisprudentielle des normes répressives. A ce titre, la jurisprudence, en tant que source du droit pénal contemporain, est assimilée par le droit européen des droits de l'Homme à la loi dans le principe de légalité criminelle garanti par l'article 7, § 1 de la Convention EDH dès lors que l'interprétation qui en résulte est « [cohérente] avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible »⁸⁴⁷.

⁸⁴⁶ Déclaration des droits de l'Homme du 26 août 1789, art. 10 et 11 ; Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, art. 10, § 2.

⁸⁴⁷ CEDH, *S.W. c/ Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, n° 20166/92, § 36.

Dans ces conditions, l'interprétation de la norme pénale peut s'avérer extensive au regard, sinon de l'objectif poursuivi par le législateur, du moins de l'opportunité répressive eu égard à la nature des propos litigieux ou de leur contexte. Du possible précédent que peut constituer, pour l'avenir, l'extension jurisprudentielle des prévisions d'un texte, peut dès lors résulter un *rétrécissement* de l'expression publique, qui est à distinguer de sa *limitation* initiale par la loi en ce qu'il découle d'une évolution de celle-ci, dont la prévisibilité et l'opportunité apparaissent parfois douteuses. En matière d'expression publique, ce rétrécissement par l'extension du champ de la répression découle alternativement de l'interprétation opérée par les juges eux-mêmes (Section 1) et de l'influence exercée par l'action civile de certains groupements associatifs (Section 2).

Section 1 - L'extension déraisonnable du champ répressif par les juges

202. S'il est aujourd'hui incontestable que « *les textes de loi n'ont pas la rigueur des théorèmes et [qu'] un jugement n'est pas une démonstration mathématique* » et que « *même la définition légale la plus courante, la plus claire et la plus simple soulève inévitablement des interrogations* »⁸⁴⁸, il n'en demeure pas moins que la loi pénale est d'interprétation stricte (C. pén., art. 111-4). A cet égard, la Chambre criminelle estime qu'« *il n'appartient pas aux juridictions correctionnelles de prononcer par induction, présomption ou analogie ou par des motifs d'intérêt général* »⁸⁴⁹, et la Cour européenne des droits de l'Homme rappelle que le principe de légalité criminelle « *commande [...] de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie* »⁸⁵⁰. S'il est cependant évident que l'interprétation stricte des lois ne s'oppose pas à leur interprétation « raisonnablement » extensive, au moyen d'une consultation par les juges des outils que constituent les travaux préparatoires et les circulaires aux fins d'y rechercher l'objectif poursuivi par le législateur⁸⁵¹, le recours à cette méthode téléologique n'est pas infaillible. En matière d'expression publique, où la légalité doit être conjuguée aux exigences libérales qui s'attachent nécessairement à l'exercice d'une liberté publique, « extensif » tend parfois à rimer avec « excessif ». En

⁸⁴⁸ F. Desportes, F. Le Guehec, *op. cit.* p. 154, n° 220.

⁸⁴⁹ Cass. crim., 30 novembre 1992, n° 91-86.526.

⁸⁵⁰ CEDH, *Kokkinakis c/ Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88, § 52; *Achour c/ France*, 29 mars 2006, n° 67335/01, § 41.

⁸⁵¹ Sur ce constat, v. G. di Marino, *Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application*, RSC 1991, p. 505.

témoignent certains développements jurisprudentiels récents, relatifs aux délits d'apologie publique (§ 1) et à l'application des dispositifs de lutte contre les discours haineux (§ 2).

§ 1 - Une application instable des délits d'apologie publique

203. Le délit d'apologie publique ne fait l'objet d'aucune définition par le législateur pénal, ce qui conduit inévitablement à une interprétation « souple » de ses éléments constitutifs par les tribunaux. A ce titre, le juge pénal ne s'est pas privé de retenir une appréciation étendue du caractère apologétique des propos, largement permise par la souplesse intrinsèque du délit (A). En ce qu'elle permet au délit de révéler toute sa potentialité, cette appréciation voit néanmoins sa stabilité, et donc sa prévisibilité, altérée par le fait que cette appréciation est largement tributaire du contexte temporel dans lequel les propos ont été tenus ou écrits (B).

A - Une souplesse intrinsèque de l'incrimination d'apologie

204. Au fil de la jurisprudence, il a été donné aux juridictions de bâtir une définition du « propos apologétique » qui englobe un large éventail de comportements. Ainsi, l'étendue de cette appréciation touche tant le fond du message (1) que sa forme (2).

1 - Une incrimination étendue du fond apologétique

205. Les textes incriminant l'apologie font, à l'exclusion des actes terroristes qui comprennent également des délits, seulement référence à des crimes. Qu'en est-il cependant lorsque des délits autres que terroristes, par l'effet de circonstances aggravantes, prennent la nature de crimes (a), ou lorsque le crime dont il est fait l'apologie a simplement été tenté (b) ?

a - La répression de l'apologie de délits aggravés

206. Le cinquième alinéa de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 dispose que la répression ne s'étend qu'à ceux qui « *auront fait l'apologie des crimes visés au premier alinéa* », excluant ainsi de son champ d'application certaines agressions sexuelles, les vols, extorsions et certaines destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes. La justification de cette restriction tient probablement au fait que le délit d'apologie, en tant qu'incrimination d'une opinion, constitue en lui-même une atteinte relativement importante au droit à la liberté d'expression. L'objet du propos apologétique ne saurait donc avoir trait à des valeurs sociales dont le degré d'intensité ne dépasse pas un certain

seuil (atteintes volontaires à la vie, crimes sexuels, crimes de masse)⁸⁵². Si le caractère condamnable d'un propos apologétique ne se mesure pas nécessairement à la gravité de son objet, c'est le statut d'opinion, revêtu par l'apologie à défaut de l'être par la provocation directe, qui justifie que ne soit pas étendu davantage son champ d'application.

Il est cependant des cas dans lesquels une infraction qualifiée de délit prend, en raison des circonstances qui entourent sa commission, la nature de crime par l'augmentation de la peine encourue. La Chambre criminelle, dans un arrêt du 2 novembre 1978⁸⁵³, a dès lors approuvé la condamnation du directeur de publication du journal *Libération* pour avoir autorisé la publication d'un article (non signé) dont l'auteur se réjouissait du « *coup d'Alibert* », cambriolage d'une bijouterie réussi malgré la présence dans la boutique « *d'un système d'alarme extrêmement perfectionné et notamment de radars* ». La Chambre criminelle a considéré en l'espèce que le propos était clairement apologétique en ce qu'il amenait le lecteur à se faire « *une appréciation favorable* » d'un « *vol de nature criminelle [qu'il a] présenté comme un exploit digne d'approbation* ». L'aggravation en tant que crime d'un délit visé au premier alinéa de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 le fait donc automatiquement entrer au rang des crimes susceptibles de faire l'objet d'une apologie punissable au sens de l'alinéa 5 de ce même article⁸⁵⁴. Il est dès lors raisonnable de considérer qu'un propos faisant l'apologie d'un délit de violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente, délit puni de dix ans d'emprisonnement (C. pén., art. 222-9), est punissable lorsque les actes louangés ou justifiés ont été commis sur l'une ou plusieurs des personnes énumérées à l'article 222-10 du Code pénal. Ainsi, le caractère punissable d'une apologie de crime n'est plus déterminé par la valeur protégée par l'infraction *in abstracto*, mais par la valeur la plus forte parmi celles menacées par l'acte *in concreto*.

La protection accordée à la liberté d'opinion par le législateur dans son choix d'exclure certaines infractions du champ d'application du délit d'apologie trouve ainsi sa limite dans

⁸⁵² Les textes incriminant l'apologie délimitent « une « zone grise » d'opinions apologétiques dont l'expression est juridiquement punissable [...] ». Cette « zone grise » tend à la protection de valeurs jugées suffisamment éminentes et même « nécessaires dans une société démocratique » pour justifier des atteintes à la liberté d'expression » - P. Egéa, *Lois mémorielles, fin de partie*, D. 2013 p. 805.

⁸⁵³ Cass. Crim., 2 novembre 1978, Bull. crim. 1978, n° 294 préc.

⁸⁵⁴ En effet, le vol précédé, accompagné ou suivi de violences sur autrui ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente (C. pén., art. 311-7) ainsi que le vol commis avec usage ou menace d'une arme (art. 311-8), sont punis respectivement de quinze et vingt ans de réclusion criminelle.

l'aggravation de celles-ci. Par ailleurs, les crimes tentés peuvent voir leur glorification réprimée.

b - La répression de l'apologie de crimes tentés

207. L'article 23 de la loi sur la liberté de la presse, incriminant la provocation directe suivie d'effet à des crimes et délits, précise en son dernier alinéa qu'il demeure « *applicable lorsque la provocation n'aura été suivie que d'une tentative de crime prévue par l'article 2 du code pénal* ». Cette précision est toutefois absente de l'article 24. Cet « oubli » s'explique aisément par le fait que ces dispositions, à l'origine exemptes de toute incrimination de l'apologie, étaient uniquement consacrées à la provocation directe non suivie d'effet, la tentative étant naturellement exclue à défaut de commencement d'exécution.

La Chambre criminelle a toutefois estimé que cette circonstance devait permettre la répression du propos apologétique, à l'occasion d'une affaire dans laquelle était en cause la diffusion d'un tract destiné à réhabiliter la mémoire de l'auteur d'un attentat échoué contre la personne de Charles de Gaulle le 22 août 1962⁸⁵⁵. Le tract se proposait de « *rappeler les diplômes, les mérites et la fin de Bastien-Thiry sous le titre pour la France, contre De Gaulle* ». L'auteur du tract, poursuivi et condamné par la Cour d'appel de Bordeaux le 8 juillet 1964, forma un pourvoi en cassation dans lequel il invoquait le fait que le criminel dont il était fait l'éloge avait été reconnu coupable d'une tentative de meurtre, « *si bien qu'en l'absence de toute autre constatation, le délit prévu et réprimé par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 n'était pas constitué* ». La Chambre criminelle rejeta son pourvoi, en considération du fait que « *la tentative d'un crime, telle qu'elle est définie par l'article 2 du Code pénal [article 121-4 nouveau], est considérée comme le crime même ; que dès lors, les dispositions de l'article 24, alinéa 3 [alinéa 5 actuel] sont applicables au crime que constitue la tentative de meurtre* ». Cette solution consacre donc une punissabilité identique des apologies de crimes consommés et apologies de crimes tentés⁸⁵⁶ : la démarche de laquelle découle le propos visant à donner un aspect favorable à la violation de la loi est en effet identique, que celle-ci ait été réussie ou non. L'impact de l'opinion émise sur le jugement moral du public destinataire est indifférente, l'intention manifestée par le passage à l'acte de l'auteur de l'infraction glorifiée suffisant à entraîner l'assentiment – ou le rejet.

⁸⁵⁵ Cass. Crim., 5 avril 1965, Bull. crim. 1965 n° 114.

⁸⁵⁶ J.-B. Thierry, Jcl. Lois pénales spéciales, fasc. 60, *Provocation aux crimes et délits*, étude. Préc., n° 44.

D'appréhension étendue quant à son fond, le propos apologétique se voit également largement apprécié dans sa forme.

2 - Une incrimination étendue de la forme apologétique

208. Souhaitant réprimer jusqu'aux simples propos tendancieux, le juge français a fait le choix d'une extension du champ d'application du délit d'apologie à l'éloge des criminels (a) ainsi qu'à l'apologie indirecte de faits criminels (b).

a - La répression de l'apologie du criminel

209. Les débats qui avaient précédé la réintégration du délit d'apologie au sein de la loi de 1881 avaient montré, déjà, à quel point le comportement apologétique d'un crime est étroitement lié à l'éloge de ceux qui le commettent : le garde des Sceaux Antonin Dubost le définissait comme « *la glorification de ces prétendus héros de l'anarchie donnés en exemple à des esprits faibles et dévoyés* »⁸⁵⁷. Joseph-Gaston Pourquery de Boisserin ajoutait que « *pour les esprits faibles, elle [la louange du crime] transforme les pires scélérats en héros* »⁸⁵⁸. Les juridictions du fond se sont donc très tôt chargées d'assimiler les hommages rendus à des criminels par des cris publics à une apologie punissable⁸⁵⁹. Cette solution fut par la suite consacrée par la Chambre criminelle dans un arrêt du 22 août 1912, celle-ci affirmant que « *l'apologie de l'auteur d'un meurtre, comportant celle du crime lui-même, constitue le délit de provocation au meurtre puni par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881* »⁸⁶⁰, et ne fut depuis lors jamais démentie : elle servit alors de fondement à de nombreuses condamnations pour apologie publique⁸⁶¹.

210. La condition initialement exigée pour que l'infraction soit constituée en de pareils cas était toutefois que l'apologie du criminel soit faite « *à raison de faits constituant l'un des crimes et délits énumérés par l'article 24, alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881* »⁸⁶². Une certaine

⁸⁵⁷ Exposé des motifs de la loi des 12 et 13 décembre 1893, Recueil Dalloz 1894, 4, p. 9 préc.

⁸⁵⁸ J.O. 12 décembre 1893, *débats parlementaires*, p. 209, cité par P.-J.-E. Fabreguettes, *De la complicité intellectuelle et des délits d'opinion*, op. cit. p. 62.

⁸⁵⁹ CA Toulouse, 12 décembre 1894, D. 1894, 2 p. 80, cité par B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, op. cit. p. 359 n° 557.

⁸⁶⁰ Cass. Crim., 22 août 1912, DP 1914, 1, 75.

⁸⁶¹ V. Cass. Crim., 5 avril 1965 préc. ; 24 octobre 1967, Bull. crim. 1967, n° 263, D. 1968, somm. 11 ; 14 janvier 1971 préc. ; 8 novembre 1988 préc. ; 16 novembre 1993 préc. ; 27 avril 2011, Bull. crim. 1971, n° 78.

⁸⁶² Cass. Crim., 24 octobre 1967 préc.

protection du droit à la liberté d'expression se trouvait ainsi garantie, l'éloge d'un criminel à raison d'autres aspects de sa vie, pour douteux qu'ils puissent être, ne devant dès lors pas faire l'objet d'une répression. Pourtant, cette solution fut temporairement altérée au profit d'une interprétation plus large, à l'occasion d'une affaire ultérieure. La Chambre criminelle avait en effet, dans un premier temps, approuvé la Cour d'appel de Paris lorsque celle-ci avait considéré le délit constitué par la présentation, comme étant « *licite et spectaculaire* », de l'ascension du parti nazi « *en l'absence de tout rappel des crimes qui ont jalonné l'ascension de Hitler et du climat de terreur dans lequel elle s'est accomplie* »⁸⁶³. Puis, la Cour d'appel de Paris, reprenant cette solution, condamna l'auteur d'un texte faisant l'éloge de la politique du Maréchal Pétain « *en l'absence de toute critique et même de toute distance par rapport à ces faits habilement celés* »⁸⁶⁴. La Chambre criminelle rejeta le pourvoi formé par les auteurs de ce texte en considérant qu'« *en présentant comme digne d'éloge une personne condamnée pour intelligence avec l'ennemi, l'écrit a magnifié son crime et, ainsi, fait l'apologie dudit crime* »⁸⁶⁵.

Cette jurisprudence fut toutefois censurée par la Cour de Strasbourg qui, en condamnant la France dans cette affaire, prit le soin de remarquer que « *les requérants se sont explicitement démarqués des "atrocités" et des "persécutions nazies" ainsi que de la "toute-puissance allemande et de [sa] barbarie"* »⁸⁶⁶. La jurisprudence de la Chambre criminelle n'a, depuis, pas réitéré la solution qui a valu à l'Etat français sa condamnation européenne, laissant penser que « *l'exaltation de l'acte qui seule fonde la répression* »⁸⁶⁷ est désormais nécessaire à rendre l'éloge d'un criminel punissable par la loi. Cette solution est toutefois susceptible d'évolutions. Ainsi, la Chambre criminelle a récemment cassé l'arrêt de Cour d'appel qui avait relaxé l'auteur d'une pancarte, brandie à l'occasion de l'un des nombreux rassemblements en hommage aux victimes des attentats du mois de janvier 2015, sur laquelle était inscrite, au recto, la mention « *Je suis humain – je suis Charlie* », et au verso, « *Je suis la vie – Je suis Kouachi* » (du nom des frères ayant perpétré l'un des attentats dont il était question). La Haute juridiction a en cette occurrence considéré que « *le prévenu, par son comportement lors d'un rassemblement public,*

⁸⁶³ Cass. Crim., 14 janvier 1971 *préc.*

⁸⁶⁴ CA Paris, 26 janvier 1990, inédit, cité par B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, op. cit. p. 363, n° 561.

⁸⁶⁵ Cass. crim., 16 novembre 1993, Bull. crim. 1993, n° 341.

⁸⁶⁶ CEDH, *Lehideux et Isorni c/ France*, 23 septembre 1998, n° 24662/94, § 53.

⁸⁶⁷ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 167, n° 316.

*a manifesté une égale considération pour des victimes d'actes de terrorisme et l'un de leurs auteurs à qui il s'identifiait »*⁸⁶⁸.

Cet exemple récent, où il n'était fait aucune référence « directe » au crime commis, permet en outre de rappeler que l'extension de l'appréciation du délit d'apologie s'est également manifestée par la condamnation de propos consistant dans une justification ou une glorification *indirecte* de crimes ou de délits.

b - La répression de l'apologie indirecte

211. L'intention de l'auteur de faire d'un fait criminel un événement heureux ne peut se déduire, en principe, que des termes utilisés, dont la juxtaposition doit permettre de les identifier comme étant « de nature à » faire l'apologie dudit crime. Un tel critère exige, semble-t-il, que soit laissée hors du champ répressif toute forme d'expression dont l'ambiguïté ne permettrait pas de caractériser suffisamment l'élément moral de l'infraction. Pourtant, la jurisprudence a pu admettre qu'un propos puisse être constitutif de l'infraction punie par l'article 24, alinéa 5, de la loi du 29 juillet 1881, quand bien même son caractère apologétique vis-à-vis d'un crime ne serait décelable que sous une forme indirecte.

Une première incidence de cette interprétation est observable dans un arrêt où il était question d'un article de journal dans lequel son auteur, s'insurgeant contre l'existence d'une collection de timbres dont le thème était les héros de la Résistance, plaidait en faveur de la création d'une collection analogue à l'honneur des « victimes » de la Résistance, en citant les noms de personnages convaincus d'actions collaborationnistes ou antisémites. Les juges de la Cour d'appel de Paris affirmèrent que « *si elle est présentée sous une forme indirecte* », une telle apologie « *n'en tombe pas moins sous le coup de la répression et ce sans qu'il soit nécessaire, ainsi que l'ont déclaré à tort les premiers juges, qu'il soit fait état de faits précis de collaboration de leur part, pas plus qu'il n'est nécessaire, pour exalter le sacrifice des héros de la Résistance cités par l'auteur de l'article dans une révoltante comparaison, de rappeler pour chacun d'eux les circonstances de leur mort glorieuse* »⁸⁶⁹. Par la suite, la Chambre criminelle a approuvé la caractérisation du délit par l'appréciation de l'ensemble du support sur lequel il figure. Dans une affaire précitée, la pochette d'un disque se contentait de mentionner

⁸⁶⁸ Cass. Crim., 25 avril 2017, n° 16-83.331 (à paraître au *Bulletin*), Dalloz Actualité, 22 mai 2017, note S. Lavric ; AJ Pénal 2017, p. 349, obs. Y. Mayaud.

⁸⁶⁹ CA Paris, 25 février 1959, D. 1959, p. 552.

l'accession légitime et légale du parti national-socialiste au pouvoir allemand sans préciser la nature criminelle des actes qui avaient accompagné cette ascension, d'où il résultait que « *l'ensemble de cette publication [...] constituait un essai de justification au moins partielle de leurs crimes* »⁸⁷⁰.

Cette appréciation du caractère apologétique de la justification d'un crime fut par ailleurs étendue aux propos qui tendent à justifier la commission passée de crimes en dépit d'éventuelles réserves ou remords formulés à cet égard. Le général Aussaresses fut ainsi poursuivi et condamné pour apologie de crimes de guerre à raison du témoignage effectué dans son ouvrage *Services spéciaux – Algérie 1955-1957*, relativement aux actes de torture et d'exécutions sommaires qu'il a commis avec d'autres soldats français durant la Guerre d'Algérie, « *pénible besogne* » effectuée « *avec dégoût certes, mais sans regret* » au regard des « *circonstances* » exceptionnelles qui en justifiaient l'emploi. Saisie du pourvoi formé par l'ancien militaire et son éditeur contre l'arrêt de condamnation rendu par la Cour d'appel de Paris, la Chambre criminelle a rejeté le moyen des prévenus, fondé sur l'absence de caractérisation du délit eu égard à la distance exprimée par l'auteur vis-à-vis de ces pratiques. Approuvant les juges du fond d'avoir rappelé que « *l'apologie au sens de l'article 24, alinéa [5], de la loi sur la presse n'est pas synonyme d'éloge ni de provocation directe* », la Haute juridiction a ainsi approuvé la répression de propos qui, « *au nom de l'efficacité* », « *tendent à légitimer* » des pratiques constitutives de crimes de guerre en incitant « *à porter sur elles un jugement favorable* »⁸⁷¹.

Ainsi, un propos apologétique peut se déduire non seulement d'une formulation claire de la louange faite au criminel ou à son infraction, mais également de l'esprit général dans lequel il se situe sans pour autant comporter la revendication expresse d'une opinion favorable. Si une telle solution a pu émouvoir certains auteurs, s'inquiétant d'une interprétation par trop extensive du délit d'apologie⁸⁷², d'autres l'ont approuvée pour ce qu'elle « *confère au texte incriminateur toute sa portée et évite ainsi que les prévenus, par des habiletés de rédaction, essaient d'échapper à la répression* »⁸⁷³. D'autres, enfin, n'y voient qu'une « *subtilité de juriste [...] sans importance dès lors que la signification des propos est certaine compte tenu de l'état*

⁸⁷⁰ Cass. Crim., 14 janvier 1971 *préc.* (souligné par nous).

⁸⁷¹ Cass. crim., 7 décembre 2004 *préc.*

⁸⁷² J. Robert, *Propos sur la liberté de la presse*, D. 1964, chron. p. 189.

⁸⁷³ B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, *op. cit.* p. 361, n° 558.

d'esprit dans lequel ils ont été prononcés »⁸⁷⁴. Mais si le « double-discours », fréquemment employé par certains prévenus habitués des prétoires, ne saurait en effet devenir une épreuve de bonne foi, il apparaît toutefois, à la lumière de l'affaire *Aussaresses* précitée, que le caractère indirect de l'apologie fait l'objet d'une interprétation excessive par les juridictions françaises. En témoigne l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans cette affaire, où la condamnation de la France pour violation de l'article 10 tend à consacrer un « *effet interprétatif* » des dispositions de la Convention EDH⁸⁷⁵. En effet, selon la Cour strasbourgeoise, l'incrimination pénale d'apologie ne devrait recouvrir que les « *propos ayant sans équivoque pour but [exclusif] de justifier des crimes de guerre tels que la torture ou des exécutions sommaires* »⁸⁷⁶, à l'exclusion de propos plus mesurés ou manifestant, comme en l'espèce, une nuance dans la justification des actes décrits.

Le délit d'apologie voit son potentiel répressif optimisé par l'interprétation extensive qu'en font les tribunaux. Toutefois, l'étendue de son champ d'incrimination n'en reste pas moins largement affectée par le contexte dans lequel les propos litigieux ont été écrits ou prononcés.

B - Une répression affectée par le contexte temporel des propos

212. Si l'apologie publique fait l'objet de multiples incriminations à raison de son objet⁸⁷⁷, une constante demeure néanmoins l'absence de définition de ses éléments constitutifs. Aussi, il apparaît aujourd'hui que leur appréciation par les tribunaux souffre d'une instabilité imputable à l'influence du contexte temporel des propos. Cette appréciation semble en effet en recul dans le champ du discours historique (1), tandis qu'elle enregistre une nette expansion dans le cadre, plus actuel, de la lutte contre le terrorisme (2).

1 - Une répression en recul dans le champ du discours historique

213. Certains propos, pourtant caractéristiques d'une apologie de crimes, ne peuvent engager la responsabilité pénale de leurs auteurs. Il en va ainsi des messages faisant l'apologie d'événements historiques pénalement qualifiés par la loi *a posteriori* (a). Par ailleurs, le juge

⁸⁷⁴ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 167, n° 318.

⁸⁷⁵ D. Roets, *Le délit d'apologie de crimes de guerre rétréci par le juge européen des droits de l'homme*, RSC 2009 p. 663.

⁸⁷⁶ CEDH, *Orban et autres c/ France* préc., § 35.

⁸⁷⁷ Sur les diverses formes légales de l'apologie, v. *supra*, n° 79 s.

européen, conscient de la portée mémorielle de certains délits d'apologie, semble avoir consacré à leur égard un effet justificatif de la Convention EDH à raison du temps écoulé (b).

a - La licéité de l'apologie de faits qualifiés *a posteriori* par le législateur

214. Malgré l'introduction de la notion de *crime contre l'humanité* au sein du Code pénal en 1992, les seules condamnations prononcées pour apologie de ce crime l'ont été, jusqu'à aujourd'hui, à raison de propos visant les crimes commis par le régime national-socialiste. Comme nous l'avons indiqué précédemment, le champ d'application de l'article 24, alinéa 5 de la loi de 1881 est désormais élargi, par l'effet des dispositions de la loi dite « égalité et citoyenneté » du 27 janvier 2017, aux propos faisant l'apologie de tout crime contre l'humanité et notamment des crimes d'esclavage, « *y compris si ces crimes n'ont pas donné lieu à la condamnation de leurs auteurs* ». Néanmoins, il reste à s'interroger sur l'articulation d'une telle extension avec une jurisprudence réticente à condamner l'apologie de faits pénalement qualifiés *a posteriori*⁸⁷⁸.

La loi n° 2001-434 du 21 mai 2001 « *tendant à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité* » dispose, en son article 1^{er}, que « *la République française reconnaît que la traite négrière transatlantique ainsi que la traite dans l'océan Indien d'une part, et l'esclavage d'autre part, perpétrés à partir du XV^{ème} siècle, aux Amériques et aux Caraïbes, dans l'océan Indien et en Europe contre les populations africaines, amérindiennes, malgaches et indiennes constituent un crime contre l'humanité* ». Des mots même du législateur, « *la reconnaissance de ce crime n'entraînera pas de conséquences pénales* » : il s'agissait alors « *de donner nom et statut à ces méfaits historiques, de les sortir de l'énoncé imprécis du Code pénal* »⁸⁷⁹. En effet, l'objectif de la loi du 21 mai 2001 n'était pas de rappeler le caractère punissable du crime d'esclavage en vertu de l'article 212-1 du Code précité, mais de donner une qualification pénale rétroactive et symbolique aux pratiques de l'esclavage et de la traite négrière transatlantiques perpétrées entre les XV^e et XIX^e siècles par divers pays européens, parmi lesquels figurait la France. Aussi, cette loi est comprise dans l'ensemble qu'il est désormais convenu d'appeler les « lois mémorielles »⁸⁸⁰.

⁸⁷⁸ En ce sens, v. D. Dassa-Le Deist, *Les modifications apportées au délit d'apologie*, Gaz. Pal. 2017, n° 16 p. 76.

⁸⁷⁹ Assemblée nationale, rapport n° 1378 de Mme. Christiane Taubira-Delannon, 10 février 1999.

⁸⁸⁰ A ce sujet, v. *supra*, n° 183.

C'est dans cette logique que la Chambre criminelle a cassé, le 5 février 2013, l'arrêt ayant prononcé une condamnation pour apologie de crimes contre l'humanité ayant pour fondement additionnel la loi du 21 mai 2001 précitée. L'auteur des propos litigieux avait, dans un entretien télévisé, évoqué les « *bons côtés* » de l'esclavage et l'humanité de certains colons vis-à-vis de leurs esclaves. Sans rechercher si les éléments constitutifs de l'infraction étaient bien réunis, la Chambre criminelle a affirmé que « *si la loi du 21 mai 2001 tend à la reconnaissance de la traite et de l'esclavage en tant que crime contre l'humanité, une telle disposition législative, ayant pour seul objet de reconnaître une infraction de cette nature, ne saurait être revêtue de la portée normative attachée à la loi et caractériser l'un des éléments constitutifs du délit d'apologie* »⁸⁸¹. Cette solution n'est pas sans évoquer la décision rendue par le Conseil constitutionnel un an plus tôt censurant une loi visant à pénaliser la négation du génocide arménien reconnu par la loi en 2001⁸⁸². Elle semble s'inspirer de deux arrêts rendus le 31 mars 2009, relatifs à des faits d'injure et de diffamation à caractère raciste visant la communauté des harkis. La Chambre criminelle a en effet estimé qu'en interdisant, sans toutefois opérer de renvoi à un quelconque texte répressif, « *toute injure ou diffamation commise envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur qualité vraie ou supposée de harki* »⁸⁸³, le législateur a « *entendu ériger les harkis en groupe protégé par la loi sans toutefois renvoyer aux pénalités prévues par la loi du 29 juillet 1881* », privant ainsi les parties civiles de la protection spécifique accordée par la loi en vertu de l'article 33, alinéa 3⁸⁸⁴.

Si le devoir de mémoire confère leur légitimité aux délits d'apologie de crimes historiques, la Cour européenne des droits de l'Homme a rappelé que le recul du temps doit permettre une interprétation moins étendue de leurs éléments constitutifs.

b - La justification conventionnelle du discours apologétique par le « recul du temps »

215. L'esprit dans lequel la Cour européenne des droits de l'Homme appréhende le discours historique n'est pas sans incidence sur le champ d'application du délit d'apologie.

⁸⁸¹ Cass. Crim., 5 février 2013, Bull. crim. 2013 n° 38, D. Actu., 25 février 2013, obs. Lavric ; D. 2013, p. 805 préc. ; *ibid.* chron. p. 1778, obs. Roth, Labrousse, Laurent et Divialle ; *ibid.* Pan. 2713 ; *ibid.* 2014, p. 508, obs. Dreyer ; RSC 2013, p. 79 préc. ; *ibid.* p. 99 préc. ; Légipresse, n° 314, mars 2014, p. 191, obs. Guerdier.

⁸⁸² Conseil constitutionnel, 28 février 2012, décision n°2012-467 DC préc. Sur cette décision, v. *supra*, n° 179.

⁸⁸³ Loi n° 2005-158 du 23 février 2005 portant reconnaissance de la Nation et contribution nationale en faveur des Français rapatriés, art. 5.

⁸⁸⁴ Cass. Crim., 31 mars 2009, Bull. crim. 2009 n° 62, Bull. Crim. 2009 n° 61, D. 2009, AJ 1143, obs. Lavric ; *Ibid.*, Pan. 2826, obs. Roujou de Boubée ; AJ Pénal 2009, p. 267, obs. Royer ; Dr. Pén. 2009, 77, obs. Véron.

Selon un auteur, « *la Convention européenne des droits de l'homme est à l'évidence un produit de l'Histoire* »⁸⁸⁵. Le débat historique, en particulier dans sa dimension propre à la recherche ou à l'affirmation d'une vérité (à défaut de *la* vérité), ne pouvait dès lors manquer de constituer une part du contentieux relatif à l'article 10 de la Convention EDH. Le fait de revisiter l'Histoire fait ainsi, selon la Cour, « *partie intégrante de la liberté d'expression* »⁸⁸⁶. Mais si la Cour de Strasbourg a pu trouver utile de préciser qu'elle « *doit s'abstenir, dans la mesure du possible, de se prononcer sur des questions d'ordre purement historique, qui ne relèvent pas de sa compétence* »⁸⁸⁷, elle « *n'exclut pas totalement, au-delà de sa dénégation de principe, de s'immiscer dans la gestion du débat historique par les Etats* »⁸⁸⁸. Le juge européen ne néglige donc pas l'importance du débat historique au sein d'une société démocratique, et consacre parfois un effet justificatif de la Convention à l'égard de certaines infractions de presse commises dans ce cadre.

216. Ainsi, dans l'arrêt *Lehideux et Isorni c/ France*, les requérants avaient été condamnés pour apologie de crimes de collaboration avec l'ennemi à raison de l'encart qu'ils avaient fait publier dans un grand quotidien français et rendant hommage à Philippe Pétain⁸⁸⁹. Le constat par le juge européen, dans cette affaire, d'une violation de l'article 10 de la Convention par l'Etat français a suscité des réactions diverses en doctrine, et en particulier s'agissant de l'argument, fourni par la Cour au soutien de sa solution, selon lequel « *même si des propos tels que ceux des requérants sont toujours de nature à ranimer la controverse et à raviver des souffrances dans la population, le recul du temps entraîne qu'il ne conviendrait pas, quarante ans après, de leur appliquer la même sévérité que dix ou vingt ans auparavant. Cela participe des efforts que tout pays est appelé à fournir pour débattre ouvertement et sereinement de sa propre histoire* »⁸⁹⁰. Certains auteurs déplorèrent la « *légèreté* » et la « *désinvolture* » d'une solution allant à l'encontre de la volonté des victimes « *de ne pas oublier* »⁸⁹¹ ; d'autres estimèrent que la Cour portait atteinte à la marge d'appréciation de l'Etat

⁸⁸⁵ J.-F. Flauss, *L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH 2006, p. 5.

⁸⁸⁶ CEDH, *Chauvy et autres c/ France*, 29 juin 2004, n° 64915/01, § 69.

⁸⁸⁷ CEDH, *Zdanoka c/ Lettonie*, 16 mars 2006, n° 58278/00, § 96.

⁸⁸⁸ J.-F. Flauss, RTDH 2006 p. 5 *préc.*

⁸⁸⁹ V. Cass. Crim., 16 novembre 1993 *préc.*

⁸⁹⁰ CEDH, *Lehideux et Isorni c/ France*, 23 septembre 1998, *préc.*, § 55 (souligné par nous).

⁸⁹¹ G. Cohen-Jonathan, *L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH 1999 p. 366.

français en décidant « *dans quelle mesure un texte historique pouvait encore offenser une partie de la collectivité nationale* »⁸⁹².

On a alors pu écrire que la portée de cet arrêt serait « *très réduite* » et « *ne saurait faire jurisprudence* »⁸⁹³. C'est pourtant la même formule qui fut reprise dans des arrêts rendus ultérieurement par la Cour européenne⁸⁹⁴, et notamment dans l'affaire *Orban et autres c/ France*, où il était question de propos justifiant l'usage de la torture durant la Guerre d'Algérie⁸⁹⁵. Si c'est, dans l'arrêt *Orban*, bien davantage l'interprétation extensive du délit d'apologie qui fut condamnée⁸⁹⁶, cet arrêt offre également une précision de grande valeur pour l'interprétation jurisprudentielle des délits d'apologie : quand bien même le temps peut, à raison de son écoulement, justifier que certains propos attaquant frontalement la mémoire demeurent protégés par la Convention, il n'en serait pas de même s'agissant de « *propos ayant sans équivoque pour but de justifier des crimes* », qui seraient « *caractéristiques d'un détournement de l'article 10 de sa vocation* » (§ 35).

217. Dix, vingt ou quarante ans peuvent-ils faire la différence et justifier ou non la mise en marche de l'action publique⁸⁹⁷ ? Dans l'affaire *Lehideux et Isorni*, il semble difficile de se prononcer sur une telle estimation, tant les propos litigieux se trouvaient à la frontière de la qualification d'apologie⁸⁹⁸. Néanmoins, selon la jurisprudence strasbourgeoise, « *le recul du temps accroît l'étendue de la liberté d'expression dont bénéficient les participants à un débat portant sur de telles questions* »⁸⁹⁹. Aussi lui est-il arrivé d'affirmer que l'intérêt public s'attachant à une question majeure pour les citoyens d'un pays finit par l'emporter sur certains impératifs énumérés au second paragraphe de l'article 10 de la Convention au fur et à mesure que le temps passe⁹⁰⁰. A l'inverse, dans l'arrêt *Leroy c/ France*, où était examinée la condamnation par les juridictions françaises de l'auteur d'un dessin satyrique pour apologie

⁸⁹² H. Moutouh, *Le droit de défendre la mémoire d'un chef d'Etat*, JCP 1999.II.10119.

⁸⁹³ G. Cohen-Jonathan, RTDH 1999 p. 366 *préc.*

⁸⁹⁴ V., s'agissant d'un reportage remettant en cause la « neutralité » de la Suisse au cours de la Seconde Guerre mondiale, CEDH, *Monnat c/ Suisse*, 21 septembre 2006, n° 73604/01, § 64 ; s'agissant de la contestation de la qualification pénale de génocide aux événements qui se sont déroulés en 1915 en Turquie à l'encontre des arméniens, *Perinçek c/ Suisse*, 17 décembre 2013 *préc.*, § 103.

⁸⁹⁵ CEDH, *Orban et autres c/ France*, 15 janvier 2009 *préc.*

⁸⁹⁶ En ce sens, v. *supra*, n° 211.

⁸⁹⁷ P. Rolland, *Liberté d'expression et délit d'opinion : la démocratie peut-elle se protéger en défendant une histoire officielle ?* D. 1999, p. 223.

⁸⁹⁸ F. Massias, *La liberté d'expression protège l'apologie de crime de collaboration*, RSC 1999 p. 151.

⁸⁹⁹ CEDH, *Smolorz c/ Pologne*, 16 octobre 2012, n° 17446/07, § 38.

⁹⁰⁰ CEDH, *Plon c/ France*, 18 mai 2004, n° 58148/00, § 53.

d'actes terroristes, la Cour de Strasbourg a insisté sur le fait que le requérant avait déposé son dessin à la rédaction du journal, qui devait le publier deux jours plus tard, le 11 septembre 2001, soit le jour même où se sont produits les attentats du World Trade Center et du Pentagone aux Etats-Unis. Ainsi, « *cette dimension temporelle devait passer, selon la Cour, pour de nature à accroître la responsabilité de l'intéressé dans son compte rendu - voire soutien - d'un événement tragique, qu'il soit pris sous son angle artistique ou journalistique* »⁹⁰¹. Il apparaît donc que l'écart temporel entre l'évènement dont il est fait l'apologie et cette dernière détermine dans une mesure non négligeable le degré d'opportunité s'attachant à la mise en mouvement de l'action publique. Dès lors, s'agissant de sujets qui « [échappent] à la catégorie des faits historiques clairement établis »⁹⁰² en raison des débats qu'ils continuent de susciter, l'on peut se demander si la marge d'appréciation d'un Etat n'est pas vouée à décroître au fil du temps.

En ce sens, la proximité temporelle des crimes dont il est fait l'apologie peuvent conduire les juges à apprécier de façon particulièrement extensive le caractère apologétique du propos. Preuve en est faite avec le contentieux récent en matière d'apologie d'actes terroristes.

2 - Une répression en expansion dans le cadre de la lutte contre le terrorisme

218. Les nombreuses critiques suscitées par le déplacement, en vertu de la loi du 13 novembre 2014, des délits de provocation et d'apologie d'actes terroristes de la loi du 29 juillet 1881 vers le Code pénal⁹⁰³ ne tardèrent pas à revêtir une dimension quasi prémonitoire : les premières mises en application de l'article 421-2-5 du Code pénal, intervenues à la suite des attentats parisiens des 7, 8 et 9 janvier 2015 ont en effet contribué à entretenir les craintes de la doctrine quant à un usage disproportionné du délit d'apologie. Le 12 janvier suivant, une circulaire était publiée par la garde des Sceaux, enjoignant notamment aux procureurs de faire

⁹⁰¹ CEDH, *Leroy c/ France*, 2 octobre 2008 préc., § 45.

⁹⁰² Le juge européen peut en effet « *admettre certaines vérités historiques notoires et s'en servir pour asseoir son raisonnement* » (CEDH, *Zdanoka c/ Lettonie*, 16 mars 2006, n° 58278/00, § 96). Jusqu'à aujourd'hui, seul l'Holocauste bénéficie de ce « statut » de « fait historique clairement établi », « *dont la négation ou la révision se verrait soustraite par l'article 17 à la protection de l'article 10* » (CEDH, *Lehideux et Isorni c/ France*, 23 septembre 1998 préc., § 47). Dans un sens comparable, doit être rejetée la requête en violation de l'article 10 par un ressortissant allemand qui avait été condamné pour avoir publié sur son *blog* la photographie d'Heinrich Himmler vêtu de son uniforme de SS et d'un brassard orné d'une *swastika*, fût-ce pour protester contre la politique supposément discriminatoire pratiquée par les agences pour l'emploi à l'égard des enfants issus de familles de migrants (CEDH, *Nix c/ Allemagne*, 5 avril 2018, n°35285/16). La Cour de Strasbourg a en effet estimé, en l'espèce, que la décision d'ériger l'utilisation de symboles nazis en infraction pénale doit être replacée dans le contexte de l'histoire du pays, et que telle condamnation se voyait justifiée par l'absence claire d'opposition exprimée par le requérant à l'idéologie nazie dans le « billet » litigieux.

⁹⁰³ V. *supra*, n° 96 s.

preuve « *d'une grande réactivité dans la conduite de l'action publique* » envers les auteurs de propos racistes ou antisémites et/ou faisant l'apologie du terrorisme⁹⁰⁴.

219. Dans les semaines qui suivirent les attentats de 2015, on put assister à un véritable emballement de l'appareil répressif⁹⁰⁵ : au total, cent dix-sept arrestations furent effectuées sur le fondement de ces infractions, dont soixante-dix-sept l'ont été à raison de celles-ci exclusivement. De cette vague d'arrestations découlèrent quarante-quatre procédures pénales, dont vingt-deux donnèrent lieu à un jugement en comparution immédiate comme le permet le nouveau cadre législatif du délit, occasionnant le prononcé de douze peines d'emprisonnement dont sept fermes⁹⁰⁶. Avait-on assisté à une vaste et fulgurante opération d'endoctrinement *djihadiste* ? A vrai dire, le passage en revue des diverses espèces relatées par la presse généraliste et juridique démontre que les faits à l'origine de ces procès consistaient, pour l'écrasante majorité, en des propos avinés ou volontairement provocateurs, vociférés à l'occasion d'interpellations par les forces de police en marge d'accidents de circulation ou d'infractions mineures⁹⁰⁷, voire parfois à l'occasion de simples contrôles dans les transports en commun⁹⁰⁸. Un homme souffrant d'une « *déficiencia mentale légère depuis l'enfance* » s'est ainsi vu infliger une peine de six mois d'emprisonnement ferme pour avoir déclaré à des policiers qu'il avait « *bien rigolé* » en prenant connaissance des récents attentats⁹⁰⁹.

Les peines parfois élevées (quoique souvent imputables à la pluralité des infractions jugées ou à l'état de récidive des auteurs) et la prolifération des dossiers jugés pour la plupart en comparution immédiate, dans des affaires où les notions d'outrage et de menaces verbales auraient davantage trouvé à s'appliquer, ont suscité la vive inquiétude de divers groupements⁹¹⁰ et de certains praticiens. A ainsi été dénoncé le dévoiement de la qualification pénale d'apologie d'actes terroristes, qui serait la résultante d'un « *choc anaphylactique*

⁹⁰⁴ Circulaire n° 2015/0123/A13 du 12 janvier 2015. M. Babonneau, *Apologie du terrorisme, racisme et antisémitisme : la circulaire de la Chancellerie*, D. Actu., 15 janvier 2015.

⁹⁰⁵ Le Monde.fr, *Apologie d'actes terroristes : des condamnations pour l'exemple*, 13 janvier 2015 ; *Apologie du terrorisme : la justice face à l'urgence*, 22 janvier 2015 ; L'Obs.fr, *Apologie du terrorisme : une longue liste de condamnations*, 20 janvier 2015.

⁹⁰⁶ F. Gras, *Des « lois scélérates » aux premières applications par les tribunaux du délit d'apologie de terrorisme*, Légicom 2016/2, n° 57 p. 57, sp. p. 64.

⁹⁰⁷ J. Muchielli, Dalloz Actualité, 15 janvier 2015.

⁹⁰⁸ La Vie.fr, *Apologie du terrorisme : quand la Justice s'emballe*, 27 janvier 2015.

⁹⁰⁹ Libération.fr, *Apologie du terrorisme : la justice cogne ferme*, 14 janvier 2015.

⁹¹⁰ Amnesty International, *France : la liberté d'expression à l'épreuve*, 20 janvier 2015 ; LDH, *Déjà 50 poursuites engagées au pénal pour apologie du terrorisme*, 14 janvier 2015 ; Syndicat de la magistrature, *Apologie du terrorisme : résister à l'injonction de la répression immédiate !*, 20 janvier 2015.

judiciaire »⁹¹¹. L'excès qui ressort du traitement répressif appliqué à ces cas d'insolence pure et simple dévoile en effet le visage d'une République répercutant son traumatisme sur quiconque ne porterait pas son deuil ou s'en amuserait – bien davantage par bêtise ou par cynisme que par volonté de glorifier les attentats.

Si cette frénésie répressive fut très temporaire et largement imputable au traumatisme des attentats récents, l'illustration est néanmoins faite d'une pénétration des dérives sécuritaires dans le domaine du droit à la liberté d'expression, facilitées en cela par les dispositions issues de la loi du 13 novembre 2014 ayant fait du délit d'apologie d'actes terroristes une infraction de droit commun s'inscrivant partiellement⁹¹² dans le cadre procédural réservé aux infractions terroristes. Cependant, il n'est pas impossible que ce contentieux « exceptionnel » tende à se renouveler au gré des circonstances. Un auteur relève ainsi que « du 14 novembre au 10 décembre 2015, 395 personnes ont été poursuivies pour apologie du terrorisme, dont 45% en comparution immédiate. La sanction d'emprisonnement est la plus fréquente, ferme ou assortie du sursis simple ou avec mise à l'épreuve »⁹¹³. La période indiquée correspond évidemment à celle qui succéda aux attentats du 13 novembre 2015 qui causèrent la mort de 130 personnes en divers lieux de Paris.

220. Evoquant les circulaires ministérielles, Georges Ripert expliquait que « rien ne garantit [...] que le ministre exprime la volonté du législateur. Il arrive en fait qu'utilisant le texte général il fasse des applications qui n'ont pas été prévues. On ne peut pourtant pas facilement en dénoncer l'arbitraire puisque la circulaire prétend seulement faciliter l'application de la règle légale »⁹¹⁴. Par la publication de circulaires, le garde des Sceaux, ministre de la Justice et autorité hiérarchique à la tête du ministère public, peut être amené à définir les orientations de l'action répressive des parquets au gré d'événements ou phénomènes récurrents qui ponctuent la vie de la société, sur le fondement des textes en vigueur. Dans ces conditions, il arrive que le principe de légalité des délits et des peines se heurte à l'exemplarité politique que la Chancellerie souhaite faire transparaître. Certains auteurs s'interrogent alors sur le fait de savoir s'il faut, désormais, se garder de toute communication relative à des actes terroristes si ce n'est pour en exprimer la ferme et catégorique condamnation⁹¹⁵. En ce sens, un

⁹¹¹ « Me Eolas », Dalloz Actualité, 28 janvier 2015 préc.

⁹¹² V. *supra*, n° 94.

⁹¹³ P. Guerder, *Légipresse* 2016, n° 336 p. 185 préc. *sp.* p. 190, n° 35.

⁹¹⁴ G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1994, pp. 370-371, n° 153.

⁹¹⁵ J.-H. Robert, *Le respect dû aux processions*, Dr. Pén. 2015, repère 5.

homme a récemment été condamné à trois mois de prison avec sursis pour avoir, sur le réseau social *Facebook*, « *liké* » (apposé une mention « j’aime ») volontairement des photographies choquantes, parmi lesquelles celle d’une décapitation mise en scène par l’organisation terroriste « Etat Islamique ». Le prévenu, sans lien avec une quelconque organisation terroriste, avait avoué avoir agi « *pour voir quelle image allait le plus choquer* » ses « amis », dont l’un fut à l’origine de sa dénonciation⁹¹⁶... On peut également signaler l’interprétation contestable que la Cour de cassation a pu retenir récemment de la notion de publicité dans une affaire où un individu avait tenu des propos apologétiques d’actes terroristes en présence des seuls gendarmes qui l’escortaient dans un fourgon cellulaire, la Haute juridiction ayant estimé que la seule profération à haute voix de ces propos traduisait « *une volonté de les rendre publics* »⁹¹⁷, lors même que l’existence d’une « communauté d’intérêts » liant le détenu et ses geôliers au sein d’un lieu privé pouvait être soulevée⁹¹⁸.

Le délit d’apologie publique apparaît donc largement tributaire, dans son interprétation par les juges, du contexte temporel dans lequel il est commis, ce qui tend à conférer une géométrie variable à ses contours, déjà bien flous en l’absence de précision par le législateur. De façon comparable, les difficultés inhérentes à la répression des propos discriminatoires se voient alourdies par l’application parfois critiquable que font les juges des dispositifs de lutte contre les discours haineux.

§ 2 - Une application critiquable des dispositifs de lutte contre les discours de haine

221. Les difficultés, déjà évoquées, inhérentes à l’incrimination du sentiment haineux à travers son expression⁹¹⁹, trouvent fréquemment une manifestation concrète à travers l’application des délits d’expression discriminatoire par les tribunaux. La complexité de la matière appelle donc une certaine précaution dans l’application des normes qui la régissent. Il arrive cependant que de telles considérations se heurtent à celles de l’opportunité politique de la répression, comme il fut possible de l’observer récemment à travers l’application détournée du délit de provocation à la discrimination à raison de l’origine nationale (A). Sur le terrain

⁹¹⁶ Le Monde.fr, *Trois mois de prison avec sursis pour un « like » sur Facebook*, 25 août 2017.

⁹¹⁷ Cass. crim., 11 juillet 2017, à paraître au *Bulletin*, n° 16-86.965.

⁹¹⁸ Considérant toutefois que le détenu constituait en l’espèce une personne « tierce » à ladite communauté d’intérêts, v. A. Lepage, *De la publicité en matière d’apologie d’actes de terrorisme*, Comm. com. Electr. 2017, comm. 89. En ce sens, une solution inverse fut retenue dans le cas d’un militaire de carrière s’adressant uniquement à ses homologues au sein d’une caserne (Cass. crim., 13 décembre 2017, n°17-82.030, Dr. Pén. 2018, comm. 40, obs. Ph. Conte).

⁹¹⁹ En ce sens, v. *supra*, n° 150.

conventionnel, le traitement des discours haineux par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme semble obéir à une démarche dualiste qui n'est pas sans interroger sur ses effets quant à l'efficacité de la répression (B).

A - L'application détournée du délit de provocation à la discrimination à raison de l'origine nationale

222. Au cours de la dernière décennie, est apparue une application inédite, par les juges français, du délit de provocation à la haine, à la discrimination ou à la violence à raison de l'origine nationale d'une personne ou d'un groupe de personnes, résultant de l'appel public au boycott de produits étrangers (1). Soutenue par deux circulaires ministérielles⁹²⁰, cette interprétation extensive du septième alinéa de l'article 24 de la loi de 1881 constitue une ingérence inopportune et disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression (2).

1 - La pénalisation prétorienne de l'appel public au boycott de produits étrangers

223. Le contentieux relatif à l'appel public au boycott de produits étrangers tire ses origines de l'affaire ayant mis en cause un maire qui, en 2002, avait annoncé au cours d'une réunion du Conseil municipal, son intention de demander aux services de restauration de la commune de ne plus s'approvisionner en jus de fruits importés d'Israël. L' élu avait exposé les motivations de sa décision dans un communiqué publié sur le site Internet de sa commune, reposant sur une protestation dirigée contre la politique du premier ministre israélien de l'époque vis-à-vis de la population palestinienne, politique qu'il qualifiait de criminelle. A la suite d'une plainte déposée par l'Association culturelle israélite du Nord, le maire fut poursuivi pour provocation à la discrimination nationale (art. 24, al. 5, L. 1881). Les premiers juges, considérant que l'appel à une mesure visant de simples produits n'entraîne pas dans les prévisions du texte de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 et que le prévenu avait fait usage de sa liberté d'expression, prononcèrent sa relaxe⁹²¹. Le jugement fut néanmoins infirmé par les juges d'appel qui estimèrent « *que l'appel au boycott de produits ayant une certaine provenance constitue une entrave à l'exercice normal de l'activité économique des producteurs en raison de leur appartenance à une nation* » au sens de l'article 225-2, 2° du Code pénal⁹²². Après rejet

⁹²⁰ Circulaire CRIM-AP n° 09-900-A4 du 12 février 2010, et CRIM-AP n° 2012-0034-A4 du 15 mai 2012 ; G. Poissonier, J.-C. Duhamel, *La tentative de pénalisation des appels au boycott des produits israéliens par les circulaires Alliot-Marie et Mercier*, RDLF 2015, chron. 5.

⁹²¹ Trib. Corr. Lille, 26 mars 2003.

⁹²² CA Douai, 11 septembre 2003.

du pourvoi formé par le prévenu devant la Chambre criminelle⁹²³, l'affaire fut portée devant la Cour européenne des droits de l'Homme, laquelle n'a pas constaté de violation de l'article 10 de la Convention EDH garantissant le droit à la liberté d'expression⁹²⁴. Selon la majorité strasbourgeoise, « *au-delà de ses opinions politiques, pour lesquelles il n'a pas été poursuivi ni sanctionné, le requérant a appelé les services municipaux à un acte positif de discrimination [...], sans donner lieu à débat ni vote* » et ne pouvait dès lors soutenir avoir favorisé la libre discussion sur un sujet d'intérêt général (§ 38).

224. Parallèlement à cette affaire, s'est organisé dans plusieurs pays un mouvement *boycott – désinvestissement – sanctions* (BDS) visant à sensibiliser le public sur la situation humanitaire en Palestine, en incitant notamment les consommateurs à ne pas acheter de produits importés des colonies israéliennes implantées en Cisjordanie. Ces actions, consistant dans l'organisation de manifestations pacifiques aux abords ou à l'intérieur de magasins de grande distribution et à la distribution de tracts, ont contribué à un développement du contentieux initié en 2003. Une deuxième affaire mettait ainsi en cause une militante qui avait, dans un supermarché, apposé des autocollants sur les étiquettes de bouteilles de jus de fruits, invitant les consommateurs à ne pas les acheter. Toujours sur le fondement du délit de provocation à la discrimination nationale, des poursuites furent engagées, soldées par une condamnation de la prévenue en première instance⁹²⁵, puis en appel⁹²⁶. Suivant la logique du raisonnement précédemment consacré par la Chambre criminelle, les juges du fond estimèrent qu'« *en opérant une distinction entre les producteurs, fournisseurs de ces produits, en raison de leur appartenance à une nation déterminée* », la militante avait « *incité, appelé à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque* ». Le 22 mai 2012, la Chambre criminelle, en rejetant le pourvoi de la prévenue, confirma pour la deuxième fois la solution consistant à assimiler l'appel public au boycott de produits étrangers au délit de l'article 24, alinéa 7, de la loi de 1881⁹²⁷.

Le nombre d'arrestations et de procédures en la matière prit son envol à la suite de la publication de la première circulaire de la garde des Sceaux Michèle Alliot-Marie, qui appelait

⁹²³ Cass. Crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450, Dr. Pén. 2005, comm. 4, obs. M. Véron.

⁹²⁴ CEDH, *Willem c/ France*, 16 juillet 2009, n° 10883/05 ; AJDA 2009, p. 1936, obs. J.-F. Flauss.

⁹²⁵ Trib. Corr. Bordeaux, 10 février 2010.

⁹²⁶ CA Bordeaux, 22 octobre 2010, D. 2011 p. 931.

⁹²⁷ Cass. Crim., 22 mai 2012, Bull. crim. 2012 n° 131, D. 2012, actu. 1405 ; RSC 2012, p. 610 obs. J. Francillon.

à « *une réponse cohérente et ferme* » des parquets pour de tels faits⁹²⁸. En dépit de la relative constance du raisonnement opéré par les juges dans les deux premières espèces, s'est néanmoins dessinée, à cette période, et dans d'autres affaires, un tiraillement parmi les juridictions du fond, faisant apparaître deux courants jurisprudentiels opposés : l'un, répressif, s'inscrivant dans la continuité des raisonnements précédemment adoptés⁹²⁹, l'autre, plus libéral, rejetant la qualification pénale de provocation à la discrimination nationale⁹³⁰. Dans cette série de relaxes, le Tribunal de grande instance de Paris a notamment considéré que les dispositions incriminant la provocation à la discrimination nationale visaient, « *dans le souci exclusif de lutte contre toutes les formes de racisme, les seules provocations à l'égard des personnes à raison, notamment, de leur appartenance à une nation déterminée* »⁹³¹.

225. Ce « reflux jurisprudentiel » fut toutefois de courte durée : alors que dans deux espèces jugées le même jour le Tribunal de Mulhouse avait relaxé les prévenus en estimant, à son tour, que les dispositions fondant les poursuites s'appliquaient aux seules personnes à l'exclusion de produits⁹³², la Cour d'appel de Colmar rejeta ce raisonnement, considérant que « *le seul fait pour les prévenus d'inciter autrui à procéder à une discrimination entre les producteurs et/ou les fournisseurs, pour rejeter ceux d'Israël, est suffisant à caractériser l'élément matériel de l'infraction en cause sans qu'il soit nécessaire de démontrer que les produits visés dans le tract distribué étaient effectivement d'origine israélienne* »⁹³³. Se prononçant sur le pourvoi formé par les prévenus de ces deux espèces, la Chambre criminelle rendit, le 20 octobre 2015, un troisième arrêt confirmant l'interprétation extensive de l'article 24, al. 5, de la loi du 29 juillet 1881, estimant que les juges d'appel avaient, « *par des motifs exempts d'insuffisance comme de contradiction [...], relevé à bon droit* » que « *la provocation à la discrimination ne saurait entrer dans le droit à la liberté d'expression dès lors qu'elle constitue un acte positif de rejet, se manifestant par l'incitation à opérer une différence de*

⁹²⁸ Circulaire du 12 février 2010 préc. ; G. Poissonier, J.-C. Duhamel, RDLF 2015, chron. 5 préc.

⁹²⁹ CA Paris, pôle 2, 7^{ème} ch., 24 mai 2012 ; CA Colmar, ch. app. Corr., 27 novembre 2013, JCP G 2014, 64, note G. Poissonier, F. Dubuisson ; CA Caen, 24 novembre 2014, D. 2015 p. 158 ;

⁹³⁰ TGI Pontoise, 14 octobre 2010 ; Trib. Corr. Mulhouse, 15 décembre 2011, Gaz. Pal. 16 février 2012 p. 9, note G. Poissonier ; D. 2012 p. 439, note G. Poissonier ; TGI Bobigny, 3 mai 2012 ; CA Paris, 28 mars 2012 ; Trib. Corr. Perpignan, 14 août 2013 ; TGI Pontoise, 20 décembre 2013, AJ Pénal 2014 p. 78, obs. G. Poissonier.

⁹³¹ TGI Paris, 8 juillet 2011.

⁹³² Trib. Corr. Mulhouse, 15 décembre 2011 préc.

⁹³³ CA Colmar, ch. app. Corr., 27 novembre 2013 préc.

*traitement à l'égard d'une catégorie de personnes, en l'espèce des producteurs de biens installés en Israël »*⁹³⁴.

Ce dernier arrêt, s'il favorise « *une homogénéisation des interprétations jurisprudentielles particulièrement nécessaire au regard des dissensions ayant émergé avec une prégnance particulière lors des cinq dernières années* »⁹³⁵, promeut toutefois un raisonnement dont la fragilité est manifeste.

2 - La fragilité manifeste du raisonnement employé

226. On ne saurait porter un jugement sur l'efficacité ni sur l'opportunité des appels publics au boycott de produits étrangers, mais l'application à ces faits d'une qualification pénale telle que celle de provocation à la discrimination nationale, est, pour deux raisons, contestable. La première, essentiellement technique, réside dans l'inadéquation du texte d'incrimination aux faits poursuivis (a). La seconde repose sur des considérations propres à l'exercice du débat public citoyen auquel il est ainsi entravé (b).

a - Une inadéquation du texte d'incrimination

227. Il faut d'abord souligner que cette jurisprudence découle d'une interprétation très extensive de la lettre de l'article 24, al. 5, de la loi du 29 juillet 1881, interprétation qui consiste elle-même en une lecture particulièrement viciée des faits en cause. En effet, le septième alinéa de l'article 24 réprime les provocations commises « *à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes* ». Or, les juridictions ayant condamné sur ce fondement semblent avoir assimilé l'incitation à opérer un choix discriminatoire sur des *objets* à une incitation visant des *personnes*, en l'espèce des producteurs et fournisseurs en vue de faire correspondre les faits à un texte d'incrimination qui ne semble manifestement pas adéquat⁹³⁶. Certains auteurs ont pu souligner le caractère bancal de cette relecture des faits, en ce qu'il n'est pas certain que la

⁹³⁴ Cass. Crim., 20 octobre 2015, Bull. crim. 2015 n° 227 et 14-80.021, Légipresse 2015, n° 332-16 p. 587 ; JCP G 2015, 1356, note G. Poissonier, F. Dubuisson ; RLDI 2016, n° 123 p. 21 note L. François ; Dr. Pén. 2016, comm. 33, obs. Ph. Conte ; Comm. com. Electr. 2015, comm. 99, note A. Lepage.

⁹³⁵ R. Médard, *Provocation à la discrimination et appel au boycott de produits étrangers : la Cour de cassation tranche le débat*, RevDH, décembre 2015, <https://revdh.revues.org/1750>.

⁹³⁶ En ce sens, v. les conclusions d'E. Derieux, *Incitation au boycott de produits et provocation à la discrimination*, Légipresse 2015, n° 333 p. 661 *in fine*.

situation géographique desdites personnes corresponde nécessairement avec leur nationalité supposée ou avérée⁹³⁷.

Par ailleurs, la définition même de l'acte discriminatoire auquel il est incité (l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique) est source d'interrogations, qui sont entretenues par l'économie chaotique de l'article 24 : l'absence de précision, au cinquième alinéa, sur les comportements discriminatoires auxquels il est provoqué (contrairement au sixième réprimant les provocations commises à raison du sexe, de l'orientation sexuelle ou du handicap d'autrui en visant les seules discriminations reconnues comme étant illicites par le Code pénal) permet, en principe, de retenir une conception de la notion de discrimination qui serait *autonome* de celle retenue au sein du Code pénal. Seraient alors punis par cet alinéa, tant les incitations à commettre des actes discriminatoires visés par le Code pénal, que celles visant une discrimination au sens large⁹³⁸, alors assimilée « *au seul constat de l'existence d'une "différence de traitement"* ». Cette interprétation extensive contreviendrait pourtant la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, selon laquelle la discrimination illicite réside dans un manque de justification objective et raisonnable de la discrimination litigieuse, et d'une disproportion manifeste entre les moyens et le but visé⁹³⁹. Certains ont également pu souligner l'iniquité de cette solution en précisant que l'incitation commise par les prévenus porte sur un acte qui ne saurait relever d'une discrimination puisqu'il consiste, pour les consommateurs, à exercer leur liberté contractuelle en choisissant d'acheter un produit plutôt qu'un autre⁹⁴⁰. On peut également se demander si la notion d'« exercice normal d'une activité économique », dont l'acception doit logiquement s'étendre de la fabrication à la mise en rayon des produits, peut raisonnablement être étendue à leur achat effectif par les consommateurs⁹⁴¹.

⁹³⁷ J.-C. Duhamel, *L'appel au boycott des produits israéliens ne relève pas de la liberté d'expression, mais constitue une provocation à la discrimination. Analyse critique d'une jurisprudence française*, RDLF 2016, chron. 9, § 13 ; G. Poissonier, J.-C. Duhamel, *Cette singulière interdiction française de l'appel au boycott des produits israéliens*, D. 2016, p. 287 ;

⁹³⁸ En ce sens, v. A. Lepage, *Volonté de boycotter un pays par la provocation à la discrimination de ses producteurs et fournisseurs*, Comm. com. Electr. 2012, comm. 100 ; J. Francillon, *De quelques cas de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence*, RSC 2012 p. 610.

⁹³⁹ V., citant CEDH, *Chassagnou et a. c/ France*, 29 avril 1999, n° 25088/94, 28443/05, G. Poissonier, F. Dubuisson, *Peut-on appeler au boycott des produits originaires d'un Etat dont la politique est critiquée ?* JCP G 2014, 64.

⁹⁴⁰ G. Poissonier, F. Dubuisson, *L'incrimination de l'appel au boycott des produits d'un Etat est-elle compatible avec la liberté d'expression ?*, JCP G 2015, 1356 ; J.-C. Duhamel, RDLF 2016, chron. 9 préc., § 8 ; B. Hurel, *Il est désormais interdit de boycotter*, Libération.fr, 19 novembre 2010.

⁹⁴¹ R. Médard, RevDH décembre 2015, art. préc., § 20.

Surtout, on peut douter de la comptabilité des faits poursuivis avec la *ratio legis* de l'article 24, alinéa 7, s'agissant de propos n'impliquant aucune sorte de considération à portée raciste ou antisémite visant des personnes⁹⁴². Les premiers prévenus pouvaient-ils dès lors raisonnablement s'attendre à faire l'objet de poursuites pour des faits pouvant s'analyser comme résultant de l'exercice de leur droit à la liberté d'expression ?

b - Une entrave au débat public citoyen

228. En dépit du sceau de conventionnalité conféré par la Cour européenne des droits de l'Homme à la première condamnation d'un appel au boycott sur le fondement de l'article 24, alinéa 7, de la loi de 1881⁹⁴³, plusieurs auteurs s'interrogent encore sur la conformité de la solution entérinée à trois reprises par la Chambre criminelle aux principes jurisprudentiels dégagés par la juridiction strasbourgeoise en matière de liberté d'expression⁹⁴⁴.

En particulier, si l'arrêt rendu le 20 octobre 2015 par la Chambre criminelle a procédé au rejet du pourvoi formé par les prévenus, qui invoquaient notamment l'article 10 de la Convention européenne garantissant leur droit à la liberté d'expression, c'est cependant au terme d'un examen « *de pure forme* » que la Haute juridiction a écarté le moyen⁹⁴⁵, aucun contrôle n'ayant été réellement effectué quant aux critères de conventionnalité de la condamnation. Certains auteurs ont ainsi pu émettre des doutes quant au respect du critère de prévisibilité de la loi exigé par la jurisprudence européenne, en raison des nombreuses dissensions existant, certes non au degré juridictionnel de la cassation, mais du moins parmi les juridictions du fond, quant à la licéité des appels publics au boycott⁹⁴⁶. De même, l'examen de la « nécessité, dans une société démocratique » de l'ingérence constituée par la condamnation s'est trouvé réduit à la seule évocation par la Chambre criminelle des buts légitimes de défense de l'ordre et de protection des droits d'autrui, sans qu'il ait été procédé à l'appréciation de la proportionnalité de l'ingérence avec ceux-ci, empêchant toute caractérisation du besoin social impérieux auquel elle répondrait. En cela, « *la Cour de cassation n'a vraisemblablement fait*

⁹⁴² G. Poissonier, J.-C. Duhamel, RDLF 2015, chron. 5 préc.

⁹⁴³ CEDH, *Willem c/ France*, 16 juillet 2009 préc.

⁹⁴⁴ E. Derieux, *Légipresse* 2015, n° 333 p. 661 préc. *in fine* ; L. François, *L'appel public au boycott de produits importés d'Israël sanctionné comme une provocation à la discrimination*, RLDI 2016, n° 123 p. 21 ; G. Poissonier, F. Dubuisson, JCP G 2014, 64 préc. ; RDLF 2015, chron. 5 préc. ; R. Médard, *RevDH* décembre 2015, art. préc. ; J.-C. Duhamel, RDLF 2016, chron. 9 préc.

⁹⁴⁵ L. François, RLDI 2016, n° 123 p. 21 préc.

⁹⁴⁶ *Idem* ; v. aussi G. Poissonier, F. Dubuisson, JCP G 2014, 64.

que relayer, assez approximativement au demeurant », la position retenue par le juge européen dans l'arrêt *Willem* de 2009⁹⁴⁷.

On peut légitimement se demander, dans l'hypothèse où les arrêts rendus en 2015 par la Chambre criminelle feraient l'objet d'une requête devant la Cour de Strasbourg, si celle-ci s'abstiendrait de nouveau de prononcer une violation de l'article 10 de la Convention : comme l'indiquent plusieurs auteurs, les circonstances de l'espèce, quoique similaires, ne sont pas pour autant identiques⁹⁴⁸. En particulier, le statut de l'appelant au boycott diffère dans les deux cas : un maire s'exprimant en tant que tel et au nom de sa municipalité, et prenant une décision s'adressant aux services affiliés à celle-ci sans qu'il ait été procédé au moindre vote ne saurait bénéficier d'une liberté de parole comparable à celle de citoyens agissant dans le cadre d'initiatives associatives s'adressant à la libre conscience des consommateurs.

Surtout, a pu être soulignée l'absence de prise en compte, par la Chambre criminelle, du débat d'intérêt général dans lequel s'inscrivaient les appels litigieux, critère qui tend à conférer aux propos examinés un degré de protection supérieur⁹⁴⁹. Comme a pu le signaler le juge parisien dans son jugement du 8 juillet 2011, l'appel citoyen au boycott de produits israéliens s'analyse comme « *l'un des moyens les plus anciens et les plus efficaces de la contestation de la politique des Etats par les sociétés civiles* », et est en cela « *indissociable du débat d'opinion que suscitent partout dans le monde les préoccupations liées au règlement d'un conflit endémique depuis plus de soixante ans* »⁹⁵⁰. C'est également cette position qui fut défendue par le juge Jungwiert dans son opinion dissidente à l'arrêt *Willem c/ France* de 2009 : « *les déclarations du requérant [...] reflètent, compte tenu des circonstances de l'espèce et de la tonalité générale de ses propos, l'expression d'une opinion ou d'une position politique d'un élu sur une question d'actualité internationale* ». Ainsi, plusieurs auteurs ont souligné l'incohérence de la jurisprudence triplement acquise en la matière au regard de l'observation citoyenne et parfois internationale, à la suite d'appels publics parfois institutionnalisés, de nombreux boycotts dirigés contre la politique d'Etats étrangers au cours du siècle passé jusqu'aux périodes les plus récentes⁹⁵¹.

⁹⁴⁷ J.-C. Duhamel, RDLF 2016, chron. 9, § 26.

⁹⁴⁸ R. Médard, RevDH décembre 2015, art. préc., § 48 ; G. Poissonier, F. Dubuisson, JCP G 2014, 64 préc.

⁹⁴⁹ L. François, RLDI 2016, n° 123 p. 21 préc. ; sur le critère européen du débat d'intérêt général, v. *infra*, n° 411.

⁹⁵⁰ TGI Paris, 8 juillet 2011.

⁹⁵¹ L. François, RLDI 2016, n° 123 p. 21 préc. ; J.-C. Duhamel, RDLF 2016, chron. 9, § 14 ; J.-F. Flauss, *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme*, AJDA 2009, p. 1936.

L'orientation de la politique répressive des parquets, loin d'être imperméable aux tourments de la politique étatique, tend parfois à élargir de façon peu opportune le champ d'incrimination de certaines infractions de presse. En matière de propos discriminatoires, la complexité particulière des enjeux de la répression tend, par ailleurs, à accroître la dimension morale du contentieux, y compris devant la Cour européenne des droits de l'Homme qui semble entretenir une approche dualiste dans son traitement des discours haineux.

B - L'approche dualiste des discours de haine par la Cour européenne des droits de l'Homme

229. Les décisions rendues par la juridiction du Conseil de l'Europe constituent un véritable laboratoire de la lutte contre les discours de haine, qui y fait cependant l'objet d'un traitement à géométrie variable selon la forme prise par l'expression litigieuse⁹⁵², privant ainsi le contentieux de cohérence : les limitations apportées aux expressions dont le caractère haineux est équivoque sont en effet contrôlées par la Cour sur le fondement classique de l'article 10 § 2 de la Convention EDH (1), tandis que certaines formes aiguës de discours de haine se voient purement et simplement refuser toute protection conventionnelle en vertu de l'article 17 (2).

1 - L'appréciation de l'opportunité répressive sur le fondement de l'article 10 § 2 Conv. EDH

230. Si la présence d'affaires faisant intervenir des expressions pouvant entrer dans la catégorie des discours de haine est assez ancienne au sein du contentieux strasbourgeois⁹⁵³, l'élaboration d'un véritable cadre jurisprudentiel régissant les rapports entre la protection du droit à la liberté d'expression et la répression des propos haineux n'est intervenue qu'à compter du milieu des années 1990, période durant laquelle une série d'affaires (a) a constitué le terrain favorisant l'établissement des critères actuellement utilisés par la Cour (b).

a - L'apparition d'un contentieux strasbourgeois du discours haineux

231. L'examen par la Cour européenne des droits de l'Homme des affaires où des expressions haineuses ont été à l'origine de condamnations par les juridictions nationales peut

⁹⁵² CEDH, Unité de la presse, *Fiche thématique – Discours de haine*, novembre 2014, p. 1. http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Hate_speech_FRA.pdf.

⁹⁵³ En ce sens, v. Commission EDH, *Glimmerveen et Hagenbeek c/ Pays-Bas*, 11 octobre 1979, n° 8348/78, 8406/78 ; *X c/ République fédérale d'Allemagne*, 16 juillet 1982, n° 9235/81 ; *T c/ Belgique*, 14 juillet 1983, n° 9777/82 ; *Kühnen c/ Allemagne*, 12 mai 1988, n° 12194/86.

s'effectuer sur le fondement des clauses limitatives contenues à l'article 10 § 2 de la Convention EDH. Le contrôle exercé par la Cour suit dès lors un déroulement classique, au cours duquel la Cour est invitée à déterminer si la condamnation litigieuse constitue bien une ingérence dans le droit à la liberté d'expression du requérant, si celle-ci est bien prévue par la loi et poursuit un but légitime, et enfin si elle est « nécessaire, dans une société démocratique ». Bien souvent, c'est autour de ce contrôle de la proportionnalité de l'ingérence étatique que la Cour tient l'essentiel de ses raisonnements, destinés à démontrer que la condamnation prononcée par l'Etat poursuivi répondait à un « besoin social impérieux » et que les motifs fournis par le gouvernement à l'appui de sa thèse sont « pertinents et suffisants ».

La juridiction strasbourgeoise fait une utilisation souple de la notion de discours de haine. Celle-ci fut introduite de façon explicite dans sa jurisprudence à l'occasion de quatre arrêts rendus le 8 juillet 1999⁹⁵⁴, relatifs à des requêtes dirigées contre la Turquie. Il y était question d'articles diffusés dans la presse d'opposition au gouvernement turc à propos des rapports conflictuels sévissant entre les autorités turques et la communauté kurde. Cependant, ces espèces ayant trait à des événements s'inscrivant dans un contexte particulier concernant une situation très localisée, elles présentent des caractéristiques qui font obstacle à une compréhension générale et classique des discours de haine. En effet, le contrôle de la Cour y portait davantage sur la recherche, au sein des expressions litigieuses, d'un appel caractérisé à la violence contre l'Etat ou une partie de la population plutôt que d'une stigmatisation d'un groupe de personnes à raison de ses origines⁹⁵⁵.

232. C'est en réalité à l'occasion de l'arrêt *Jersild c/ Danemark* rendu cinq ans auparavant⁹⁵⁶ que la Cour européenne avait pu mesurer la difficulté d'une conciliation entre la nécessité de réprimer les discours haineux et celle d'une protection du droit à la liberté d'expression journalistique. En 1985, un magazine d'actualités télévisé danois avait diffusé un documentaire sur un groupe de jeunes d'extrême-droite se faisant appeler les « blousons verts ».

⁹⁵⁴ CEDH, *Sürek et Ozdemir c/ Turquie*, 8 juillet 1999, n° 23927/94 / 24277/94, § 63 ; *Sürek c/ Turquie* (n° 1), n° 26682/95, § 62 ; *Sürek c/ Turquie* (n° 4), n° 24762/94, § 60 ; *Erdogdu et Ince c/ Turquie*, n° 25067/94 / 25068/94, § 54.

⁹⁵⁵ Dans l'affaire *Sürek* (n° 1), la Cour retient, pour identifier le discours de haine, le fait que « le lecteur retire l'impression que le recours à la violence est une mesure d'autodéfense nécessaire et justifiée face à l'agresseur » (CEDH, *Sürek c/ Turquie* (n° 1), 8 juillet 1999 préc., § 62 ; *Erdogdu c/ Turquie* préc., § 67) ; aussi, il convient selon la Cour « d'examiner avec une vigilance particulière la publication des opinions de représentants d'organisations qui recourent à la violence contre l'Etat, faute de quoi les médias risquent de devenir un support de diffusion de discours de haine et d'incitation à la violence » (*Sürek et Ozdemir c/ Turquie*, 8 juillet 1999 préc., § 63 ; *Sürek c/ Turquie* (n° 4) préc., § 60).

⁹⁵⁶ CEDH, *Jersild c/ Danemark*, 23 septembre 1994, n° 15890/89.

Trois d'entre eux, qui avaient accepté un entretien télévisé avec le présentateur de l'émission, tinrent à cette occasion des propos insultants et méprisants à l'égard des populations issues de l'immigration. Le requérant, qui avait procédé à un montage vidéo de la rencontre pour en faire un film de quelques minutes, fut poursuivi pour complicité de l'infraction commise par les trois jeunes gens à la suite de la diffusion de l'émission, et condamné de ce chef. Ayant échoué à convaincre les juridictions nationales du but d'information poursuivi par la rédaction du magazine, le requérant fit porter l'affaire devant la Cour de Strasbourg. La particularité de cette affaire se situait dans le fait que si le requérant n'avait pas tenu lui-même de propos racistes, il avait néanmoins contribué à leur diffusion en sa qualité de journaliste. La Cour, soulignant que les médias audiovisuels sont considérés comme ayant un impact plus fort que la presse écrite (§ 31), a toutefois précisé que le choix des moyens par lesquels les journalistes sont mieux à même de rendre compte de l'information demeure de leur ressort, notamment lorsque, comme ce fut le cas en l'espèce, l'objectif explicité par le présentateur de l'émission était de « *rendre compte d'un fait social d'une manière réaliste* » (§ 13). L'Etat danois fut dès lors condamné pour violation de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

La délicatesse de l'équilibre recherché par la solution de cet arrêt est observable jusque dans les rangs strasbourgeois, plusieurs juges ayant formulé des opinions dissidentes, reprochant notamment à la majorité d'avoir accordé « *beaucoup plus de poids à la liberté du journaliste qu'à la protection de ceux ayant à souffrir de la haine raciale* »⁹⁵⁷ et de ne pas avoir suffisamment tenu compte de l'attitude passive de l'animateur de l'entretien télévisé face aux propos tenus par les « blousons verts »⁹⁵⁸. Si de telles réactions sont compréhensibles en ce qu'il est « *fâcheux que les moments les plus "grisants" d'une telle apothéose* [du droit à la liberté d'expression devant la Cour de Strasbourg] *ne se soient manifestés que pour condamner de grandes démocraties qui tenaient justement à protéger des victimes* »⁹⁵⁹, elles peuvent sembler induire que toute représentation fidèle et neutre du phénomène raciste devrait constituer *ipso facto* une justification morale de celui-ci, susceptible de faire l'objet de mesures répressives. Cela impliquerait de « *sanctionner des diffusions non intentionnelles, en fonction du dommage causé à l'ordre public et non de la faute* »⁹⁶⁰, et reviendrait à faire de l'incitation à la haine raciale une infraction non intentionnelle. En outre, la précision faite par la Cour,

⁹⁵⁷ Opinion dissidente commune à MM. Les juges Ryssdal, Bernhardt, Spielmann et Loizou ss. CEDH, *Jersild c/ Danemark*, 23 septembre 1994 préc.

⁹⁵⁸ Opinion dissidente commune à MM. Les juges Gölcüklü, Russo et Valticos, *ibidem*.

⁹⁵⁹ G. Cohen-Jonathan, RTDH 1999 p. 366 préc., sp. p. 367.

⁹⁶⁰ F. Massias, *Droits de l'homme, décisions rendues par la CEDH en 1994*, RSC 1995, p. 385.

d'après laquelle « *les remarques qui ont valu leur condamnation aux blousons verts étaient plus qu'insultantes pour les membres des groupes visés et ne bénéficiaient pas de la protection de l'article 10* »⁹⁶¹ paraît devoir écarter toute suspicion de complaisance à l'égard des propos litigieux.

En définitive, l'arrêt *Jersild c/ Danemark* et l'ensemble des affaires turques de 1999, sans permettre une vision d'ensemble du traitement des discours de haine en droit européen des droits de l'Homme, ont néanmoins exercé une influence sur la jurisprudence ultérieure de la Cour de Strasbourg. Si auparavant, était seul pris en compte le *contenu* des propos litigieux, le juge européen a par la suite développé un ensemble de critères destinés à caractériser le discours haineux par rapport à son contexte.

b - L'établissement de critères strasbourgeois du discours haineux

233. La jurisprudence européenne relative au discours de haine ne définit aujourd'hui pas ce dernier de façon uniforme. En effet, une telle définition supposerait que soit répertorié un certain nombre de propos par rapport à leur seul contenu, ce qui serait de nature à occulter les éléments contextuels qui établissent *l'impact* raisonnablement prévisible d'une expression donnée. La difficulté réside dès lors dans la distinction à opérer entre un propos critique, voire agressif, vis-à-vis d'un groupe de personnes, mais exprimé dans le respect des « devoirs et responsabilités » incombant à chacun dans l'usage de son droit à la liberté d'expression (art. 10 § 2 Conv. EDH), et un propos dont l'atteinte qu'il porte aux droits d'autrui n'est plus justifiable d'une quelconque façon par les besoins du débat public. En ce sens, des propos incitant spécifiquement à la haine ou à la violence ne peuvent bénéficier d'une quelconque protection légale ou conventionnelle, tandis que des paroles stigmatisantes ou créatrices d'amalgames peuvent, au regard du contexte dans lequel elles sont prononcées, se trouver abritées par le Droit à la condition de faire l'objet d'une surveillance attentive. Ainsi, le discours de haine ne peut être uniforme, et le caractère répréhensible d'un propos perçu, *de prima facie*, comme étant constitutif d'une infraction doit être déterminé selon certaines variables.

234. Michel Rosenfeld a établi une liste de critères d'identification du discours haineux, que l'on peut formuler par les questions « qui », « quoi », « où » et « comment »⁹⁶². Doivent en

⁹⁶¹ CEDH, *Jersild c/ Danemark*, 23 septembre 1994 *préc.*, § 35.

⁹⁶² M. Rosenfeld, *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence : A Comparative Analysis*, Working Paper Series from the Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, n° 41, avril 2001.

premier lieu être identifiés tant l’auteur de l’expression que son public (« qui ? »). Ce dernier peut ainsi constituer une majorité ou une minorité ethnique, religieuse ou culturelle, déterminant la portée *intracommunautaire* ou *intercommunautaire* du propos. Par la suite, le *statut* (hiérarchique, politique, médiatique) du locuteur doit être pris en compte, en ce sens que les liens qu’il entretient avec l’audience peuvent varier selon un large spectre d’influence. Le « quoi ? » désigne le contenu de l’expression litigieuse, étant établi qu’il peut exister des discours haineux de *pure forme* (où le caractère haineux est explicite) et de *substance* (où la stigmatisation d’un groupe de personnes est déductible d’un propos qui, au moins en apparence, s’inscrit dans un débat critique). Le « où ? » fait, quant à lui, référence aux contextes juridique, sociétal et culturel de l’Etat dans lequel l’expression est diffusée. Enfin, le « comment ? » désigne principalement le *medium* au travers duquel le locuteur s’exprime, de même que la forme prise par le propos (discours écrit au préalable, ou prononcé spontanément, diffusé sur un support papier, audiovisuel ou électronique, ...).

Ce sont des critères similaires qui furent identifiés, par Françoise Tulkens, au sein de la jurisprudence strasbourgeoise : le *statut du locuteur*, le *contexte*, l’*intention*, la *forme* et l’*impact du discours* permettent de caractériser la nature haineuse d’un propos et de déterminer son inéligibilité à la protection garantie par l’article 10 de la Convention européenne des droits de l’Homme⁹⁶³. Ainsi, et sous réserve que les propos litigieux ne renferment aucune incitation à l’usage de la violence, à la résistance armée ou au soulèvement, le statut de journaliste⁹⁶⁴ ou d’homme politique représentant d’un parti d’opposition semble devoir conférer à son titulaire une plus grande liberté de ton⁹⁶⁵, quand celui d’enseignant, « *symbole d’autorité pour ses élèves dans le domaine de l’éducation* », étend la portée de ses devoirs et responsabilités particuliers⁹⁶⁶. Lorsque l’expression consiste en des « *propos susceptibles de nourrir l’intolérance* »⁹⁶⁷, le degré élevé de protection accordé au discours politique disparaît toutefois en raison des « *réactions incompatibles avec un climat social serein* » qu’un tel comportement risque d’emporter⁹⁶⁸. S’agissant de la forme du propos, « *la Cour attache une importance particulière au support utilisé et au contexte dans lequel les propos incriminés ont été diffusés* »

⁹⁶³ F. Tulkens, Séminaire sur les droits de l’Homme pour les formateurs judiciaires européens du 9 octobre 2012 *préc.*, p. 8.

⁹⁶⁴ CEDH, *Dink c/ Turquie*, 14 septembre 2010, n° 2668/07, 6102/08, 30079/08, § 135.

⁹⁶⁵ En ce sens, v. CEDH, *Incal c/ Turquie*, 9 juin 1998, n° 22678/93, § 46 ; *Faruk Temel c/ Turquie*, 1^{er} février 2011, n° 16853/05, § 55.

⁹⁶⁶ CEDH, *Seurot c/ France*, 18 mai 2004, n° 57383/00, décision sur la recevabilité.

⁹⁶⁷ CEDH, *Feret c/ Belgique*, 16 juillet 2009, n° 15615/07, § 75.

⁹⁶⁸ *Ibidem*, § 77.

en l'espèce, et par conséquent à leur impact potentiel sur l'ordre public et la cohésion du groupe social »⁹⁶⁹. Le caractère « inflammable » de certains propos peut dès lors se mesurer eu égard aux tensions pouvant exister entre diverses fractions de la population, qui trouvent parfois leur origine dans des facteurs sociaux, économiques, historiques ou culturels. Ainsi, dans des Etats comme la France, où l'immigration constitue une question d'actualité récurrente, le fait d'affirmer que « *la délinquance des jeunes Afro-maghrébins est un moyen de conquête des territoires et d'expulsion des Européens à l'intérieur de l'espace étatique français* », tout en laissant entendre qu'un tel phénomène trouverait sa solution à l'issue d'une « *guerre civile ethnique* » est, selon la Cour, de nature à « *provoquer chez le lecteur un sentiment de rejet et d'antagonisme, accru par l'emprunt au langage militaire* »⁹⁷⁰. Enfin, il n'est guère contestable que « *les médias audiovisuels ont des effets souvent beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite* »⁹⁷¹.

Il ressort ainsi de l'étude des critères strasbourgeois que l'opportunité d'une répression de l'expression haineuse est moins subordonnée à son contenu qu'à son contexte et aux paramètres de sa diffusion. Il arrive pourtant que, sur le fondement de l'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme, certaines formes aiguës de propos haineux se voient refuser tout contrôle de la limitation qui leur a été infligée par l'Etat à raison de leur seul contenu, traduisant une géométrie variable et circonstanciée du jugement des discours haineux.

2 - Le déni d'une protection conventionnelle sur le fondement de l'article 17 Conv.

EDH

235. L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'Homme dispose qu'« *aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention* ». Cet article, qualifié par certains de « *clause d'abus* »⁹⁷² (ou encore « *clause-couperet* » ou « *clause-guillotine* »), a pour effet de neutraliser la protection habituellement

⁹⁶⁹ CEDH, *Feret c/ Belgique*, 16 juillet 2009, n° 15615/07, § 75.

⁹⁷⁰ CEDH, *Soulas et autres c/ France*, 10 juillet 2008, n° 15948/03.

⁹⁷¹ CEDH, *Jersild c/ Danemark* préc. § 31.

⁹⁷² H. Cannie, D. Voorhoof, *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention : an Added Value for Democracy and Human Rights Protection ?* Netherlands Quarterly of Human Rights 2011, vol. 29/1, pp. 54-84.

procurée au titre des droits garantis par la Convention (a). Un tel mécanisme n'est toutefois pas sans engendrer certaines critiques quant à sa mise en œuvre (b).

a - Une clause de neutralisation de la protection conventionnelle

236. Les dispositions de l'article 17 trouvent une justification à leur existence dans la fragilité intrinsèque au modèle démocratique qui sous-tend l'esprit de la Convention (i). Leur mise en œuvre s'effectue selon deux procédés distincts en apparence (ii).

i - Une mesure d'autodéfense du modèle démocratique

237. L'idée d'une « clause d'abus » est née à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, et a pris forme, pour la première fois, à travers les dispositions de l'article 30 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948⁹⁷³, de la lettre duquel l'article 17 de la Convention EDH de 1950 et l'article 5 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966⁹⁷⁴ se sont largement inspirés. Ces dispositions répondent ainsi à l'objectif commun de nier à quiconque entend faire un usage liberticide de l'un des droits garantis le bénéfice d'une protection conventionnelle. Il en résulte, dans l'espace du Conseil de l'Europe, une irrecevabilité de la requête formée par le requérant, qui ne pourra faire constater une quelconque violation, par l'Etat poursuivi, des dispositions de la Convention. En ce sens, l'article 17 semble ne devoir s'appliquer qu'à l'usage de droits ayant un « *pouvoir causal liberticide* », à l'exclusion de ceux qui « *concrétisent des devoirs imposés à l'autorité publique* » comme les droits à la liberté et à la sûreté, à un procès équitable et le principe de légalité des délits et des peines⁹⁷⁵.

L'expression attribuée à Saint-Just, « *pas de liberté pour les ennemis de la liberté* », trouve ici une application en Droit : lorsque le comportement d'un requérant s'inscrit en contradiction totale avec les principes qui sous-tendent la Convention, il ne lui est pas possible d'invoquer sa protection. Il s'agissait, dans l'esprit de ses rédacteurs, « *d'empêcher que les*

⁹⁷³ « Aucune disposition de la présente Déclaration ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés qui y sont énoncés ».

⁹⁷⁴ « Aucune disposition du présent Pacte ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et des libertés reconnus dans le présent Pacte ou à des limitations plus amples que celles prévues audit Pacte ».

⁹⁷⁵ S. Van Drooghenbroeck, *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ?*, RTDH 2001, p. 541, sp. p. 548.

courants totalitaires puissent exploiter en leur faveur les principes posés par la Convention, c'est-à-dire invoquer les droits de liberté pour supprimer les droits de l'Homme »⁹⁷⁶. De telles craintes s'expliquent notamment par le fait que le régime national-socialiste était, seulement dix ans auparavant, parvenu au pouvoir par les voies démocratiques (Joseph Goebbels, maître de la propagande hitlérienne affirmait que « *cela restera toujours l'une des meilleures farces de la démocratie d'avoir elle-même fourni à ses ennemis mortels le moyen par lequel elle fut détruite* »⁹⁷⁷ ; Cornelius Castoriadis, considérait, pour sa part, que « *la démocratie est le seul régime politique tragique – c'est le seul régime qui risque, qui affronte ouvertement la possibilité de son autodestruction* »⁹⁷⁸). Ainsi, l'article 17 de la Convention EDH doit s'interpréter comme une mesure radicale justifiée par un « *état de légitime défense* » des droits et de la démocratie⁹⁷⁹.

Inspirées par l'expérience douloureuse du nazisme, les dispositions de l'article 17 répondaient initialement à des craintes alors plus contemporaines, suscitées par l'essor du communisme en Europe de l'Est⁹⁸⁰. Le contexte de l'époque, marqué par l'opposition Est-Ouest dans la reconstruction des sociétés européennes après la guerre, rend cette application de l'article quelque peu anachronique de nos jours⁹⁸¹. A l'heure actuelle, son utilisation trouve pourtant un regain d'intérêt dans le cadre de la lutte contre les discours de haine, dont la substance entre en nette contradiction avec l'esprit de tolérance et de respect d'autrui défendu

⁹⁷⁶ Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires de la Convention européenne des droits de l'homme*, édition en ligne, DH (57) 4, p. 6.

⁹⁷⁷ G. H. Fox, G. Nolte, *Intolerant Democracies*, Harvard International Law Review 1995, p. 1, cité par S. Van Drooghenbroeck, étude préc., p. 541.

⁹⁷⁸ C. Castoriadis, *Les carrefours du labyrinthe*, Tome III, Paris, Seuil, 1990, pp. 417-418, cité par N. Hervieu, *Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à la lutte contre l'extrémisme*, Lettre « Actualité Droit-Libertés » du CREDOF, 13 janvier 2014.

⁹⁷⁹ Conseil de l'Europe, *Recueil des travaux préparatoires* précité, DH (57) 4, p. 5.

⁹⁸⁰ H. Cannie, D. Voorhoof, *op. cit.*, p. 57. Dans la première affaire dans laquelle il fut fait usage de l'article « guillotine », le parti communiste allemand formé en Allemagne de l'Ouest avait été dissous sur la base de l'article 21 § 2 de la loi fondamentale allemande, qui déclare inconstitutionnels les partis politiques qui « *tendent à porter atteinte à l'ordre constitutionnel libéral et démocratique, ou à le renverser* » ; la Commission européenne des droits de l'Homme avait estimé que « *le recours à la dictature pour l'établissement d'un régime est incompatible avec la Convention, dans la mesure où il implique la destruction de beaucoup des droits y étant consacrés* » (Commission EDH, *Kommunistische Partei Deutschlands c/ Allemagne*, 20 juillet 1957, n° 250/7, p. 5.)

⁹⁸¹ Dans l'affaire *Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie* du 30 janvier 1998 (n° 133/1996/752/951), la Cour précisa que « *le TBKP ne visait pas, malgré son appellation, à établir la domination d'une classe sociale sur les autres, mais au contraire respectait les exigences de la démocratie, parmi lesquelles le pluralisme politique, le suffrage universel et la libre participation à la vie politique [...]. En cela, il se distingue clairement du Parti communiste d'Allemagne, dissous le 17 août 1956 par la Cour constitutionnelle [...]* ».

par la Convention. A ce titre, la jurisprudence strasbourgeoise met en œuvre les dispositions de l'article 17 de deux façons différentes, du moins en apparence.

ii - Une dualité apparente d'applications aux discours de haine

238. Deux approches dans l'application de l'article 17 par la juridiction strasbourgeoise ont été identifiées par la doctrine en matière de discours de haine⁹⁸² : une application *directe*, qui implique un refus catégorique de mise en œuvre d'un examen à la lumière des dispositions protectrices de l'article 10, et ce, au regard de la *nature même* de l'expression considérée ; puis, une application *indirecte*, qui est faite dans le cadre de la détermination du caractère nécessaire, dans une société démocratique, de l'ingérence opérée par l'Etat signataire, et où l'article 17 sert d'« *adjuvant interprétatif* »⁹⁸³ visant à apprécier la compatibilité de l'expression litigieuse avec l'esprit général de la Convention.

239. Dans la première hypothèse, il n'est ainsi procédé par la Cour à aucun contrôle de proportionnalité ou de nécessité relativement aux condamnations prononcées par les juridictions nationales. Si cette application directe fut, dans un premier temps, davantage effectuée dans des affaires où les expressions litigieuses s'inscrivaient dans le cadre d'une réhabilitation, d'une réinstauration ou de l'avènement de régimes totalitaires⁹⁸⁴, la Cour a cependant étendu son application à des propos n'appelant pas nécessairement au renversement du modèle démocratique. Des tracts s'adressant aux « *néerlandais de race blanche* » et se prononçant en faveur de l'expulsion par les autorités des « *prétendus travailleurs invités* » ne sauraient ainsi bénéficier des dispositions protectrices de l'article 10, dès lors que la politique revendiquée par le requérant comporte « *manifestement des éléments de discrimination raciale, laquelle est interdite aux termes de la Convention et d'autres accords internationaux* », et que « *le fait, pour les requérants, d'exprimer leurs idées politiques constitue manifestement une activité, au sens de l'article 17 de la Convention* »⁹⁸⁵. Cet élargissement, qui peut davantage s'apparenter à un « glissement » du champ d'application de l'article 17, peut s'expliquer par le changement de contexte survenu avec la fin de la Guerre Froide, la crainte de l'instauration par la violence de régimes totalitaires ayant laissé place à celle d'une résurgence plus insidieuse

⁹⁸² En ce sens, v. H. Cannie, D. Voorhoof, *op. cit.* ; S. Van Drooghenbroeck, étude préc. p. 541.

⁹⁸³ S. Van Drooghenbroeck, étude préc., p. 557.

⁹⁸⁴ Commission EDH, *Kommunistische Partei Deutschlands c/ Allemagne*, 20 juillet 1957 préc.

⁹⁸⁵ Commission EDH, *Glimmerveen et Hagenbeek c/ Pays-Bas*, 11 octobre 1979, n° 8348/78 et 8406/78, décision sur la recevabilité.

des doctrines racistes par leur banalisation⁹⁸⁶. Dès lors, « *tout propos dirigé contre les valeurs qui sous-tendent la Convention se verrait soustrait par l'article 17 à la protection de l'article 10* »⁹⁸⁷.

240. L'article 17 peut également faire l'objet d'une mise en oeuvre *indirecte*, en tant que base interprétative des clauses limitatives de l'article 10 § 2 de la Convention⁹⁸⁸. Dans de tels cas, la Cour débute son contrôle de façon classique sur le fondement de l'article 10. Cependant, l'analyse du « besoin social impérieux » et du caractère « suffisant et pertinent » des motifs avancés au soutien de la condamnation du requérant laissent place à un examen du seul contenu de l'expression litigieuse « *à la lumière de l'article 17* »⁹⁸⁹, pour aboutir à une déclaration d'irrecevabilité de la requête⁹⁹⁰. La Cour, après avoir constaté que la condamnation subie par les requérants constituait bien une ingérence dans l'exercice de leur droit à la liberté d'expression, que celle-ci était prévue par la loi et poursuivait les buts légitimes de défense de l'ordre et de prévention du crime, souligne l'incompatibilité des propos avec les valeurs fondamentales de la Convention. Jusqu'à l'arrêt *Garaudy c/ France*⁹⁹¹, cette méthode fut utilisée essentiellement dans des affaires visant des propos négationnistes⁹⁹².

Selon certains auteurs, l'utilisation indirecte de l'article 17, en ce qu'elle inclut une base argumentative plus importante de la part de la Cour, constitue un moyen d'éviter les éventuels dangers causés par une déchéance pure et simple de la protection conventionnelle voulue par son application directe⁹⁹³. Cependant, on peut convenir avec d'autres auteurs que la distinction entre les deux applications de l'article 17 est superflue en ce qu'elle aboutit aux mêmes effets⁹⁹⁴. L'application « directe » de l'article 17 demeure néanmoins assez rare, et, probablement en raison du caractère radical de ses dispositions, semble devoir se cantonner à certains types

⁹⁸⁶ En ce sens, v. H. Cannie, D. Voorhoof, *op. cit.* pp. 62-63.

⁹⁸⁷ CEDH, *Seurot c/ France*, 18 mai 2004, n° 57383/00, décision sur la recevabilité précitée.

⁹⁸⁸ V. not. Commission EDH, *Kühnen c/ Allemagne*, 12 mai 1988, n° 12194/86, décision sur la recevabilité.

⁹⁸⁹ V. not. CEDH, *Lehideux et Isorni c/ France*, 23 septembre 1998 *préc.*, § 38.

⁹⁹⁰ H. Cannie, D. Voorhoof, *op. cit.*, p. 67.

⁹⁹¹ CEDH, *Garaudy c/ France*, 24 juin 2003, n° 65831/01, D. 2004, p. 239, note D. Roets.

⁹⁹² Décisions sur la recevabilité ; Commission EDH, *F.P. c/ Allemagne*, 29 mars 1993, n° 19459/92 ; *Udo Walendy c/ Allemagne*, 11 janvier 1995, n° 21128/92 ; *Remer c/ Allemagne*, 6 septembre 1995, n° 25096/95 ; *Honsik c/ Autriche*, 18 octobre 1995, n° 25062/94 ; *Marais c/ France*, 24 juin 1996, n° 31159/96 ; *D.I. c/ Allemagne*, 26 juin 1996, n° 26551/95 ; *Hennicke c/ Allemagne*, 21 mai 1997, n° 34889/97 ; *Nachtmann c/ Autriche*, 9 septembre 1998, n° 36773/97.

⁹⁹³ J. A. Frowein, "Incitement against Democracy as a Limitation of Freedom of Speech", in D. Kretzmer, F. Kerschman Hazan, F. Ebert Stiftung, *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, Kluwer Law International, 2000, 285 p., *sp.* p. 36.

⁹⁹⁴ En ce sens, v. S. Van Drooghenbroeck, étude *préc.*, *sp.* p. 555 ; H. Cannie, D. Voorhoof, étude *préc.*, *sp.* p. 67.

d'expressions spécifiques identifiées en fonction de leur strict contenu⁹⁹⁵. A ce titre, le juge européen a eu l'occasion de préciser dans l'arrêt *Lehideux et Isorni* précité que la négation ou la révision de « *faits historiques clairement établis – tel l'Holocauste* » se verraient soustraites par l'article 17 à la protection de l'article 10⁹⁹⁶, avant de mettre ce principe en application dans l'arrêt *Garaudy c/ France*⁹⁹⁷. Dans cette dernière espèce, le requérant avait publié un ouvrage dans lequel il niait l'utilisation par le régime hitlérien de chambres à gaz pour l'extermination du peuple Juif, auquel il attribuait l'exploitation à des fins politiques du massacre perpétré par l'Allemagne nazie, dont l'ampleur aurait été largement exagérée. Pour justifier l'application directe de l'article 17 aux propos litigieux, la Cour précisa que le fait contester la réalité de l'Holocauste revient à « *réhabiliter le régime national-socialiste, et, par voie de conséquence, d'accuser de falsification de l'histoire les victimes elles-mêmes. Ainsi, la contestation de crimes contre l'humanité apparaît comme l'une des formes les plus aiguës de diffamation raciale envers les Juifs et d'incitation à la haine à leur égard* ». Cette solution, confirmée par la suite⁹⁹⁸, fut toutefois étendue au fait d'établir, par l'exposition au public d'une affiche en grand format, un lien entre l'ensemble d'une communauté religieuse et un acte terroriste grave⁹⁹⁹. Dès lors, si la notion de « valeurs fondamentales qui sous-tendent la Convention » ne jouit pas d'une définition précise, la Cour semble dessiner, par touches successives, les formes de discours, tels le racisme, l'antisémitisme et l'islamophobie, qui s'y opposent de façon péremptoire¹⁰⁰⁰.

Aussi, en l'absence de critères définissant ses hypothèses de mise en œuvre, l'utilisation par la Cour européenne des droits de l'Homme de sa « clause d'abus » appelle des critiques.

b - Un mécanisme critiquable dans sa mise en œuvre

241. En premier lieu, l'application directe des dispositions de l'article 17 contraste nettement avec la jurisprudence pourtant très protectrice des idées « *qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction de la population* »¹⁰⁰¹ sur le fondement du droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10. Ainsi, si « *la liberté humaine, justement parce qu'elle est*

⁹⁹⁵ F. Tulkens, Séminaire sur les droits de l'Homme pour les formateurs judiciaires européens du 9 octobre 2012 *préc.*

⁹⁹⁶ CEDH, *Lehideux et Isorni c/ France*, 23 septembre 1998 *préc.*, § 47.

⁹⁹⁷ CEDH, *Garaudy c/ France*, 24 juin 2003 *préc.*

⁹⁹⁸ En ce sens, v. CEDH *Witzsch c/ Allemagne*, 13 décembre 2005, n° 7485/03 (décision sur la recevabilité).

⁹⁹⁹ CEDH, *Norwood c/ Royaume-Uni*, 16 novembre 2004, n° 23131/01, décision sur la recevabilité.

¹⁰⁰⁰ En ce sens, v. CEDH, *M'bala M'bala c/ France*, 20 octobre 2015, n° 25239/13, § 33.

¹⁰⁰¹ CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, 7 décembre 1976 *préc.*, § 49.

sacrée, ne doit pas devenir la panoplie d'où ses ennemis pourront détacher les armes par lesquelles ils pourront ensuite, en tout liberté supprimer cette liberté »¹⁰⁰², on peut être tenté d'y voir une contradiction manifeste avec les principes qui fondent le pluralisme démocratique¹⁰⁰³.

242. Tandis que l'application directe de l'article 17 présente pour inconvénient majeur de n'offrir aucune forme d'analyse visible des circonstances de l'espèce, son application indirecte n'en présente pas moins de risques. Selon Hannes Cannie et Dirk Voorhoof, en substituant à la détermination de la nécessité de l'ingérence contestée (qui implique une pesée des intérêts mis en balance dans l'espèce à l'aune d'un certain nombre de critères) une simple comparaison du contenu des propos litigieux aux principes fondateurs de la Convention, la Cour de Strasbourg substitue à l'examen classique un examen en trompe-l'œil qui aboutit à une déchéance de la protection conventionnelle identique à celle observée dans le cadre d'une application directe de l'article 17¹⁰⁰⁴. Il convient alors de se demander si le « sceau de conventionnalité » d'une condamnation, obtenu à l'issue d'un constat de l'absence de violation des dispositions de la Convention sur le fondement de l'article 10 § 2, n'emporte pas une charge symbolique supérieure à celle qui se trouve simplement « appuyée » par la déchéance abrupte de la clause d'abus : l'invocation des valeurs qui sous-tendent à la Convention au détriment d'un véritable examen sur le fond tend à anéantir les vertus pédagogiques de la décision rendue.

243. De façon plus générale, l'application de l'article 17 aux droits susceptibles, par leur abus, d'entraîner la disparition d'autres droits, conduit inévitablement à s'interroger sur son utilité. En effet, la plupart de ces droits figurent au sein de la Convention sous une architecture bipartite, qui consiste en l'affirmation de leur protection au sein d'un premier paragraphe, tandis que le second indique les valeurs sociales susceptibles de justifier, au sein d'une société démocratique, leur éventuelle limitation par l'Etat. Dès lors, la possibilité offerte par le « droit commun conventionnel » d'une déchéance *a priori* de ces droits par les juridictions internes, dont l'opportunité est appréciable par la Cour EDH sur le fondement de l'article 10 § 2, interroge quant à l'éventuel « double-emploi » que serait susceptible d'entraîner l'utilisation de

¹⁰⁰² Conseil de l'Europe, DH (57) 4 préc., p. 2.

¹⁰⁰³ « *La démocratie implique, par définition, pluralité d'opinions, peu importe que celles-ci soient minoritaires ou majoritaires, sans conséquence ou très choquantes. Le système démocratique, qui se caractérise par la tolérance et l'esprit d'ouverture, doit laisser s'exprimer toutes les idées, même celles qui visent à sa destruction. Ne pas prendre ce risque, n'est-ce pas porter atteinte à l'essence même de ce régime ?* » (B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, op. cit. pp. 58-59, n° 130).

¹⁰⁰⁴ H. Cannie, D. Voorhoof, op. cit. pp. 67-68.

l'article 17¹⁰⁰⁵. L'application des clauses limitatives de l'article 10 par la mise en oeuvre « indirecte » de l'article 17 semble n'offrir qu'une coloration morale et symbolique supplémentaire à la validité pourtant déjà acquise d'ingérences étatiques en vertu de l'article 10 § 2 de la Convention. Nathalie Droin souligne en ce sens que « *faire [de l'article 17] une simple règle d'interprétation des clauses restrictives de liberté consiste finalement à lui accorder la même portée qu'aux § 2 des articles 8 à 11 de la Convention qui prévoient les différents buts légitimant les ingérences aux libertés auxquelles ils sont associés* »¹⁰⁰⁶.

Ces doutes quant à l'utilité réelle de l'article 17 se trouvent renforcés par le fait que la majorité des expressions constitutives d'un discours de haine voient l'examen de leur condamnation par les juridictions internes se dérouler sur le terrain conventionnel classique, tandis que seules quelques-unes d'entre-elles tombent sous le couperet de la clause d'abus. Un tel procédé apparaît contestable en ce qu'il conduit à établir une distinction entre les discours de haine qui peuvent faire l'objet d'un débat contradictoire, et ceux qui doivent être automatiquement perçus comme ne pouvant procéder de la liberté d'expression. A ce titre, la systématisation de l'emploi de l'article 17 dans les affaires relatives à des faits de négation de l'Holocauste contraste grossièrement avec l'invocation répétée par la Cour du « *recul du temps* » dans des affaires ayant trait à des débats historiques et l'effet réducteur qu'il entraîne sur la sévérité avec laquelle il convient de traiter des propos relatifs à des événements survenus il y a plus de quarante ans¹⁰⁰⁷. Et si la jurisprudence récente a montré que l'article 17 de la Convention n'est pas exclusivement utilisé à l'encontre de propos négationnistes¹⁰⁰⁸, l'extension de son champ d'application a néanmoins entraîné la multiplication du nombre d'affaires au cours desquelles l'Etat défendeur a invoqué ces dispositions au soutien de la condamnation prononcée par les juridictions nationales, ce qui témoigne d'un « *malaise social*

¹⁰⁰⁵ S. Van Drooghenbroeck, étude préc., *sp.* pp. 547-549.

¹⁰⁰⁶ N. Droin, *Les limitations de la liberté d'expression dans la loi sur la presse du 29 juillet 1881*, *op. cit.* pp. 201-202, n° 228.

¹⁰⁰⁷ Sur l'utilisation de la notion de « *recul du temps* » par la Cour européenne des droits de l'Homme, *v. supra*, n° 215 s.

¹⁰⁰⁸ S'agissant de propos islamophobes, *v. CEDH, Norwood c/ Royaume-Uni*, 16 novembre 2004 préc. ; s'agissant de propos antisémites, *v. CEDH, Pavel Ivanov c/ Russie*, 20 février 2007, n° 35222/04 ; *M'bala M'bala c/ France*, 20 octobre 2015 préc.

évident »¹⁰⁰⁹. Il peut en effet être craint qu'une « banalisation » de la clause d'abus¹⁰¹⁰ ne transforme sa vocation initiale de défense du modèle démocratique en véritable instrument de régulation des discours impopulaires¹⁰¹¹.

244. Mais la conséquence la plus dommageable d'une utilisation de l'article 17, pour la partie requérante, est le mépris du contrôle de proportionnalité de la sanction auquel il est habituellement procédé sur le fondement de l'article 10 § 2. En effet, s'agissant d'un droit aussi important au sein d'une société démocratique, il est crucial qu'une condamnation, pour justifiée qu'elle soit au regard de l'objectif poursuivi, n'excède pas un degré de sévérité qui emporterait un « effet dissuasif » sur le débat public. Il est ainsi arrivé dans certains cas qu'une ingérence étatique, pourtant prévue par la loi, répondant à un but légitime et apparaissant comme nécessaire dans une société démocratique, ait été déclarée constitutive d'une violation de l'article 10 de la Convention en raison du caractère disproportionné des sanctions prononcées¹⁰¹². Dans les affaires faisant intervenir l'article 17 de la Convention, un tel contrôle n'est pas effectué par la Cour, y compris lorsqu'elle en fait l'application indirecte. Ainsi, dans l'affaire *Kühnen c/ Allemagne*, l'auteur d'un tract de propagande néonazie avait été condamné à trois ans et quatre mois d'emprisonnement, et sa requête fut néanmoins déclarée inadmissible au visa de l'article 17¹⁰¹³.

245. Aussi peut-on se demander si la démarche qui sous-tend l'utilisation de l'article 17 de la Convention ne relève pas davantage de l'opportunité politique de répression que d'une véritable démarche juridique¹⁰¹⁴. Au-delà du signal important que constitue sa mise en œuvre à l'égard des idéologies antidémocratiques, la déchéance de protection conventionnelle de l'article 17 tend à opérer un détournement du rôle joué par la norme juridique dans la lutte

¹⁰⁰⁹ Françoise Tulkens cite à ce titre trois affaires (CEDH, *Leroy c/ France*, *Féret c/ Belgique*, *Paksas c/ Lituanie*) au cours desquelles la Cour de Strasbourg a rejeté les prétentions du gouvernement qui s'était prononcé en faveur de l'application de l'article 17 au cas d'espèce. v. Séminaire sur les droits de l'Homme pour les formateurs judiciaires européens du 9 octobre 2012 *préc.*, p. 5.

¹⁰¹⁰ J.-P. Marguénaud, *L'humoriste Dieudonné sous le couperet de l'article 17 : du Zénith au nadir*, RSC 2016 p. 140.

¹⁰¹¹ H. Cannie, D. Voorhoof, *op. cit.*, pp. 71-72. Dans le même sens, v. F. Sudre, « L'interdiction de l'abus de droit de l'article 17 de la CEDH et les délits de presse », in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.* p. 153, *sp.* p. 166.

¹⁰¹² Dans l'affaire CEDH, *Marchenko c/ Ukraine* du 19 février 2009 (n° 4063/04), le requérant avait été condamné à un an d'emprisonnement ainsi qu'une forte amende pour diffamation. Selon la Cour, « une telle sanction, par sa nature même, provoque inévitablement un effet dissuasif sur la participation au débat public » (§ 52).

¹⁰¹³ Commission EDH, *Kühnen c/ Allemagne*, 12 mai 1988 *préc.*

¹⁰¹⁴ F. Marchadier, « Le juge européen. La liberté d'expression dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'Homme », intervention au colloque *Actualités de la liberté d'expression : la défense d'une liberté, entre protection des secrets et sanction des excès* organisé par E. Raschel et le centre Michel de l'Hospital, Université d'Auvergne, Clermont-Ferrand, 1^{er} octobre 2015.

contre le discours de haine. L'affirmation des valeurs de tolérance et de respect d'autrui, toutes deux à la base du modèle démocratique, par le refus des propos s'y opposant de façon outrancière, ne saurait dispenser de l'examen des circonstances qui entourent l'expression litigieuse, qui est l'occasion pour la Cour d'assortir son jugement d'un fondement légitime et solide.

L'interprétation extensive des normes d'incrimination, qui est essentiellement du ressort des juges, peut en outre subir l'influence de la démarche militante de groupements associatifs qui, dans des domaines où le ministère public a quelque peu abandonné son devoir de vigilance, tendent à devenir des quasi-autorités de poursuites.

Section 2 - L'extension déraisonnable du champ répressif par l'action civile associative

246. Certaines associations sont aujourd'hui devenues des acteurs primordiaux de la répression d'infractions pénales en matière d'expression publique. L'abandon de vigilance qui en résulte, de la part du ministère public, au profit de ces groupements associatifs tend à privatiser l'action publique de façon préjudiciable à la liberté d'expression (§ 1). D'une utilité pourtant indéniable, l'exercice de cette habilitation à poursuivre est susceptible d'entraîner une influence excessive sur l'interprétation des textes d'incrimination, comme il a pu être observé en matière de contentieux relatif aux publicités illicites pour l'alcool et le tabac (§ 2).

§ 1 - Une privatisation de l'action publique préjudiciable à la liberté d'expression

247. Initialement dépourvues du droit d'ester en justice pour toute autre action que celle découlant d'un préjudice personnel et direct, une habilitation légale a été octroyée à certains groupes associatifs, à raison d'objets sociaux toujours plus nombreux, pour qu'ils exercent les droits reconnus à la partie civile dans la poursuite de certaines infractions d'expression publique (A). Il en résulte une ingérence parfois regrettable de groupements privés dans l'exercice d'une liberté publique (B).

A - Une multiplication des habilitations légales à la mise en mouvement de l'action publique

248. S'il n'est aujourd'hui plus douteux qu'une personne morale peut, au même titre qu'une personne physique, être victime d'une infraction, y compris lorsque cette dernière

résulte d'un propos public justifiant dès lors d'un intérêt à agir en justice pour la réparation du dommage subi¹⁰¹⁵, toute autre était la question de savoir si un groupement peut déclencher l'action publique lorsqu'une forme d'expression porte atteinte, non à sa respectabilité personnelle, mais à l'intérêt collectif qu'il promeut par son objet social¹⁰¹⁶. C'est précisément à propos de faits constitutifs d'infractions de presse que la solution de principe fut dégagée au début du XX^e siècle en jurisprudence. Mettant fin aux incertitudes induites par des arrêts de portée contradictoire rendus par les chambres civile¹⁰¹⁷ et criminelle¹⁰¹⁸ de la Cour de cassation ainsi que par la jurisprudence consacrant un droit d'ester en justice aux syndicats pour les infractions portant atteinte à leurs intérêts collectifs¹⁰¹⁹, la Haute juridiction, statuant en Chambres réunies, conclut finalement à l'irrecevabilité des actions émanant d'associations pour des faits lésant leur objet social et ne constituant de ce fait pas un préjudice personnel et direct leur conférant un intérêt à agir¹⁰²⁰.

249. Cette solution demeure aujourd'hui le principe en matière d'action en justice des associations¹⁰²¹. Cependant, le législateur a, depuis, procédé à une « labellisation »¹⁰²² ponctuelle de certaines associations en leur conférant la possibilité d'« *exercer les droits reconnus à la partie civile* » relativement à la poursuite d'infractions portant atteinte à la cause qu'elles se sont donné pour mission de défendre, cette cause apparaissant comme particulièrement nécessaire à l'intérêt général. Les groupements associatifs concernés sont ainsi libérés des contraintes imposées par l'article 2 du Code de procédure pénale et sont admis à mettre en mouvement l'action publique pour les infractions énumérées par les textes d'habilitation, soit par la voie d'une constitution de partie civile, soit par la voie de la citation directe. Et lorsque, dans certains cas, la jurisprudence s'est écartée de la solution de principe de

¹⁰¹⁵ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 379, n° 767. Plus largement, v. G. Loiseau, *Des droits humains pour des personnes non humaines*, D. 2011, p. 2558.

¹⁰¹⁶ Conformément à l'article 2 du Code de procédure pénale « *l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* ».

¹⁰¹⁷ Cass. Civ., 4 mars 1913, D.P. 1913.1.321, concl. Sarrut, note L. Rolland, cité in L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, thèse ss. dir. G. Viney, LGDJ, Bibl. dr. Privé, t. 278, 1997, sp. pp. 28-29, n° 31.

¹⁰¹⁸ Cass. Crim., 18 octobre 1913, S. 1920.1.321, note L. Hugueney, cité *ibidem* p. 29, n° 32.

¹⁰¹⁹ Cass. Ch. réunies, 5 avril 1913, D.P. 1914.1.65, concl. Sarrut, rapp. Falcimagne, cité *ibidem* p. 28, n° 30.

¹⁰²⁰ Cass. Ch. réunies, 15 juin 1923, D.P. 1924.1.153, concl. Méryllon, note L. Rolland ; S. 1924.1.49, rapp. A. Boulloche, note E. Chavegrin, cité par L. Boré, Jcl. Procédure pénale, art. 2 à 3, fasc. 40, *Action civile des groupements*, 2006, n° 36.

¹⁰²¹ En ce sens, v. Cass. Crim., 6 mars 1990, Bull. crim. 1990 n° 104.

¹⁰²² L'expression est de G. Lécuyer in *Liberté d'expression et responsabilité*, op. cit. p. 192, n° 160.

1923 pour consacrer, hors habilitation légale, un droit d'action à certaines associations eu égard à la spécificité de leur mission (ainsi qu'à la reconnaissance d'utilité publique dont elles font l'objet¹⁰²³), le législateur a systématiquement opéré une consécration *a posteriori* de ces solutions sur le plan législatif¹⁰²⁴. Toutefois, si le principe demeure bien l'impossibilité, pour les associations d'agir en réparation d'une atteinte portée aux intérêts qu'elles défendent, le nombre des infractions à raison desquelles une association est exceptionnellement habilitée à exercer les droits reconnus à la partie civile s'est multiplié de façon exponentielle depuis la seconde moitié du XX^e siècle.

Si le réceptacle originel de ces habilitations est constitué par les articles 2-1 à 2-23 du Code de procédure pénale, chaque article de cette série constituant une habilitation délivrée à des associations en fonction de la cause défendue (lutte contre le racisme, contre les violences sexuelles, protection de l'enfance, des consommateurs...), d'autres habilitations ont été insérées au sein d'autres ensembles législatifs. Parmi la multitude d'infractions susceptibles de correspondre à celles pour lesquels la mise en mouvement de l'action publique est autorisée aux groupements associatifs, on trouve un certain nombre de délits d'expression publique : au titre des habilitations codifiées, l'article 2-5 du Code de procédure pénale autorise les associations dont l'objet statutaire réside dans défense des intérêts moraux et de l'honneur de la Résistance et des déportés à exercer les droits de la partie civile pour les faits d'apologie de crimes de guerre ou de crimes et délits de collaboration avec l'ennemi, tandis que les articles L. 3355-1 et L. 3512-1 du Code de la santé publique habilitent les associations se donnant pour mission de lutter, respectivement, contre l'alcoolisme et le tabagisme, à mettre en mouvement l'action publique pour des faits de publicité illicite en faveur de boissons alcooliques ou de produits du tabac.

Cependant, le principal « recueil » des habilitations délivrées par le législateur aux associations en matière de poursuites relatives à des délits d'expression publique réside dans les articles 48-1 à 48-6 de la loi du 29 juillet 1881. Le premier de ces articles offre ainsi la possibilité aux associations de lutte contre le racisme et de défense de la mémoire des esclaves et de l'honneur de leurs descendants d'exercer les droits de la partie civile dans le cadre de

¹⁰²³ L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations* [...], *op. cit.* pp. 304-305, n° 310.

¹⁰²⁴ Sur la recevabilité de l'action formée par une association de défense de la mémoire de la Résistance pour des faits d'apologie de crimes de guerre, v. Cass. Crim., 14 janvier 1971, Bull. crim. 1971 n° 14; sur la recevabilité de l'action formée par une association de lutte contre le tabagisme pour des faits de publicité illicite en faveur du tabac, v. Cass. Crim. 7 février 1984, Bull. crim. 1984 n° 41; 29 avril 1986, Bull. crim. 1986 n° 146.

poursuites visant des faits de provocation à la haine, à la violence ou à la discrimination raciales, de diffamation et d'injure à caractère raciste, et depuis peu, des faits de négation de crimes d'esclavage (art. 48-1-1)¹⁰²⁵. L'article 48-2, faisant écho à l'article 2-5 du Code de procédure pénale, délivre une habilitation aux associations de défense des intérêts moraux de la Résistance et des déportés relativement aux faits d'apologie de crimes de guerre, mais également aux faits d'apologie et de contestation de crimes contre l'humanité. L'article 48-3 s'applique, quant à lui, aux associations d'anciens combattants relativement aux diffamations et injures dont ils font l'objet. Enfin, les articles 48-4, 48-5 et 48-6 autorisent les associations luttant contre les discriminations et violences fondées respectivement sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre, le sexe et le handicap des victimes à poursuivre les délits de provocation, d'injure et de diffamation visant ces catégories de personnes.

Certaines associations peuvent donc assister le ministère public, et même souvent s'y substituer en cas d'inertie de ce dernier, dans la poursuite de propos répréhensibles. Cette « quasi-privatisation » de l'action publique, si elle permet d'assurer un respect plus effectif des lois applicables, n'est pas sans faire courir certains dangers à la liberté d'expression.

B - Une ingérence de groupements privés dans l'exercice d'une liberté publique

250. L'action civile des groupements associatifs compte parmi ces sujets qui divisent périodiquement la doctrine juridique française. Certains auteurs plaident en faveur d'une extension générale de l'habilitation des associations dites « altruistes » à agir pour la défense de leurs intérêts collectifs, considérant que cet altruisme « *peut constituer un intérêt personnel et que, lorsqu'il se manifeste par l'attachement à une cause, celle-ci peut être juridiquement protégée* »¹⁰²⁶. D'autres, moins enthousiastes, estiment qu'une telle solution aboutirait à « *un tutoiement des contraires* » dès lors qu'« *un intérêt personnel émergerait de l'atteinte à un intérêt collectif abstrait désigné par l'objet social* »¹⁰²⁷. Enfin, certains ne dissimulent pas leur vive hostilité vis-à-vis de l'action d'associations « *prétendument utiles à la collectivité* »¹⁰²⁸, déplorant le caractère « *démagogique* » des habilitations légales se multipliant « *sans véritable*

¹⁰²⁵ Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 préc. art. 173. A ce sujet, v. B. Ader, *Le droit des associations après la loi Egalité et citoyenneté*, Légipresse 2017, n° 348, p. 192.

¹⁰²⁶ L. Boré, *Pour la recevabilité de l'action associative fondée sur la défense d'un intérêt altruiste*, RSC 1997 p. 751.

¹⁰²⁷ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, op. cit. p. 191, n° 159.

¹⁰²⁸ M.-L. Rassat, *Traité de procédure pénale*, 3^{ème} éd., PUF, 2001, p. 281, n° 182.

souci de l'intérêt commun »¹⁰²⁹. Ces controverses ont par ailleurs conduit l'Office parlementaire d'évaluation de la législation de l'Assemblée nationale à commander la rédaction d'un rapport sur l'action civile des associations, qui fut rendu le 6 mai 1999¹⁰³⁰.

251. Deux critiques communément formulées doivent être brièvement évoquées. En premier lieu, est unanimement dénoncé le caractère extrêmement disparate du régime des habilitations légales, lequel, en raison de leur multiplication désordonnée, n'obéit à aucune sorte de logique ou de continuité quant aux conditions requises pour l'exercice de l'action civile¹⁰³¹ (néanmoins, s'agissant des habilitations ayant des incidences sur le droit de la presse, le régime semble relativement harmonisé, l'unique condition requise pour l'ensemble des associations concernées étant qu'elles aient fait l'objet d'une déclaration régulière depuis au moins cinq ans « *à la date des faits* »). Le second reproche habituellement adressé à l'habilitation des associations à agir devant les juridictions répressives réside dans l'atteinte qu'elle porte au quasi-monopole du ministère public sur l'opportunité des poursuites : la défense des valeurs bafouées par les infractions pénales, au nom de l'intérêt général, est en principe acquise au seul parquet, représentant de l'Etat face à la loi. C'est d'ailleurs sur ce principe que repose la solution de l'arrêt rendu en 1923 par les Chambres réunies de la Cour de cassation refusant *a priori* l'action civile associative pour les atteintes commises aux intérêts collectifs qu'elles défendent¹⁰³². Les habilitations délivrées par le législateur tendent dès lors à en faire des « *auxiliaires privés* » du ministère public¹⁰³³, et certains regrettent ainsi que l'action publique se retrouve entre les mains de « *réseaux de justiciers privés* »¹⁰³⁴. Néanmoins, ces remarques, bien que pertinentes et conservant leur actualité en dépit de l'ancienneté relative des débats¹⁰³⁵, ne révèlent pas entièrement la spécificité de la question relative au contentieux pénal de la liberté d'expression initié par des groupements associatifs.

¹⁰²⁹ M.-L. Rassat, *Propositions de réforme du code de procédure pénale : rapport à M. le Garde des sceaux, ministre de la Justice*, Doc. fr. 1997, p. 101.

¹⁰³⁰ Assemblée nationale, rapport n° 1583 de M. Pierre Albertini sur l'exercice de l'action civile par les associations, 6 mai 1999.

¹⁰³¹ L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations* [...], *op. cit.* p. 57, n° 63 ; N. Mallet-Poujol, *L'action judiciaire des associations en droit des médias*, Légipresse 2002, n°193-II p. 95, *sp.* pp. 96-97 ; W. Jeandidier, J. Belot, *Procédure pénale*, PUF, 1986, n° 15, *L'action civile des groupements*, p. 82, *sp.* p. 86.

¹⁰³² Cass. Ch. réunies, 15 juin 1923 préc.

¹⁰³³ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, *op. cit.* p. 193, n° 161 ; F. Boulan, *Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive*, JCP G 1973.I.2563, n° 38.

¹⁰³⁴ A. Decocq, *L'avenir funèbre de l'action publique*, in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 781, *sp.* p. 782.

¹⁰³⁵ V. not. J. Languier, *L'action publique menacée (A propos de l'action civile des associations devant les juridictions répressives)*, D. 1958, *chron.* 29.

Partant, deux séries de considérations s'opposent alors sur le terrain de l'opportunité de l'action civile des associations en matière d'expression publique.

Est d'abord avancée l'idée selon laquelle « *l'effectivité du respect des lois suppose que le parquet n'en soit pas le seul juge* »¹⁰³⁶. Le caractère foisonnant du contentieux relatif aux infractions pénales « ordinaires » (vols, violences, homicides...) est en effet de nature à accaparer une partie significative de l'attention du ministère public et conduit, de fait, à une sélectivité accrue des poursuites pour les délits plus spécifiques. Ainsi, l'action civile des associations constitue une « *contrepartie souhaitable à l'indifférence, à la carence ou à l'asphyxie des procureurs* »¹⁰³⁷, notamment en matière de délits d'expression¹⁰³⁸, pour lesquels « *l'importance d'un relais associatif agissant pour la défense de l'intérêt collectif ne doit pas être négligée dans une perspective démocratique* »¹⁰³⁹. Les diverses habilitations adoptées par le législateur peuvent ainsi être perçues comme autant de « délégations » d'une portion de l'opportunité des poursuites au profit de groupements qui se spécialisent dans l'identification de ce genre de comportements, légitimant en quelque sorte l'inaction du ministère public en la matière¹⁰⁴⁰ (certains auteurs déplorent même l'abandon, par l'Etat, d'une part de ses responsabilités¹⁰⁴¹).

Inversement, l'action civile des associations en matière de liberté d'expression pose la question délicate de l'immixtion de groupements privés dans l'exercice d'une liberté publique. En ce qu'elles vouent l'essentiel de leur action judiciaire à la poursuite de propos susceptibles de porter une atteinte directe ou indirecte à la cause qu'elles défendent, on peut craindre que les associations interprètent systématiquement les faits poursuivis « *à travers le prisme déformant de leur sensibilité* »¹⁰⁴², l'appréciation de la gravité de ceux-ci risquant dès lors de devenir « *partisane ou tendancieuse* »¹⁰⁴³. L'exercice abusif de « *l'action militante* »¹⁰⁴⁴ par ces « *quasi-procureurs privés et spécialisés* »¹⁰⁴⁵ serait dès lors de nature à court-circuiter le débat

¹⁰³⁶ Assemblée nationale, rapport n° 1583 de M. Pierre Albertini préc.

¹⁰³⁷ *Ibidem* ; v. aussi W. Jeandidier, J. Belot, *op. cit.* p. 83.

¹⁰³⁸ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 380, n° 767.

¹⁰³⁹ N. Mallet-Poujol, *Légipresse* 2002, n° 193-II p. 95 *préc.*, *sp.* p. 101.

¹⁰⁴⁰ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 386, n° 779.

¹⁰⁴¹ E. Derieux, JCP G 1999.I.153 *préc.*, n° 50 ; C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, *op. cit.* p. 209.

¹⁰⁴² Assemblée nationale, rapport n° 1583 de M. Pierre Albertini préc.

¹⁰⁴³ M.-L. Rassat, *Propositions de réforme du code de procédure pénale*, *op. cit.* p. 100.

¹⁰⁴⁴ A. Decocq, *L'avenir funeste de l'action publique*, art. *préc.*, p. 786.

¹⁰⁴⁵ E. VERNY, *Le membre d'un groupe en droit pénal*, thèse ss. dir. A. Decocq, LGDJ, Bibl. sc. Crim., t. 37, 2002, p. 243, n° 431.

public sur des sujets sensibles, pour lesquels toute opinion peu orthodoxe est fréquemment accueillie avec indignation¹⁰⁴⁶ : « à vouloir transformer en vérité officielle, une morale qui n'est peut-être pas partagée par tout le monde, le risque est réel de faire de notre société, une société soumise à certaines formes d'intégrisme, de nous conduire à un Etat où les conduites individuelles ne seraient plus déterminées par des règles fixées par la représentation nationale, mais par des corps intermédiaires, aux intérêts certes louables, mais qui s'articulent mal avec la notion d'intérêt général »¹⁰⁴⁷.

252. Les partisans d'une généralisation de l'action civile associative répondent à ces critiques en rappelant qu'il n'appartient qu'au juge de se prononcer sur le caractère répréhensible des faits pour lesquels il a été saisi¹⁰⁴⁸. On peut cependant souligner que des poursuites pénales, de par leur caractère grave et solennel, comportent déjà les germes de l'opprobre pour quiconque les subit, en particulier dans le cadre de procès largement médiatisés pour lesquels il est fréquent que plusieurs associations pèsent sur l'accusation en se constituant partie civile par voie d'action comme par voie d'intervention¹⁰⁴⁹. A cet égard, il peut aussi être rappelé le fait que le caractère répressif de l'action civile prend toute son ampleur lorsqu'elle est exercée par des associations, en particulier lorsque le montant des dommages-intérêts demandés est purement symbolique¹⁰⁵⁰. Quant à l'abondance des procédures, les estimations statistiques exposées par Guillaume Lécuyer en 2006 à propos du contentieux en droit de la presse¹⁰⁵¹ s'avèrent autrement plus accablantes que celles qui furent ébauchées dix ans plus tôt par Louis Boré relativement au contentieux pénal général¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁶ M.-C. Ducomte, Gaz. Pal. 28 mai 1988, doct. P. 303 préc.

¹⁰⁴⁷ S. Guinchard, « Les moralistes au prétoire », in Jean Foyer, auteur et législateur : *leges tulit, jura docuit*, PUF, 1997, p. 477, sp. p. 478.

¹⁰⁴⁸ L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations* [...], op. cit. p. 277, n° 282.

¹⁰⁴⁹ L'action civile par voie d'intervention est en principe interdite en droit de la presse, en ce sens que l'acte initial de poursuite est censé figer définitivement la procédure pour toute sa durée (Cass. Crim., 31 janvier 1989, Bull. crim. 1989 n° 38; 7 mars 2000, n° 99-82-713 ; 12 novembre 2008, n° 08-81-269) ; néanmoins, la Chambre criminelle a estimé qu'une telle action était possible « dès lors que les faits objets de la poursuite, et leur qualification [...], ne subissent aucune modification ou extension » (Cass. Crim., 12 octobre 2010, Bull. crim. 2010 n° 157, Comm. com. Electr. 2011, chron. 3, obs. C. Bigot).

¹⁰⁵⁰ P. Auvret, art. préc. in *Mélanges Jacques Robert*, sp. p. 29 ; v. aussi F. Boulan, JCP G 1973.I.2563 préc. n° 13 et 32 ; W. Jeandidier, J. Belot, op. cit. p. 82.

¹⁰⁵¹ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, op. cit. pp. 196-197, n° 163. L'auteur évoque, pour la période de 1985 à 2000 et s'agissant d'arrêts rendus par la Chambre criminelle en matière d'infractions à caractère raciste, une présence de 92,4% d'arrêts faisant intervenir une association, pour 62,1% d'arrêts dans lesquels ces associations ont joué « un rôle décisif ».

¹⁰⁵² L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations* [...], op. cit. pp. 175-176, n° 189.

En définitive, l'habilitation des associations à poursuivre des infractions pénales emporte « *des effets contradictoires : bénéfiques lorsqu'il s'agit de se substituer à un ministère public défaillant, mais éventuellement néfastes lorsqu'il s'agit de poursuivre des intérêts catégoriels ou d'instrumentaliser l'institution judiciaire* »¹⁰⁵³. Si l'on peut y percevoir une forme d'équilibre dans des domaines qui exigent « *une présence sur le terrain, de grande proximité* »¹⁰⁵⁴, comme en matière de protection de l'environnement¹⁰⁵⁵, le poids des inconvénients devient rapidement insupportable lorsqu'est en cause l'exercice d'une liberté fondamentale où s'affrontent diverses conceptions de la morale¹⁰⁵⁶. S'il ne s'agit pas de nier l'utilité de l'action civile associative dans un domaine où la vigilance du ministère public est vouée à des limites insurmontables en raison de la volatilité naturelle de l'expression publique, une « *"dé-judiciarisation" des débats* »¹⁰⁵⁷ doit être privilégiée dans les cas où la coloration pénale des propos est douteuse. Il en va de la préservation du débat public, bien plus souvent gratifié par les affrontements médiatiques et politiques que par les croisades judiciaires.

Si la variété des infractions d'expression publique pour lesquelles une habilitation à agir a été instaurée par le législateur empêche d'établir un catalogue exhaustif d'exemples, le contentieux relatif à la répression des publicités illicites en faveur du tabac et de l'alcool offre néanmoins une illustration pertinente de l'influence exercée par zèle inquisiteur de certains groupements associatifs sur l'interprétation des textes d'incrimination¹⁰⁵⁸.

§ 2 - Une influence parfois excessive : l'exemple du contentieux relatif aux publicités illicites pour le tabac et l'alcool

253. L'étude des excès du contentieux relatif aux publicités illicites pour le tabac et l'alcool implique que soit rappelés les contours des infractions établies dans ce domaine par le législateur, qui répondent à un impératif de protection de la santé publique (A). L'action civile de certaines associations de lutte contre l'alcoolisme et le tabagisme semble cependant avoir,

¹⁰⁵³ C. Bigot, Jcl. Lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 150, *Introduction de l'action*, 2015, n° 37.

¹⁰⁵⁴ Assemblée nationale, rapport n° 1583 de M. Pierre Albertini préc.

¹⁰⁵⁵ B. Buisson, *Le mauvais procès des recours des associations : faux arguments et vraies menaces*, RJE 2001/1, pp. 59-71

¹⁰⁵⁶ S. Guinchard, art. préc. in *Pouvoir et Liberté*, op. cit. p. 490.

¹⁰⁵⁷ N. Mallet-Poujol, *Légipresse* 2002, n° 193-II p. 95 préc.

¹⁰⁵⁸ Cette influence est notamment dénoncée par Guillaume Lécuyer lorsqu'il explique que « *les dérogations au monopole du parquet sont néfastes à la liberté d'expression parce qu'elles entraînent une démultiplication des actions en responsabilité et une multiplication des règles de responsabilité* » (*Liberté d'expression et responsabilité*, op. cit. p. 195, n° 162).

en décalage avec la *ratio legis* de ces incriminations, orienté l'interprétation de ces textes au regard de considérations plutôt moralistes (B).

A - Une réglementation justifiée par l'impératif de protection de la santé publique

254. Les conséquences sociales et sanitaires engendrées par la consommation habituelle et/ou excessive de tabac et d'alcool ont conduit les pouvoirs publics à réglementer, au moyen de sanctions pénales, les formes d'expression visant ou ayant pour effet d'en faire la promotion. La publicité et la propagande sont les deux termes appliqués par le législateur français aux modes d'expression incitant à l'achat et à la consommation de drogues récréatives licites. Essentiellement, mais pas exclusivement à vocation commerciale, peut-on considérer que leur réglementation stricte s'analyse en une atteinte au droit à la liberté d'expression ?

La Cour européenne des droits de l'Homme a, au fil de sa jurisprudence, eu l'occasion de considérer que la publicité, y compris commerciale, était une forme de communication devant bénéficier de la protection de l'article 10 de la Convention EDH : dès 1979, le juge strasbourgeois a en effet jugé que « *le "discours" commercial en tant que tel n'est pas privé de la protection prévue au paragraphe 1^{er} de l'article 10* »¹⁰⁵⁹. Confirmée par la suite¹⁰⁶⁰, cette solution fut même renforcée lorsque, à l'occasion d'une affaire concernant une station de radiodiffusion dont les programmes étaient essentiellement constitués de musique et de messages publicitaires, la Cour de Strasbourg a considéré que « *la diffusion de programmes par voie hertzienne comme leur retransmission par câble relèvent du droit consacré par les deux premières phrases de l'article 10 § 1 [...], sans qu'il faille distinguer selon le contenu des programmes* »¹⁰⁶¹. S'agissant de la publicité commerciale, elle ne saurait être considérée différemment de son pendant informatif vis-à-vis du droit à la liberté d'expression : « *une différence de traitement à cet égard pourrait le cas échéant tomber sous le coup de l'article 14* » de la Convention interdisant toute forme de discrimination dans l'exercice des droits qu'elle garantit¹⁰⁶². Cette solution avait également été consacrée par le Comité des droits de l'Homme de l'ONU à l'occasion d'une décision rendue contre le Canada en 1993, dans laquelle

¹⁰⁵⁹ Commission EDH, *X et Eglise de scientologie c/ Suède*, 5 mai 1979, n° 7805/77

¹⁰⁶⁰ Commission EDH, *Liljenberg c/ Suède*, 1^{er} mars 1983, n° 2664/8 ; Cour EDH, *Markt Intern Verlag GMBH et Klaus Beerman c/ République fédérale d'Allemagne*, 20 novembre 1989, n° 10572/83, § 26

¹⁰⁶¹ CEDH, *Groppera Radio AG c/ Suisse*, 28 mars 1990, n° 10890/84, § 55

¹⁰⁶² CEDH, *Casado Coca c/ Espagne*, 24 février 1994, n° 15450/89, § 35.

il fut jugé que « *l'élément commercial d'une forme d'expression telle que l'affichage extérieur ne peut avoir pour effet de sortir celle-ci du champ des libertés protégées* »¹⁰⁶³. Enfin, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a fini par reconnaître, en 1997, à l'occasion d'un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Paris, que « *c'est à tort que [celle-ci] a cru pouvoir exclure la publicité incriminée fût-elle commerciale du champ d'application de l'article 10.1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales* »¹⁰⁶⁴. Etait ainsi consacrée en droit interne la protection du discours publicitaire au titre du droit à la liberté d'expression.

Cependant, ce droit pouvant être soumis à des restrictions « nécessaires, dans une société démocratique », la réglementation, en France, de la publicité et de la propagande en faveur de boissons alcooliques et de produits du tabac se justifie par les effets nocifs qu'entraîne leur consommation sur la santé publique. L'alcool serait responsable en France de 49 000 décès par an, imputables tant aux maladies liées à l'alcoolisme (cirrhose, maladies cardio-vasculaires ou digestives) qu'aux accidents de la route en lien avec l'alcoolémie du conducteur¹⁰⁶⁵. Le 23 janvier 1873 fut adoptée la première loi sanitaire visant à réprimer l'ivresse publique, aujourd'hui encore en vigueur au sein du Code de la santé publique (article L3341-1¹⁰⁶⁶). Néanmoins, ces mesures visant à protéger davantage la moralité publique que la santé publique, la publicité en faveur de boissons alcooliques ne fut réglementée pour la première fois qu'en 1941 au travers des articles L. 17 à L. 21 du Code des débits de boissons¹⁰⁶⁷. Aujourd'hui, la publicité et la propagande en faveur de boissons alcooliques fait l'objet d'importantes restrictions en vertu des dispositions introduites dans le Code de la santé publique par la loi Evin du 10 janvier 1991¹⁰⁶⁸. Les liens entre la tabagie et le cancer du poumon connurent leurs premières dénonciations dès la fin du XVII^e siècle¹⁰⁶⁹. Ironiquement, la plupart des campagnes publicitaires initiées par les différentes marques de cigarette ont, tout au long du XX^e Siècle, ciblé leurs arguments de vente sur le défaut d'irritation provoqué par telle marque, l'absence de

¹⁰⁶³ Comité des droits de l'Homme de l'ONU, 31 mars 1993, Communications n° 359/1989 et 385/1989, § 11.3.

¹⁰⁶⁴ Cour de cassation, Chambre criminelle, 19 novembre 1997, Bull. crim. 1997 n° 393.

¹⁰⁶⁵ Le Monde.fr, *L'alcool responsable de 49 000 morts en France par an*, 4 mars 2013.

¹⁰⁶⁶ « *Une personne trouvée en état d'ivresse dans les rues, chemins, places, cafés, cabarets ou autres lieux publics, est, par mesure de police, conduite à ses frais au poste le plus voisin ou dans une chambre de sûreté, pour y être retenue jusqu'à ce qu'elle ait recouvré la raison* ». L'article R3353-1 du même code dispose quant à lui que « *le fait de se trouver en état d'ivresse manifeste dans les lieux mentionnés à l'article L. 3341-1 est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 2e classe* ».

¹⁰⁶⁷ F. Caballero, Y. Bisiou, *Droit de la drogue*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2000., sp. p. 289, n° 240.

¹⁰⁶⁸ Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

¹⁰⁶⁹ F. Caballero, Y. Bisiou, *op. cit.* p. 170, n° 134.

nocivité de telle autre par rapport à ses concurrentes, ou encore sur le choix de la majorité des médecins ou sportifs en faveur de tel fabricant pour les raisons précitées. Le nombre de décès annuels liés à la consommation de tabac en France s'élèverait aujourd'hui à 73 000¹⁰⁷⁰. D'abord partiellement réglementée par la loi Veil du 9 juillet 1976¹⁰⁷¹, la publicité en faveur du tabac, à l'instar de celle relative à l'alcool, est désormais strictement encadrée par la loi Evin de 1991.

255. Ces restrictions apportées au discours publicitaire en faveur de produits pourtant vendus librement sur le territoire sont-elles justifiées au regard du but poursuivi ? Du point de vue du droit interne, la loi Evin de 1991 fit, avant promulgation, l'objet, le 13 décembre 1990, d'une saisine du Conseil constitutionnel par une soixantaine de députés qui reprochaient au texte de porter une atteinte excessive au droit de propriété ainsi qu'à la liberté d'entreprendre. Les Neuf Sages, qui ont rendu leur « verdict » le 8 janvier 1991, ont estimé que la réglementation de la publicité en faveur du tabac ou de l'alcool, si elle est bien « *susceptible d'affecter dans son exercice le droit de propriété d'une marque* », se justifie par l'impératif de protection de la santé publique en tant que principe à valeur constitutionnelle¹⁰⁷².

Sous sa dimension conventionnelle, la protection de la santé publique compte parmi les intérêts supérieurs avec lesquels le droit à la liberté d'expression doit être concilié en vertu de l'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme. En effet, l'exercice de cette liberté « *comportant des devoirs et responsabilités peut être soumis à [...] des sanctions prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique [...], à la protection de la santé ou de la morale* ». A ce titre, la Cour de Strasbourg a eu l'occasion de se prononcer sur la conventionnalité de la législation française en matière de réglementation des pratiques publicitaires relatives à ces produits. S'agissant d'affaires mettant en cause des publications de presse automobile faisant figurer des photographies de véhicules sponsorisés par des marques de tabac, la Cour a conclu, dans deux arrêts rendus le même jour¹⁰⁷³, à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention. Prenant note de l'inscription des mesures de réglementation de la publicité en faveur du tabac et de l'alcool au sein d'une « *stratégie plus*

¹⁰⁷⁰ Agence de presse médicale, *Tabac : 73 000 morts par an en France, selon une nouvelle estimation*, 4 avril 2012.

¹⁰⁷¹ Loi n° 76-616 du 9 juillet 1976 relative à la lutte contre le tabagisme.

¹⁰⁷² Conseil constitutionnel, décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, Cons. N° 11 et 29. L'alinéa 11 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 dispose en effet que la Nation « *garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé, la sécurité matérielle, le repos et les loisirs* ».

¹⁰⁷³ CEDH, *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c/ France*, 5 mars 2009, n° 13353/05 ; *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c/ France*, 5 mars 2009, n° 26935/05.

globale de lutte contre le fléau social » que constituent les addictions à ces produits¹⁰⁷⁴, ainsi que de l'existence d'un « *consensus européen sur la volonté de réglementer strictement la publicité des produits en faveur du tabac* », la Cour de Strasbourg a considéré que l'impact supposé ou réel de la publication sur la consommation de tabac était indifférent dès lors qu'elle pouvait inciter les jeunes à la consommation de tabac¹⁰⁷⁵. Elle releva également que « *les logos [...] prennent sur les photographies une place conséquente, et sont particulièrement visibles et directement associées à la réussite du sportif* »¹⁰⁷⁶, justifiant ainsi la condamnation des requérants par l'Etat.

Sans provoquer directement à une consommation *excessive* et *habituelle* de ces produits, les messages publicitaires s'intègrent directement dans l'environnement visible et audible de la société, tendant ainsi à banaliser l'usage de ces substances. Si elle n'interdit pas toute pratique publicitaire, la loi en restreint néanmoins l'exercice de manière significative. Toutefois, cette restriction se trouve encore davantage déployée sous l'influence du contentieux initié par les associations de lutte contre l'alcoolisme et le tabagisme.

B - Une réglementation détournée de ses fins par un contentieux militant

256. Partageant l'objectif commun de protection de la santé publique, les régimes de la réglementation des publicités en faveur des produits du tabac et des boissons alcoolisées se donnent pour rôle de prévenir, avec une intensité variable, l'incitation outrancière à la consommation excessive et habituelle de ces produits (1). C'est toutefois un contentieux saturé par l'action militante qui en gouverne l'application par les tribunaux (2).

1 - Un objectif de prévention des incitations à une consommation immodérée

257. Les publicités en faveur de produits du tabac et de boissons alcoolisées font toutes deux l'objet d'une réglementation par le Code de la santé publique. Issus de la même loi¹⁰⁷⁷, leurs régimes respectifs connaissent une évolution diamétralement opposée : toujours plus restreinte en matière de produits du tabac (a), la réglementation tend à s'assouplir en matière d'alcool (b).

¹⁰⁷⁴ CEDH, *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c/ France*, 5 mars 2009 préc., § 46.

¹⁰⁷⁵ *Ibidem*, § 47-49.

¹⁰⁷⁶ *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c/ France*, 5 mars 2009 préc., § 59.

¹⁰⁷⁷ Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme préc.

a - Une restriction de la réglementation relative à la publicité en faveur du tabac

258. S'agissant des produits du tabac, le principe est celui de l'interdiction de toute publicité, en vertu de l'article L. 3512-4 du Code de la santé publique (alinéa 1^{er}). Si quelques rares exceptions s'appliquent à la règle ainsi énoncée¹⁰⁷⁸, le principe demeure néanmoins l'interdiction de toute communication publicitaire en faveur du tabac ou de ses produits. L'article L3512-5 assimile à une publicité indirecte en faveur du tabac « *la propagande ou la publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre que le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3512-1 lorsque, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une marque, d'un emblème publicitaire ou un autre signe distinctif, elle rappelle le tabac, un produit du tabac ou un ingrédient défini au deuxième alinéa de l'article L. 3512-1* ». Le même article ne prévoit une exception à ces dispositions que lorsque le produit faisant l'objet de la publicité – et dont la dénomination ou la marque est identique à celles d'une société productrice de tabac – n'est pas un produit du tabac, et que la société qui le commercialise ne présente aucun lien juridique ou financier avec une entreprise commercialisant du tabac, le produit devant par ailleurs avoir été mis sur le marché avant le 1^{er} janvier 1990. Les peines sanctionnant les infractions à ces dispositions s'élèvent à 100 000 euros d'amende, pouvant être portés, ici encore, à 50% du montant des dépenses consacrées à la campagne publicitaire¹⁰⁷⁹.

259. Ce cadre rigoureux est le fruit d'une évolution législative visant à répondre aux ingénieux contournements dont les anciens cadres légaux avaient fait l'objet, en particulier s'agissant de la publicité pour le tabac. En effet, la reconnaissance par les pouvoirs publics de la dangerosité du tabac avait conduit à l'adoption d'une première loi en 1976, dite « loi Veil contre le tabagisme », dont certaines dispositions visaient déjà à réglementer la publicité en faveur du tabac¹⁰⁸⁰. L'article 2 de cette loi, à l'instar de ce qui est aujourd'hui édicté en matière de publicité relative à l'alcool, n'interdisait les messages publicitaires pour les produits du tabac

¹⁰⁷⁸ Les seuls discours publicitaires autorisés le sont, en premier lieu, sous forme d'affichettes dont le format doit répondre aux caractéristiques définies par arrêté ministériel, disposées à l'intérieur des débits de tabac de façon à ce qu'elles ne soient pas visibles de l'extérieur (art. L. 3512-4, alinéa 2). Puis, les publications ou sites Internet édités par les organisations professionnelles de producteurs, fabricants et distributeurs de tabac, à titre informatif ou à usage des professionnels (alinéa 3, 1°), et les publications et sites Internet édités par des personnes non-ressortissantes de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen, lorsque ces publications ne sont pas principalement destinées au marché communautaire (2°).

¹⁰⁷⁹ Code de la santé publique, article L3521-2.

¹⁰⁸⁰ Loi n° 76-616 du 9 juillet 1976 relative à la lutte contre le tabagisme préc.

que dans certains lieux et sous certaines formes. Pourtant, malgré ces premières mesures, le bilan fut particulièrement mitigé : d'après le député Guy Bêche, « *il n'y a pas eu de législation plus détournée que la loi Veil sur le tabagisme* »¹⁰⁸¹. S'il est aujourd'hui encore difficile d'établir un lien causal entre consommation et publicité¹⁰⁸², il faut bien reconnaître que les publicitaires, en redoublant d'effort pour contourner la législation, font eux-mêmes la démonstration d'un dol d'incitation à la consommation.

Ces détournements de la loi de 1976 prenaient la forme d'une diversification de l'activité économique des groupes tabacoles. Sous l'empire de la loi de 1976, la publicité pour des produits « rappelant » le tabac faisait bien l'objet d'une interdiction au sein de son article 3. Celui-ci visait de façon vague le « *vocabulaire* », le « *graphisme* », la « *présentation ou tout autre procédé* » de la publicité. Ainsi, c'est aux prix de certaines contorsions du principe de légalité des délits et des peines que furent obtenues la condamnation de sociétés distributrices de tabac pour avoir fait diffuser des publicités pour des briquets, dans lesquelles le logo de la marque, « *écrit dans des caractères au moins deux fois plus grands et d'abord visibles au premier coup d'œil* », côtoyait une représentation de l'objet ainsi qu'un paquet générique de cigarettes¹⁰⁸³ ; ou encore, une publicité pour des vêtements dont « *le nom et le motif décoratif "logo" blanc et rouge figurant sur les emballages exposés dans nombre de débits de tabac sont propres à évoquer ces produits du tabac plutôt que le "Leisure Wear", en l'absence de traduction ou de mention complémentaire en langue française* »¹⁰⁸⁴. Dans un second temps, certaines marques, prenant acte des mentions autorisées par l'article 8 de la loi de 1976 au sein des messages publicitaires en faveur du tabac, comprenant notamment l'emblème de la marque, avaient pris l'initiative de déposer à l'Institut national de la propriété intellectuelle (INPI) des emblèmes beaucoup plus élaborés contenant des mentions non autorisées. Si, dans un premier temps, les juges du fond ont considéré qu'il ne pouvait être reproché aux prévenus d'avoir déposé à l'INPI un modèle de marque « *particulièrement élaboré et attractif qu'elle utilise, ensuite, à des fins publicitaires [...], les textes en matière répressive étant d'interprétation*

¹⁰⁸¹ J.O.A.N., compte-rendu de la séance du lundi 25 juin 1990,

¹⁰⁸² A ce sujet, les juridictions du fond ont eu cependant l'occasion d'affirmer que « *depuis 1991, date d'entrée en vigueur de la loi Evin, la consommation du tabac en France n'avait cessé de décroître, tandis qu'elle avait augmenté régulièrement jusqu'à cette date, et que, par ailleurs, plusieurs études avaient attesté de l'impact du budget publicitaire d'une marque de tabac sur la consommation des jeunes* », sans toutefois préciser de quelles études il s'agit (v. notamment CA Versailles, 9^{ème} chambre, 10 mars 2005, motif repris dans l'arrêt de rejet rendu par la Chambre criminelle le 7 mars 2006, n° 05-82.482). Dans le même sens, v. Tribunal correctionnel de Quimper, 19 mai 1994, CNCT c/ Decaux et autres.

¹⁰⁸³ Cass. Crim., 5 octobre 1989, n° 88-84.211

¹⁰⁸⁴ Cass. Crim., 18 avril 1991, Bull. crim. 1991 n° 188.

stricte »¹⁰⁸⁵, la Chambre criminelle affirma par la suite que « *le dépôt d'un modèle de marque à l'INPI n'autorise pas par lui-même son utilisation publicitaire* », et que la complexité de celui-ci empêche sa qualification en tant qu'*emblème* exploitable pour une communication publicitaire¹⁰⁸⁶.

La précision des termes utilisés dans la loi de 1991 et les nombreuses conditions imposées par ces nouvelles dispositions devaient réduire les phénomènes de « publicité indirecte ». Néanmoins, les entreprises tabacoles ont profité du silence de la loi à l'égard des mentions figurant sur les conditionnements pour tenter de regagner un peu de visibilité dans l'espace public. Les juges ont ainsi eu à connaître d'affaires où le paquet de cigarettes avait été décoré selon plusieurs motifs attrayants pour inciter les consommateurs à en démarrer une collection. Or, si incriminer cette forme de communication revient à « *considérer le contenant comme un support de publicité du contenu, ce qui n'a rien d'évident* »¹⁰⁸⁷, la Chambre criminelle assimile bien à une publicité illicite « *toutes formes de communication commerciale, quel qu'en soit le support* »¹⁰⁸⁸. Ainsi, est réprimée l'utilisation du conditionnement des produits comme support d'un discours publicitaire à part entière et se trouve constitutif de l'infraction le fait de vanter sur des paquets de cigarettes l'« *innovation* » que constitue un procédé de « *filtration minérale exclusive* »¹⁰⁸⁹. *A fortiori*, les mentions axant le discours sur le plaisir procuré par la consommation de tabac tombent sous le coup des dispositions de l'article L 3511-3 du Code de la santé publique. Le fait de signaler à l'acheteur « *une sensation nouvelle avec accents épicés et intenses* », « *une note très fraîche* »¹⁰⁹⁰ ou d'inscrire la consommation du produit dans « *la philosophie de se détendre entre amis et passer du bon temps* »¹⁰⁹¹ sont ainsi constitutifs d'une publicité illicite en faveur du tabac. Cette jurisprudence, cohérente avec

¹⁰⁸⁵ CA Paris, chambre correctionnelle, 29 mars 1990.

¹⁰⁸⁶ Cass. Crim., 6 juin 1991, Bull. crim. 1991 n° 244, RSC 1992 p. 574, note J.-P. Delmas-Saint-Hilaire. Dans le même sens, et pour l'utilisation de ce procédé par une marque de boissons alcoolisées, v. Cass. Crim., 31 mai 1995, Bull. crim. 1995 n° 201.

¹⁰⁸⁷ P.-Y. Gautier, *Exercices de doctrine engagée : au sujet des limites de l'intervention normative anti-tabac*, D. 2009 p. 1105, *sp.* § 5.

¹⁰⁸⁸ Cass. Crim., 3 mai 2006 Bull. crim. 2006 n° 118. Dans le même sens, v. 5 décembre 2006, n° 06-84.050 ; 26 septembre 2006, Bull. crim. 2006 n° 237 ; 13 février 2007, n° 04-87.155.

¹⁰⁸⁹ Cass. Crim., 23 avril 2013, Bull. Crim. 2013 n° 95, RTD Com. 2013 p. 824 not. B. Bouloc.

¹⁰⁹⁰ Cass. Crim., 9 mars 2010, n° 08-88.501.

¹⁰⁹¹ Cass. Crim., 21 janvier 2014, Bull. crim. 2014 n° 18.

l'esprit général de la loi Evin, devrait entrer en désuétude avec l'obligation récente de mise en vente de paquets neutres¹⁰⁹².

La publicité en faveur de boissons alcoolisées fait également l'objet, au sein de la loi Evin, d'une réglementation ; celle-ci apparaît néanmoins plus souple dans son régime.

b - Un assouplissement de la réglementation relative à la publicité en faveur de l'alcool

260. Concernant l'alcool, l'article L 3323-2 du Code de la santé publique énonce que « *la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des boissons alcooliques dont la fabrication et la vente ne sont pas interdites sont autorisées exclusivement* » dans neuf hypothèses énumérées et précisées par l'article¹⁰⁹³. Par ailleurs, l'article L 3323-3 met en place un régime d'assimilation à une publicité illicite en faveur de l'alcool, similaire à celui de l'article L 3511-4 relatif aux produits du tabac, de toute publicité ou propagande en faveur de produits rappelant une marque de boissons alcoolisées.

Enfin, la publicité, lorsqu'elle est autorisée, n'est pas entièrement libre : l'article L. 3323-4 délimite de façon très stricte le « champ créatif » dont il peut être fait usage par les publicitaires. La publicité doit être limitée à « *l'indication du degré volumique d'alcool, de l'origine, de la dénomination, de la composition du produit, du nom et de l'adresse du fabricant, des agents et des dépositaires ainsi que du mode d'élaboration, des modalités de vente et du mode de consommation du produit* ». Selon ce même article, sont autorisées les mentions faisant référence à l'origine du produit, à ses distinctions, à ses éventuelles appellations d'origine, sa provenance, sa couleur et ses caractéristiques olfactives et gustatives. Ainsi, toute charte graphique ou slogan donnant à l'alcool une « *image valorisante* »¹⁰⁹⁴, « *liée à la séduction*

¹⁰⁹² Décret n° 2016-334 du 21 mars 2016 relatif au paquet neutre des cigarettes et de certains produits du tabac ; arrêté du 21 mars 2016 relatif aux conditions de neutralité et d'uniformisation des conditionnements et du papier des cigarettes et du tabac à rouler.

¹⁰⁹³ Le discours publicitaire est ainsi toléré dans la presse écrite à l'exclusion des publications destinées à la jeunesse définies par la loi du 16 juillet 1949 (1°), sur les stations de radiodiffusion à des horaires définis par décret (2°), sur les panneaux d'affichage et à l'intérieur des points de vente (3°), sous forme de brochures et catalogues destinés aux points de vente (4°), d'inscriptions publicitaires sur des véhicules (5°), lorsqu'il concerne des fêtes traditionnelles consacrées à des boissons alcooliques locales (6°) ou des musées ou lieux de formation œnologiques (7°), sous forme d'objets destinés à la consommation de boissons alcooliques offerts gratuitement par le producteur à l'occasion d'une vente ou d'une visite des lieux de production (8°) et enfin sur les sites Internet à l'exclusion des pages web destinées à la jeunesse ou dédiées aux institutions sportives, « *sous réserve que la propagande ou la publicité ne soit ni intrusive ni interstitielle* »¹⁰⁹³ (9°).

¹⁰⁹⁴ Cass. Crim., 18 mai 1994, Bull. crim. 1994 n° 190.

exercée par les établissements de nuit »¹⁰⁹⁵ ou à une « atmosphère ensoleillée et détendue »¹⁰⁹⁶ doivent être considérés comme entrant dans les prévisions de l'article L. 3323-2 du Code de la santé publique. Les infractions aux dispositions précitées sont sanctionnées d'une amende de 75 000 euros, pouvant être portée à 50% du montant des dépenses consacrées à l'opération illégale¹⁰⁹⁷. Le régime de la réglementation en matière de publicité pour l'alcool apparaît toutefois plus souple que celui concernant la publicité du tabac. Ainsi, un amendement dernièrement voté a porté création d'un article L 3323-3-1 au sein du Code de la santé publique, visant à dissocier des publicités illicites en faveur de l'alcool « [des] contenus, images, représentations, descriptions, commentaires ou références relatifs à une région de production, à une toponymie, à une référence ou à une indication géographique, à un terroir, à un itinéraire, à une zone de production, au savoir-faire, à l'histoire ou au patrimoine culturel, gastronomique ou paysager liés à une boisson alcoolique disposant d'une identification de la qualité ou de l'origine, ou protégée au titre de l'article L. 665-6 du code rural et de la pêche maritime ».

261. Comment justifier cette différence de traitement entre alcool et tabac au sein des dispositions réglementant leur publicité ? Le choix d'associer les deux substances dans le même projet de loi fut, avant son adoption, très critiqué au sein de l'hémicycle, en raison même des différences culturelles, traditionnelles et économiques propres à chacun des marchés¹⁰⁹⁸. Le vin, lié à la symbolique du sang christique et dont les vertus sanitaires sont régulièrement vantées¹⁰⁹⁹, apparaît en effet comme un symbole du savoir-faire viticole français, dont la variété des terroirs a donné naissance à de grands crus reconnus dans le monde entier. Le tabac, au contraire, ne semble pas retenir l'attention pour d'autres vertus que le seul plaisir égoïste qu'en tire le fumeur. Pourtant, la consommation excessive de boissons alcoolisées peut, en une seule occasion, représenter un danger nettement supérieur à la consommation de tabac, notamment du point de vue de la seule sécurité routière. Aussi peut-on penser que la lutte contre l'alcoolisme en France s'est heurtée à de nombreux obstacles d'ordre culturel et

¹⁰⁹⁵ Cass. Crim., 29 novembre 2005, Bull. crim. 2005 n° 312 ; v. aussi 14 mai 2008, Bull. crim. 2008 n° 117.

¹⁰⁹⁶ Cass. Crim., 23 mars 1999, n° 98-81.967.

¹⁰⁹⁷ Code de la santé publique, article L3351-7.

¹⁰⁹⁸ J.O.A.N., compte-rendu des séances des 25 et 26 juin 1990, relatives à la discussion, après déclaration d'urgence, du projet de loi relatif à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme précité.

¹⁰⁹⁹ Santé Magazine.fr, *Le vin est-il bon pour la santé ?*, art. publié le 26 juin 2012.

économique¹¹⁰⁰. Certains auteurs font ainsi état d'un « *lobby économique et médiatique puissant* » en matière d'alcool¹¹⁰¹.

Largement justifiée par l'objectif de protection de la santé publique, les infractions de publicité illicite relative à l'alcool et le tabac, avant tout destinées à circonscrire les dérives publicitaires, font néanmoins l'objet d'un contentieux fortement marqué par les considérations moralistes et militantes défendues par certaines associations de lutte contre l'alcoolisme et le tabagisme.

2 - Un contentieux saturé par l'action militante

262. Dans le domaine de la lutte contre l'alcoolisme et le tabagisme, où il a été constaté un certain « *désintérêt* » du ministère public, le rôle important des associations a été souligné comme une garantie de l'application effective du droit positif¹¹⁰². Avant même que le législateur ait institué l'habilitation légale de ces groupements à poursuivre les infractions de publicité illicite en faveur de ces produits, les juridictions ont reconnu que ces délits étaient constitutifs d'un préjudice directement causé aux associations de lutte contre ces « addictions ordinaires »¹¹⁰³. Par la suite, ces groupements sont devenus les initiateurs privilégiés et exclusifs du contentieux relatif à ces infractions et ont contribué à la construction d'une jurisprudence extrêmement rigoureuse en la matière.

263. Une conception très extensive de la publicité illicite est aujourd'hui retenue par les tribunaux. En effet, si les articles L. 3323-3 et L. 3511-4 du Code de la santé publique assimilent aux publicités ou propagandes directes les procédés de promotion *indirecte*, visés comme ceux qui ont pour objet, à défaut d'évoquer les produits alcooliques ou tabagiques, de les *rappeler* d'une manière quelconque, ces dispositions avaient avant tout pour objet de prévenir les ingénieux détournements de législation auxquels se livrent régulièrement les fabricants d'alcool et de tabac pour maintenir la visibilité de leurs produits dans l'environnement commercial¹¹⁰⁴.

¹¹⁰⁰ En ce sens, v. E. Andrieu, F. Gras, *La France partagée entre culture de la treille et culture de l'interdit*, Légipresse 2013 n° 309 p. 554, sp. p. 557

¹¹⁰¹ F. Caballero, Y. Bisiou, *op. cit.*, p. 289, n° 240.

¹¹⁰² Conseil national de l'Évaluation, rapport d'évaluation sur la loi relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme, Doc. fr., décembre 2000, sp. pp. 41-43.

¹¹⁰³ Sur le préjudice causé aux associations de lutte contre l'alcoolisme par des publicités illicites en faveur de boissons alcooliques, v. Cass. Crim., 28 novembre 1973, Bull. crim. 1973 n°441; dans le même sens, v. 23 juin 1983, Bull. crim. 1983 n° 195 et n° 196 ; Cass. 2^{ème} civ., 25 juin 1998, Bull. crim. 1998 n° 228, JCP G 1998.II.10204, note L. Boré.

¹¹⁰⁴ V. *supra*, n° 257 s.

Néanmoins, ce texte a été quelque peu détourné de sa vocation initiale. Dans une première affaire, la Chambre criminelle a accueilli favorablement le pourvoi formé par le Comité national contre le tabagisme (CNCT) contre l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait relaxé le directeur de publication d'une revue spécialisée en sports automobiles ayant fait figurer, à titre d'illustration d'un reportage, des photographies d'une compétition de formules 1 se déroulant à l'étranger et sur lesquelles les véhicules et combinaisons des sportifs étaient imprimés des logos de marques de tabac sponsorisant la compétition¹¹⁰⁵. A cette occasion, la Haute juridiction affirma que devait être considéré comme une publicité illicite en faveur du tabac « *tout acte, quelle qu'en soit la finalité, ayant pour effet de rappeler ces produits ou leurs marques* ». Dans une affaire similaire, la Cour a estimé qu'il importait peu « *que le but recherché n'ait pas été la promotion de ces produits mais l'illustration d'un reportage sur le grand prix automobile de Melbourne et que le magazine concerné n'ait reçu aucune contrepartie financière* »¹¹⁰⁶.

Cette interprétation large de l'article L. 3511-4 du Code de la santé publique fut favorablement accueillie par la Cour EDH dans deux affaires similaires mettant en cause des photographies de coureurs sportifs¹¹⁰⁷. Si l'on peut admettre, s'agissant de la première espèce, que le « floutage » des logos litigieux, suggéré par les juges strasbourgeois, n'eût pas constitué une altération disproportionnée des photographies illustrant un reportage à vocation informative face au but légitime de protection de la santé publique¹¹⁰⁸, on peut déplorer que le deuxième arrêt, rendu le même jour, ait suivi un raisonnement similaire. Etait en cause, en effet, l'utilisation détournée des ces logos à des fins satiriques pour l'illustration d'un article livrant une appréciation critique du parrainage sportif¹¹⁰⁹. Une telle solution revient, ainsi que l'ont remarqué des commentateurs, à occulter la distinction fondamentale existant entre « *l'espace publicitaire acheté par l'annonceur et l'espace rédactionnel qui est le fruit du travail des journalistes* »¹¹¹⁰. Elle est regrettable dans la mesure où elle tend à incriminer une expression en l'absence d'une intention délictuelle caractérisée de son auteur. Aussi, la jurisprudence a

¹¹⁰⁵ Cass. Crim., 18 mars 2003, Bull. crim. 2003 n° 72.

¹¹⁰⁶ Cass. Crim., 3 novembre 2004, Bull. crim. 2004 n° 268.

¹¹⁰⁷ CEDH, *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c/ France et Société de conception de presse et d'édition et Ponson c/ France*, 5 mars 2009 préc.

¹¹⁰⁸ CEDH, *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c/ France*, 5 mars 2009 préc., § 49.

¹¹⁰⁹ CEDH, *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c/ France*, 5 mars 2009 préc., § 59.

¹¹¹⁰ E. Andrieu, F. Gras, *Publicité pour l'alcool et le tabac, glissements progressifs vers la censure*, Légicom 2007/5, n° 38 pp. 67-75, sp. p. 69.

récemment posé des limites à l'interprétation du délit de propagande illicite en faveur des produits du tabac à raison de leur seule évocation dans les médias¹¹¹¹.

264. D'une façon similaire, les dispositions réprimant la publicité illicite et directe en faveur de boissons alcoolisées firent l'objet d'une interprétation particulièrement large devant les tribunaux répressifs. En effet, si l'article L. 3323-4 du Code de la santé publique énumère limitativement les indications autorisées au sein d'un encart publicitaire, il ressort toutefois des travaux parlementaires que ces dispositions ont été expurgées de l'exigence initialement prévue d'un « fond neutre » en ce qu'elle paraissait constituer une source trop importante de litiges¹¹¹². Cela devrait logiquement autoriser une recherche créative des publicitaires par l'emploi d'images et de symboles faisant référence à ces indications¹¹¹³. Toutefois l'Association nationale de prévention en alcoologie et addictologie (ANPAA) se montre particulièrement attentive à ce que l'imagination des publicitaires ne déborde pas du cadre strict fixé par la loi, quitte à en resserrer encore davantage le périmètre.

Une marque de whisky, notamment, avait fait diffuser, dans un magazine, une série d'encarts successifs représentant des vues nocturnes de grandes capitales, le ciel se déchirant progressivement pour aboutir, en page finale, à une reproduction de l'étiquette de la bouteille dudit whisky, se déchirant à son tour pour laisser apparaître le ciel des vues nocturnes précédemment rencontrées par le lecteur. La Chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé par la société prévenue contre l'arrêt de Cour d'appel qui l'avait condamnée pour publicité illicite en faveur d'une boisson alcoolique, en considérant que le support publicitaire insistait « *sur les valeurs fortes associées à la consommation du J & B, universalité, cosmopolitisme, évasion, rêve, et donne à cette boisson une image valorisante en la présentant comme participant à un mode de vie élitiste lié à la réussite sociale attribuée dans l'image à la vie dans les grandes capitales ; et en conséquence, l'infraction est caractérisée, la publicité étant nettement bien que subtilement incitative* »¹¹¹⁴. Une série d'arrêts conduit ainsi le juge à interpréter, bien au-delà des textes, les choix créatifs entrepris, allant jusqu'à déceler dans la mise en scène d'employés écossais d'une distillerie se servant de leur *kilt* pour transporter des buches, une référence à « *la*

¹¹¹¹ Cass. Crim., 21 février 2017, n° 15-87.688 – à paraître au *Bulletin*, et TGI Versailles, 18 janvier 2016, n° 15106000169, L. François, Comm. com. Elecr. 2017, étude 9.

¹¹¹² J.O. Sénat, 16 octobre 1990, p. 2781.

¹¹¹³ A. Decocq, JCP G 1991.I.3501 préc., n° 29.

¹¹¹⁴ Cass. Crim., 18 mai 1994, Bull. crim. 1994 n° 190.

virilité de l'écossais, en relation avec l'alcool »¹¹¹⁵... Se pose dès lors la question d'une assimilation de l'attractivité visuelle ou de l'originalité d'un moyen de communication à une incitation directe à la consommation abusive d'alcool, et ce, alors qu'il ne fait pas de doute que tout message publicitaire comporte, par nature, une certaine charge incitative¹¹¹⁶.

L'affaire la plus emblématique fut celle qui aboutit, après deux cassations et trois renvois, à la consécration jurisprudentielle d'un droit (étroitement surveillé) à la liberté de création en matière de publicité pour l'alcool. Une autre marque de whisky avait sollicité les services d'un célèbre auteur de bandes dessinées pour illustrer, sur trois affiches, l'histoire et l'origine de la boisson par la représentation de son créateur dans diverses situations. Dans un premier arrêt, la Chambre criminelle a censuré la relaxe qui avait été prononcée par la juridiction d'appel au motif que les affiches constituaient « *une mise en scène destinée à valoriser le whiskey de marque Jameson, en associant des éléments de nature à lui donner une image séduisante liée à l'Irlande et ses traditions, associée au thème du voyage et à l'ancienneté de ses méthodes de fabrication* »¹¹¹⁷. L'arrêt de relaxe rendu par la juridiction de renvoi fut à son tour censuré, cette fois-ci parce qu'elle n'avait pas suffisamment caractérisé cette conformité au regard de la nouvelle rédaction de cet article introduite par la loi du 23 février 2005, qui ajoutait aux indications licites les « *indications géographiques telles que définies par les conventions et traités* »¹¹¹⁸. Finalement, l'ultime pourvoi formé par l'ANPAA contre le troisième arrêt de relaxe fut rejeté par la Chambre criminelle, qui constata que « *malgré leur dessin esthétiquement réussi et leurs couleurs agréables, [les publicités litigieuses] ne contiennent ni évocation d'ambiance incitant à la consommation, ni exaltation de qualités ou de vertus estimant qu'elles ne font pas appel au sentiment de bonheur ni ne jouent sur le registre de la convivialité* »¹¹¹⁹. Cette décision reçut un accueil favorable en doctrine¹¹²⁰, certains auteurs ayant pu craindre auparavant que la tendance récente à l'

¹¹¹⁵ Cass. Crim., 29 novembre 2005, Bull. crim. 2005 n° 312, Dr. Pén. 2006, comm. 40, obs. J.-H. Robert.

¹¹¹⁶ E. Andrieu, F. Gras, Légicom 2007/5, n° 38 p. 67 préc., *sp.* p. 73.

¹¹¹⁷ Cass. Crim. 19 décembre 2006, Bull. crim. 2006 n° 321, Dr. Pén. 2007, comm. 40, obs. J.-H. Robert ; RSC 2007 p. 557, obs. J. Francillon ; D. Actu, 5 février 2007, note A. Darsonville.

¹¹¹⁸ Cass. Crim., 26 janvier 2010, n° 08-88.134, Dr. Pén. 2010, comm. 49, obs. J.-H. Robert.

¹¹¹⁹ Cass. Crim., 15 mai 2012, n° 11-83.686.

¹¹²⁰ J.-H. Robert, *La Cour de cassation met de l'eau dans son vin*, Dr. Pén. 2012, comm. 103 ; E. Andrieu, F. Gras, *Publicité des alcools : liberté conquise, liberté déniée*, Légipresse 2012, n° 297 p. 496.

« *hygiénisme normatif* »¹¹²¹ ne conduise à la disparition de toute fantaisie créative au sein de la publicité visuelle pour l'alcool¹¹²².

Les dispositions visant à réglementer la publicité en faveur de l'alcool et du tabac permettent d'éviter que des comportements autodestructeurs soient banalisés au sein de la société, et l'action civile associative permet incontestablement de veiller à ce que les fabricants ne se jouent pas du manque de vigilance du ministère public en la matière. Toutefois, cette action ne saurait, par l'orientation du contentieux sous des considérations excessivement moralistes, se faire l'outil d'une censure systématique et démesurée de toute communication relative à ces produits.

¹¹²¹ J.-M. Bruguière, *Cachez cette cigarette que je ne saurais voir !*, L'Égipresse 2012, n° 297 p. 501.

¹¹²² En ce sens, v. J.-H. Robert, *L'indignité de James, le butler de Blake et Mortimer*, Dr. Pén. 2006, comm. 40 ; *Publicité éthyliquement correcte*, Dr. Pén. 2010, comm. 40.

Conclusion du Chapitre 1

265. Un premier degré de l'instrumentalisation de la Justice en matière d'expression publique réside dans une optimisation contestable de la répression en direction de comportements dont la délictualité apparaît douteuse, à travers l'usage déraisonnable, par les juridictions pénales, de leur rôle d'interprétation des normes d'incrimination. Il en résulte un rétrécissement de l'expression publique qui, majoritairement imputable aux juges, peut également subir l'influence d'un contentieux militant d'origine associative.

266. C'est inévitablement sur le terrain des incriminations dont la rédaction souffre d'un manque regrettable de précision que l'interprétation extensive des juges trouve la plus forte propension à s'exercer. En ce sens, les délits d'apologie publique jouissent d'un champ d'application particulièrement large, bâti par plus d'un siècle de jurisprudence. L'intention du législateur, qui était d'étendre la répression à la glorification manifeste d'actes criminels et de leurs auteurs, a permis aux juges d'apprécier le caractère apologétique d'un propos sous ses formes les plus diverses. Destinée à faire produire à l'infraction toute sa potentialité répressive, ce déploiement extrême du spectre des comportements punissables tend à lui conférer des contours imprévisibles, *a fortiori* lorsqu'il est possible de constater que son champ répressif, inexorablement tourné vers le passé, est largement influencé par le contexte temporel dans lequel elle est commise. En recul dans le champ du discours historique sous l'influence de la jurisprudence européenne, la répression des apologies publiques connaît une expansion spectaculaire dans le cadre plus actuel de la lutte contre le terrorisme. Egaleme nt tributaire d'une rédaction imprécise des textes d'incrimination, l'application des dispositifs de lutte contre les discours de haine donne parfois lieu à certains excès. Au niveau national, le délit de provocation à la discrimination commis à raison de l'origine nationale a connu, au cours des dernières années, une application inédite à travers la répression des appels publics au boycott de produits d'origine étrangère. Encouragée par deux circulaires de la Chancellerie, cette vague répressive s'appuie sur une lecture contestable du texte d'incrimination et interroge quant à sa conformité aux exigences du débat public citoyen. Au niveau européen, ensuite, la juridiction strasbourgeoise, qui s'efforce pourtant d'envisager la répression des discours haineux à la lumière de critères minutieux, tend aujourd'hui à faire une application erratique du « couperet » de l'article 17 de la Convention EDH. Ce mécanisme exceptionnel de défense du modèle démocratique face à l'utilisation liberticide des droits qu'il consacre, qui a vu son champ d'application étendu aux formes les plus aiguës d'expression haineuse, ouvre inévitablement la

voie à une « hiérarchisation » des discours à laquelle la Cour est habituellement réticente, et tend à priver la validation des ingérences étatiques de sa légitimité en annihilant l'examen de leur caractère « *nécessaire, dans une société démocratique* ».

267. Mais si c'est bien, en définitive, aux magistrats qu'il appartient d'appliquer les textes, certaines parties poursuivantes tendent, par leur action, à creuser le sillon de la répression par une identification systématisée des comportements dont elles préjugent l'illégalité. Ainsi, en palliant utilement l'inertie du ministère public dans certaines matières, des groupements privés habilités à déclencher l'action publique, et « *parfois animés par des instincts de sycophantes* »¹¹²³, peuvent favoriser l'émergence d'une jurisprudence extrêmement sévère. La généralisation, par le législateur, des habilitations pourtant exceptionnellement conférées à des groupements associatifs à exercer les droits reconnus à la partie civile à raison de certaines infractions portant atteinte aux intérêts qu'ils défendent, favorise dès lors une sorte de « privatisation » de l'action publique au détriment de la liberté d'expression. A la vigilance du Parquet se substitue dès lors le regard militant d'associations qui tendent à modeler le champ d'incrimination sur le patron rigoureux de leur objet statutaire. En ce sens, certaines associations de lutte contre l'alcoolisme et le tabagisme se sont fait les procureurs quasi-exclusifs de la répression des délits de publicité illicite en faveur de l'alcool et du tabac, déplaçant progressivement le curseur de l'incrimination de la protection de la santé publique vers la neutralisation de toute communication relative à ces produits. Le délit de publicité indirecte, institué dans le but de réprimer les contournements ingénieux de la législation fréquemment opérés par certains fabricants, devient le support de la répression de certaines évocations, complaisantes ou neutres, de ces produits dans la presse. Le délit de publicité directe, destiné à circonscrire l'environnement spatial et le contenu informatif du support publicitaire, donne lieu à un contentieux foisonnant dans lequel le juge est appelé à se transformer en critique d'art chargé de déceler des messages cachés dans les thèmes abordés ou d'apprécier la charge incitative des réclames à raison de leur seule attractivité visuelle...

Outil d'un rétrécissement du débat public par l'accommodation des incriminations à des opportunités répressives inégales, la Justice peut également devenir l'instrument par lequel certaines parties civiles souhaitent entraver la dénonciation utile de leurs activités nuisibles.

¹¹²³ A. Decocq, art. préc. in *L'avenir du droit*, op. cit., p. 782.

Chapitre 2 - L'entrave à l'expression publique par l'usage déraisonnable de l'action en Justice

268. Le rôle des parties poursuivantes dans le phénomène d'instrumentalisation de la pénalisation de l'expression publique ne se limite pas à l'exercice d'une influence sur l'interprétation extensive des textes d'incrimination par le juge répressif. On observe, en France, depuis quelques années, un développement singulier du contentieux des infractions d'expression, principalement sur le fondement des textes réprimant une expression infamante ou indiscreète (diffamation et injure publiques, outrages, ...). Ces poursuites sont exercées à l'encontre de personnes qui, de gré ou de force, sont amenées à exposer publiquement des faits relatifs aux activités de tiers dont la mise en cause porte atteinte à de puissants intérêts économiques, sociaux ou politiques qui s'avèrent illégitimes, voire parfois illicites. La réaction de ces tiers à la lumière projetée sur leurs activités peut s'analyser, sinon comme un détournement des finalités normales de la constitution de partie civile déclenchant l'action publique, du moins comme une entrave inopportune au débat public. En effet, il ne s'agit pas tant, ici, de prétendre à la réparation d'un dommage personnellement subi de l'action d'un tiers, que d'intimider, d'inhiber, en somme de *dissuader* de toute prise de position publique contre l'exercice d'activités qui trouvent refuge dans le silence.

Si ce contentieux prend toujours naissance dans la réaction des personnes mises en cause par la révélation de certains faits, accomplie dans l'esprit de leurs auteurs dans l'intérêt général, son analyse révèle toutefois une pluralité de situations, qui semble découler du statut des cibles de ces poursuites. Il en résulte une pluralité de solutions adoptées par le Droit pour y remédier. Ainsi convient-il de distinguer selon que ces pressions procédurales sont dirigées, d'une part, contre une expression dite « vulnérable » (Section 1) et, d'autre part, contre une expression dite « renforcée » (Section 2).

Section 1 - La poursuite abusive d'une expression vulnérable

269. Par la notion d'expression dite « vulnérable », il convient d'entendre, dans le contexte de ce chapitre, d'abord celle dont les auteurs sont bien souvent de simples particuliers dont la protection du droit à la liberté d'expression se trouve comprise dans les limites des « devoirs et responsabilités » qu'emporte son exercice, sans que leur statut professionnel ou fonctionnel ne leur confère une plus grande liberté de parole. Cette vulnérabilité peut, aussi, résulter du fait que ces particuliers ne sont pas *a priori* armés, financièrement comme

psychologiquement, face à des poursuites judiciaires dont les enjeux les dépassent fréquemment. Au sein de cette catégorie, c'est toutefois à travers l'analyse des solutions juridiques apportées de façon plus ou moins ancienne à la situation des poursuites dirigées contre l'expression *contrainte* (§ 1) qu'il convient d'envisager les solutions à appliquer à celle des poursuites dirigées contre l'expression *volontaire* (§ 2).

§ 1 - Une intimidation de l'expression contrainte

270. L'expression dite « contrainte » désignera ici celle des particuliers qui, *a priori* détenteurs d'informations susceptibles de porter atteinte à des intérêts tiers, sont néanmoins contraints par le Droit, sous peine de sanctions pénales, de les exposer publiquement. C'est principalement le cas des témoins appelés à déposer, sous serment, devant des tribunaux ou encore devant des commissions d'enquête parlementaires (A). Afin de prévenir les désagréments auxquels s'exposent presque inévitablement ces personnes, il a été choisi de leur accorder, dans certaines limites, le bénéfice des immunités légales établies par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 (B).

A - Les témoins, cibles d'une dualité de pressions

271. Les témoins appelés à déposer devant des tribunaux ou des commissions d'enquête parlementaires sont, en quelque sorte, « pris entre deux feux » : l'un, de nature légale, découle des obligations qui leurs sont faites, parmi lesquelles celle de dire la vérité (1) ; l'autre, d'origine purement factuelle, découle des risques auxquels ils s'exposent en obéissant à la loi (2).

1 - Une expression imposée par la loi

272. Etymologiquement, et par tradition juridique, le témoin est celui qui *atteste*, c'est-à-dire qui donne la preuve qu'une chose est vraie¹¹²⁴ à raison de ce qu'il a *vu* (témoin oculaire) et/ou *entendu* (témoin auditif)¹¹²⁵. Dans le langage du droit, le témoin est avant tout celui qui fournit un *témoignage*, constituant un élément de preuve employé par les parties devant la Justice, et pouvant être alors défini comme le « *tiers appelé à déposer en justice sur un évènement dont il a eu connaissance personnelle et dont il a gardé la mémoire* »¹¹²⁶. Preuve

¹¹²⁴ Dictionnaire *Le Robert & Clé*, *op. cit.* V° *Attester*.

¹¹²⁵ *Ibid.*, V° *Témoignage*.

¹¹²⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., *op. cit.*, V° *Témoin*, *judiciaire, p. 1009.

imparfaite, le témoignage, quoique précieux pour les enquêteurs et les juges, n'en est pas moins fondamentalement fragile du point de vue de l'objectif poursuivi, qui est la manifestation de la *vérité*. La parole du témoin ne saurait en effet être prise que pour ce qu'elle est, c'est-à-dire la relation de faits par un tiers à la procédure, dont les rapports vis-à-vis des parties au procès peuvent osciller entre la bienveillance et l'inimitié et dont la fiabilité dépend aussi étroitement des capacités de mémoire et sans doute de l'émotivité du déposant. C'est dire que la qualité et l'authenticité du témoignage constituent des enjeux déterminants pour l'issue de la procédure¹¹²⁷. C'est pourquoi le législateur s'est attaché à apporter au témoignage judiciaire les garanties de sa sincérité, à travers l'édiction, à l'égard du témoin, de mesures contraignantes.

Ainsi, le témoin judiciaire, hors les cas de dispense limitativement énumérés par le Code de procédure pénale (interdiction des droits civiques, civils et de famille, inaptitude à témoigner, liens unissant le témoin et le mis en cause), est soumis à trois obligations principales traduisant la contrainte exercée par l'autorité judiciaire sur sa parole, et édictées par les articles 109 (devant la juridiction d'instruction), 326 (devant la Cour d'assises) et 437 (devant le tribunal correctionnel et de police) du même Code. La première obligation du témoin est celle de *comparaître* devant la juridiction devant laquelle il est tenu de se présenter en vertu de la citation qui lui aura été remise. Au besoin, les dispositions précitées permettent au juge saisi, sur les réquisitions du procureur de la République, de contraindre le témoin à comparaître par la force publique. La deuxième obligation faite au témoin est celle de *prêter serment*. Le caractère solennel de cette obligation confère un caractère sacré à l'engagement qu'est celui du témoin appelé à s'exprimer devant la juridiction, et vise à marquer son témoignage du sceau de l'authenticité et de la sincérité¹¹²⁸ : il est ainsi tenu de dire « *toute la vérité, rien que la vérité* » (C. proc. pén., art. 103 et 446), engagement auquel s'ajoute, devant la juridiction criminelle, celui « *de parler sans haine et sans crainte* » (*ibid.*, art. 331). Enfin, le témoin est tenu de *déposer*, c'est-à-dire de répondre aux questions qui lui sont posées par le juge ainsi que par les conseils des parties au procès relativement aux faits reprochés à l'accusé, à sa personnalité et à sa moralité (*ibid.*, art. 331). Cette obligation, si elle est susceptible d'entrer en conflit avec les dispositions des articles 226-13 et 226-14 du Code pénal relatives au secret professionnel lorsque le secret auquel le témoin est tenu est absolu, recouvre ses effets dans le contexte d'un

¹¹²⁷ En ce sens, v. J. Sauvel, *Les immunités judiciaires. Ce que l'on peut dire et écrire en justice et la police de l'audience*, Sirey, 1956, sp. p. 85.

¹¹²⁸ M. Giacomelli, Y. Joseph-Ratineau, *Témoin*, Rép. Pén. Dalloz, 2015, n° 27.

secret relatif¹¹²⁹. Le refus de se soumettre à ces obligations peut être sanctionné, en vertu des articles qui les édictent et sur réquisitions du procureur de la République, par une amende de 3 750 euros devant les juridictions correctionnelles et d'assises, tandis qu'il constitue depuis le 1^{er} janvier 2001 un délit puni d'une amende du même montant devant la juridiction d'instruction (C. pén., art. 434-15-1). Par ailleurs, le chapitre du Code pénal consacré aux entraves à la Justice comporte diverses infractions réprimant l'omission de porter témoignage en faveur d'un innocent (art. 434-11), le refus, pour une personne ayant déclaré publiquement connaître l'auteur d'un crime ou d'un délit, de répondre aux questions qui lui sont posées à cet égard par un juge (art. 434-12) et le témoignage mensonger fait sous serment (art. 434-13, 434-14). Ainsi, l'appareil judiciaire dispose, afin de contraindre le témoin judiciaire à porter une parole sincère, d'un arsenal coercitif et répressif important.

273. Il est des témoins dont le concours est également sollicité par des instances d'une nature, certes, autre que celle des tribunaux, mais procédant à certains égards selon une démarche similaire, dans un but de manifestation de la vérité. Les commissions d'enquête parlementaires, constituées à l'initiative d'un ou plusieurs membres de l'Assemblée nationale ou du Sénat en vue de « *recueillir des éléments d'information, soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des services publics ou des entreprises nationales en vue de soumettre leurs conclusions à l'assemblée* » qui les a créées¹¹³⁰, constituent l'un des outils primordiaux du contrôle du Gouvernement par le Parlement. Leur création fait fréquemment suite à des événements ayant fortement marqué l'opinion publique : ainsi de la commission chargée d'enquêter, en 1992, sur les moyens de la lutte contre le SIDA après le scandale généré par l'affaire du sang contaminé, mais aussi celles ayant dirigé leurs travaux sur les farines animales en 2000, sur la sûreté des installations industrielles après l'explosion de l'usine A.Z.F. en 2001, sur les effets de la canicule en 2003 ou, de façon plus spectaculaire de par son caractère médiatique, celle portant sur les dysfonctionnements de la Justice dans l'affaire dite « d'Outreau » en 2005¹¹³¹. Afin d'apporter un éclairage sur les faits qui font l'objet de ces commissions, sont mis en œuvre des moyens d'investigation similaires à ceux des juridictions d'instruction, parmi lesquels le pouvoir de procéder à l'audition de témoins. Ce dispositif prit

¹¹²⁹ *Ibidem*, n° 21.

¹¹³⁰ Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, art. 6, I, al. 2.

¹¹³¹ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 31^{ème} éd., LGDJ, 2017, *sp.* p. 777, n° 1427.

naissance dans l'adoption, le 23 mars 1914, d'une loi qui, visant initialement à attribuer les pouvoirs judiciaires à la commission d'enquête créée à l'occasion de l'affaire dite « Rochette », s'est finalement muée en loi « *relative aux témoignages reçus par les commissions d'enquête parlementaires* ». Ces pouvoirs, par la suite retirés aux commissions d'enquête dans la version initiale de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, furent néanmoins réintroduits par le législateur en 1977¹¹³². Désormais, l'article 6, II, alinéa 3 de l'ordonnance de 1958 dispose que « *toute personne dont une commission d'enquête a jugé l'audition utile est tenue de déférer à la convocation qui lui est délivrée, si besoin est, par un huissier ou un agent de la force publique, à la requête du président de la commission. A l'exception des mineurs de seize ans, elle est entendue sous serment. Elle est, en outre, tenue de déposer, sous réserve des dispositions des articles 226-13 et 226-14 du code pénal* ». Le III de ce même article prévoit quant à lui des sanctions pénales dissuasives (2 ans d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende), applicables aux cas de refus de comparaître, de déposer ou de prêter serment devant une commission d'enquête, et prévoit que les peines prévues pour les infractions de faux témoignage en vertu des articles 434-13 et suivants du Code pénal sont applicables devant ces mêmes commissions.

L'autorité judiciaire et l'institution parlementaire disposent donc d'importants moyens de pression pour obtenir des témoins une parole aussi sincère que possible devant les tribunaux et les commissions d'enquête. Cet objectif d'authenticité n'est cependant pas sans générer une situation inconfortable pour certains témoins à raison des pressions qu'ils peuvent subir de l'extérieur.

2 - Un silence intime par les tiers

274. « *Le rôle du témoin est souvent difficile à assurer* », soulignait en 1956 Jean Sauvel, évoquant la situation de témoins qui, « *en proie à de véritables attaques des parties* » ainsi qu'à de nombreuses questions, peuvent être soumis « *à une véritable contrainte morale* » susceptible d'altérer la qualité de leur témoignage¹¹³³. Outre les diverses pressions et influences extérieures dont peuvent être victimes les témoins tenus de déposer devant les juridictions ou les commissions d'enquête parlementaires, et qui sont réprimées par l'article 434-15 du Code pénal

¹¹³² Loi n° 77-807 du 19 juillet 1977 modifiant l'art. 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des commissions d'enquête parlementaires, en vue de préciser les moyens d'action des commissions d'enquête et de contrôle, art. 2.

¹¹³³ J. Sauvel, *op. cit.* p. 107.

au titre de la subornation de témoin, il est une autre forme de pression que le législateur n'avait pas, jusqu'à une période récente, envisagé dans le cadre de la protection des témoins. Dans l'exercice de ses obligations, le témoin judiciaire est celui « *qui est susceptible de fournir des renseignements utiles sur les faits dont est saisie la justice ou sur la personnalité d'un accusé* »¹¹³⁴. Il en va *a priori* de même devant une commission d'enquête parlementaire, le témoin pouvant être amené à se prononcer sur les activités d'autrui. Ce faisant, il peut être conduit à imputer, au cours de réunions publiques par destination dans leur majorité, des faits attentatoires à l'honneur ou à la réputation de tiers, ou à porter une appréciation sévère sur leur comportement ou leur personne (y compris s'il s'agit de personnes morales). En cela, il se rend potentiellement auteur des délits de diffamation et d'injure publiques, qui sanctionnent respectivement « *toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé* » et « *toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait* »¹¹³⁵. Les peines encourues, consistant dans une amende d'un montant de 12 000 euros, peuvent par ailleurs être portées à 45 000 euros lorsque les faits diffamatoires visent les corps protégés par l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881, ou les personnes protégées par l'article 31 de la même loi à raison de leurs fonctions ou de leur qualité. Plus rarement, mais sans l'exclure, la qualification d'outrage sera applicable à des propos injurieux ou diffamatoires visant des agents diplomatiques accrédités près du Gouvernement de la République, ou adressés à des magistrats ou des personnes chargées d'une mission de service public en vertu, respectivement, des articles 37 de la loi du 29 juillet 1881, et 433-5 et 434-24 du Code pénal.

275. S'il n'est pas douteux qu'une telle menace pèse de façon constante sur les témoins judiciaires, c'est néanmoins à l'égard des témoins entendus par les commissions d'enquête parlementaires qu'elle est apparue de façon plus spectaculaire au cours des dernières décennies. Ce fut notamment à l'occasion de la création de commissions d'enquête relatives à l'influence des sectes, en 1995¹¹³⁶, 1999¹¹³⁷ et 2006¹¹³⁸ qu'il fut constaté que ces mouvements procédaient

¹¹³⁴ M. Lemonde, *La protection des témoins devant les tribunaux français*, RSC 1996 p. 815.

¹¹³⁵ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 29.

¹¹³⁶ Assemblée nationale, rapport n° 2468 du 22 décembre 1995 fait au nom de la commission d'enquête sur les sectes présidée par Alain Gest.

¹¹³⁷ Assemblée nationale, rapport n° 1687 du 10 juin 1999 fait au nom de la commission d'enquête sur la situation financière et fiscale des sectes présidée par Jacques Guyard.

¹¹³⁸ Assemblée nationale, rapport n° 3507 du 12 décembre 2006 fait au nom de la commission d'enquête relative à l'influence des mouvements à caractère sectaire et aux conséquences de leurs pratiques sur la santé physique et mentale des mineurs présidée par Georges Fénéch.

fréquemment à une intimidation des témoins auditionnés, notamment par la voie judiciaire. Dans son rapport publié en 1997, l'Observatoire interministériel sur les sectes observait que « *les associations répertoriées comme ayant un caractère sectaire dans le dernier rapport parlementaire ont multiplié les actions judiciaires à l'encontre des personnes, élues ou spécialistes, et des associations engagées dans la lutte contre les dérives sectaires, sur le fondement de la diffamation, de l'injure raciale ou religieuse ou encore de la discrimination* »¹¹³⁹. Au cours de la commission d'enquête créée en 2006, sept témoins ont fait l'objet de plaintes en diffamation¹¹⁴⁰. Ainsi, deux anciennes adeptes d'une secte bien connue furent poursuivies en diffamation par leur ancien « gourou », pour avoir déclaré, au cours des auditions de la Commission d'enquête parlementaire des 13 et 26 septembre 2006 retransmises en direct sur la chaîne Parlementaire, qu'elles avaient recueilli les confidences de jeunes filles qui avaient été violées par certains guides de ladite secte, et parfois même par son *leader*¹¹⁴¹. En dépit des relaxes qui furent prononcées dans ces affaires, notamment au titre de la bonne foi, cette situation a causé l'émoi de certains parlementaires, constatant que « *dans la plupart des cas, les demandes de poursuites semblent motivées plus par un souci de harcèlement dissuasif, lui-même largement médiatisé, que par la volonté d'obtenir justice, l'annonce de la plainte suffisant à assurer la publicité de son auteur. Dans ce processus, le témoin qui a souhaité apporter son concours à la manifestation de la vérité se retrouve dans des situations – y compris financières – parfois difficiles, certains groupements et associations disposant de moyens financiers conséquents pour soutenir contre des individus des luttes judiciaires qui peuvent durer des années* »¹¹⁴².

Dénonçant cette pratique comme constituant une entrave à l'action des commissions d'enquête parlementaires, mais aussi une instrumentalisation de la justice, le législateur prit l'initiative, en 2008, de faire bénéficier aux témoins entendus devant les commissions d'enquête parlementaire d'un régime d'immunité similaire à celui des propos tenus et écrits produits devant les tribunaux, préalablement étendu par la jurisprudence aux témoins judiciaires.

¹¹³⁹ Observatoire interministériel sur les sectes, rapport annuel 1997, Doc. fr., p. 15.

¹¹⁴⁰ J.O.A.N., compte rendu de la 1^{ère} séance du 3 avril 2008, intervention d'Alain Gest.

¹¹⁴¹ TGI Paris, 17^{ème} ch. corr., 14 octobre 2008, relaxe confirmée par CA Paris, Pôle 2, chambre 7, 1^{er} juillet 2009, n° 08/10044 ; pourvoi rejeté par Cass. crim. 8 juin 2010, Bull. crim. 2010, n° 104 – TGI Paris, 17^{ème} ch. corr., 9 décembre 2008, relaxe confirmée par CA Paris, Pôle 2, chambre 7, 1^{er} octobre 2009, n° 08/11306, et Cass. crim., 13 avril 2010, Bull. crim. 2010 n° 67, V. aussi CAA Paris, chambre 3, 10 mars 2011, n° 10PA01353.

¹¹⁴² Assemblée nationale, rapport n° 740 du 26 mars 2008 de M. Jean-Luc Warsmann, p. 6.

B - La solution de l'extension des immunités légales

276. Le constat des menaces pesant sur les témoins tenus de déposer devant des commissions d'enquête parlementaire fut donc l'occasion, pour le législateur, de procéder au calquage de la protection de leur parole sur le modèle des immunités précédemment accordées aux témoins judiciaires (1). Juridiquement mal fondée, cette solution s'avère néanmoins bénéfique pour la qualité des auditions (2).

1 - Une assimilation des témoins par l'action successive de la jurisprudence et de la loi

277. L'immunité dont bénéficient aujourd'hui les témoins entendus devant les tribunaux pour les propos tenus dans leurs dépositions tire ses origines d'une jurisprudence assez ancienne. En 1834, Etienne Parant affirmait déjà, citant un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 1825, qu' « *un témoin qui est interpellé par la justice et qui, dans le cours de sa déposition, impute à l'accusé, au prévenu, à un autre témoin dont il attaque la déclaration, des faits propres à porter atteinte à l'honneur ou à la considération de ceux-ci, n'est pas pour cela coupable de diffamation, lorsque d'ailleurs ces faits se rapportent soit à ceux qui ont donné lieu à l'instruction, soit à des circonstances relatives à cette instruction* »¹¹⁴³. Peu après, Joseph Chassan évoquait un arrêt plus ancien, en date du 1^{er} août 1806, qui devait plus tard servir de fondement aux conclusions de l'avocat général Robinet de Cléry qui, devant la Haute juridiction, affirma que les dispositions de l'article 23 de la loi du 17 mai 1819, qui établissaient une immunité relative aux discours prononcés devant les tribunaux et constitutifs des délits d'injure et de diffamation, étaient applicables à ceux des témoins dans la mesure où « *le législateur a évidemment désigné tous les genres de propos et non les discours méthodiques tels qu'une plaidoirie et en particulier les témoignages en Justice* »¹¹⁴⁴. Suivant ce raisonnement, les témoins étaient assimilés aux parties et bénéficiaient d'une immunité relative, limitée aux propos constitutifs de ces deux seules infractions.

¹¹⁴³ N. Parant, *Lois de la presse en 1834, de la législation actuelle sur l'imprimerie et la librairie et sur les délits et contraventions commis par toutes les voies de publication*, Paris, Firmin Didot, 1834, sp. p. 89.

¹¹⁴⁴ Cass., 8 décembre 1876, D. 1877.I.505, cité par J. Sauvel, *op. cit.* p. 109.

La jurisprudence connut cependant plusieurs évolutions avant de stabiliser sa position sur l'étendue du régime d'immunité des témoins judiciaires. Dans un premier temps, la Chambre des requêtes de la Cour de cassation a, dans un arrêt du 5 août 1884¹¹⁴⁵, assimilé la situation des témoins à celle des magistrats, en considérant que les premiers, dans leurs dépositions, agissent en vertu d'un ordre ou d'une autorisation de la loi. Le Conseiller Petit, dans son rapport, indiquait ainsi que « *le témoin pour ses déclarations devant la Cour d'Assises n'encourt aucune responsabilité* », hormis les cas de faux témoignages réprimés par le Code pénal ; « *de même pour que la défense soit complètement libre, les déclarations du témoin sont livrées à la discussion de l'accusé et de son conseil, de même pour que la vérité puisse se manifester avec une entière latitude, ses déclarations sont couvertes de l'immunité la plus absolue* »¹¹⁴⁶. On comptait alors sur la vigilance du Président de la juridiction pour juguler les excès éventuels des témoins appelés à déposer. Il était ainsi jugé que la large immunité dont devaient bénéficier les témoins judiciaires était « *la conséquence nécessaire de la fonction sociale que remplissent les témoins, du serment qu'ils ont prêté de dire toute la vérité et de l'intérêt supérieur de la manifestation de la vérité* »¹¹⁴⁷. Dans un second temps, cependant, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a réitéré sa conception précédemment retenue de l'immunité des témoins judiciaires. Ainsi, il est désormais jugé de façon constante que l'immunité judiciaire prévue par l'article 41, alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1881, qui s'inspire de celle qui était établie par l'article 23 de la loi du 17 mai 1819, s'applique aux témoins entendus par les tribunaux¹¹⁴⁸. L'effet principal de cette solution, en comparaison de celle retenue en 1884, consiste dans une réduction importante de l'étendue de l'immunité accordée aux témoins, dans la mesure où les dispositions de l'article 41 limitent leurs effets aux « *propos tenus* » et aux « *écrits produits devant les tribunaux* » constitutifs des infractions d'injure, de diffamation et d'outrage (al. 4), et que « *pourront toutefois les faits diffamatoires étrangers à la cause donner ouverture, soit à l'action publique, soit à l'action civile des parties, lorsque ces actions leur auront été réservées par les tribunaux, et, dans tous les cas, à l'action civile des tiers* » (al. 6). Les témoins judiciaires sont donc, en l'état actuel du Droit, assimilés aux parties et à leurs conseils qui bénéficient, devant les tribunaux, d'une immunité relative.

¹¹⁴⁵ Cass. req., 5 août 1884, D. 1884.I.457, S. 1885.I.157, rapp. Petit.

¹¹⁴⁶ Cité par J. Sauvel, *op. cit.* p. 110.

¹¹⁴⁷ Trib. Saint-Brieuc, 23 novembre 1943, Gaz. Pal. 1944.I.59 ; Trib. Seine, 31 mai 1950, JCP 1950.II.5965, cités par J. Sauvel, *op. cit.* p. 111.

¹¹⁴⁸ Cass. crim., 4 juin 1975, Bull. crim. 1975, n° 145 ; 4 février 1980, Bull. crim. 1980, n° 44 ; 4 juin 1997, Bull. crim. 1997, n° 223.

278. S'agissant ensuite des témoins appelés à déposer devant les commissions d'enquête parlementaires, la question de leur statut et de l'éventuel bénéfice de l'immunité précédemment accordée par la jurisprudence aux témoins judiciaires fut soulevée par le passé, et la jurisprudence s'était, à plusieurs reprises, opposée à l'extension, à leur bénéfice, de l'immunité judiciaire prévue par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881¹¹⁴⁹. Dans un arrêt du 11 janvier 1984, la Cour d'appel de Paris avait pu confirmer la relaxe prononcée par les premiers juges en faveur du responsable d'un syndicat de policiers qui avait tenu, devant la commission d'enquête relative aux activités du Service d'action civique, des propos diffamatoires visant deux commissaires de police, mais au seul motif que les propos, tenus lors d'une audition à huis clos, avaient été rendus publics par le truchement de la publication du rapport de cette commission, décidée *a posteriori* par l'Assemblée nationale¹¹⁵⁰. En dernier lieu, la première Chambre civile de la Cour de cassation a jugé, dans un arrêt du 23 novembre 2004, que « *l'immunité accordée aux discours prononcés et aux écrits produits devant les tribunaux par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 [...], est applicable, sauf le cas où ils sont étrangers à la cause, aux propos tenus devant les juridictions d'instruction comme de jugement ; ne constituent pas des tribunaux au sens de ce texte les commissions d'enquête parlementaire. D'autre part, l'immunité parlementaire étant strictement définie par le même texte, elle ne peut être étendue en dehors de ses prévisions et notamment aux personnes appelées par ces commissions* »¹¹⁵¹.

279. Plusieurs arguments plaidaient pourtant en faveur de cette assimilation des régimes de l'immunité applicable à ces deux catégories de témoins. En premier lieu, pouvait être soulignée l'analogie des obligations pesant sur ceux-ci, *a fortiori* dès lors que les sanctions encourues par ceux qui refusent de s'y soumettre devant les commissions d'enquête sont plus élevées que devant les tribunaux. Surtout, était soulignée l'évolution de l'institution des commissions d'enquête parlementaires dont les travaux, couverts par le secret depuis la loi du 8 décembre 1953¹¹⁵², connurent peu à peu un accroissement de leur publicité à travers, d'abord, la diffusion de rapports et de comptes rendus analytiques, jusqu'à ce que la loi du 20 juillet 1991 vienne finalement consacrer le principe de la publicité des séances se tenant devant ces

¹¹⁴⁹ CA Paris, 11 mars 1953, JCP 1953.II.7543, note Colombini ; D. 1953, p. 271 ; pourvoi rejeté par Cass. 2^{ème} civ., 22 février 1956.

¹¹⁵⁰ CA Paris, ch. 11, 11 janvier 1984, n° 0204/81.

¹¹⁵¹ Cass. 1^{ère} civ., 23 novembre 2004, Bull. civ. I, n° 283.

¹¹⁵² Loi n° 53-1215 relative au secret des travaux des commissions d'enquête parlementaires.

commissions, le huis clos devenant désormais l'exception¹¹⁵³. Dans ces conditions, le risque de reproduction des déclarations faites par les témoins devant ces commissions était démultiplié, en particulier avec la retransmission télévisée, désormais courante, des séances publiques de ces commissions¹¹⁵⁴.

280. C'est finalement pour cette assimilation qu'opta le législateur dans la loi n° 2008-1187 du 14 novembre 2008 relative au statut des témoins devant les commissions d'enquête parlementaires. En raison de l'émoi provoqué par l'ouverture de plusieurs procédures à l'encontre de personnes ayant témoigné devant la commission d'enquête relative à l'influence des mouvements sectaires et de leurs pratiques sur la santé physique et psychologique des mineurs, une proposition de loi fut déposée par Bernard Accoyer, visant à modifier l'article 6 de l'ordonnance du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires afin de faire bénéficier aux témoins déposant devant les commissions d'enquête parlementaires d'une immunité comparable à celle dont bénéficient les témoins judiciaires. Après modification par la commission des lois du Sénat, le texte de loi finalement adopté a donné lieu à l'insertion, au sein de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, d'un nouvel alinéa, disposant que « *ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage ni les propos tenus ou les écrits produits devant une commission d'enquête créée, en leur sein, par l'Assemblée nationale ou le Sénat, par la personne tenue d'y déposer, sauf s'ils sont étrangers à l'objet de l'enquête, ni le compte rendu fidèle des réunions publiques de cette commission fait de bonne foi* ». Peu après l'adoption de cette loi, les juridictions préalablement saisies de plaintes en diffamation pour des propos tenus devant de la commission d'enquête relative à l'influence des sectes, approuvées en cela par la Chambre criminelle de la Cour de cassation¹¹⁵⁵, firent une application rétroactive du nouveau texte dans la mesure où ce dernier, moins sévère que les dispositions anciennes, devait s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur.

Les témoins tenus de déposer devant les commissions d'enquête parlementaires sont donc désormais protégés dans les mêmes conditions que les témoins judiciaires. Il est toutefois

¹¹⁵³ Loi n° 91-698 du 20 juillet 1991 tendant à modifier l'article 6 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relatif aux commissions d'enquête et de contrôle parlementaires.

¹¹⁵⁴ Assemblée nationale, rapport n° 740 du 26 mars 2008 préc.

¹¹⁵⁵ Cass. crim., 13 avril 2010, Bull. crim. 2010 n° 67, AJ Pénal 2010 p. 337, obs. G. Royer ; Dalloz Actualité 8 juin 2010, obs. S. Lavric. – 8 juin 2010, Bull. crim. 2010 n° 104, Dalloz Actualité 23 juillet 2010, obs. S. Lavric.

permis de s'interroger sur la pertinence du choix opéré initialement par la jurisprudence, et suivie par le législateur.

2 - Une solution juridiquement mal fondée mais bénéfique à la qualité des auditions

281. Si la situation des témoins devant les tribunaux et les commissions d'enquête parlementaire est désormais stabilisée, subsiste un débat quant à la pertinence du modèle sur lequel se fonde leur protection, qui est celui de l'immunité judiciaire de l'article 41, alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1881. Cet article, compris au sein d'un paragraphe 5 du chapitre IV de ladite loi, intitulé « *Publications interdites, immunités de la défense* », ne concerne, certes, pas les seuls discours prononcés devant les tribunaux puisque son alinéa premier traite de l'immunité applicable aux discours tenus et écrits produits au sein des assemblées parlementaires. Mais il apparaît néanmoins que la situation des témoins ne figurait pas, au moment de la rédaction de l'article, parmi les préoccupations du législateur, qui entendait avant tout protéger le droit de se défendre en Justice, avec la liberté de ton et de parole à laquelle il est nécessaire de faire accéder les parties plaidantes dans l'exposé de leurs griefs ou dans la réfutation de ceux qui leur sont imputés¹¹⁵⁶. Ce fondement est, à vrai dire, au cœur d'une immunité dont l'existence était bien antérieure aux lois sur la presse¹¹⁵⁷, et dont l'extension par la jurisprudence de la Chambre criminelle à la garantie de la « *sincérité des témoignages* »¹¹⁵⁸ fait l'objet d'une vive critique par une partie importante de la doctrine¹¹⁵⁹. D'après ces auteurs, le fondement de la protection devant être apportée aux témoins déposant devant les tribunaux relève moins des objectifs poursuivis par les immunités de l'article 41, qui tendent vers une liberté des débats produits par la confrontation des thèses défendues par les parties, que du fait justificatif général produit par l'ordre de la loi. Cette conception, qui rejoint celle qui retenue en 1884 par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, se trouve en grande partie confortée par le caractère obligatoire de la déposition, pécuniairement sanctionné.

¹¹⁵⁶ En ce sens, v. H. Celliez, C. Le Senne, *op. cit.* p. 503 ; P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 2, *op. cit.* p. 205, n° 1716.

¹¹⁵⁷ J. Sauvel, *op. cit.* p. 14, *sp. note* 1 ; J.-L. Gazzaniga, *Notes sur la liberté de parole de l'avocat*, in *Pouvoirs et liberté : études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 39 ;

¹¹⁵⁸ Cass. crim., 4 juin 1975 préc. ; 4 février 1980 préc. ; 1^{er} décembre 1992, Bull. crim. 1992 n° 397 ; 4 juin 1997 préc. ; 22 octobre 2002, n° 01-87.919, Dr. Pén. 2003, comm. 33, note Véron ; 14 novembre 2006, Bull. crim. 2006 n° 283, Dr. Pén. 2007, comm. 32, note Véron.

¹¹⁵⁹ En ce sens, v. A. Vitu, *Immunité de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 et fait justificatif de l'article 327 du code pénal*, RSC 1992, p. 565 et les auteurs cités au b) ; E. Raschel, *Les immunités de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881*, Jcl. Communication, fasc. 136, 2016, n° 55 ; G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, *op. cit.* pp. 309-310, n° 250.

Néanmoins, si l'on peut convenir, avec ces auteurs, que la solution retenue de façon constante par la Chambre criminelle de la Cour de cassation résulte d'une lecture particulièrement extensive de l'alinéa 4 de l'article 41 – lequel vise, pourtant, les « *discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux* » sans en préciser les bénéficiaires –, peut-être faut-il tirer les conclusions de la persistance avec laquelle cette formation a entendu imprimer cette lecture de la disposition en cause ; et considérer qu'il s'agit d'abord pour la Haute juridiction, en dépit de la charge qui est celle du président de la juridiction, de maintenir les débats dans les limites de la décence. Elle s'efforce sans doute aussi de promouvoir une solution consistant à responsabiliser davantage les témoins appelés à déposer au prétoire, en conservant la possibilité pour les tiers de poursuivre les propos diffamatoires étrangers à la cause, mais également tout autre propos constitutif de délits d'expression que les besoins de l'audience n'ont pas à souffrir, de même qu'elle sauvegarde la faculté pour le président du tribunal d'écarter les témoins les plus turbulents en vertu des articles 309 et 404 du Code de procédure pénale. Car, en définitive, ce qui justifie l'irresponsabilité est avant tout la manifestation de la vérité s'agissant de la seule cause, et tout délit d'expression sans rapport avec celle-ci ne saurait être commis impunément au cours de séances qui constituent, au sens de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, des réunions publiques. Par la dissuasion qu'elle instaure, l'immunité de l'article 41 se fait, en quelque sorte, la garante de la délicatesse des auditions. Dès lors, le choix de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 pour préserver la parole contrainte, s'il s'avère juridiquement mal fondé, comporte des effets utiles.

Si c'est le choix des immunités légales de l'article 41 de la loi sur la liberté de la presse qui a prévalu aux fins de la protection de l'expression dite « contrainte », il en va autrement des solutions qu'il convient d'adopter s'agissant des menaces pesant sur les auteurs d'une expression délibérée.

§ 2 - Une intimidation de l'expression volontaire

282. L'intimidation exercée par l'instrumentalisation de la justice répressive à l'encontre de ceux qui s'expriment dans l'intérêt général est, aujourd'hui, plus visible encore s'agissant de ceux qui, comme les « lanceurs d'alertes » et les universitaires, agissent sans y être contraints, comme en témoigne la généralisation de la pratique dite des « procédures-bâillons » (A). La solution à cette pratique abusive doit partager son action entre protection des cibles et prévention du phénomène (B).

A - Les lanceurs d'alerte et universitaires, cibles des procédures-bâillons

283. En dépit d'une apparente dualité des cibles exposées à des poursuites dissuasives dans l'exercice légitime de leur droit à la liberté d'expression (1), leurs situations respectives se confondent face à une menace identique : celle des poursuites-bâillons (2).

1 - Une dualité des cibles

284. Les avatars actuels de l'intimidation exercée par la voie judiciaire à l'encontre d'une parole volontaire sont les lanceurs d'alerte (a) et les universitaires (b).

a - L'intimidation d'une expression citoyenne : le cas des lanceurs d'alerte

285. Ces dernières années ont été marquées par une série d'affaires, extrêmement médiatisées, relatives à la révélation d'informations mettant en cause des gouvernements, des entreprises, voire des personnalités publiques, et concernant des activités plus ou moins occultes ou des pratiques fiscales illicites. *WikiLeaks*, *LuxLeaks*, *SwissLeaks*, *Panama Papers* : autant de noms barbares qui ont fleuri dans les journaux et sur les écrans de télévision, avec pour point commun la source de leur apparition en la personne de citoyens jusqu'alors inconnus du grand public, sinon anonymes, et auxquels a été attribuée l'appellation de *lanceurs d'alerte*. Cette notion, apparue dans les années 1990 dans le cadre du Grenelle de l'environnement¹¹⁶⁰ et dérivée de l'expression anglo-saxonne, déjà plus ancienne, du *whistleblowing* (« coup de sifflet »), n'était, jusqu'aux affaires précédemment citées et leur prolifération largement imputable l'apparition des méthodes de communication au public en ligne¹¹⁶¹, guère familière que des sociologues et des environnementalistes, ce qui tendait à réduire l'ampleur de son appréhension par le Droit. Sa définition originelle, introduite en France par le sociologue Francis Chateauraynaud, comporte d'ailleurs des contours plus larges dans la mesure où, ne se limitant pas à la dénonciation de faits illicites, elle englobe aussi l'expression de ceux qui, en l'absence immédiate ou actuelle d'un préjudice à l'intérêt général, font part de leurs intuitions quant à sa survenance dans un futur plus ou moins proche¹¹⁶². La notion fut néanmoins appréhendée plus strictement sur le plan juridique. Le Conseil de l'Europe définit le lanceur

¹¹⁶⁰ F. Chateauraynaud, *Les lanceurs d'alerte et la loi*, Experts 2009, n° 83 pp. 44-47, sp. p. 44.

¹¹⁶¹ J.-P. Mignard, I. Terrel, *Les lanceurs d'alerte, agents actifs de la politique criminelle*, in *Politique(s) criminelle(s) : mélanges en l'honneur du Professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 729, sp. p. 731.

¹¹⁶² F. Chateauraynaud, Experts 2009 p. 44 préc., sp. n° 4.

d'alerte comme « toute personne qui fait des signalements ou révèle des informations concernant des menaces ou un préjudice pour l'intérêt général dans le contexte de sa relation de travail, qu'elle soit dans le secteur public ou dans le secteur privé »¹¹⁶³, tandis que le Conseil d'Etat en retient une définition tout à la fois plus large et plus restreinte, en le désignant comme « un acteur civique qui signale, de bonne foi, librement et dans l'intérêt général, des manquements graves à la loi ou des risques graves menaçant des intérêts publics ou privés, dont il n'est pas l'auteur »¹¹⁶⁴.

286. Le caractère duel de l'acception généralement retenue du lanceur d'alerte, oscillant entre l'auteur d'un signalement à sa hiérarchie ou aux autorités et celui d'une prise à témoin de l'opinion publique¹¹⁶⁵, de même que la méfiance ressentie envers ce « délateur » qui, pouvant être porté par un esprit civique comme par des motivations plus contestables, tendrait à évoquer le spectre de la collaboration sous l'Occupation¹¹⁶⁶, ont longtemps provoqué l'incertitude sur son statut juridique en France. Les dispositions de l'article 40 du Code de procédure pénale imposent, certes, à « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit [...] d'en donner avis sans délai au procureur de la République ». L'article 434-1 du Code pénal punit, quant à lui, « le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives » d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Qui peut et n'empêche, pêche... Ces dispositions, quoiqu'aisément rattachables au fait justificatif de l'ordre de la loi, comportent cependant pour inconvénients notables, s'agissant du premier, de n'être applicable qu'aux personnes chargées d'une mission de service public et, s'agissant du second, de limiter son champ d'application au signalement des seuls crimes dont les effets sont encore actuels.

En comparaison, la pratique des alertes citoyennes a connu un succès plus immédiat outre-Atlantique, où la prise en compte du phénomène par la législation remonterait à la fin du

¹¹⁶³ Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec(2014)7 sur la protection des lanceurs d'alerte, p. 7.

¹¹⁶⁴ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, Doc. fr., 2016, étude citée par M.-C. Sordino, *Lanceur d'alerte et droit pénal : entre méfiance et protection ?*, Revue des sociétés 2017 p. 198.

¹¹⁶⁵ L. Ragimbeau, *La liberté d'expression des agents publics : l'exemple du lanceur d'alerte*, RFDA 2017, p. 975.

¹¹⁶⁶ F. Barrière, *Les lanceurs d'alerte*, Revue des sociétés 2017, p. 191.

XVIII^e siècle¹¹⁶⁷. Les *whistleblowers* ont également retenu l'attention du G20 qui a rappelé, en 2010, le rôle important joué par ceux-ci dans la lutte contre la corruption¹¹⁶⁸, tandis qu'en 2014, le Conseil de l'Europe a adopté une recommandation visant à accroître leur protection¹¹⁶⁹. Sur le plan national, si les pays anglo-saxons ont tôt fait, à l'image de l'Angleterre avec le *Public Interest Disclosure Act* adopté en 1998, et des Etats-Unis avec le *Whistleblower Protection Act* adopté en 1989, d'offrir un cadre légal au droit d'alerte, le législateur français a longtemps répugné à s'emparer de la protection des lanceurs d'alerte. Sa première intervention dans le domaine fut opérée par la loi du 13 novembre 2007 relative à la lutte contre la corruption, qui a créé un article L. 1161-1 au sein du Code du travail interdisant toute mesure discriminatoire, d'écartement ou de sanction à l'encontre des salariés ayant « *relaté ou témoigné, de bonne foi, soit à son employeur, soit aux autorités judiciaires ou administratives, soit, en dernier ressort, à un journaliste [...], de faits de corruption dont il aurait eu connaissance dans l'exercice de ses fonctions* ».

Toutefois, ce texte s'est avéré insuffisant à deux titres. D'abord, n'étaient couverts que les signalements relatifs à des activités de corruption. Mais surtout, il ne protégeait le lanceur d'alerte que dans le cadre professionnel contre les conséquences « extra-pénales » de sa vigilance sans procurer de garanties à ceux qui, par la révélation de pratiques illicites portant atteinte à l'intérêt général, s'exposent, outre les représailles de leur hiérarchie lorsque le signalement est effectué au sein de l'entreprise ou à la Justice, à des poursuites pénales sur le fondement de textes réprimant des délits d'expression publique lorsque le signalement est fait dans la presse ou sur Internet. Ainsi, le Tribunal de grande instance de Toulouse a récemment relaxé deux anciens salariés de l'Institut médico-éducatif de Moussaron poursuivis pour diffamation par leur ancien employeur pour avoir dénoncé, à l'antenne d'une radio, les mauvais traitements dont ils avaient été témoins¹¹⁷⁰. Mais c'est notamment en matière environnementale que des lanceurs d'alerte font le plus fréquemment l'objet de poursuites visant à les dissuader de communiquer sur des pratiques entraînant des risques pour la santé des consommateurs¹¹⁷¹. Dans une affaire concernant la poursuite, sur le fondement du dénigrement, par la Fédération

¹¹⁶⁷ E. Alt, *Liberté d'expression – lanceurs d'alerte : un droit en tension*, JCP 2014, doct. p. 1092.

¹¹⁶⁸ G20, *Anti-Corruption Plan, Action Point 7 : Protection of Whistleblowers*, 2010.

¹¹⁶⁹ Recommandation CM/Rec(2014)7 préc.

¹¹⁷⁰ Libération.fr, *Maltraitance dans un centre pour enfants handicapés : « Le tribunal a donné un signal fort à tous les lanceurs d'alerte »*, 21 novembre 2017.

¹¹⁷¹ F.-G. Trébulle, *Alertes et expertise en matière de santé et d'environnement, les enjeux de la loi du 16 avril 2013*, Environnement 2013, étude 21, sp. n° 4.

nationale des producteurs de raisins de table d'une association agréée ayant diffusé une étude attestant de la présence de traces de pesticides sur des raisins vendus dans le commerce, un auteur s'inquiétait ainsi de l'apparition en France d'une « *stratégie de poursuite [...] bien peu légitime* », et de l'insuffisance de la prise en compte, par les autorités judiciaires, des menaces qui pèsent sur les débats de société relatifs à des questions d'intérêt général, ici caractérisée par la condamnation dérisoire de la partie poursuivante à un euro symbolique pour abus du droit d'agir en Justice¹¹⁷². Plus récemment, une *holding* spécialisée dans le développement et la gestion des plantations de palmiers et d'hévéa en Afrique et en Asie a engagé des poursuites en diffamation (pour lesquelles le ministère public a requis la relaxe des prévenus) contre des ONG, et lanceurs d'alerte qui avaient dénoncé des « accaparements de terres » des riverains¹¹⁷³.

Le Conseil d'Etat, en 2016, constatait que « *les lanceurs d'alerte externes sont, en particulier, susceptibles de faire l'objet de procédures en diffamation revêtant un caractère dissuasif* », et que « *même si ces procédures ne peuvent que rarement aboutir au prononcé d'une peine* », « *le recours à de telles procédures reste cependant dissuasif pour les lanceurs d'alerte, compte tenu de leur célérité et de leur facile médiatisation* »¹¹⁷⁴. Si ces inquiétudes ont suscité, par la suite, des réponses législatives relativement à la situation des lanceurs d'alerte¹¹⁷⁵, celle-ci doit être rapprochée, s'agissant de la pratique des poursuites dissuasives exercées sur une expression volontaire, de celle des universitaires procédant à la publication de leurs travaux de recherche.

b - L'intimidation d'une expression académique : le cas des universitaires

287. Il peut paraître *a priori* incongru de comparer la protection juridique de l'expression des lanceurs d'alerte avec celle des enseignants-chercheurs universitaires. L'Université, « *lieu de liberté de critique par excellence* »¹¹⁷⁶, constitue tout à la fois le lieu de

¹¹⁷² F.-G. Trébulle, *Entreprise et développement durable (2^e partie)*, juin 2009/juillet 2010, Environnement 2011, chron. 1, *sp.* n° 62.

¹¹⁷³ D. Mazeaud, *Pour qu'ils ne se taisent pas !*, JCP 2018, 166.

¹¹⁷⁴ Conseil d'Etat, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, étude préc. p. 72, § 3.3.2.

¹¹⁷⁵ Sur ces réformes, v. *infra*, n° 294. Notons également que la Commission européenne, six mois après l'assassinat de la journaliste maltaise Daphne Caruana Galizia qui avait mis à jour des faits de corruption dans le cadre du scandale des *Panama Papers*, a annoncé l'étude prochaine d'une directive visant à encourager les potentiels lanceurs d'alerte à rapporter les faits dont ils auraient connaissance sur le territoire de l'Union européenne (Le Monde.fr, *La Commission européenne veut mieux protéger les lanceurs d'alerte*, 17 avril 2018).

¹¹⁷⁶ G. Drago, *La liberté de critique universitaire*, in D. Corrigan-Carsin, *La liberté de critique*, Litec, 2007, p. 65.

transmission du savoir et celui de la remise en cause perpétuelle de celui-ci. En ce sens, l'universitaire, qui, « *fondamentalement, refuse d'être mis au pas* »¹¹⁷⁷, jouit d'une liberté d'expression accrue par rapport aux autres fonctionnaires¹¹⁷⁸, liberté qui constitue, avec les libertés d'enseignement et de recherche, une composante primordiale des *libertés académiques*. Celles-ci, tout à la fois individuelles en ce qu'elles profitent à l'enseignant-chercheur dans l'exercice de son métier, et collectives en ce qu'elles s'appliquent à l'ensemble du corps universitaire¹¹⁷⁹, constituent ni plus ni moins qu'une véritable « *"liberté professionnelle"* »¹¹⁸⁰ dont le fondement originel réside précisément dans la recherche désintéressée de la vérité et l'objectivité scientifique, indépendamment des besoins sociaux, économiques ou politiques. En cela, elle est perçue dès ses origines comme « *une arme de défense contre les interventions de puissances extérieures pouvant remettre en cause la nécessaire liberté dont doit jouir l'universitaire pour exercer correctement son métier* »¹¹⁸¹. C'est la raison pour laquelle les universitaires jouissent de privilèges exorbitants du droit commun de la fonction publique, leur responsabilité pour les abus qui seraient commis dans l'exercice de leurs fonctions étant largement déterminée par un régime disciplinaire propre à l'Université¹¹⁸².

288. Ce tableau idyllique de la fonction universitaire ne doit cependant pas tromper : ces libertés et franchises, durement acquises au Moyen Âge et défendues par leurs titulaires face aux immixtions royales et ecclésiastiques, fauchées par l'abolition révolutionnaire des corporations et amputées de leur substance par Napoléon avant de recouvrer leur intégrité sous la III^e République¹¹⁸³, ne sont ni absolues, ni insubmersibles. Bernard Toulemonde, en 1971, observait ainsi que « *la notion de libertés et franchises universitaires est fragile dans son assise juridique [...]. C'est dire qu'elles ne reposent pas seulement, ni même peut-être principalement, sur des textes ; leur assise réside en effet beaucoup plus dans les principes d'organisation de l'Université et dans les traditions de la communauté universitaire* »¹¹⁸⁴. Dès lors, les sources

¹¹⁷⁷ J.-P. Marguénaud, *La liberté d'expression et la Convention européenne des droits de l'homme*, Jcl. Communication, fasc. 12, 2015, sp. n° 46.

¹¹⁷⁸ O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Dalloz, 2010, sp. p. 85.

¹¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 42-43.

¹¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 48.

¹¹⁸¹ *Ibidem*, p. 50.

¹¹⁸² *Ibidem*, p. 192.

¹¹⁸³ S. Caporal, *Des libertés universitaires*, in *Pouvoir et liberté : études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 547, sp. pp. 551-552.

¹¹⁸⁴ B. Toulemonde, *Les libertés et franchises universitaires*, thèse, Lille 2, 1971, t. 1, sp. p. 4.

de la liberté académique sont essentiellement coutumières¹¹⁸⁵, comme peut en témoigner leur première consécration au rang législatif par la loi n° 68-978 d'orientation sur l'enseignement supérieur du 12 novembre 1968, dont l'article 34 dispose que « *les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche, sous les réserves que leur imposent, conformément aux traditions universitaires et aux dispositions de la présente loi, les principes d'objectivité et de tolérance* »¹¹⁸⁶. Si dans ces traditions « *résident les remparts les plus solides des libertés et franchises universitaires* »¹¹⁸⁷, le Conseil constitutionnel a néanmoins consacré, dans sa décision du 20 janvier 1984, le principe d'indépendance des professeurs de l'enseignement supérieur en tant que principe à valeur constitutionnelle¹¹⁸⁸, étendant même ledit principe aux maîtres de conférences dans sa décision du 28 juillet 1993¹¹⁸⁹. La Cour européenne des droits de l'Homme a également, dans une série d'arrêts, exprimé son attachement aux libertés d'enseignement¹¹⁹⁰, de recherche¹¹⁹¹ et d'expression¹¹⁹² des universitaires.

Toutefois, ni la force et la pérennité des coutumes universitaires, ni même cette jurisprudence bienveillante du Conseil constitutionnel et de la Cour de Strasbourg ne suffisent à endiguer le constat qui était fait, déjà, en 1971, par Bernard Toulemonde : « *un mouvement irrésistible d'adaptation aux besoins sociaux et économiques atteint progressivement l'Université française : les préoccupations utilitaires prennent le pas sur le désintéressement. Cette crise de la finalité de l'Université se répercute sur le sens des libertés et franchises universitaires, elle oblige à s'interroger sur leur avenir* »¹¹⁹³. L'auteur concluait en effet sa thèse en affirmant que « *les libertés et franchises universitaires ne peuvent plus être conçues comme destinées exclusivement à protéger l'Université contre la société* »¹¹⁹⁴. Plusieurs décennies plus tard, d'autres auteurs réitèrent le constat d'une dégradation des libertés

¹¹⁸⁵ O. Beaud, *op. cit.* p. 35.

¹¹⁸⁶ Souligné par nous.

¹¹⁸⁷ B. Toulemonde, thèse préc., t. 1 p. 34.

¹¹⁸⁸ Conseil constitutionnel, décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, cons. n° 55.

¹¹⁸⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, cons. n° 7.

¹¹⁹⁰ CEDH, *Lombardi Vallauri c/ Italie*, 20 octobre 2009, n° 39128/05.

¹¹⁹¹ CEDH, *Sapan c/ Turquie*, 8 juin 2010, n° 44102/04.

¹¹⁹² CEDH, Gde ch., *Aksu c/ Turquie*, 15 mars 2012, n° 4149/04 et 41029/04.

¹¹⁹³ B. Toulemonde, thèse préc., t. 1 p. 5.

¹¹⁹⁴ *Ibidem*, t. II, p. 763.

académiques à travers de nombreux changements institutionnels opérés au gré des réformes¹¹⁹⁵. Dernièrement, la loi n° 2007-1199 du 10 août 2007 relative aux libertés et responsabilités des universités (dite « LRU »), validée dans son ensemble par le Conseil constitutionnel¹¹⁹⁶, s'est attirée les critiques du corps enseignant en sacrifiant les pouvoirs académiques aux instances gestionnaires au sein de la gouvernance locale des universités, faisant ainsi planer la menace des objectifs de compétitivité sur l'indépendance des personnels¹¹⁹⁷. Cette évolution tend à prouver la précarité des libertés académiques, dont la « clandestinité normative » « *les rend fragiles car elles sont à la merci de n'importe quelle nouvelle législation ou réglementation* »¹¹⁹⁸.

289. Un avatar, tristement actuel, de la fragilité des libertés académiques, et plus particulièrement de la liberté d'expression des enseignants-chercheurs, réside dans la prolifération récente des actions en justice intentées à l'encontre de ces derniers¹¹⁹⁹. Ce phénomène est déjà inquiétant lorsque des poursuites en diffamation sont engagées par un homme politique, proche d'un ancien président de la République, à l'encontre d'un universitaire pour les propos tenus à son encontre sur la crédibilité des nombreux sondages commandés par l'Elysée au moment où il en était le conseiller, et réalisés par une société dont il était propriétaire, alors que le professeur en question avait été interrogé par la presse en sa qualité de spécialiste universitaire des sondages¹²⁰⁰. Il l'est encore davantage lorsque les poursuites engagées contre des enseignants-chercheurs prennent pour support la publication de leurs travaux de recherche. Parmi les nombreuses affaires illustrant les menaces représentées par cette pratique, deux doivent être citées en particulier. La première concerne une universitaire qui avait publié un ouvrage sur le plagiat, dans lequel elle reprochait à un avocat, ironiquement spécialiste du droit de la propriété littéraire et artistique, d'avoir fait quelques emprunts non cités dans l'un de ses travaux. Poursuivie pour diffamation devant le juge civil, la défenderesse

¹¹⁹⁵ J. Morange, *La liberté du professeur des facultés de droit*, RDP 2008, n° 1 p. 54.

¹¹⁹⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010.

¹¹⁹⁷ O. Beaud, *op. cit.* pp. 253-254.

¹¹⁹⁸ O. Beaud, *Les libertés universitaires*, conférence donnée à l'Académie des sciences morales et politiques (ASMP) le 9 novembre 2009.

¹¹⁹⁹ O. Beaud, *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, *op. cit.* p. 95 s. ; J.-P. Marguénaud, D. Kuri, *Le droit à la liberté d'expression des universitaires*, D. 2010, p. 2921 ; X. Molénat, *Pressions sur la recherche*, Sciences humaines, n° 227, juin 2011 ; Gilles J. Martin, *Doctrine ? Vous avez dit doctrine ? Qu'elle se taise !*, RJE 2017/1, vol. 42 p. 9. Sur ce sujet, notons qu'une journée d'étude, organisée par la Conférence des doyens de droit et de science politique s'est tenue le 17 mars 2017 au Ministère de l'Enseignement supérieur et de la Recherche sur le thème : « *Qui a peur des chercheurs en droit ? Comment lutter en France contre les stratégies de poursuites-bâillons* ».

¹²⁰⁰ TGI Paris, 17^{ème} ch. corr., 16 février 2011, relaxe confirmée en appel.

avait soulevé une exception d'incompétence de la juridiction judiciaire. La Cour d'appel de Versailles l'avait déboutée, en estimant que le lien entre la faute reprochée et les fonctions exercées par celle-ci n'était « *pas établi dès lors que la publication par une maison d'édition privée d'un ouvrage destiné au public [...] était un fait détachable des fonctions administratives d'enseignement* »¹²⁰¹. Deux auteurs ont souligné le caractère inquiétant de cet arrêt, rappelant que les universitaires sont, pour l'immense majorité, « *essentiellement publiés par des éditeurs privés* »¹²⁰². La 1^{ère} Chambre civile de la Cour de cassation a néanmoins cassé l'arrêt, en considérant que « *quel qu'en soit le support, la publication d'un ouvrage, qui est le résultat de recherches universitaires, entre dans la mission du service public de l'enseignement supérieur et relève des fonctions des enseignants-chercheurs qui s'exercent dans le domaine de la diffusion des connaissances* »¹²⁰³.

La seconde affaire, plus récente, concerne un professeur de droit qui a fait l'objet de poursuites en diffamation pour avoir publié, dans une revue de droit de l'environnement, le commentaire d'une décision de Justice rendue par le Tribunal correctionnel de Paris condamnant en 2013 trois sociétés pour avoir mis en place un trafic de déchets sous couvert de « *dépollution* » (faits dénoncés, par ailleurs, par un lanceur d'alerte, salarié de l'une des sociétés en cause¹²⁰⁴). L'auteur du commentaire, s'appuyant très largement sur des extraits de la décision commentée, formulait des observations dans le style habituel des notes de jurisprudence, critiquant la faiblesse des peines prononcées et proposant que la répression puisse être aggravée lorsque ces faits sont, comme dans l'espèce commentée, commis en bande organisée¹²⁰⁵. Le Tribunal de grande instance de Paris, le 13 janvier 2017, a rendu un jugement relaxant l'auteur du commentaire en lui accordant le bénéfice de sa bonne foi, en relevant le caractère abusif des poursuites intentées contre lui, et en condamnant les parties civiles à lui verser des dommages-intérêts¹²⁰⁶. Si ce jugement se veut rassurant pour le sort judiciaire du commentateur, son contexte n'en reste pas moins inquiétant dès lors que les parties civiles ont interjeté appel de la décision, ce qui traduit, selon un auteur, leur volonté d'exercer « *une forte pression sur l'auteur et son éditeur afin de les dissuader de publier à l'avenir ce genre de commentaire, et [d']*

¹²⁰¹ CA Versailles, 16 septembre 2009.

¹²⁰² J.-P. Marguénaud, D. Kuri, D. 2010 p. 2921 préc.

¹²⁰³ Cass. 1^{ère} civ., 23 février 2011, Bull. civ. I 2011, n° 41.

¹²⁰⁴ G. J. Martin, RJE 2017/1 vol. 42 p. 9 préc., *sp.* p. 10.

¹²⁰⁵ L. Neyret, *Affaire Chimirec – Trafic de déchets dangereux : quand les dépollueurs se font pollueurs*, Environnement 2014, comm. 48.

¹²⁰⁶ TGI Paris, 13 janvier 2017, RJE 2017/2, p. 323, note G. J. Martin.

*adresser dans le même temps une mise en garde à la communauté académique »*¹²⁰⁷. Fort heureusement, la Cour d'appel de Paris a, dans cette affaire, confirmé la relaxe de l'universitaire incriminé en estimant que le caractère diffamatoire de l'article litigieux n'était pas établi. Les juges ont ainsi affirmé que la liberté d'expression de la doctrine juridique « *intéresse un professionnel du droit dont l'activité, pour une part importante, tient à l'analyse de décisions judiciaires qui n'a pas pour objet d'être seulement didactique, mais doit encore nourrir le débat sur les orientations de la jurisprudence, qu'il s'agisse d'y adhérer ou de proposer des évolutions souhaitées* »¹²⁰⁸.

Il est impossible de ne pas percevoir ce qui lie profondément, dans ce contexte, la situation des lanceurs d'alerte à celle des universitaires : la menace de poursuites intentées dans le but d'exercer des pressions dissuasives sur une expression délibérée et motivée par l'intérêt général, aussi nommées « procédures-bâillons ».

2 - Une identité de la menace : les procédures-bâillons

290. Tout comme la notion française de « lanceur d'alerte » est dérivée de l'expression anglo-saxonne *whistleblower*, le terme de « procédure-bâillon » (ou « poursuite-bâillon », ou encore « action-bâillon ») s'inspire d'une notion apparue à la fin des années 1980 aux Etats-Unis, et inventée par les professeurs Penelope Canan et George W. Pring, appelée *S.L.A.P.P.* (*Strategic Lawsuit Against Public Participation*)¹²⁰⁹. Outre-Atlantique, cette notion a été conceptualisée autour des nombreuses poursuites exercées contre des citoyens qui, de leur propre initiative, avaient décidé d'user de leur droit à adresser des requêtes et plaintes au gouvernement, protégé par le premier Amendement du *Bill of Rights* américain¹²¹⁰. Les critères d'identification des *S.L.A.P.P.s* établis par ses inventeurs, qui les définissaient comme des poursuites intentées contre toute revendication présentée au Gouvernement *sur un sujet d'intérêt public*, ont pu apparaître comme trop restrictifs à d'autres auteurs, en ce qu'ils orientaient la détermination du caractère abusif des poursuites au regard du seul but poursuivi par l'auteur des revendications ; or, il conviendrait plutôt d'axer le critère sur les *motivations*

¹²⁰⁷ C. Jamin, *La doctrine bâillonnée !*, D. 2017 p. 401.

¹²⁰⁸ CA Paris, 28 août 2017, n° 17/00854, D. 2017 p. 1978, obs. S. Lavric ; D. 2017, p. 2458, note R. Libchaber.

¹²⁰⁹ P. Canan, G. W. Pring, *Studying Strategic Lawsuits Against Public Participation : Mixing Quantitative and Qualitative Approaches*, 22 Law & Soc'y Review, 1988.

¹²¹⁰ V. J. Cosentino, *Strategic Lawsuits Against Public Participation : An Analysis of the Solutions*, California Western Law Review 1991, vol. 27, p. 399, *sp.* pp. 399-400.

des parties poursuivantes, qui relèvent de l'*intimidation* de toute utilisation *légitime* du droit constitutionnellement garanti à la liberté d'expression¹²¹¹.

Le plus difficile est alors de caractériser la nature abusive des poursuites, qui découlent d'une utilisation détournée du droit, tout à fait légitime, à engager des actions en Justice. L'étude de l'anatomie des poursuites-bâillons permet de déceler les indices propres à identifier leur caractère mal intentionné. L'un des inventeurs de l'expression *S.L.A.P.P.* explique que les cibles de ces poursuites ne sont ni des extrémistes ni des activistes expérimentés, mais des personnes issues de la classe moyenne ou des citoyens à « col bleu », pour la plupart novices dans l'exercice de revendications publiques¹²¹². De même, les procédures-bâillons ne poursuivent pas tant le but traditionnel d'une action en justice, destinée à obtenir la réparation d'un dommage effectivement subi, que celui d'exercer des représailles, de décourager toute opposition future, et constituent une manipulation du système judiciaire aux fins de stratégie politique au sein du débat public¹²¹³. Victor J. Cosentino a ainsi identifié quatre raisons pour lesquelles les procédures-bâillons sont devenues, aux Etats-Unis, une pratique efficace et courante depuis les années 1970¹²¹⁴. Premièrement, il s'agit pour l'auteur des poursuites d'*inverser la position des parties* à la cause, en déplaçant le débat de l'arène politique ou du débat public vers la salle d'audience, ce qui entraîne pour effet principal de modifier l'équilibre des pouvoirs et ressources des parties : tandis que, dans le débat public, l'auteur d'une expression revendicative a la possibilité de mobiliser l'opinion publique et les médias, les moyens financiers et juridiques demeurent maîtres dans la procédure judiciaire. De même, l'action en Justice tend à modifier la perception de la controverse en question, le préjudice n'étant plus celui du citoyen qui s'est exprimé mais celui du plaignant. Deuxièmement, l'action en Justice augmente les risques financiers du défendeur, qui n'est généralement pas préparé financièrement, ni juridiquement, aux conséquences d'une procédure. Troisièmement, la procédure-bâillon tend à détourner l'attention du public de la cause défendue par le citoyen qui en est victime, celui-ci devant désormais sacrifier son temps à la préparation d'une défense. Quatrièmement, l'action intentée a pour effet de retarder le résultat espéré initialement par le défendeur au point de démobiliser l'opinion publique, voire de le décrédibiliser vis-à-vis d'elle

¹²¹¹ *Ibidem*, pp. 400-401.

¹²¹² G. W. Pring, *S.L.A.P.P.s : Strategic Lawsuits Against Public Participation*, *Pace Environmental Law Review* 1989, vol. 7, p. 3.

¹²¹³ V. J. Cosentino, *California Western Law Review* 1991, vol. 27 p. 399 préc., *sp.* pp. 402-403. En ce sens, v. CA Paris, 4 novembre 2015, n° 15/01661, *Garrigou c/ S^{ie} Fiducial et M. Latouche*.

¹²¹⁴ *Ibidem*, p. 403 s.

en cas de défaite face aux parties poursuivantes. En faisant du défendeur un « exemple », on décourage ainsi préventivement ceux qui seraient tentés à leur tour d'user de leur droit à la liberté d'expression dans un sens défavorable aux intérêts du poursuivant.

291. En France, la multiplication des poursuites intentées contre des enseignants-chercheurs à raison de la publication de leurs travaux a conduit le Secrétaire d'Etat à l'Enseignement supérieur et à la Recherche à créer, le 21 mars 2017, une commission présidée par le Professeur Denis Mazeaud, composée d'autres professeurs de droit privé et public et d'un éditeur privé, chargée de lui remettre un rapport sur les procédures-bâillons. Le rapport, rendu le 20 avril suivant¹²¹⁵, confirme que « *le caractère abusif des procédures-bâillons tient [...] non seulement à la remise en cause de libertés fondamentales, mais également à une potentielle inégalité devant la justice* »¹²¹⁶. Ce rapport formule également une série de propositions, dont l'importante variété démontre la difficulté qu'est celle du juriste à envisager une solution uniforme au problème des procédures-bâillons.

B - Le traitement d'un abus par la protection et la prévention

292. Si certains pays Nord-Américains, à l'image du Québec¹²¹⁷ et des Etats-Unis¹²¹⁸, se sont d'ores et déjà dotés d'une législation « anti-S.L.A.P.P. », la législation française, encore insuffisante, présente l'inconvénient de traiter séparément la situation des lanceurs d'alerte de celle des universitaires. Cet état de fait permet toutefois de constater que les particularités propres à chacune de ces deux cibles appellent, en aval des poursuites, une protection distincte (1), tandis que la pratique en elle-même doit faire l'objet, en amont, de mesures préventives communes (2).

1 - Une protection distincte en aval

293. La variété des professions auxquelles les lanceurs d'alerte peuvent – ou peuvent ne pas – appartenir a rendu nécessaire l'adoption d'un statut spécifique qui les place sous la

¹²¹⁵ Rapport consultable à l'adresse https://cache.media.enseignementsup-recherche.gouv.fr/file/2017/50/2/Rapport_Commission_Mazeaud_754502.pdf.

¹²¹⁶ Rapport de la commission Mazeaud sur les procédures-bâillons préc., p. 9.

¹²¹⁷ S. Guillemard, *Les poursuites-bâillons et la querulence : deux phénomènes encadrés par le Code de procédure civile du Québec*, D. 2015 p. 2389.

¹²¹⁸ V. à ce titre, la carte interactive d'évaluation des législations « anti-S.L.A.P.P. » éditée par le *Public Participation Project*, consultable à l'adresse <https://anti-slapp.org/your-states-free-speech-protection/>.

protection du Défenseur des droits (a). La protection devant être apportée aux universitaires pourrait, quant à elle, résider dans une amélioration de leur protection fonctionnelle (b).

a - Un statut général du lanceur d'alerte sous la protection du Défenseur des droits

294. Les lanceurs d'alerte, qui sont pour la plupart de simples citoyens, furent les premiers à bénéficier de l'attention du législateur pour l'établissement d'un régime de protection contre les poursuites-bâillon. Tandis que la loi du 13 novembre 2007 précitée dirigeait essentiellement ses effets vers les alertes effectuées dans le milieu professionnel du secteur privé, une première réponse à la problématique des alertes médiatiques fut apportée par la loi n° 2013-316 du 16 avril 2013 relative à l'indépendance de l'expertise en matière de santé et d'environnement et à la protection des lanceurs d'alerte, dont l'article 1^{er} dispose que « *toute personne physique ou morale a le droit de rendre publique ou de diffuser de bonne foi une information concernant un fait, une donnée ou une action, dès lors que la méconnaissance de ce fait, de cette donnée ou de cette action lui paraît faire peser un risque grave sur la santé publique ou sur l'environnement* ». Cet article avait le mérite de prendre en considération l'alerte dans sa dimension non plus seulement *professionnelle* comme cela avait été le cas dans la législation de 2007 mais également *médiatique*. Toutefois, il comportait un alinéa second dont la teneur pouvait singulièrement interroger quant à sa portée, puisqu'il disposait que « *l'information qu'elle rend publique ou diffuse doit s'abstenir de toute imputation diffamatoire ou injurieuse* ». Or, le fait d'informer le public sur un fait ou une action dont la méconnaissance ferait peser un risque grave sur la santé publique ou l'environnement, dès lors qu'il est directement imputable à une personne ou un corps identifiés, est susceptible de constituer en lui-même un acte diffamatoire... Toute entreprise ou personne s'estimant diffamée par la publication d'une information relatant une activité anormale de leur part conservait ainsi la possibilité d'exercer des poursuites à l'encontre de l'auteur de l'alerte. En définitive, les régimes de protection des lanceurs d'alerte établis par les lois de 2007 et de 2013, qui, par leur caractère tortueux et la subordination de leurs garanties à d'importantes conditions, « *prennent donc la forme d'un kaléidoscope juridique, qui ne répond qu'imparfaitement à la nécessité d'une protection effective du lanceur d'alerte* »¹²¹⁹.

¹²¹⁹ E. Alt, JCP 2014, doct. p. 1092 préc., n° 34.

295. Le bilan mitigé des lois de 2007 et 2013, couplé à l'émotion provoquée dans l'opinion publique par la situation d'Antoine Deltour, employé d'un cabinet d'audit à l'origine de la révélation d'importantes fraudes fiscales dans l'affaire *LuxLeaks* et poursuivi pour vol, violation du secret professionnel et du secret des affaires, accès ou maintien frauduleux dans un système informatique, blanchiment et divulgation de secrets d'affaires, a conduit le législateur à harmoniser le régime des lanceurs d'alerte dans la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « Sapin II ». Cette harmonisation devait d'abord passer par une définition unique du lanceur d'alerte, livrée par l'article 6 du texte : « *un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié et approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance* ». L'article 8, I de la loi instaure, quant à lui, un « circuit hiérarchique » du signalement, composé de plusieurs strates subsidiaires (supérieur hiérarchique ou employeur, puis autorité judiciaire ou administrative ou ordre professionnel), et à l'issue duquel se trouve, en dernier recours et en cas d'inertie des destinataires précédents, la mise à disposition du public de l'information. Notons toutefois que le II prévoit que cette mise à disposition peut être immédiate « *en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles* ».

S'agissant de la protection institutionnelle des lanceurs d'alerte pour l'accompagnement et l'orientation dans leurs démarches, il avait été initialement envisagé de confier cette protection à une nouvelle autorité administrative indépendante, sur le modèle du régime canadien, dans lequel un commissaire à l'intégrité assure la protection des fonctionnaires lanceurs d'alerte¹²²⁰. Il fut finalement préféré, comme le suggérait le Conseil d'Etat dans son étude relative à la protection des lanceurs d'alerte en 2016, de confier cette protection au Défenseur des droits. La loi du 9 décembre 2016 prévoit ainsi, en son article 8, IV, que « *toute personne peut adresser son signalement au Défenseur des droits afin d'être orientée vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte* ». Une loi organique n° 2016-1690 fut adoptée, modifiant la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits pour étendre ses compétences. L'article 11 de la loi organique de 2011 dispose désormais que le

¹²²⁰ E. Alt, *Lanceurs d'alerte. Nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte. A propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016*, JCP 2017, doctr. p. 90, n° 25.

Défenseur des droits « *préside les collèges qui l'assistent pour l'exercice de ses attributions en matière [...] d'orientation et de protection des lanceurs d'alerte* ». La loi du 9 décembre 2016 prévoyait également, dans l'article 14 de sa version initiale, que le Défenseur des droits pouvait accorder, dans certains cas, une aide financière ou un secours financier à un lanceur d'alerte. Cette disposition fut cependant censurée par le Conseil constitutionnel, qui a considéré que la mission du Défenseur des droits, chargé par l'article 71-1 de la Constitution d'aider les personnes victimes de discriminations à identifier les procédures adaptées à leur situation, « *ne comporte pas celle d'apporter lui-même une aide financière, qui pourrait s'avérer nécessaire, aux personnes qui peuvent le saisir* »¹²²¹. Ainsi, le régime de protection confié au Défenseur des droits à l'égard des lanceurs d'alerte ne consiste pas tant dans la création d'une nouvelle mission de défense d'une catégorie de citoyens que dans l'intégration de leur situation à sa mission générale de « protection des droits de l'enfance, de lutte contre la discrimination et de déontologie dans le domaine de la sécurité ». En définitive, la loi du 9 décembre 2016 ne confère aux lanceurs d'alerte « *qu'un socle de protection minimale, sur lequel la société civile devra développer une culture de l'alerte éthique* »¹²²². Le lanceur d'alerte, orienté dans ses démarches, demeure vulnérable sur le plan financier. Il devrait pouvoir compter, comme cela s'observe dans les pays anglo-saxons, sur l'appui de fondations privées à même de lui apporter un soutien financier¹²²³.

S'agissant des universitaires, on peut estimer que la protection fonctionnelle des enseignants-chercheurs victimes de procédures-bâillons pourrait, à condition d'être améliorée, leur assurer une situation plus favorable.

b - Une amélioration de la protection fonctionnelle des universitaires

296. Le rapport établi en avril 2017 par la « commission Mazeaud », a souligné la situation de « *potentielle inégalité devant la justice* » pouvant résulter des procédures-bâillons engagées à l'encontre des universitaires¹²²⁴. En effet, dans le cadre d'une procédure-bâillon, « *l'universitaire doit [...] faire face à des acteurs puissants, disposant de ressources très supérieures aux siennes et donc susceptibles de déstabiliser et de menacer, voire de*

¹²²¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2016-740 DC du 8 décembre 2016, cons. n° 5.

¹²²² E. Alt, JCP 2017, doctr. p. 90 préc., n° 28.

¹²²³ *Idem*.

¹²²⁴ Rapport de la commission Mazeaud sur les procédures-bâillons préc., p. 9.

sanctionner, la libre expression de résultats de travaux, et de propos qui mettent en cause leurs intérêts »¹²²⁵. Le rapport évoque alors la garantie d'équité pouvant être assurée par la protection fonctionnelle dont bénéficient les agents de la fonction publique en vertu de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires, afin de « rétablir le rapport de forces initialement défavorable le plus souvent dans ce genre d'affaires »¹²²⁶. L'article 11, III de cette loi dispose ainsi que « lorsque le fonctionnaire fait l'objet de poursuites pénales à raison de faits qui n'ont pas le caractère d'une faute personnelle détachable de l'exercice de ses fonctions, la collectivité publique doit lui accorder sa protection ». La circulaire n° 2158 du 5 mai 2008 relative à la protection fonctionnelle des agents publics de l'Etat rappelle qu'il s'agit d'une obligation légale que l'administration ne peut refuser à l'agent poursuivi lorsque les conditions en sont remplies¹²²⁷, à moins que le refus soit dûment justifié par des motifs impérieux d'intérêt général¹²²⁸. Le cas échéant, ce refus engage la responsabilité de l'Etat si l'agent subit, de ce fait, un préjudice¹²²⁹. Si l'on peut aisément estimer, notamment depuis l'arrêt de la 1^{ère} chambre civile en date du 23 février 2011, que le contenu d'un article universitaire publié dans une revue spécialisée constitue une activité rattachée aux fonctions administratives de l'enseignant-chercheur¹²³⁰, le rapport de la « commission Mazeaud » précité souligne toutefois que « les appréciations auxquelles l'administration doit se livrer constituent [...] un nid à contentieux ». Cela est d'autant plus avéré que l'étendue de l'éventail des modalités de l'aide (recherche d'un avocat, prise de position publique en faveur de l'agent, constitution de partie civile aux côtés de celui-ci, prise en charge des honoraires de défense) demeure à la discrétion de l'administration¹²³¹. Est également rappelé le fait que le déclenchement de la protection fonctionnelle, « aléatoire, intervient souvent trop tard, à l'issue d'une procédure juridictionnelle que l'agent aura dû engager », ce qui n'est pas sans poser de problèmes en raison de l'extrême rapidité qui caractérise le régime procédural de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse¹²³².

¹²²⁵ E. Roux, *L'université et la « protection raisonnable » de la liberté d'expression de l'enseignant-chercheur*, AJFP 2017, p. 254.

¹²²⁶ Rapport de la commission Mazeaud sur les procédures-bâillons préc., p. 9.

¹²²⁷ Conseil d'Etat, 17 janvier 1996, *Dame Deleuze*, n°s 94489-93481-93482.

¹²²⁸ Conseil d'Etat, 14 février 1975, *Teitgen*, req. n° 87730 ; 18 mars 1994, *Rimasson*, n° 92410.

¹²²⁹ Conseil d'Etat, 17 mai 1995, *Kalfon*, n° 141635.

¹²³⁰ Cass. 1^{ère} civ., 23 février 2011, Bull. civ. I 2011, n° 41 préc.

¹²³¹ Rapport de la commission Mazeaud sur les procédures-bâillons préc., p. 19.

¹²³² *Idem*.

297. Les rédacteurs du rapport d'avril 2017 ont formulé deux propositions, tendant à réduire, sinon à anéantir, la marge de manœuvre de l'administration dans les cas où des enseignants-chercheurs feraient l'objet de poursuites pénales pour des propos relevant de la liberté académique¹²³³. La première consisterait à ajouter, à l'article L. 952-2 du Code de l'éducation reprenant le contenu de l'article 34 de la loi de 1968 d'orientation sur l'enseignement supérieur et rappelant l'indépendance des universitaires dans leurs activités d'enseignement et de recherche, un second alinéa disposant que « *la protection fonctionnelle leur est accordée de plein droit* ». La seconde consisterait à prévoir, par l'ajout d'un VIII à l'article 11 de la loi de 1984 relative à la protection fonctionnelle, un mécanisme d'octroi automatique de la protection fonctionnelle aux enseignants-chercheurs subissant une action mettant en cause l'exercice de son droit à la liberté d'expression dans le cadre de ses fonctions. Cette disposition instaurerait une prise en charge des frais d'assistance juridique sous forme d'autorisation tacite d'acceptation avec le versement immédiat d'une provision dont le montant forfaitaire serait fixé par décret. L'Université disposerait alors de la seule possibilité de contester cette prise en charge automatique devant les juridictions administratives, selon les voies de recours ordinaires.

A la suite de la remise du rapport de la commission, le secrétaire d'Etat en charge de l'Enseignement supérieur et de la Recherche, Thierry Mandon, a signé une circulaire relative à l'amélioration de la protection fonctionnelle en cas d'action en diffamation¹²³⁴. Celle-ci, tout en rappelant les différentes modalités de la protection pouvant être accordée à l'enseignant-chercheur en cas de poursuites-bâillon, recommande une attribution systématique de celle-ci à son bénéfice lorsque des poursuites en diffamation sont engagées à son encontre. Toutefois, comme le souligne un auteur, cette circulaire « *n'a nullement modifié le droit applicable et appelle une réforme plus profonde des mécanismes de protection des universitaires, conformément aux conclusions du rapport Mazeaud* »¹²³⁵. On peut alors s'inquiéter du fait que la question, soulevée à quelques semaines de la fin du mandat du Président François Hollande, ne soit vouée à tomber dans l'oubli, submergée par les projets du Gouvernement nouvellement nommé.

¹²³³ Rapport de la commission Mazeaud sur les procédures-bâillons préc., pp. 25-26.

¹²³⁴ Circ. MENSUR n° 17-061 du 9 mai 2017.

¹²³⁵ E. Roux, AJFP 2017 p. 254 préc.

Dans l'attente, peut-être trop longue ou vaine, d'une prise en considération de la protection devant être accordée aux victimes des procédures-bâillons en aval de celles-ci, il convient d'étudier les solutions qui peuvent être apportées à leur prévention en amont.

2 - Une prévention commune en amont

298. La prévention de la pratique des procédures-bâillon doit passer par la mise en place de mesures propres à dissuader ceux qui seraient tentés de porter atteinte à la liberté d'expression d'autrui par l'exercice de poursuites motivées par une volonté d'intimidation. Néanmoins, il est à noter que, tandis que les propositions visant à accorder des privilèges à l'une ou l'autre catégorie de cibles apparaissent insuffisantes, voire non souhaitables (a), les propositions les plus pertinentes sont celles qui visent à dissuader ces procédures-bâillons sur le fondement de l'abus d'ester en Justice (b).

a - L'écueil d'une solution catégorielle

299. S'agissant de la dissuasion des procédures-bâillons dirigées contre les lanceurs d'alertes, certaines dispositions de la loi du 9 décembre 2016 semblent s'être timidement emparées de la question. En premier lieu, l'article 7 du texte a créé au sein du Code pénal un article 122-9, venant ajouter à la liste des faits justificatifs généraux une sorte d' « excuse d'alerte » neutralisant l'élément légal des infractions consécutives à la révélation d'un secret protégé par la loi, « *dès lors que cette révélation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi* » précitée. Cette disposition, qui présente une proximité notable avec la cause objective d'irresponsabilité tirée de l'ordre ou de l'autorisation de la loi (art. 122-4), confère une protection pour le moins incomplète dans la mesure où, par le renvoi – peu judicieux dans la partie générale du Code – qu'elle opère aux dispositions de la loi du 9 décembre 2016, elle exclut de son champ d'application les secrets visés par l'article 6, alinéa 2 du même texte, que sont « *le secret de la défense nationale, le secret médical ou le secret des relations entre un avocat et son client* »¹²³⁶. Par ailleurs, les procédures-bâillons sont plus fréquemment intentées sur les fondements de la diffamation, de l'injure ou du dénigrement, qui ne sont pas couverts par ce nouvel article 122-9 du Code pénal.

¹²³⁶ Sur ces critiques, v. R. Parizot, *Les renversements de la responsabilité pénale*, RSC 2017, p. 363.

300. La disposition la plus intéressante de la loi du 9 décembre 2016 réside plutôt dans son article 13, dont le II prévoit que le montant de l’amende civile pouvant être prononcée par la juridiction d’instruction sur réquisitions du procureur général lorsque le juge estime que les poursuites sont abusives ou dilatoires, peut être portée à 30 000 €, au lieu des 15 000 habituellement encourus, « *lorsque le juge d’instruction ou la chambre de l’instruction est saisi d’une plainte pour diffamation contre un lanceur d’alerte* ». Cette mesure constitue en réalité le premier pas véritablement effectué vers un traitement du problème des procédures-bâillon en France. Afin qu’une telle mesure soit effective, il est cependant nécessaire que le montant de l’amende réellement requise par le Parquet et prononcée par la juridiction d’instruction soit proportionnel à la hauteur des enjeux que représente la dissuasion d’une telle pratique par des personnes morales dont les moyens financiers sont importants. En ce sens, le montant prévu par cette disposition pourrait, dans certains cas, s’avérer insuffisant. Doit également être signalé l’ajout possible¹²³⁷, par une loi adoptée le 21 juin 2018 et relative à la protection du secret des affaires, d’un article L. 152-8 au sein du Code de commerce, punissant les actions abusives ou dilatoires sur le fondement d’un tel secret. De telles actions seraient punies d’une amende civile « *dont le montant ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages intérêts* ». En l’absence d’une telle demande, le montant de cette amende civile n’excéderait pas la somme de 60 000 €¹²³⁸.

301. Ces dispositions, en souhaitant améliorer le sort des lanceurs d’alerte, qui doivent pour en bénéficier répondre aux critères formulés à l’article 6 de la loi du 9 décembre 2016 et à l’exclusion de toute autre personne, ne permet pas de régler entièrement le problème des procédures-bâillon, qui peuvent être exercées à l’encontre d’autres personnes, et notamment des universitaires. Cet écueil, en réalité, loin d’être imputable à la seule répugnance du législateur à délivrer un « permis généralisé de dénoncer », provient des conditions dans lesquelles la notion de « procédure-bâillon » a été popularisée en France. Tandis qu’elle était déjà employée par certains auteurs relativement à des poursuites intentées contre des lanceurs d’alerte ayant agi en matière environnementale¹²³⁹, cette expression a « refait surface » à

¹²³⁷ Sous réserve de la validation de cette loi par le Conseil constitutionnel, saisi le mercredi 27 juin 2018.

¹²³⁸ Cet article aurait ainsi vocation à s’articuler, notamment, avec un nouvel article L. 151-8 du Code de commerce, prévoyant une exception à la protection du secret des affaires dans le cadre de l’exercice de la liberté d’expression et de communication (1°), ou des alertes éthiques (2°).

¹²³⁹ Par exemple, v. F.-G. Trébulle, Environnement 2011, chron. 1 préc.

l'occasion du rapport établi par la « commission Mazeaud » en avril 2017, précité, dont le rattachement affiché à un problème concernant quasi-exclusivement des enseignants-chercheurs tend à occulter une présence beaucoup plus ancienne de la pratique en France.

Partant, le « rapport Mazeaud » comprend plusieurs propositions qui s'attachent à aménager divers privilèges à l'expression universitaire. Parmi ceux-ci, fut suggérée la modification de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 relatif aux immunités, pour y insérer un alinéa disposant que « *ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, les propos ou écrits rédigés ou exprimés de bonne foi par des chercheurs et des enseignants-chercheurs, dans le cadre de leur activité d'enseignement ou de recherche sous quelque forme et sur quelque support que ce soit* ». Outre le fait que le rapport, étrangement, invite au positionnement de cet alinéa à la suite du troisième, qui concerne les immunités judiciaires, ce qui rendrait la lecture de l'article, déjà difficile, assez incohérente (les deux alinéas suivants concernent en effet les pouvoirs offerts aux juges et aux parties d'un procès pour la suppression de propos infamants et la réserve d'une action pour des propos étrangers à la cause), cette proposition n'apparaît pas opportune dès lors qu'elle instaurerait un privilège d'expression à certains citoyens, en rupture avec le principe d'égalité devant la loi. En effet, une telle protection accordée à l'expression scientifique apparaîtrait pour le moins disproportionnée en comparaison de celle constituant le fondement des immunités établies par l'article 41 de la loi de 1881, qui visent avant tout à garantir la liberté des débats conduits dans des lieux déterminés et rendus nécessaires par la fonction de ces mêmes lieux (assemblées et commissions d'enquête parlementaires, tribunaux). Si les comptes rendus journalistiques de ces débats bénéficient, sous certaines conditions, de cette immunité, c'est parce qu'ils en constituent une description objective, dénuée d'observations critiques.

Pour ces mêmes raisons, une autre proposition de la commission, qui consiste dans la création d'un article 47-1 au sein de la loi du 29 juillet 1881, disposant que « *la poursuite des chercheurs et enseignants-chercheurs pour diffamation ou injure pour des propos ou écrits exprimés ou rédigés dans leur activité d'enseignement ou de recherche ne peut être exercée qu'à la requête du ministère public* », ne saurait être envisagée, *a fortiori* dès lors que l'action en diffamation ou en injure, hors les cas prévus aux articles 30 et 31 de la loi relatifs aux propos dirigés contre les institutions, leurs représentants et les fonctionnaires, est réservée à la victime lorsqu'elle est un particulier. Doit, enfin, être examinée une proposition qui tend à l'ajout, au sein du Code de procédure pénale, d'un article 2-25, permettant aux établissements publics

d'enseignement supérieur d'exercer les pouvoirs reconnus à la partie civile « *en ce qui concerne la dénonciation calomnieuse visant un de leurs chercheurs ou un enseignant-chercheur à raison des propos, écrits ou actes tenus ou réalisés dans cette activité d'enseignement ou de recherche* ». Si une telle mesure permettrait de compenser les charges encourues par les universités au titre de la protection fonctionnelle qu'elles devraient accorder de plein droit à leurs enseignants-chercheurs victimes de procédures-bâillons, elle se heurterait très fréquemment à la morphologie du contentieux de presse, dans lequel les relaxes pour diffamations et injures découlent moins de l'absence de constitution des faits que de la justification *a posteriori* d'une infraction parfaitement constituée.

En définitive, et au regard de l'identité de la menace qui pèse tout à la fois sur les lanceurs d'alerte et les enseignants-chercheurs, les solutions les plus équilibrées sont celles qui exercent une prévention contre les poursuites-bâillon indépendamment du statut de la victime.

b - La procédure-bâillon, nouvel avatar de l'abus d'ester en Justice

302. Deux autres propositions de la « commission Mazeaud » doivent retenir notre attention, en ce qu'elles ne fondent pas leur dispositif sur une protection réservée aux enseignants-chercheurs, mais sur la liberté d'expression à titre général.

303. L'une de ces propositions tend d'abord à la création d'un nouvel article 9-2 au sein du Code civil, dont le contenu serait le suivant : « *Chacun a droit à la liberté d'expression. Lorsqu'une atteinte délibérée a pour objet ou pour effet d'entraver cette liberté, le juge peut condamner son auteur, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée au paiement d'une amende civile. Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise et aux facultés contributives de l'auteur. Cette amende est affectée au Trésor public* ». Cette proposition présente le mérite de s'attaquer au problème des poursuites-bâillons pour ce qu'il est réellement : une pratique illégitime d'intimidation de l'expression légitime d'autrui, indépendamment de sa qualité ou de son statut. De même, la possibilité d'adapter le montant de l'amende aux facultés contributives des auteurs de la poursuite confierait au juge un pouvoir redoutable, eu égard aux moyens financiers importants qui caractérisent les auteurs typiques des procédures-bâillons. Cette disposition présenterait néanmoins l'inconvénient d'un champ d'application potentiellement imprévisible, au regard du caractère parfois instable de la conception retenue du droit à la liberté d'expression en France,

et, *a fortiori* dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. On pourrait craindre alors l'apparition d'un contentieux vertigineux de l'atteinte « *délibérée* » et ayant « *pour objet* » voire simplement « *pour effet d'entraver cette liberté* », dépassant de très loin la *ratio legis* du texte, à savoir la lutte contre la pratique des procédures-bâillons. En ce sens, cette proposition, opportune dans son principe, suscite quelques réserves quant à sa mise en œuvre, pour laquelle les juges devraient redoubler de précision dans l'identification des critères justifiant le prononcé de l'amende.

304. De façon plus raisonnable, la toute première proposition formulée par le rapport de la commission consiste dans l'ajout d'un second alinéa à l'article 32-1 du Code de procédure civile relatif à la sanction des procédures abusives ou dilatoires, qui disposerait que « *celui qui, dans les mêmes conditions, agit en justice pour entraver la liberté d'expression du défendeur peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 15 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés* ». L'amende verrait donc son montant aggravé par rapport à celle prévue par le texte actuel, qui s'élève à 10 000 euros. Cette mesure nous apparaît, de toutes celles examinées, la plus proportionnée et la plus adaptée aux enjeux de la lutte contre la banalisation des procédures-bâillon, dès lors qu'elle aménage un régime dissuasif déjà existant, en restreignant ses effets aux seules poursuites dilatoires ou abusives. Toutefois, un tel dispositif, qui s'inscrit dans la même démarche que celle prévue par l'article 13 de la loi du 9 décembre 2016 relative aux lanceurs d'alerte, gagnerait en cohérence si le montant de l'amende encourue s'élevait à 30 000 euros, à l'instar ce qui est prévu en matière de procédures-bâillons dirigées contre les alertes éthiques. Peut-être serait-il même souhaitable d'en augmenter le montant, quitte à le rendre adaptable au dommage subi et aux facultés contributives de l'auteur.

La détermination du caractère abusif d'une procédure-bâillon ne tombe pas sous le sceau de l'évidence, *a fortiori* dès lors que la Cour de cassation juge que « *l'action fondée sur des faits reconnus diffamatoires ne peut constituer un abus d'ester en justice* »¹²⁴⁰. Toutefois, cette jurisprudence ne paraît pas tenir suffisamment compte des particularités du régime légal et jurisprudentiel de la diffamation qui, en raison de la spécificité qui caractérise, de longue date, le rapport du Droit au diffamateur en raison de l'utilité sociale occasionnelle de son rôle¹²⁴¹, intègre des moyens de défense et de justification toujours plus importants en dépit de la

¹²⁴⁰ Cass. 2^{ème} civ., 13 novembre 2003, Bull. civ. II 2003, n° 336.

¹²⁴¹ En ce sens, v. *infra*, n° 381 s.

constitution avérée des faits¹²⁴². Ensuite, l'étude de la doctrine relative à la pratique des procédures-bâillons atteste de sa réalité et des conséquences dommageables qu'elle peut avoir sur le débat public¹²⁴³. Enfin, la jurisprudence, déjà ancienne, relative à l'abus d'ester en Justice doit permettre d'identifier des critères suffisamment clairs pour retenir le caractère abusif d'une procédure-bâillon. Parmi ceux-ci, l'*intention nocive* du demandeur en justice se caractérise par le fait que l'action est « *détournée de son objectif qui est de faire trancher un différend par l'autorité judiciaire. Elle vise non pas à reconnaître le bien-fondé de prétentions mais à impliquer (à "traîner en justice") une personne dans un procès que rien ne justifie* »¹²⁴⁴. La *malveillance* de l'action, quant à elle, réside dans son utilisation à des fins d'exercer une pression sur le défendeur afin de le contraindre à faire – ou, dans notre hypothèse, à ne pas faire – quelque chose¹²⁴⁵. Ensuite, la *mauvaise foi* « *consiste généralement à utiliser la voie judiciaire afin d'échapper pour un temps plus ou moins long [...] à ses obligations ou de se faire reconnaître des droits par des moyens fallacieux* »¹²⁴⁶, la procédure constituant bien souvent, pour le « bâillonneur », un refuge face aux foudres de l'opinion publique. Enfin, et surtout, la *témérité* caractérise les actions « *qui sont engagées imprudemment, sans discernement et sans égard aux éventuels dommages qu'elles peuvent causer au défendeur* »¹²⁴⁷. C'est bien cette témérité qui fut soulignée par les premiers juges dans l'affaire précitée qui a abouti à la relaxe de Laurent Neyret, poursuivi pour son commentaire de la décision de Justice condamnant un groupe de sociétés pour trafic de déchets¹²⁴⁸. Ainsi peut-on, avec un auteur, estimer qu'« *il pourrait être utile que la juridiction judiciaire puisse affiner, au fil du temps, sa référence au procès abusif ou à la procédure bâillon, non pas pour rendre le moyen inopérant, mais au contraire en retenir une stratégie qui vise non seulement à intimider les chercheurs [ou les lanceurs d'alerte] en plus de favoriser une certaine ingérence dans leur liberté d'expression* »¹²⁴⁹.

¹²⁴² En ce sens, v. *infra*, n° 404 s.

¹²⁴³ En ce sens, v. *supra*, n° 390 s.

¹²⁴⁴ G. Courtieu, *Abus du droit d'agir en justice*, Jcl. Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 131-30, 2005, n° 12.

¹²⁴⁵ En ce sens, justifie sa décision la Cour d'appel qui déclare abusives les procédures engagées par des associations de défense de l'environnement contre un promoteur dont l'objectif n'était que « *d'alimenter artificiellement un contentieux stérile* » pour faire échec, en décourageant ses partenaires, à un arrêt de la Cour administrative d'appel rejetant leurs demandes d'annulation d'une autorisation à construire délivrée audit promoteur (Cass. 2^{ème} civ., 7 octobre 2004, Bull. civ. II 2004, n° 373).

¹²⁴⁶ G. Courtieu, Jcl. Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 131-30, étude préc., n° 14.

¹²⁴⁷ *Ibidem*, n° 16.

¹²⁴⁸ TGI Paris, 13 janvier 2017, cité par Gilles J. Martin, RJE 2017/1 p. 9, *sp.* p. 10.

¹²⁴⁹ J. Mercier, « *Procédure bâillon* » : *Retour sur l'affaire des sondages de l'Elysée et la liberté d'expression des universitaires*, Revue des droits de l'Homme, 15 mars 2016, *sp.* § 25.

En conclusion, la protection de l'expression vulnérable face à la menace des poursuites visant à l'intimider doit, dans sa grande majorité, trouver ses sources dans une intervention législative. La protection des paroles dites « protégées », en revanche, semble devoir davantage trouver ses sources dans la jurisprudence, en particulier celle de Strasbourg.

Section 2 - La poursuite inopportune d'une expression renforcée

305. Par le vocable d'expression dite « renforcée », on entend, par comparaison à la parole vulnérable, celle dont les auteurs sont *a priori* les bénéficiaires de certains privilèges d'expression découlant de leur statut ou de leurs fonctions, qui leur confèrent une liberté d'expression accrue. Ceux-ci sont par ailleurs aguerris au débat public, et mieux préparés aux représailles judiciaires qui en découlent parfois. Certaines actions en Justice dirigées contre ces personnes n'en peuvent pas moins s'avérer inopportunes, lorsqu'elles ont pour objet et pour effet d'entraver le débat public en visant ceux qui en constituent les acteurs primordiaux. Il s'agira par là cependant moins d'intimider ceux-ci, bien conscients des responsabilités qu'emportent leurs fonctions, que d'*inhiber* la parole dont ils se font les porteurs légitimes au nom de ceux qu'ils représentent (§ 1). Dans leur cas, la protection de leur expression passe par une sacralisation de celle-ci, sous l'influence de la jurisprudence strasbourgeoise (§ 2).

§ 1 - Une inhibition de l'expression représentative

306. Les personnes dont il est ici question sont auteurs d'une expression que nous qualifierons de *représentative*, dès lors qu'ils interviennent dans le débat public, le plus souvent *au nom* de quelque chose ou de quelqu'un. C'est tout particulièrement le cas des avocats qui représentent les intérêts de leurs clients à travers l'exercice des droits de la défense (A), et des députés et sénateurs qui représentent l'institution parlementaire et, du même coup, la souveraineté nationale à travers la conduite du débat démocratique (B).

A - L'inhibition des droits de la défense

307. L'avocat, en se faisant l'intermédiaire privilégié entre les justiciables et la Justice, revêt un rôle primordial dans la conduite de leurs relations, et apparaît de ce fait comme occupant « *une position centrale dans l'administration* » de la seconde, jouissant en cela d'un « *statut spécifique fait d'obligations particulières de discrétion, d'honnêteté, de dignité propres*

à nourrir la confiance du public » dans celle-ci¹²⁵⁰. En effet, le serment prêté par l'avocat dès l'obtention de son certificat d'aptitude l'amène à jurer d'exercer ses fonctions « avec dignité, conscience, indépendance, probité et humanité », ce qui témoigne de la recherche perpétuelle d'équilibre à laquelle il doit procéder dans la défense des intérêts de ses clients. Il a en effet « cette charge exaltante de défendre, souvent seul, parfois contre tous, mais avec cette obligation qui lui est faite de respecter les cours et tribunaux. Il doit libérer la parole sans porter atteinte à la sérénité de la justice. Il doit critiquer sans outrager [...]. Il se débat dans ces paradoxes et, quoique homme ou femme de partialité, il lui faut tenter de rester mesuré »¹²⁵¹. La défense prodiguée par l'avocat à son client s'exerce ainsi, pour sa part la plus visible, à travers son langage, qu'il soit oral dans le prononcé de sa plaidoirie, ou écrit dans la rédaction de ses conclusions et mémoires¹²⁵². La publicité des débats, dont le principe est fixé par les articles 22 et 433 du Code de procédure civile, et 306, 400 et 535 du Code de procédure pénale, et expressément visé par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme, justifie ainsi que les avocats, en tant que conseillers amenés à s'exprimer sur les circonstances d'une affaire ou la personnalité des parties, bénéficient de l'immunité judiciaire instaurée par l'article 41, alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1881. Celle-ci couvre ainsi les diffamations, injures et outrages rattachés à la cause et susceptibles d'être commis dans « les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux ».

308. Cependant, certaines affaires dont les enjeux dépassent le seuil du prétoire pour atteindre l'opinion publique font l'objet d'une médiatisation importante, conduisant l'avocat à devenir, plus ou moins volontairement, un acteur privilégié du débat public qui entoure leur traitement judiciaire dès lors qu'il est amené à prendre connaissance d'éléments du dossier couverts par le secret de l'enquête ou de l'instruction. Serge Guinchard dénonçait déjà, en 1994, ces « procès hors les murs », dont la forme la plus répandue est celle conduite par les « journalistes d'investigation » en parallèle aux juridictions d'instruction, et qui déplacent le débat judiciaire hors de la salle d'audience, au détriment des garanties du procès équitable et de la présomption d'innocence¹²⁵³. Dans ces conditions, l'avocat est abondamment sollicité par les médias, et même parfois tenté de les solliciter lui-même lorsqu'il estime que, tandis que les

¹²⁵⁰ J.-P. Marguénaud, Jcl. Communication, *La liberté d'expression et la Convention européenne des droits de l'homme*, étude préc., n° 238.

¹²⁵¹ F. Teitgen, « Liberté de parole et droit de critique de l'avocat », in D. Corrigan-Carsin, *op. cit.* p. 189.

¹²⁵² L. Gazzaniga, art. préc. in *Pouvoir et liberté*, *op. cit.* p. 39, *sp.* p. 41.

¹²⁵³ S. Guinchard, « Les procès hors les murs », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 201.

attaques franchissent le perron du tribunal, la stratégie de défense de son client nécessite un volet médiatique¹²⁵⁴. A cette occasion toutefois, les propos qu'il tient ne sont plus couverts par l'immunité précitée, et les personnes qui s'estiment injustement mises en cause recouvrent leur faculté de se constituer partie civile pour toutes les infractions qui en résulteraient.

Les avocats qui prennent l'initiative de s'exprimer, dans les médias, sur la cause de leurs clients s'exposent alors naturellement à des poursuites lorsque leurs propos impliquent des acteurs de la procédure ou des tiers, *a fortiori* lorsque leurs propos révèlent des informations couvertes par le secret de l'instruction. Dans certains cas toutefois, ces poursuites s'inscrivent dans un contexte où lesdites informations ont fait l'objet d'une divulgation préalable dans les journaux, rendant parfois nécessaire le commentaire d'acteurs jusqu'ici silencieux de la procédure¹²⁵⁵. Ce fut notamment le cas de l'action intentée à l'encontre de Gisèle Mor, avocate des parents d'une enfant décédée à la suite de sa vaccination contre l'hépatite B, qui avait accepté de répondre aux questions posées par des journalistes sur le contenu d'un rapport d'expertise remis au juge d'instruction de l'affaire dont la teneur, accablante pour les autorités françaises, avait été largement diffusée dans la presse. Ledit rapport faisait état d'une dissimulation délibérée, par les autorités sanitaires, d'effets secondaires pourtant portés à leur connaissance, de multiples insuffisances dans l'appréciation des risques et d'un processus décisionnel dominé par les conflits d'intérêts. Poursuivie à l'initiative d'un laboratoire pharmaceutique en charge de la production du vaccin pour violation du secret professionnel, M^e Mor fut reconnue coupable mais dispensée de peine par les juridictions françaises, qui ont considéré que la divulgation par la presse d'une pièce issue du dossier de l'instruction n'avait pas pour effet de libérer l'avocate de ses obligations relatives au secret professionnel¹²⁵⁶.

Dans d'autres cas, ce sont les propos tenus par les avocats sur le fonctionnement de la Justice qui peuvent, toujours hors du prétoire, les exposer à des poursuites. En ce sens, l'affaire entourant les circonstances de la mort du juge Bernard Borrel en 1995 à Djibouti, non encore

¹²⁵⁴ V. l'exemple donné par S. Guinchard, *ibidem*, sp. pp. 209-210.

¹²⁵⁵ « Si l'avocat de l'une des parties devait s'interdire de plaider devant le tribunal de l'opinion à partir de documents dont il n'est pas responsable de la divulgation parce qu'il s'exposerait à des condamnations pour violation du secret professionnel ou du secret de l'instruction, un grave déséquilibre s'instaurerait car les thèses défavorables à son client se propageraient de manière fulgurante et deviendraient plus difficiles à combattre quand les débats se dérouleraient enfin au prétoire » (J.-P. Marguénaud, Jcl. Communication, fasc. 12, étude préc., n° 53).

¹²⁵⁶ TGI Paris, 11 mai 2007 ; confirmé par CA Paris, 10 janvier 2008. Pourvoi rejeté par Cass. crim., 28 octobre 2008, Bull. crim. 2008, n° 215.

élucidées, a trouvé des prolongements sur le terrain du droit de la presse. Tandis que la thèse du suicide a longtemps été privilégiée jusqu'à ce qu'il apparaisse qu'un témoin-clé de l'affaire avait fait l'objet de pressions de la part des autorités djiboutiennes, les avocats de la veuve de M. Borrel, qui s'étaient vus refuser l'organisation d'un nouveau transport sur les lieux avec reconstitution en présence des parties civiles, avaient demandé au juge d'instruction en charge du dossier de pouvoir consulter l'enregistrement vidéo de la précédente reconstitution, qui avait été effectuée sous l'autorité de deux juges d'instruction désormais dessaisis de l'affaire. Constatant que la cassette vidéo ne figurait pas parmi les pièces du dossier, le juge nouvellement nommé avait procédé à sa récupération auprès de l'une des anciens magistrats. L'enveloppe contenant la cassette, adressée à la magistrate, était accompagnée d'une note à son attention, rédigée en des termes amicaux et signée par le procureur djiboutien, dans laquelle il affirmait qu'il avait pu constater « *combien Madame Borrel et ses avocats sont décidés à continuer leur entreprise de manipulation* ». Les avocats de la veuve avaient alors adressé une lettre au garde des Sceaux le 6 septembre 2000, lettre dont la teneur fut révélée le lendemain dans un quotidien national, accompagnée de déclarations de l'un des avocats, M^e Morice. Celui-ci affirmait que « *cette pièce démontre l'étendue de la connivence qui existe entre le procureur de Djibouti et les magistrats français, et on ne peut qu'être scandalisés* ». L'avocat fut poursuivi par les deux intéressés pour diffamation publique envers un fonctionnaire, et fut condamné, au terme d'une longue procédure, par les juridictions françaises¹²⁵⁷.

Conséquence du « *contexte, de plus en plus débridé, de médiatisation des affaires* »¹²⁵⁸, les droits de la défense voient leur exercice prolongé sur la scène médiatique, plaçant les avocats, tout à la fois garants de la dignité et de l'indépendance des débats judiciaires, dans une situation des plus délicates : comme l'observe un auteur, « *ils peuvent en dire autant qu'en dirait la presse, mais ils doivent le dire autrement* »¹²⁵⁹. Cette exposition volontaire mais nécessaire aux risques de la poursuite en Justice rapproche leur situation de celle, bien analogue, des députés et sénateurs vis-à-vis du débat démocratique.

¹²⁵⁷ TGI Nanterre, 4 juin 2002 ; partiellement infirmé par CA Versailles, 28 mai 2003 ; arrêt cassé avec renvoi par Cass. crim., 12 octobre 2004, Bull. crim. 2004, n° 865 ; premier jugement confirmé par CA Rouen, 16 juillet 2008 ; pourvois rejetés par Cass. crim., 10 novembre 2009, n° 08-86.295.

¹²⁵⁸ J.-P. Marguénaud, *L'extension du droit à la liberté d'expression des avocats par la médiatisation du contexte*, RSC 2012, p. 260.

¹²⁵⁹ J.-P. Marguénaud, *Des tentatives de déstabilisation médiatique du juge par l'avocat*, RSC 2013, p. 673.

B - L'inhibition du débat démocratique

309. L'Assemblée nationale et le Sénat, qui constituent les deux chambres du Parlement français, sont des assemblées titulaires du pouvoir dit « *délibérant* »¹²⁶⁰. Issu du latin *deliberare*, signifiant « *réfléchir mûrement, discuter sur un sujet et prendre une décision* »¹²⁶¹, la délibération constitue donc le préalable d'une prise de décision qui, dans le cas des assemblées parlementaires, procède d'une « *résolution collective, prise à la majorité des voix après une discussion publique* »¹²⁶². Il apparaît alors évident que l'acte d'expression constitue l'outil premier de ceux qui sont appelés par le suffrage à siéger dans ces assemblées pour l'exercice de leur fonction qui est d'élaborer, puis d'adopter les lois nationales. Le caractère public de cette discussion est, quant à lui, un héritage de la période révolutionnaire, où l'accès du public aux tribunes législatives fut choisi conformément à l'esprit des Lumières qui « *se caractérise par une foi quasi absolue dans la capacité de la publicité à protéger l'individu de l'arbitraire politique* »¹²⁶³. Il se trouve aujourd'hui aussi assuré par la publication des comptes rendus des séances de délibération aux Journaux Officiels de l'Assemblée nationale et du Sénat, ainsi que par la retransmission en direct de celles-ci sur certaines chaînes de télévision.

Les députés et sénateurs bénéficient d'une immunité parlementaire, découlant de l'article 26 de la Constitution¹²⁶⁴ et précisée à l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881¹²⁶⁵, qui est plus large encore que celle dont bénéficient les avocats puisqu'elle garantit leur irresponsabilité civile et pénale à raison des propos tenus dans le sein du Parlement et dans les écrits imprimés sur ordre des deux assemblées, lesquels ne sont dès lors passibles d'aucune poursuite pour les délits d'expression qui seraient amenés à être commis au cours des débats législatifs. Toutefois, le débat parlementaire ne saurait, aujourd'hui, voir son sens limité aux propos tenus dans le cadre des hémicycles. En effet, si la fonction parlementaire est, en principe, exercée indépendamment de toute appartenance à une quelconque mouvance politique, l'article 27 de la Constitution affirmant en ce sens que « *le droit de vote des membres du Parlement est*

¹²⁶⁰ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *op. cit.* p. 723, n° 1314.

¹²⁶¹ CNRTL.fr, V° *Délibérer*, étym.

¹²⁶² B. Accoyer, *L'assemblée nationale*, Le Cavalier Bleu, 2010, cité par J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *op. cit.* p. 723, n° 1314.

¹²⁶³ C. Guérin-Bargues, *Immunités parlementaires et régime représentatif : l'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, Etats-Unis)*, LGDJ, Bibl. const. Sc. Pol., t. 137, 2011, sp. p. 172, n° 220.

¹²⁶⁴ « *Aucun membre du Parlement ne peut être poursuivi, recherché, arrêté, détenu ou jugé à l'occasion des opinions ou votes émis par lui dans l'exercice de ses fonctions* ».

¹²⁶⁵ « *Ne donneront lieu à aucune action les discours tenus dans le sein de l'Assemblée nationale ou du Sénat ainsi que les rapports ou toute autre pièce imprimée par ordre de l'une de ces deux assemblées* ».

personnel », il est aujourd'hui constant que « les partis politiques [disposent] d'un quasi-monopole pour présenter des candidatures efficaces », « l'adhésion [apparaissant] en effet comme une condition nécessaire à tout ambition électorale »¹²⁶⁶. Dès lors, une fois le siège acquis, « un élu qui serait réfractaire au rattachement [à un groupe] ne peut guère espérer exercer une influence réelle sur le processus décisionnel parlementaire », ce qui introduit dans ledit processus l'inévitable présence d'une discipline de vote propre à assurer, selon les cas, un appui nécessaire à la majorité du Gouvernement, et une crédibilité à l'opposition¹²⁶⁷. La publicité des débats, conjuguée au caractère nécessairement partisan de la délibération, conduit à faire du débat parlementaire un débat profondément politique.

310. Or, le débat politique est, aujourd'hui, largement médiatisé et les combats menés dans l'arène idoine que constitue l'hémicycle trouvent bien souvent un prolongement hors de celui-ci, au gré des entretiens journalistiques et des apparitions télévisées ou radiodiffusées, qui font des députés et sénateurs des acteurs prépondérants du débat public. A ce titre, les propos exprimés par ceux-ci au sein des assemblées parlementaires se voient bien souvent réitérés hors de l'enceinte qui les entoure de la protection de la loi. De même le débat politique conduit hors du Parlement peut donner lieu à l'expression d'opinions en lien avec les sujets qui y sont discutés, rétablissant dès lors la possibilité à ceux qui s'estiment atteints dans leurs droits de déclencher l'action publique pour obtenir réparation du dommage subi à raison de ces propos. C'est ainsi une réitération des propos qu'il avait tenus au sein de l'Assemblée nationale au moment des débats précédant le vote de la loi portant création de la HALDE et créant les incriminations de provocation à la haine, à la discrimination et à la violence et de diffamation et d'injure commises à raison du sexe, de l'orientation sexuelle ou du handicap d'autrui¹²⁶⁸, qui a valu au député Christian Vanneste d'être poursuivi pour injure à caractère homophobe (L. 29 juillet 1881, art. 33, al. 4) par des associations de défense des homosexuels. Celui-ci avait notamment déclaré, au cours d'une entrevue accordée à un journal, que « l'homosexualité n'est pas une fatalité. L'homme est libre. C'est un comportement qu'il faut soit quitter, soit assumer. Si on l'assume, ce doit être dans la discrétion et non en s'affichant comme membres d'une communauté réclamant des droits particuliers et une reconnaissance particulière sur le plan social. J'accepte le comportement, je refuse l'identité de groupe [...]. Je n'ai pas dit que l'homosexualité était dangereuse, j'ai dit qu'elle était inférieure à l'hétérosexualité. Si on la

¹²⁶⁶ C. Guérin-Bargues, *op. cit.* p. 168, n° 214.

¹²⁶⁷ *Ibidem* p. 169, n° 215.

¹²⁶⁸ Loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004 préc.

*poussait à l'universel, ce serait dangereux pour l'humanité »*¹²⁶⁹. C'est, dans un autre registre, les propos tenus par Noël Mamère, alors député et responsable du parti écologiste *Les Verts* à l'encontre de Pierre Pellerin, ancien directeur du Service central de protection contre les rayonnements ionisants (SCPRI) au cours d'une émission de télévision, qualifiant ce dernier de « *sinistre personnage [...] qui n'arrêtait pas de nous raconter que la France était tellement forte – complexe d'Astérix – que le nuage de Tchernobyl n'avait pas franchi nos frontières* », qui lui valurent d'être poursuivi par l'intéressé du chef de diffamation publique envers un fonctionnaire (L. 29 juillet 1881, art. 31), et condamné par les juridictions françaises¹²⁷⁰.

Ces exemples renferment des circonstances relativement distinctes : dans un cas, un député est interrogé sur des propos qualifiés d'homophobes qu'il avait tenus au cours d'une séance parlementaire publique et couverts par son immunité, tandis que dans l'autre, un député réagit en accablant un tiers au sein d'un débat télévisé portant sur les conséquences sanitaires d'une catastrophe écologique vieille de treize ans. Ce qui rend toutefois ces exemples comparables est le fait que les prévenus s'exprimaient, après y avoir été invités, *ès qualités* de députés. Il est donc aujourd'hui évident que « *les parlementaires ne s'expriment pas simplement pour se convaincre les uns les autres, mais idéalement pour rallier à leur position le pays tout entier. Chaque intervenant a donc intérêt à conférer à sa position une dimension générale irréductible à son intérêt particulier* »¹²⁷¹, ce qui tend à distordre, sinon à briser, la frontière existant traditionnellement entre le discours délibératif, libre au sein des Assemblées, et le discours politique, soumis au droit commun. Un autre parlementaire s'est alors inquiété, tandis qu'une députée européenne voyait son immunité menacée d'être levée pour ses propos publics comparant les « prières de rue » à une forme d'« occupation », de l'apparition d'une « *judiciarisation de la politique* » en raison d'un recours toujours plus fréquent à la Justice pour corriger les dérapages verbaux des élus de la Nation lorsqu'ils s'expriment en tant que tels¹²⁷².

Si ce constat ne saurait occulter la responsabilité qu'est celle des parlementaires qui s'expriment dans la sphère publique et qui demeurent soumis, au même titre que les particuliers,

¹²⁶⁹ M. Vanneste avait, lors de la troisième séance du mardi 7 décembre 2004, déclaré que « *Le paradoxe, c'est qu'un tel privilège est accordé à des citoyens dont le comportement peut légitimement faire l'objet de critiques, non seulement au nom de l'intérêt général, mais même au nom de l'universalité [...]. L'introduction même de l'idée d'homophobie tend à accréditer que le comportement homosexuel a la même valeur que d'autres comportements, alors qu'il est évidemment une menace pour la survie de l'humanité* ».

¹²⁷⁰ TGI Paris, 11 octobre 2000 ; jugement confirmé par CA Paris, 3 octobre 2001 ; pourvoi rejeté par Cass. crim., 22 octobre 2002, n° 01-86.908.

¹²⁷¹ C. Guérin-Bargues, *op. cit.* p. 180, n° 227.

¹²⁷² L'Obs.fr, Guaino : « *la judiciarisation* » de la politique mène « *à la catastrophe* », 2 juillet 2013.

au droit commun, l'exercice d'actions en Justice n'en peut pas moins constituer, dans certains cas et en raison de la multiplication des discussions parlementaires hors de leur enceinte protectrice, le moyen par lequel est décrédibilisée, et donc inhibée, la participation de ceux-ci au débat parlementaire et politique. C'est pour cette raison que les parlementaires semblent dernièrement bénéficier, au même titre que les avocats, d'un mouvement de valorisation de leur liberté d'expression sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

§ 2 - Une valorisation de l'expression représentative

311. Par témoignage du lien intangible perçu par les avocats et les parlementaires entre leurs apparitions publiques et les fonctions qu'ils exercent au sein des tribunes qui les protègent, ceux-ci ont revendiqué au cours des dernières années, mais en vain, une sorte d'« extériorisation » des immunités dont ils y bénéficient (A). Ces immunités, destinées à protéger l'exercice de leurs fonctions entendu dans le sens le plus strict, ne sauraient pourtant prévaloir sur la protection conférée à la parole représentative par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (B).

A - La vaine revendication d'une « extériorisation » des immunités légales

312. Issu du latin *immunitas*, « formé d'un préfixe privatif et de *munus*, charge »¹²⁷³, l'immunité s'entend de l'exemption, bénéficiant à son titulaire, d'une responsabilité. En droit pénal, celle-ci constitue une « cause d'impunité qui, tenant à la situation particulière de l'auteur de l'infraction au moment où il commet celle-ci, s'oppose définitivement à toute poursuite, alors que la situation créant ce privilège a pris fin »¹²⁷⁴. Il s'agit donc d'un « traitement exorbitant du droit commun au nom d'une différence de situation considérée comme suffisamment importante par l'ordre juridique, pour justifier une dérogation au principe de légalité et de l'égalité devant la loi »¹²⁷⁵. La lettre de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, qui ne vise pas des personnes mais des faits, commis dans un but déterminé, circonscrit sa protection selon un critère essentiellement spatial (1). Les avocats et les

¹²⁷³ C. Guérin-Bargues, *op. cit.* p. 10, n° 7, citant A. Rey, *Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, Paris, 1994, V° Immunité.

¹²⁷⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., *op. cit.* p. 518, V° Immunité, 2°.

¹²⁷⁵ C. Guérin-Bargues, *op. cit.* pp. 10-11, n° 7.

parlementaires, qui en sont les premiers bénéficiaires, ont cependant tenté d'en obtenir l'extension aux propos tenus hors de ces locaux (2).

1 - Une protection traditionnellement circonscrite selon un critère spatial

313. L'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 dispose, en son alinéa 1^{er}, que « *ne donneront lieu à aucune action les discours tenus dans le sein de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi que les rapports ou toute autre pièce imprimée par ordre de l'une de ces deux assemblées* ». Son alinéa 4 dispose quant à lui que « *ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage [...] les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux* ». Il convient d'opérer une distinction liminaire entre ces deux dispositions, qui tient à leur nature respective. L'alinéa 1^{er}, en interdisant *toute action*, supprime l'élément légal d'infractions parfaitement constituées, quelle que soit d'ailleurs l'infraction commise¹²⁷⁶. L'alinéa 4 constitue, en revanche, un simple obstacle procédural à certaines actions limitativement énumérées ; l'illicéité du comportement demeure, ouvrant dès lors la voie à d'autres actions, notamment disciplinaires¹²⁷⁷. Par ailleurs, l'alinéa 5 de l'article 41 permet aux juges saisis de la cause et statuant sur le fond de « *prononcer la suppression des discours injurieux, outrageants et diffamatoires* » et de condamner leurs auteurs à des dommages-intérêts, tandis que l'alinéa 6 permet aux parties et aux tiers de se faire réserver une action, publique ou civile, à raison des diffamations, injures et outrages « *étrangers à la cause* », ce qui démontre une volonté du législateur de circonscrire la protection aux discours strictement nécessaires aux droits de la défense. Partant, l'immunité dite « judiciaire » s'avère moins large que l'immunité dite « parlementaire ».

314. Il apparaît néanmoins que ces deux immunités obéissent à un fondement similaire, qui est la garantie de la liberté et de l'indépendance d'une expression servant l'objectif que les personnes qui se sont réunies en ces lieux se donnent d'atteindre. Dans le cas de l'immunité parlementaire, la recherche d'un consensus *a minima* implique que les députés puissent exprimer leur opinion en toute liberté et indépendance, afin que la somme des points de vue exprimés au cours de la séance permette à la décision qui en découle d'être prise en toute

¹²⁷⁶ E. Raschel, Jcl. Communication, fasc. 136, étude préc., n° 15 s. A noter toutefois qu'il s'agirait davantage d'un fait justificatif *spécial*, dès lors qu'elle dispose d'un fondement autonome distinct de l'ordre ou de l'autorisation par la loi (C. pén., art. 122-4) et que son domaine est circonscrit aux propos tenus dans le cadre spatial des assemblées parlementaires (*ibid.*, *sp.* n° 16).

¹²⁷⁷ *Ibidem*, n° 17.

sincérité¹²⁷⁸, et sans immixtion des tiers, notamment des autres pouvoirs républicains¹²⁷⁹. La responsabilité engagée par les parlementaires à raison de leurs discours ne peut alors être sanctionnée que par l'assemblée en vertu de son règlement propre : « *c'est un axiome du gouvernement représentatif que la tribune n'est justiciable que de la Chambre* »¹²⁸⁰. Dans le cas de l'immunité judiciaire, ce sont les nécessités de la défense qui ont, depuis la Rome antique¹²⁸¹, justifié que les parties plaidantes bénéficient d'une liberté de parole accrue¹²⁸², la manifestation de la vérité impliquant bien souvent la mise en cause de personnes en lien avec les circonstances de l'affaire¹²⁸³.

Aussi les deux immunités voient-elles leur domaine circonscrit aux discours et écrits servant cet objectif commun aux participants. Dans les deux cas, la notion de *discours* doit être interprétée largement et s'entendre de tout propos allant de la prestation oratoire extensive et préparée aux exclamations les plus spontanées et réduites, dès lors qu'ils sont proférés¹²⁸⁴. Mais ces discours ne sont couverts par l'immunité qu'autant qu'ils sont prononcés au cours des séances donnant lieu aux débats parlementaires ou judiciaires. Ainsi, les propos tenus avant ou après les débats, et qui échappent à l'autorité régulatrice du président d'une audience judiciaire, ne sauraient être protégés¹²⁸⁵. C'est donc bien la garantie d'une modération ponctuelle par l'institution en charge de la discussion qui justifie l'irresponsabilité pénale ou civile de ses participants. Les *écrits*, quant à eux, renferment un sens qui, quoique distinct en la forme, poursuit le même objectif de fond qui est leur utilité aux débats. Devant les assemblées parlementaires, les « *rapports ou toute autre pièce imprimée* » sur leur ordre impliquent un prolongement de l'immunité en ce qu'ils constituent le point de départ des discussions publiques ou le compte-rendu des séances non publiques¹²⁸⁶. Les « *écrits produits devant les tribunaux* », quant à eux, comprennent « *tous les manuscrits et imprimés, que les nécessités de*

¹²⁷⁸ C. Guérin-Bargues, *op. cit.* p. 182, n° 230.

¹²⁷⁹ J. Gicquel, J.-E. Gicquel, *op. cit.* pp. 754-755, n° 1380.

¹²⁸⁰ Royer-Collard, cité par P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole de l'écriture et de la presse*, t. 2, *op. cit.* p. 198, n° 1704.

¹²⁸¹ J. Sauvel, *op. cit.* p. 14, note 1.

¹²⁸² Cass. req., 29 octobre 1894, D. 1895.I.61 ; Cass. crim., 13 février 2001, n° 00-83.315, Comm. com. Electr. 2001, comm. 105, obs. A. Lepage ; D. 2004, p. 977, note B. Beignier ; Dr. Pén. 2001, comm. 98, obs. M. Véron.

¹²⁸³ J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, *op. cit.* p. 70 ; Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 2, *op. cit.* p. 205, n° 1716.

¹²⁸⁴ E. Raschel, Jcl. Communication, fasc. 136, étude préc., n° 23 ; J. Sauvel, *op. cit.* p. 32.

¹²⁸⁵ Cass. crim., 30 avril 1842, Bull. crim. 1842, n° 107.

¹²⁸⁶ E. Raschel, *idem*.

la défense et les usages du barreau peuvent amener à produire en justice »¹²⁸⁷, la protection de l'article 41 ne s'appliquant qu'à ceux qui ont été dûment remis au juge compétent¹²⁸⁸ et dans l'intérêt des parties¹²⁸⁹.

Les immunités de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, loin de constituer un privilège accordé à une catégorie de personnes, doivent bénéficier à toute personne appelée à s'exprimer aux tribunes que sont les chambres du Parlement et la salle d'audience, dès lors que cette expression est requise pour les besoins des travaux qui y sont menés. Pour cette raison, la jurisprudence considère, traditionnellement, que les immunités instaurées par l'article 41 sont d'interprétation stricte¹²⁹⁰. Aussi, l'immunité parlementaire ne s'applique pas aux propos tenus hors de l'Assemblée¹²⁹¹, y compris lorsque ceux-ci constituent une réitération des propos qui y ont été prononcés¹²⁹². De même, l'immunité judiciaire « *ne s'applique qu'aux discours prononcés ou aux écrits produits en justice, dans l'intérêt de la défense des parties, et ne protège pas les écrits faisant l'objet, en dehors des juridictions, d'une publicité étrangère aux débats* »¹²⁹³. Ce faisant, la Haute juridiction lie les effets neutralisants des dispositions de l'article 41 à leur stricte utilité dans la recherche d'un consensus sur l'intérêt général dans l'adoption de la loi, et sur la manifestation de la vérité dans le jugement d'une affaire.

L'interprétation stricte de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 revient ainsi à en circonscrire le champ d'application selon un critère spatial, sa protection n'étant effective qu'à l'égard des propos tenus dans l'enceinte des lieux destinés à accueillir les discussions législative et judiciaire. Des avocats et parlementaires ont néanmoins tenté, en vain, d'en élargir la portée aux propos tenus hors de ces enceintes.

¹²⁸⁷ J. Sauvel, *op. cit.* p. 33.

¹²⁸⁸ Cass. crim., 1^{er} décembre 1987, Bull. crim. 1987, n° 440

¹²⁸⁹ Cass. crim., 26 mars 2008, Bull. crim. 2008, n°79, Comm. com. Electr. 2008, comm. 82, obs. A. Lepage ; D. 2008, act. p. 1352, note M. Véron.

¹²⁹⁰ Cass. crim., 24 novembre 1960, Bull. crim. 1960, n° 551.

¹²⁹¹ Cass. crim., 30 septembre 2003, Bull. crim. 2003, n° 173, Dr. Pén. 2004, comm. 33, note M. Véron.

¹²⁹² Cass. crim., 7 mars 1988, Bull. crim. 1988, n° 113, Gaz. Pal. 1988, 1, p. 327 ; 12 novembre 2008 préc.

¹²⁹³ Cass. crim., 26 mars 2008, Bull. crim. 2008, n° 79 ; 29 octobre 1920, Bull. crim. 1920, n° 409 ; 13 janvier 1953, Bull. crim. 1953, n° 13 ; 16 novembre 1999, n° 97-84.035 ; Cass. 1^{ère} civ., 5 avril 2012, Bull. civ. I 2012, n° 82.

2 - Une inadéquation des immunités légales à la sphère publique

315. Plusieurs affaires mettant en cause des avocats et des parlementaires ont été l'occasion pour ceux-ci de revendiquer une extension de la portée des immunités dont ils bénéficient dans l'exercice de leurs fonctions. Ces affaires, qui témoignent d'un besoin réel, n'en permettent pas moins de conclure à l'inadéquation du régime de l'immunité à la sphère publique, pour des raisons tenant à la bonne administration de la Justice (a) et à la dignité du débat politique (b).

a - Une inadéquation à la bonne administration de la Justice

316. Les affaires qui ont conduit certains avocats à se défendre devant les tribunaux, à raison des propos qu'ils avaient tenus dans la presse en lien avec une procédure à laquelle ils participaient, furent l'occasion pour ceux-ci d'invoquer, en dépit de leur interprétation stricte, le bénéfice des immunités instaurées par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881. Ce fut notamment le cas de M^e Morice, poursuivi pour diffamation publique envers un fonctionnaire à raison de la publication, accompagnée de ses déclarations, de la lettre qu'il avait envoyé avec un confrère au garde des Sceaux dans le cadre de l'affaire *Borrel*¹²⁹⁴. L'avocat avait, dès le jugement de première instance, invoqué l'immunité judiciaire en tentant de faire admettre que l'envoi de ladite lettre au garde des Sceaux, qui visait à obtenir l'ouverture d'une enquête de l'inspection générale des services à l'encontre de deux magistrats d'instruction qui avaient été dessaisis de l'affaire, constituait un écrit produit devant une juridiction au sens de l'article 41, alinéa 4, de la loi sur la liberté de la presse. M^e Morice avait alors estimé qu'à défaut de pouvoir saisir lui-même une juridiction ou le Conseil supérieur de la magistrature, l'envoi de cette lettre devait constituer un acte introductif d'instance, dont la reproduction partielle par un article de presse devait pouvoir s'analyser en un compte-rendu fait de bonne foi, toujours au sens du même alinéa¹²⁹⁵.

A l'instar des premiers juges, la Cour d'appel de Rouen, approuvée en cela par la Chambre criminelle de la Cour de cassation¹²⁹⁶, a considéré que « *la démarche que les avocats de Madame BORREL ont cru devoir entreprendre auprès du Garde des Sceaux ne peut en aucune façon s'analyser comme se rattachant à un débat judiciaire quelconque* », et que « la

¹²⁹⁴ Sur les faits de cette affaire, v. *supra*, n° 308.

¹²⁹⁵ Avis du 25 novembre 2016 de M. François Cordier, Premier avocat général, sur le pourvoi n°08-86.295, p. 14.

¹²⁹⁶ Cass. crim., 10 novembre 2009, n° 08-86.295 préc.

lettre en date du 6 septembre 2000, qui ne constitue pas un acte de saisine du Conseil Supérieur de la Magistrature et n'est en réalité qu'une correspondance adressée au Ministre de la Justice [...], ne figure pas au nombre des écrits produits devant les tribunaux au sens de l'article 41 [...] »¹²⁹⁷. Enfin, à l'occasion de la requête formée par M^e Morice devant la Cour européenne des droits de l'Homme dans cette affaire, la Grande chambre de la juridiction strasbourgeoise, tout en constatant une violation de l'article 10 de la Convention EDH par l'Etat français, a souligné que « s'il est incontestable que les propos litigieux s'inscrivaient dans le cadre de la procédure, ils visaient des juges d'instruction définitivement écartés de la procédure lorsqu'il [le requérant] s'est exprimé. La Cour ne décèle donc pas dans quelle mesure ses déclarations pouvaient directement participer de la mission de défense de sa cliente, dès lors que l'instruction se poursuivait devant un autre juge qui n'était pas mis en cause »¹²⁹⁸.

Suivant les conclusions de l'avocat général François Cordier, selon lesquelles « la condamnation de la France par l'arrêt de la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire considérée n'implique en rien de modifier la jurisprudence de la Cour de cassation élaborée sur le fondement de l'article 41, alinéa [4] de la loi du 29 juillet 1881 »¹²⁹⁹, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, statuant sur un ultime pourvoi de M^e Morice, a dès lors confirmé la position des premiers juges dans un sens conforme à la jurisprudence traditionnelle en matière d'immunités judiciaires¹³⁰⁰. En effet, la Cour européenne des droits de l'Homme a toujours manifesté une certaine hostilité à l'égard d'une médiatisation trop importante de la Justice¹³⁰¹, considérant de longue date que les tribunaux constituent « les organes appropriés pour apprécier les droits et obligations juridiques et pour statuer sur les différends y relatifs »¹³⁰². L'émoi que peuvent susciter certaines affaires dans l'opinion publique ne saurait en effet transformer la presse en prétoire parallèle d'une procédure en cours dans lequel toute attaque serait justifiée par l'exercice des droits de la défense, mais privée de tout cadre juridictionnel propre à garantir la sérénité des débats. Serge Guinchard, en dénonçant la banalisation de ces procès « hors les murs », a pu souligner l'influence néfaste de la médiatisation des procès sur la garantie d'une bonne administration de la Justice, en l'absence d'une possible intervention de la juridiction saisie du dossier pour assurer des voies de recours

¹²⁹⁷ CA Rouen, 16 juillet 2008, cité dans l'avis de M. François Cordier préc., p. 15.

¹²⁹⁸ CEDH, Gde Ch., *Morice c/ France*, 23 avril 2015, n° 29369/10, § 149.

¹²⁹⁹ Avis du 25 novembre 2006 préc., p. 16.

¹³⁰⁰ Cass. ass. Plén., 16 décembre 2016, n° 08-86.295, à paraître au *Bulletin*.

¹³⁰¹ En ce sens, v. L. François, *La liberté d'expression de l'avocat en droit européen*, Gaz. Pal. 2007, n° 172, p. 2.

¹³⁰² CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avril 1979, n° 6538/74, § 55.

efficaces et le respect des règles de droit dans la conduite des débats¹³⁰³. La perpétuation des débats dans la presse tend notamment à porter une atteinte grave à l'égalité devant la Justice, dès lors que les intervenants au débat médiatique sont susceptibles d'être sélectionnés par les organes de presse selon des critères variables et que la multitude des supports de la presse n'assure pas une visibilité égale à ceux-ci¹³⁰⁴. C'est, en conséquence, un ersatz de système judiciaire lacunaire et anarchique qui, dans une recherche effrénée d'audimat et de lectorat, prend le pas sur la conduite, réglée par la loi, de la procédure devant les juridictions réelles. Pour ces raisons, l'immunité judiciaire instituée par la loi de 1881, qui offre une liberté de ton aux parties plaidantes en contrepartie des obligations et contraintes du procès, doit donc conserver une portée restreinte aux propos qui sont tenus devant les juridictions, seules à même de prononcer un verdict légitime à l'issue des débats.

De façon comparable, les tentatives de députés d'obtenir l'extension de l'immunité parlementaire prévue par l'article 41, alinéa 1^{er}, de la loi sur la liberté de la presse aux propos qu'ils ont tenus hors de l'enceinte de l'Assemblée nationale se sont soldées par un échec.

b - Une inadéquation à la dignité du débat politique

317. Certains députés ont également profité des actions intentées à leur encontre à raison de propos tenus hors de l'hémicycle pour invoquer leur immunité parlementaire. On peut, à ce titre, évoquer le cas précité de M. Christian Vanneste, poursuivi pour injure à caractère homophobe à l'initiative d'associations de défense des homosexuels pour ses propos faisant écho à son intervention à l'Assemblée nationale le mardi 7 décembre 2004, et arguant de l'« infériorité morale » de l'homosexualité et de sa dangerosité pour l'humanité si elle était « poussée à l'universel »¹³⁰⁵. Tandis que la Cour d'appel de Douai avait considéré que « *le rappel des propos tenus par lui lors des débats à l'Assemblée nationale ne peuvent lui être reprochés* »¹³⁰⁶, opérant de ce fait une distinction entre un ledit rappel et le commentaire desdits propos par le député¹³⁰⁷, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a refusé toute application de l'article 41, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 juillet 1881 à la réitération des propos

¹³⁰³ S. Guinchard, art. préc. in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, op. cit. p. 201, sp. p. 207 s.

¹³⁰⁴ *Ibidem*, p. 208.

¹³⁰⁵ Sur ces faits, v. *supra*, n° 310.

¹³⁰⁶ CA Douai, 6^{ème} ch., 25 janvier 2007, JurisData n° 2007-331131.

¹³⁰⁷ G. Tillement, *Lutte contre l'homophobie et liberté d'expression : la difficile conciliation*, Légipresse 2009, n°258, III p. 12.

précédemment tenus au sein du Parlement. Conformément à une jurisprudence ancienne¹³⁰⁸, la Haute juridiction ayant estimé que « *les propos [...] n'ayant pas été tenus au cours de l'une des activités prévues aux titres IV et V de la Constitution, qui peuvent seules caractériser l'exercice des fonctions parlementaires, non plus qu'au sein de l'Assemblée nationale, c'est à bon droit que les juges du fond n'ont pas fait bénéficier le prévenu de l'immunité* » prévue par la Constitution et par la loi de 1881 à l'égard des parlementaires.

318. Cette référence à l'« exercice des fonctions », qui tend à remettre en cause le critère « spatial » des immunités, est au cœur des revendications formulées par certains élus de la Nation quant à l'étendue de leur protection. En ce sens, doit être cité le cas des poursuites pour outrage envers magistrat et discrédit jeté sur une décision de Justice, intentées contre le député Henri Guaino qui, interrogé en 2013 par la presse sur la mise en examen de l'ancien Président de la République Nicolas Sarkozy par le magistrat Jean-Michel Gentil pour abus de faiblesse dans l'affaire Bettencourt, avait qualifié cette décision d'« irresponsable » et d'« indigne ». Visant le magistrat, il avait ajouté que celui-ci avait « *déshonoré un homme* », « *déshonoré les institutions* », « *déshonoré la justice* » et « *sali la France* »¹³⁰⁹. Cette affaire, soldée au fond par une relaxe de l'intéressé pour défaut de constitution de l'infraction d'outrage¹³¹⁰, doit davantage retenir l'attention en raison de la procédure de demande en suspension des poursuites, engagée dans cette affaire par M. Guaino en vertu de l'article 26, alinéa 3, de la Constitution, et dont le rejet par scrutin public à l'Assemblée nationale a conduit à poser, plus largement, la question de l'étendue de la liberté d'expression des parlementaires. Dans cette même affaire, l'intéressé avait formulé une question prioritaire de constitutionnalité, dans laquelle il demandait si « *les dispositions de l'article 41, alinéa 1^{er}, de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui limitent strictement l'immunité parlementaire prévue par l'article 26 de la Constitution aux discours tenus dans l'hémicycle de l'Assemblée nationale, portent [...] atteinte au droit à la liberté d'expression tel qu'il est garanti par les articles 10 et 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* ». La Chambre criminelle avait refusé de transmettre ladite question au Conseil constitutionnel, en évacuant toutefois le critère spatial de l'immunité : selon elle, la portée de la protection instituée par cet article « *ne se limite pas aux seuls discours tenus dans*

¹³⁰⁸ Cass. crim., 7 mars 1988, Bull. crim. 1988, n° 113 ; 16 décembre 1997, Bull. crim. 1997, n° 428.

¹³⁰⁹ Le Parisien.fr, *Sarkozy mis en examen : Balkany et Guaino ont-ils perdu leur sang froid ?*, 22 mars 2013.

¹³¹⁰ Les propos, proférés publiquement au sens de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, n'avaient pas été adressés à la victime au sens de l'article 434-24 du Code pénal, correspondant dès lors davantage à la qualification d'injure, non visée par l'acte de citation. V. Cass. crim., 15 novembre 2016, n° 15-86.600.

le sein de l'Assemblée nationale et du Sénat, mais s'étend aux propos émis dans l'exercice des fonctions parlementaires ».

319. Aussi, la proposition de résolution déposée par l'intéressé aux fins de la suspension des poursuites¹³¹¹ s'articulait comme un plaidoyer visant à revendiquer « *l'extension du domaine de l'irresponsabilité au nom d'une certaine conception de ce qu'est et représente un parlementaire* »¹³¹², dans lequel il déplorait la définition « *très restrictive* », par l'autorité judiciaire, « *de l'exercice de la fonction parlementaire* », qui ne serait plus adaptée aux conditions actuelles de l'exercice de la fonction parlementaire : « *les propos, désormais filmés, tenus dans l'hémicycle ou en commission sont-ils d'une nature différente de ceux tenus sur les mêmes sujets par un parlementaire à la télévision ou à la radio ?* »¹³¹³

La question, formulée en ces termes, revient à poser celle de l'assimilation des prises de parole publiques des parlementaires à l'exercice de leurs fonctions de députés et de sénateurs, protégées par l'article 26 de la Constitution. Il s'agirait dès lors de considérer que la fonction de représentation exercée par le député « *déborde le cadre étroit de la séance publique* » pour faire de celui-ci un « *porte-voix* » qui « *parle et agit au nom de ses électeurs* »¹³¹⁴. Cependant, si une telle conception de la fonction parlementaire semble fidèle à l'image qu'en donnent actuellement les élus les plus médiatisés, elle correspond à une vision erronée du mandat représentatif du parlementaire, qui « *s'épuise dans sa mission qui est de voter la loi* »¹³¹⁵. Cécile Guérin-Bargues a en effet démontré que la mise en place des immunités, loin de coïncider avec l'adoption du caractère représentatif du mandat, la précède historiquement et répond à des besoins distincts de ceux qui ont justifié cette adoption¹³¹⁶. Ainsi, « *loin de chercher à protéger, à l'image du mandat représentatif, l'indépendance des parlementaires à l'égard de leurs électeurs, la protection immunitaire des représentants fut essentiellement mise en place dans un souci de garantie vis-à-vis du pouvoir exécutif* »¹³¹⁷, par crainte d'une réaction de celui-ci à la montée en puissance de l'Assemblée¹³¹⁸. Le mandat représentatif, quant à lui, avait pour objet

¹³¹¹ Assemblée nationale, Proposition de résolution n° 1954 du 16 mai 2014.

¹³¹² B. Fargeaud, *Actualité des immunités parlementaires : les enseignements du rejet de la demande de suspension des poursuites formulées par Henri Guaino (juin 2014)*, Jus Politicum, n° 14, sp. p. 7.

¹³¹³ Proposition de résolution n° 1954 du 16 mai 2014 préc.

¹³¹⁴ B. Fargeaud, Jus Politicum n° 14 préc., p. 9.

¹³¹⁵ *Ibidem*, p. 10.

¹³¹⁶ C. Guérin-Bargues, *op. cit.* pp. 14-15, n° 10 s.

¹³¹⁷ *Ibidem*, p. 23, n° 17.

¹³¹⁸ *Ibidem*, p. 30, n° 29.

de « *proscrire tout lien juridique de dépendance entre représentants et représentés* »¹³¹⁹, marquant de ce fait une rupture avec le mandat dit « impératif » par lequel l'élu ne constitue qu'un réceptacle de la volonté citoyenne dans la conception des lois. L'expérience des premiers mois de la Constituante avait en effet démontré l'emprise que le public et les électeurs pouvaient avoir sur les débats et sur la façon dont les élus concevaient leur mandat¹³²⁰. Comme le note Benjamin Fargeaud, « *on comprend dès lors sans peine que des limites strictes aient été posées à l'immunité parlementaire, qui ne protège pas tant "l'activité politique" lato sensu du parlementaire que son action de représentant stricto sensu et sa participation à la fonction législative* »¹³²¹.

Pourtant, cette volonté d'émanciper les parlementaires des revendications abondantes et volubiles de l'électorat, qui correspond à la culture politique aristocratique de l'époque selon laquelle « *le peuple est appelé à placer sa confiance dans cette réunion de sages et d'experts, en abdiquant périodiquement tout pouvoir* », tend à céder, depuis le XX^e siècle, à « *l'influence grandissante d'une culture sociale démocratique* »¹³²². Cela explique qu'aujourd'hui, les députés se sentent moralement liés aux revendications de leurs électeurs et conçoivent leur mandat représentatif comme incluant la tâche de s'exprimer en leur nom. Aussi, le caractère public des débats, aujourd'hui accru par leur diffusion télévisée en simultané, tend à rompre la barrière instaurée traditionnellement entre débat « dans les murs » et débat « hors les murs ». Est-ce à dire qu'il conviendrait d'étendre l'immunité des parlementaires à tout propos tenus par ceux-ci et diffusés publiquement ? Didier Baumont suggère que soit adoptée une solution analogue à celle retenue en Italie, où le juge judiciaire peut surseoir à statuer sur le jugement des propos tenus par un parlementaire dans l'attente d'un avis émanant de l'assemblée à laquelle il appartient, dès lors que les propos sont manifestement en lien avec l'exercice de la fonction parlementaire¹³²³. Toutefois, une telle solution, qui s'éloignerait quelque peu de l'esprit dans lequel les immunités de l'article 41 de la loi de 1881 ont été instituées, ne paraît pas souhaitable, compte tenu de la vivacité que le débat politique est susceptible de donner aux interventions des élus, déclenchant parfois des polémiques durables. Cela tendrait, par ailleurs, à instaurer un régime de privilège en faveur de certains citoyens, en rupture avec le principe d'égalité devant

¹³¹⁹ *Ibidem*, p. 59, n° 71.

¹³²⁰ *Ibidem*, p. 75, n° 96.

¹³²¹ B. Fargeaud, *Jus Politicum* n°14 préc., p. 13.

¹³²² C. Guérin-Bargues, *op. cit.* p. 132, n° 177.

¹³²³ D. Baumont, *Liberté d'expression et irresponsabilité des députés*, CRDF, n° 2, 2003, pp. 33-48, *sp.* p. 48.

la loi, et augmenterait le sentiment, aujourd'hui bien présent dans l'opinion publique, d'une Justice conduite selon « deux poids, deux mesures ». En dépit du lien existant *de facto* entre l'exercice des fonctions parlementaires et les interventions publiques des députés et sénateurs, il apparaît nécessaire, dans une culture politique française marquée par la crainte d'un retour aux privilèges abolis, de maintenir l'étendue de l'immunité à leurs activités strictement entendues, comprenant la discussion et le vote de la loi au cours des séances qui se tiennent à cet effet.

S'il n'est pas souhaitable, pour la dignité du débat public et la bonne administration de la Justice, d'étendre les immunités parlementaire et judiciaire aux propos tenus par les élus de la Nation et les avocats hors des réunions publiques qui protègent l'exercice de leurs fonctions, les risques induits par l'« extériorisation » des thèmes qui y sont débattus justifient cependant une protection renforcée, consacrée par la Cour européenne des droits de l'Homme.

B - La protection de l'expression représentative par la jurisprudence européenne

320. La Cour européenne des droits de l'Homme a contribué, ces dernières années, à accroître davantage la liberté d'expression des parlementaires et des avocats. La jurisprudence de la Cour reconnaît à ces acteurs un droit renforcé à la liberté d'expression, en particulier s'agissant des parlementaires (1). Elle permet surtout de constater que le contexte médiatique dans lequel certains propos sont amenés à surgir dans la sphère publique tend à emporter un effet justificatif sur ceux-ci, ce qui tend à renforcer l'expression des avocats dans de telles conditions (2).

1 - La reconnaissance d'un droit renforcé à la liberté d'expression représentative : une jurisprudence favorable à l'expression des élus

321. Comme l'observe un auteur, certaines personnes, « *en raison du particularisme de leur situation professionnelle, politique ou sociale ont des chances renforcées de faire constater par la Cour européenne des droits de l'homme qu'ils ont été victimes de violation de l'article 10* » de la Convention EDH¹³²⁴. Parmi ces personnes, les parlementaires et, dans une moindre mesure, les avocats, tiennent une place de choix.

¹³²⁴ J.-P. Marguénaud, Jcl. Communication, fasc. 12, étude préc., n° 37.

322. La Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît d'abord qu'il est « *fondamental, dans une société démocratique, de défendre le libre jeu du débat politique* »¹³²⁵ ; elle reconnaît également que les parlementaires en constituent « *le vecteur par excellence* »¹³²⁶. Dès lors, la Cour a considéré que l'instauration par les Etats d'une immunité parlementaire « *ne saurait, en principe, être considérée comme imposant une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1* » de la Convention¹³²⁷, dès lors que les propos litigieux relèvent de l'exercice normal des fonctions de parlementaires et ne s'inscrivent pas dans le cadre de querelles entre particuliers¹³²⁸. La Cour semble retenir ainsi une acception large de la fonction parlementaire dès lors que, « *précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts* »¹³²⁹. Partant, la juridiction strasbourgeoise a, depuis l'arrêt *Castells c/ Espagne* de 1992, consacré une « *extension de la liberté des hommes et des femmes politiques [qui] résulte [...] d'un contrôle plus strict des atteintes qui lui sont portées lorsque les conditions requises pour bénéficier de l'immunité parlementaire ne sont pas réunies* »¹³³⁰.

La Cour européenne a ainsi étendu la portée de cette immunité non seulement au-delà du critère spatial qui s'y attache traditionnellement, mais également au-delà de son critère personnel. Dans l'arrêt *Jerusalem c/ Autriche*, la Cour a en effet affirmé, à propos de la condamnation d'une élue locale pour ses propos tenus par un au sein d'un conseil municipal, « *que les propos de la requérante* », qu'ils « *aient été ou non couverts par l'immunité parlementaire, [...] ont été prononcés dans une instance pour le moins comparable au parlement pour ce qui est de l'intérêt que présente, pour la société, la protection de la liberté d'expression des participants* »¹³³¹. Plus récemment, l'arrêt *De Lesquen du Plessis-Casso c/ France* a permis à la Cour de consolider cette extension aux élus locaux de la protection conférée par la Convention européenne des droits de l'Homme au discours politique, en considérant que « *dans une démocratie, le parlement ou des organes comparables sont des tribunes indispensables au débat politique et une ingérence dans la liberté d'expression exercée*

¹³²⁵ CEDH, *Dupuis et autres c/ France*, 6 juin 2007, n° 1914/02, § 40.

¹³²⁶ CEDH, *Karácsony et autres c/ Hongrie*, 17 mai 2016, n° 42461/13, 44357/13, § 137.

¹³²⁷ CEDH, *A. c/ Royaume-Uni*, 17 décembre 2002, n° 35373/97, § 78. V. également *Agee c/ Royaume-Uni*, 17 décembre 1976, n° 7729/76 ; *Young c/ Irlande*, 17 janvier 1996, n° 25646/94.

¹³²⁸ CEDH, *Cordova c/ Italie* n° 1 et 2, 30 janvier 2003, n° 40877/98, 45649/99.

¹³²⁹ CEDH, *Castells c/ Espagne*, 23 avril 1992, n° 11798/85, § 236.

¹³³⁰ J.-P. Marguénaud, Jcl. Communication, fasc. 12, étude préc., n° 38.

¹³³¹ CEDH, *Jerusalem c/ Autriche*, 27 février 2001, n° 26958/95, § 40.

dans le cadre de ces organes ne se justifie que par des motifs impérieux »¹³³². Cette « sacralisation » de la parole politique, fondée sur une conception large de la fonction représentative de l'élu et consacrant un effet tant *ampliatif* (protection hors du Parlement) que *palliatif* (extension aux élus locaux) de la Convention pour sa protection¹³³³, doit *a fortiori* bénéficier aux parlementaires. C'est, à ce titre, au visa exclusif de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, que le député Christian Vanneste a vu l'arrêt qui l'avait condamné pour injure homophobe à raison de ses propos tenus dans une *interview*¹³³⁴, cassé par la Cour de cassation. Celle-ci, tout en refusant d'étendre son immunité parlementaire à des propos tenus dans la presse, a néanmoins considéré que « *les propos litigieux, qui avaient été tenus dans la suite des débats et du vote de la loi du 30 décembre 2004 [...]* » ne dépassaient pas les limites de la liberté d'expression¹³³⁵.

323. S'agissant des avocats, la protection strasbourgeoise semble *a priori* moins bienveillante. Il convient d'abord de rappeler que l'article 10 § 2 de la Convention européenne des droits de l'Homme prévoit que l'exercice du droit à la liberté d'expression peut être soumis à certaines restrictions et sanctions constituant « *des mesures nécessaires, dans une société démocratique, [...] pour garantir l'autorité ou l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». Cependant, si la Cour déduit certaines normes de conduites et obligations particulières de la place centrale que les avocats occupent dans l'administration de la Justice¹³³⁶, et rappelle que leur liberté d'expression dans le prétoire n'est pas illimitée¹³³⁷, elle a reconnu que ceux-ci bénéficient, dans ce cadre, de « *droits et privilèges exclusifs [...], comme généralement d'une certaine latitude dans les propos qu'ils tiennent devant les tribunaux* »¹³³⁸, en particulier lorsque les critiques qu'ils formulent participent directement de la défense de leur client¹³³⁹. Dès lors, « *ce n'est qu'exceptionnellement qu'une restriction à la liberté d'expression de*

¹³³² CEDH, *De Lesquen du Plessis-Casso c/ France* (n° 1), 12 avril 2012, n° 54216/09, § 49. Plus récemment et dans le même sens, v. *Lacroix c/ France*, 7 septembre 2017, n° 41519/12.

¹³³³ En ce sens, v. S. Manson, *La liberté d'expression des élus locaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, RFDA 2012, p. 941.

¹³³⁴ Sur ces faits, v. *supra*, n° 310.

¹³³⁵ Cass. crim., 12 novembre 2008 préc.

¹³³⁶ CEDH, *Casado Coca c/ Espagne* préc., § 54.

¹³³⁷ CEDH, *Kyprianou c/ Chypre*, 15 décembre 2005, n° 73797/01, § 174.

¹³³⁸ CEDH, *Steur c/ Pays-Bas*, 28 octobre 2003, n° 39657/98, § 38.

¹³³⁹ CEDH, *Bono c/ France*, 15 décembre 2015, n° 29024/11, § 52.

l'avocat de défense – même au moyen d'une sanction pénale légère – peut passer pour nécessaire dans une société démocratique »¹³⁴⁰.

Cette latitude dans l'exercice de la liberté d'expression de l'avocat se justifie alors sous l'angle des droits de la défense, en lien avec le principe de procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention¹³⁴¹, la menace d'une peine dissuasive pouvant conduire les avocats à se sentir « *restreints dans leurs choix de plaidoiries, de stratégies procédurales, etc., pendant l'instance devant le tribunal, éventuellement au détriment de la cause de leur client* »¹³⁴². Aussi, la confiance du public dans la Justice implique que celui-ci soit en mesure de croire en la capacité des avocats à représenter efficacement leurs clients¹³⁴³. Dernièrement, la Cour a considéré que le fait, pour un avocat, dans un mémoire de défense, d'accuser les magistrats en charge de l'instruction de l'affaire d'avoir avalisé des faits de torture pratiqués sur son client au cours d'un interrogatoire effectué à l'étranger n'excédait pas les limites de sa libre critique du fonctionnement de la Justice dès lors que ces propos, figurant dans des conclusions écrites inconnues du grand public, n'avaient pu porter atteinte au fonctionnement du pouvoir judiciaire¹³⁴⁴. Ainsi, comme le souligne Lyn François, « *il résulte de la jurisprudence européenne que si la liberté d'expression de l'avocat dans les médias se trouve limitée en raison notamment de la nécessité de préserver l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, en revanche, cette liberté est renforcée au nom du respect des droits de la défense lorsque l'intéressé s'exprime devant les tribunaux* »¹³⁴⁵. Hors du prétoire, en effet, la Cour a pu reconnaître que le droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 de la Convention doit également bénéficier aux avocats, « *qui ont certes le droit de se prononcer publiquement sur le fonctionnement de la justice mais dont la critique ne saurait franchir certaines limites* »¹³⁴⁶. Ainsi, les avocats ne sauraient bénéficier, en raison de la proximité de leur activité professionnelle avec l'appareil judiciaire, d'une protection équivalente à celle conférée par la Cour de Strasbourg aux « *chiens de garde de la démocratie* » que sont les journalistes¹³⁴⁷.

¹³⁴⁰ CEDH, *Nikula c/ Finlande*, 21 mars 2002, n° 31611/96, § 55.

¹³⁴¹ *Ibidem*, § 49.

¹³⁴² CEDH, *Kyprianou c/ Chypre* préc., § 175.

¹³⁴³ *Ibidem*, § 172.

¹³⁴⁴ CEDH, *Bono c/ France* préc.

¹³⁴⁵ L. François, *Gaz. Pal.* 2007, n° 172, p. 2 préc.

¹³⁴⁶ CEDH, *Schöpfer c/ Suisse*, 20 mai 1998, n° 25405/94, § 33.

¹³⁴⁷ J.-P. Marguénaud, *RSC* 2012, p. 260 préc.

La Cour européenne semble pourtant avoir dernièrement assoupli sa jurisprudence en ce qui concerne l'étendue de la liberté d'expression des avocats hors du prétoire. Loin de découler d'une reconnaissance de l'avocat en tant qu'acteur primordial du débat public « à plein temps », cet infléchissement semble largement imputable à une prise en compte par le juge européen du contexte médiatique dans lequel leurs propos s'inscrivaient.

2 - La justification acquise par la médiatisation du contexte : une protection étendue de l'expression des avocats

324. Tandis que les parlementaires voient les limites spatiales de leur immunité largement compensées par une jurisprudence strasbourgeoise tout à la fois bienveillante vis-à-vis du discours politique et ouverte sur la définition des fonctions parlementaires, les avocats n'ont, jusque récemment, pas pu bénéficier d'une contrepartie analogue. En effet, s'il est dans la nature même du discours parlementaire et politique d'être porté régulièrement dans la sphère publique, tel n'est pas le cas, du moins en principe, du discours judiciaire, que les jurisprudences française comme européenne tentent tant bien que mal de contenir dans les limites spatiales de l'enceinte judiciaire.

325. Toutefois, la généralisation de la médiatisation des procès les plus marquants rend aujourd'hui la résistance du Droit à une médiatisation de ses acteurs particulièrement vaine. La Cour européenne des droits de l'Homme a récemment décidé d'adapter sa jurisprudence à cet état de fait.

Dans l'affaire *Foglia c/ Suisse*, le gérant d'une société fiduciaire, dont le cadavre avait été retrouvé dans un lac, avait détourné plusieurs millions de francs suisses au profit du club de football dont il avait été le vice-président. A la suite de l'ouverture d'une information sur ces faits, une décision de non-lieu avait été rendue par les autorités judiciaires suisses au motif que la responsabilité pénale d'éventuels complices, dont une banque de Lugano, n'était pas établie. Le recours intenté par l'avocat des victimes, M. Foglia, qui souhaitait un complément d'enquête relatif au dol éventuel de la banque dans l'absence de contrôles sur l'origine des fonds traités, fut rejeté par la chambre pénale du canton du Tessin. Tandis que cette affaire était abondamment commentée par la presse, M. Foglia avait participé à plusieurs entretiens avec des journaux, dans lesquels il critiquait l'insuffisance de l'enquête réalisée par les autorités suisses et mettait en cause certains cadres de la banque luganaise, qui décida de saisir la commission disciplinaire de l'ordre des avocats du Tessin. Celle-ci, dans une décision confirmée par les juridictions

helvétiques condamna l’avocat à une amende de 1 500 francs suisses, en estimant qu’il avait engagé une procédure médiatique, qui ne répondait pas à un intérêt public et était contraire à la dignité de la profession. La Cour européenne des droits de l’Homme, examinant le recours formé par M. Foglia sur le fondement de l’article 10 de la Convention EDH¹³⁴⁸, a noté que le comportement du requérant « *s’inscrivait dans un contexte [...] auquel la presse s’était intéressée dès le début* », et qui avait été nourri par des déclarations du ministère public quant aux soupçons des relations entretenues par le défunt avec la banque luganaise et les *interviews* accordées à la presse par l’un des clients de M. Foglia (§ 93). Elle a également souligné que les propos du requérant, qui n’étaient pas dirigés contre les qualités personnelles du ministère public mais contre la façon dont l’enquête était menée, n’apparaissaient pas comme étant susceptibles de saper la confiance du public dans la Justice (§ 95). Enfin, les juges strasbourgeois ont considéré que le reproche fait au requérant d’avoir engagé une campagne de presse contre le ministère public et la banque soupçonnée de complicité était injustifié dès lors qu’il n’était à l’origine ni des divulgations de documents qui avait été faites au cours de la couverture médiatique de l’affaire, ni de la reprise de ses propos par plusieurs journaux (§ 97-99). Partant, la Cour européenne a conclu à la violation de l’article 10 de la Convention par l’Etat suisse.

Cette première prise en compte par la Cour de Strasbourg du rôle joué par les avocats des parties à un procès médiatisé fut par la suite confirmée dans sa jurisprudence. Dans un arrêt *Alfantakis c/ Grèce*, elle a considéré que le contexte médiatique d’une affaire pouvait justifier qu’un avocat soit amené à défendre publiquement les thèses de son client dans la presse¹³⁴⁹. Ce critère, particulièrement déterminant, du rattachement de l’intervention publique des avocats à l’exercice des droits de la défense fut consolidé dans l’arrêt *Mor c/ France*, relatif aux poursuites engagées contre l’avocate des victimes de la campagne de vaccination contre l’hépatite B pour avoir commenté dans la presse le contenu d’un rapport d’expertise préalablement divulgué, et qui a condamné la France pour violation de l’article 10 de la Convention EDH¹³⁵⁰. Dans cet arrêt, la Cour a, ici encore, relevé que ladite divulgation était préexistante aux déclarations de la requérante, et qu’il n’était pas démontré qu’elle fût imputable à celle-ci (§ 51). Notant que « *l’opinion publique était [...] assurément intéressée*

¹³⁴⁸ CEDH, *Foglia c/ Suisse*, 13 décembre 2007, n° 35865/04.

¹³⁴⁹ CEDH, *Alfantakis c/ Grèce*, 11 février 2010, n° 49330/07, § 33.

¹³⁵⁰ CEDH, *Mor c/ France*, 15 décembre 2011, n° 28198/09. Sur ces faits et leur traitement par les juridictions françaises, v. *supra*, n° 308.

par cette question » (§ 53), les juges ont mis en doute l'intérêt qu'il pouvait y avoir à exiger qu'un avocat ne puisse commenter des informations déjà divulguées (§ 56), d'autant que, selon elle, « l'exercice des droits de la défense peut rendre nécessaire la violation du secret professionnel » (§ 57). Partant, elle considère, à l'égard de la requérante, que « la défense de ses clients pouvait se poursuivre avec une intervention dans la presse dans les circonstances de l'espèce, dès lors que l'affaire suscitait l'intérêt des médias et du public » (§ 59). La portée de cet arrêt s'agissant de la liberté d'expression des avocats est donc remarquable par son rattachement aux nécessités des droits de la défense¹³⁵¹ (ce n'est donc pas par hasard que le Conseil national des barreaux, de même que le Conseil des barreaux européens, y ont fait valoir leurs observations par le biais de la procédure de tierce intervention prévue par l'article 36, § 2, de la Convention¹³⁵²).

326. Si ces arrêts tendent à conditionner la protection conférée par la Convention européenne des droits de l'Homme à la liberté d'expression, hors du prétoire, de l'avocat par la non-imputabilité à ce dernier d'une divulgation des informations qu'il commente, l'arrêt de Grande Chambre *Morice c/France* a contribué à étendre cette protection aux débats suscités par l'initiative même d'un avocat¹³⁵³. Examinant la requête formée par l'avocat de la veuve du juge Bernard Borrel à la suite de sa condamnation pour avoir diffamé dans la presse deux juges d'instruction anciennement en charge du dossier relatif aux circonstances de la mort du défunt¹³⁵⁴, une chambre de la cinquième section de la Cour européenne des droits de l'Homme avait refusé de constater une violation par l'Etat français de l'article 10 de la Convention¹³⁵⁵. La Chambre avait en effet estimé que le requérant ne s'en était pas tenu à des déclarations de fait concernant l'absence de dépôt, par les juges d'instruction dessaisis, d'un enregistrement de la reconstitution des faits au nombre des pièces du dossier et la présence d'une note rédigée à leur attention, dans un ton familier, par le procureur djiboutien dont la proximité avec les autorités djiboutiennes soupçonnées d'être à l'origine de la mort de M. Borrel était suspecte. Le commentaire de l'avocat devait en effet s'analyser comme un jugement de valeur de nature à remettre en cause l'impartialité de la Justice dans le traitement de cette affaire (§ 102). Le requérant, qui avait néanmoins obtenu gain de cause sur le fondement de l'article 6 § 1 de la

¹³⁵¹ L. François, *La liberté d'expression de l'avocat confrontée à son obligation de respect du secret professionnel*, D. 2012, p. 667.

¹³⁵² J.-P. Marguénaud, RSC 2012, p. 260 préc.

¹³⁵³ CEDH, Gde Ch., *Morice c/ France*, 23 avril 2015 préc.

¹³⁵⁴ Sur ces faits, v. *supra*, n° 308.

¹³⁵⁵ CEDH, 5^{ème} sect., *Morice c/ France*, 11 juillet 2013, n° 29369/10.

Convention du fait que l'un des magistrats ayant siégé dans la composition de la Cour de cassation avait précédemment manifesté son soutien à l'égard des juges diffamés, obtint le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre de la Cour de Strasbourg, qui constata une violation de l'article 10 par l'Etat français. Sur la distinction précédemment opérée entre déclarations de fait et jugements de valeur, les juges ont, cette fois-ci, estimé qu'une base factuelle suffisante permettait de légitimer les propos tenus par l'avocat (§ 158). Mais la Cour, après avoir rappelé que l'exercice des droits de la défense peut nécessiter l'intervention d'un avocat dans la presse (§ 138), a surtout insisté sur le lien des propos litigieux avec le contexte de l'affaire, mettant en exergue son « *historique très spécifique* », sa dimension interétatique et son retentissement médiatique important (§ 162). Dans ces conditions, les juges ont retenu que les circonstances tirées de l'animosité personnelle du requérant envers les magistrats diffamés devait être neutralisée par le caractère professionnel de sa démarche, suscitée par l'apparition de faits nouveaux révélant un dysfonctionnement de l'appareil judiciaire (§ 166).

La Cour de cassation, statuant en Assemblée plénière à la suite de l'arrêt rendu par la Grande Chambre de la Cour EDH dans l'affaire *Morice*, a finalement cassé sans renvoi l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen qui avait condamné l'avocat pour diffamation publique envers un fonctionnaire, en considérant que « *les propos litigieux, qui portaient sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national et reposaient sur une base factuelle suffisante [...], ne dépassaient pas les limites admissibles de la liberté d'expression d'un avocat dans la critique et le jugement de valeur portés sur l'action des magistrats* »¹³⁵⁶.

La portée de l'arrêt *Morice c/ France*, qui inscrit indubitablement l'avocat parmi les acteurs primordiaux du débat public relatif à une affaire judiciaire médiatisée, pourrait être relativisée. En effet, dès lors que les juges européens ont relevé qu'en l'espèce, et contrairement aux faits dont il était question dans les affaires *Foglia* et *Mor*, les propos du requérant ne pouvaient valablement s'inscrire dans une stratégie de défense des intérêts de sa cliente, concernant une cause dont les juges visés avaient été préalablement dessaisis (§ 147), on peut s'interroger sur le fait de savoir si la protection qui lui fut accordée en vertu de l'article 10 de la Convention ne devait pas s'apparenter à celle qui doit bénéficier à un journaliste ou un simple

¹³⁵⁶ Cass. ass. Plén., 16 décembre 2016 préc.

justiciable dans le commentaire d'une affaire judiciaire fortement médiatisée¹³⁵⁷. Il n'en reste pas moins que M^e Morice s'exprimait sur le traitement d'une affaire dont il défendait l'une des parties, de sorte qu'il demeure un interlocuteur clé de l'affaire, de même qu'un observateur privilégié du fonctionnement de la Justice. A ce titre, l'arrêt *Morice* constitue un précédent de nature à lui conférer une place prépondérante dans le commentaire public d'une décision de Justice, à condition qu'il s'exprime de façon mesurée, selon une base factuelle suffisante et dans un contexte médiatique retentissant.

En témoigne la reconnaissance récente, par la Cour européenne des droits de l'Homme, d'une violation par l'Etat français de l'article 10 de la Convention EDH dans l'affaire *Ottan c/ France*¹³⁵⁸. Dans cette espèce, des poursuites pour violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner avaient été engagées à la suite du décès d'un mineur des suites de l'usage, par un gendarme, de son arme à feu. Tandis que l'acquittement de l'accusé venait d'être prononcé, l'avocat de la partie civile, interrogé par les journalistes hors de la salle d'audience, a notamment déclaré que le verdict avait été rendu par « *un jury blanc, exclusivement blanc, où les communautés ne sont pas toutes représentées, avec [...] une accusation extrêmement molle, des débats dirigés de manière extrêmement orientée, la voie de l'acquittement était une voie royalement ouverte, ce n'est pas une surprise* ». A l'issue d'une procédure disciplinaire, l'avocat, qui reçut un avertissement pour manquement à la modération et à la délicatesse, forma un recours devant la Cour de Strasbourg. Celle-ci, relevant l'existence d'un débat d'intérêt général relatif à l'utilisation des armes à feu par les forces de l'ordre et au fonctionnement de la Justice (§ 61), ainsi que d'une base factuelle suffisante au regard du lien entre cette affaire et ledit débat, d'envergure nationale (§ 67), a estimé que « *si les propos reprochés au requérant avaient une connotation négative, [ils] se rapportaient davantage à une critique générale du fonctionnement de la justice pénale et des rapports sociaux qu'à une attaque injurieuse à l'égard du jury populaire ou de la cour d'assises dans son ensemble* ». Ainsi, quoique ne relevant pas du domaine strictement pénal de l'expression publique, cet arrêt n'est pas dénué de ressemblance avec les affaires précitées¹³⁵⁹, dont il contribue à renforcer l'impact sur la conception de la liberté d'expression des avocats.

¹³⁵⁷ D. Roets, *Du droit pour un avocat d'attirer l'attention du public, en dehors du prétoire, sur des dysfonctionnements judiciaires*, RSC 2015, p. 740. Dans le même sens, v. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, D. 2016, p. 225, n° 8 s ; R. Letteron, *La liberté d'expression de l'avocat*, blog « Liberté, libertés chéries », 22 décembre 2016.

¹³⁵⁸ CEDH, *Ottan c/ France*, 19 avril 2018, n° 41841/12.

¹³⁵⁹ J.-B. Thierry, *Liberté de la critique du fonctionnement de la Justice par l'avocat*, AJ Pénal 2018, p. 310.

Conclusion du Chapitre 2

327. Il existe bien, aujourd'hui, un contentieux des infractions d'expression publique qui fait problème, non plus en raison d'une interprétation contestable des textes donnant aux faits leur qualification pénale, mais en raison des motivations qui conduisent les parties poursuivantes à ester en Justice.

328. Certaines actions ont en effet pour objectif évident d'exercer une pression, tout autant psychologique que financière, sur ceux qui s'expriment dans un but légitime d'intérêt général en exposant des faits que leurs auteurs dissimulent pour ce qu'ils sont, sinon illicites, du moins illégitimes. Les défendeurs à ces actions en Justice apparaissent, pour la majorité, dans une position vulnérable vis-à-vis de leurs poursuivants, qui représentent fréquemment de puissants intérêts économiques, sociaux ou politiques, et qui peuvent être tentés d'exploiter la crainte que suscite la menace de poursuites judiciaires afin de dissuader toute prise de parole publique sur leurs agissements. Cette vulnérabilité s'observe d'abord à l'égard des témoins qui sont contraints de s'exprimer en vertu de l'obligation qui leur est faite par la loi, sous peine de sanctions, de déposer au cours des réunions publiques que sont les procès en Justice et les commissions d'enquête parlementaires, et qui peuvent, par la description objective de faits, en arriver à tenir des propos constitutifs d'injures, de diffamations ou d'outrages envers des tiers. Le potentiel préjudice auquel ils s'exposent a justifié que la jurisprudence, suivie en cela par la loi, adopte une solution aux fondements juridiques contestables mais qui s'avère bénéfique à la qualité des dépositions, en étendant le régime des immunités judiciaires prévues par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 aux témoins tenus de déposer devant un tribunal ou une commission d'enquête parlementaire. Une telle solution ne saurait toutefois être adoptée s'agissant de ceux qui exposent, volontairement et de bonne foi, des faits illicites ou condamnables en dehors de l'étreinte de la loi. C'est la situation des lanceurs d'alerte et, plus récemment, celle des universitaires, qui ont permis de donner le nom de « procédure-bâillon » à la pratique consistant à exercer des actions en Justice pour faire taire ceux qui mettent à jour des faits dommageables pour la collectivité. Si la différence de statuts existant entre des citoyens vigilants et ceux dont l'activité est de faire progresser le savoir par la publication de leurs résultats de recherches doit appeler des régimes de protection distincts, la réponse au dénominateur commun que sont les procédures-bâillons doit résider dans une réinterprétation et une aggravation de la notion de procédure abusive.

329. D'autres actions, qui sont exercées à l'encontre de personnes dont le statut professionnel ou les fonctions les rendent mieux armées face à des poursuites judiciaires, peuvent ne pas avoir à leur encontre un effet dissuasif de même ampleur, d'autant que ces personnes sont aguerries aux risques du débat public. Il n'en reste pas moins que ces poursuites ont, sinon pour objet, du moins pour effet, d'inhiber tel débat en visant ceux qui en sont les acteurs primordiaux. A ce titre, les parlementaires et les avocats, dont la parole comporte un caractère éminemment représentatif vis-à-vis des institutions et des citoyens, constituent des observateurs privilégiés des grands faits de société. Ces acteurs, qui jouissent d'une liberté d'expression accrue en vertu d'un régime d'immunités couvrant les discours et écrits qu'ils sont amenés à prononcer ou rédiger dans l'exercice de leurs fonctions, s'exposent toutefois à des poursuites lorsque leur prise de parole franchit le seuil des enceintes parlementaires ou juridictionnelles. Or, il n'apparaît pas souhaitable, comme ont pu le revendiquer certains avocats et parlementaires, d'étendre leurs immunités au-delà de ces frontières légales, dès lors qu'elles n'ont été instituées que pour garantir l'indépendance des débats judiciaires et parlementaires, pour les fins qu'ils se donnent d'atteindre : la manifestation de la vérité aboutissant à une juste décision et un consensus général aboutissant au vote de la loi. C'est pourtant bien un prolongement de leurs fonctions hors des enceintes couvertes par l'immunité qui est ici en cause, porté par une médiatisation fulgurante des phénomènes criminels et sociaux. Dès lors, leurs fonctions les amènent, de plus en plus fréquemment, à se prononcer publiquement sur leurs activités, les conduisant dès lors à exposer des faits ou réitérer des opinions constitutives de délits d'expression. A défaut d'une sacralisation totale de la parole des avocats et des parlementaires, qui reviendrait à instaurer un déséquilibre au sein du débat public, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme reconnaît à ceux-ci une liberté d'expression accrue. Toutefois, si les parlementaires bénéficient de longue date de la bienveillance des juges de Strasbourg vis-à-vis du discours politique dont ils sont les « vecteurs par excellence », ce n'est que récemment que les avocats virent leur liberté de parole accrue en dehors du prétoire grâce à une jurisprudence tirant les conséquences d'un contexte toujours plus prégnant de médiatisation des procès judiciaires les plus retentissants.

Conclusion du Titre 2

330. L'instrumentalisation de la Justice pénale de l'expression publique s'observe à travers deux sortes de dérives du contentieux : le rétrécissement du débat public par l'interprétation déraisonnable des normes d'incrimination et l'entrave à ce même débat par l'usage déraisonnable du droit d'agir.

331. Conséquence directe de la rédaction imprécise des textes d'incrimination, leur interprétation par les juges emporte une inexorable part d'incertitude quant aux évolutions de la jurisprudence. Gage de flexibilité dans la répression, elle peut cependant devenir le prétexte d'une extension démesurée du champ d'application des textes, dont l'opportunité répressive immédiate est susceptible de créer des précédents dommageables quant à l'étendue du droit à la liberté d'expression au sein du débat public.

En matière d'expression publique, certains délits dont la matérialité réside pour une large part dans l'expression d'opinions sont au cœur de ce phénomène, en particulier les propos constitutifs d'apologies punissables et de discours haineux. La plasticité induite par l'obscurité des textes qui les placent sous la sanction de la loi en fait des infractions particulièrement extensibles, qui englobent une variété toujours plus importante de comportements au gré des contextes qui en suscitent l'application. La torpeur ambiante qui caractérise l'époque troublée que traverse notre société, menacée par la folie terroriste et la résurgence de sentiments nationalistes, se répercute sur la sensibilité des juges qui, face à un débat public dérégulé, tordent au besoin la lettre de la loi pour en réguler les passions.

Indépendants dans leur office, les juges n'en sont pas moins tributaires des orientations du contentieux par les parties poursuivantes, qu'il s'agisse pour la Chancellerie de déterminer une politique répressive *ad hoc* à l'attention des Parquets ou, de plus en plus souvent, pour certains groupements associatifs désormais habilités par la loi pour déclencher l'action publique, d'exercer un quasi-monopole de la poursuite de certaines infractions. Le risque est alors que la sensibilité de ces parties poursuivantes ne conduise à focaliser l'attention des magistrats du siège sur des comportements qui, susceptibles de porter un préjudice aux intérêts statutaires défendus par une association, ne correspondent pas strictement aux prévisions des textes et à la substance de l'incrimination.

332. Prérogative découlant du droit à l'accès à un tribunal garanti par l'article 6, § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, l'exercice d'actions en Justice appartient à toute victime avérée d'un délit d'expression publique portant atteinte à ses intérêts privés, notamment s'agissant des infractions d'injure ou de diffamation publiques. Il peut arriver toutefois que le droit d'agir en Justice se heurte au droit à la liberté d'expression et fasse l'objet d'un exercice qui, lorsqu'il n'est pas simplement abusif, s'avère inopportun.

Les évolutions récentes de la loi, de la jurisprudence et de la doctrine ont ainsi établi l'existence, au cours des dernières décennies, d'un abus du droit d'ester en Justice à raison de propos injurieux ou diffamatoires contre les auteurs d'une expression que l'on pourrait qualifier de vulnérable en raison de facteurs tout autant juridiques que factuels. A ce titre, les témoins contraints à déposer devant les tribunaux et les commissions d'enquête parlementaire sous peine de sanctions pénales peuvent être amenés à dénoncer publiquement des faits graves, ce qui les exposait jusque récemment aux poursuites de ceux qui s'estimeraient lésés par de telles dénonciations. L'immunité qui les protège désormais ne saurait pourtant s'appliquer aux menaces qui pèsent sur ceux qui, à l'instar des lanceurs d'alerte et universitaires, prennent l'initiative personnelle de dénoncer les pratiques frauduleuses d'acteurs économiques importants. A leur égard, c'est bien le caractère abusif de la procédure qui doit faire l'objet d'une reconnaissance accrue par le Droit.

Si la vulnérabilité *de jure* ou *de facto* des prévenus tend à conférer à certaines actions un caractère abusif, c'est toutefois davantage un caractère inopportun qui s'applique à d'autres actions dirigées contre les auteurs d'une expression que l'on pourrait pourtant qualifier de renforcée. Certains acteurs prépondérants du débat public, tels que les avocats qui s'expriment dans l'optique de l'exercice des droits de la défense de leurs clients et les parlementaires qui s'expriment dans le cadre du débat démocratique, bénéficient à cet effet d'immunités qui s'appliquent aux discours et écrits dont la profération ou la production s'avère strictement nécessaire aux besoins des débats publics qui s'exercent dans les enceintes idoines. Pour cette raison, de telles immunités ne sauraient être étendues aux propos qu'ils tiennent dans la sphère publique. Toutefois, la médiatisation accrue des débats judiciaires et parlementaires tend inévitablement à faire peser de nouvelles menaces sur ces acteurs, dont le rôle éminent doit les faire bénéficier d'une protection supplémentaire de leur liberté d'expression à l'aune des principes dégagés par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Conclusion de la première partie

333. Le rapport entretenu par l'expression publique avec la société démocratique est indubitablement complexe. On peut y percevoir, tout d'abord, une certaine interdépendance. La première nourrit la seconde, et inversement, par la dénonciation de faits répréhensibles, la discussion de sujets sensibles, la protestation, la contestation d'idées, en bref : par le débat public. Mais l'exercice public du droit à la liberté d'expression comporte aussi des responsabilités et devoirs qui, à défaut d'être respectés, suscitent une réaction de la société lorsque ses valeurs se trouvent menacés par un usage abusif des manifestations de l'esprit. L'expression publique est donc tout autant un outil de progrès de la société démocratique que de destruction de celle-ci.

334. Outre l'identification de valeurs sociales fondamentales, tirées de l'ordre public comme d'un ordre plus intime, et nécessitant une protection accrue face aux débordements de l'expression publique, c'est le statut de droit fondamental de la liberté d'expression qui implique une pesée d'intérêts à laquelle seul le juge répressif est à même de procéder. En effet, qu'il s'agisse pour l'auteur d'un propos incriminé de comparaître devant la justice pour avoir ébranlé l'ordre public ou pour avoir heurté la sensibilité d'autrui, ce n'est pas à l'aune de la seule applicabilité des normes enfreintes qu'il doit être jugé ; c'est également en fonction de l'opinion publique, partie invisible du procès mais pourtant bien représentée par la publicité et la contradiction des débats, et en considération des affinités d'une époque, que les magistrats seront amenés à déterminer ce que la société est en capacité de tolérer dans la discussion publique. Dès lors, chaque délit d'expression publique est irrémédiablement marqué d'une identité distincte de toute autre infraction, car l'intention de nuire ne préside pas seule à sa punissabilité : le débat public apparaît également comme une valeur sociale éminente.

335. En dépit de ces considérations, il est possible de constater que la pénalisation de l'expression publique tend aujourd'hui à faire l'objet d'une instrumentalisation, tant par le législateur que par les acteurs de son contentieux.

Loin de circonscrire son rôle à l'identification des comportements qui affectent profondément l'ordre public en vue de combler les lacunes réelles de la loi, le législateur tend, depuis quelques décennies, à faire de la pénalisation l'instrument par lequel il entend, sinon limiter, du moins orienter le débat public sur certains sujets, au détriment de la liberté

d'expression et du libéralisme exigé par le principe de légalité criminelle. La protection des intérêts nationaux devient ainsi le prétexte d'une répression accrue de comportements qui, loin d'être nouveaux, voient leur perception par l'opinion publique affectée du fait de l'exacerbation des sensibilités collectives dans un contexte troublé. Élément indispensable au maintien de l'ordre public et de la sécurité face aux comportements dangereux et antisociaux, la norme pénale témoigne, par sa prolifération, d'une surestimation de ses vertus consolatrices, se posant presque comme l'aveu désemparé d'une inaptitude de l'opinion publique à garder la raison dans l'adversité. La nécessaire protection des intérêts catégoriels par la pénalisation des discours de haine devient, malgré elle, le prétexte d'une régulation par trop ambitieuse du débat public à travers la multiplication vertigineuse de ses limites. Élément indispensable à la limitation de l'émulation des sentiments haineux au sein d'une société démocratique, la norme pénale témoigne, par son inflation, d'une surestimation de ses vertus pédagogiques, se posant presque comme l'aveu fataliste d'un échec des espoirs placés, à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, dans la promotion de la tolérance.

Loin de limiter son office à l'application des normes aux comportements qui contreviennent à leurs prévisions en vue de réparer les troubles portés à l'ordre public, la Justice pénale tend par ailleurs, depuis quelques décennies, à faire de la pénalisation l'instrument par lequel l'expression publique est rétrécie, voire parfois entravée. Le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, s'il ne s'oppose pas à ce qu'il soit procédé à une lecture extensive des textes d'incrimination lorsque le résultat est conforme à l'esprit de la loi, peut être le prétexte d'une extension déraisonnable du champ d'application des textes à des situations qui, lorsqu'elles n'apparaissent pas simplement en contradiction manifeste avec la substance de l'infraction, témoignent d'une application inopportune de la norme pénale au regard des enjeux qui entourent l'exercice du droit à la liberté d'expression. Par le seul office du juge ou l'influence exercée par certaines parties poursuivantes, l'interprétation des textes devient déraisonnable dès lors qu'elle instaure des précédents susceptibles de brider le débat public. Le droit d'agir en Justice, s'il constitue une prérogative indispensable à la réparation du préjudice de ceux qui s'estiment lésés par les allégations outrageantes, injurieuses ou calomnieuses, peut être le prétexte d'une réduction au silence de ceux qui, par nécessité ou par civisme, dénoncent des pratiques illicites ou moralement répréhensibles qui trouvent refuge dans l'obscurité. Abusive à l'égard de l'expression vulnérable des citoyens, ou inopportune à l'égard à l'expression renforcée de leurs représentants, l'action en Justice devient déraisonnable dès lors qu'elle sert la protection d'intérêts illégitimes.

336. Si la réponse pénale aux débordements de l'expression publique est adéquate, est-ce pourtant à dire qu'elle est toujours adaptée ? L'étude de l'instrumentalisation de la pénalisation réalisée dans cette première partie démontre bien que les évolutions du Droit se font l'écho de celles de la société. Le droit à la liberté d'expression, que d'aucuns considèrent comme « *un droit naturel, imprescriptible et sacré* » dont l'universalisme affirmé par la Déclaration de 1948 lui était préexistant¹³⁶⁰, n'a pas toujours ni partout revêtu la même ampleur, ni bénéficié des mêmes garanties. Surtout, il n'a pas toujours joui des mêmes modalités d'exercice ; et aux préoccupations qui suivirent l'apparition de l'écriture, puis de l'imprimerie, et des médias audiovisuels, succèdent aujourd'hui celles d'une liberté d'expression évoluant au sein d'une société démocratique à la fois hypertrophiée et connectée.

¹³⁶⁰ C. Hiscock-Lageot, *La dimension universelle de la liberté d'expression dans la Déclaration des droits de l'Homme de 1948*, RTDH 2000, p. 229, *sp.* p. 235 s.

PARTIE II - LA PENALISATION DE L'EXPRESSION PUBLIQUE A L'EPREUVE DE LA MODERNITE

337. La pénalisation de l'expression publique, en ce qu'elle se trouve justifiée par la nécessité de protéger la société contre les débordements susceptibles de résulter d'un exercice abusif du droit à la liberté d'expression, est directement influencée par les évolutions subies par ce droit concurremment à la société qui en garantit l'exercice. En ce sens, la pénalisation est contrainte de s'adapter à la modernisation du débat public, en exerçant un ajustement de l'étau répressif autour du comportement expressif. Il en résulte une recherche permanente d'équilibre pour que le débat public, enserré par les valeurs sociales qui le soutiennent, ne glisse pas hors de son socle par l'effet d'une pression insuffisante, ni ne se brise par l'effet d'une pression excessive.

L'expression publique a subi, depuis la seconde moitié du XX^e Siècle, de nombreuses évolutions susceptibles d'affecter la pénalisation à des degrés divers. Loin de se limiter à une altération des fondements axiologiques de la pénalisation, ces évolutions touchent tout autant les modalités d'exercice de la liberté d'expression que celles de sa limitation, provoquant une inadaptation asymétrique de la pénalisation : tantôt abusive, celle-ci peut apparaître insuffisante à d'autres égards, donnant l'impression d'un outil répressif ne sachant plus calibrer l'intensité de sa réponse à des phénomènes qui le dépassent manifestement. Pour nécessaire que fût, dans une société démocratique, l'intervention du droit pénal pour la caractérisation et la répression de ce qui constitue un comportement dommageable à la société, ces mutations peuvent aboutir à un décalage entre les fondements théoriques de la pénalisation et le cadre pratique dans lequel elle s'exerce. La régulation du débat public par le droit pénal subit, en ce sens, une remise en perspective régulière. Il apparaît dès lors indispensable, pour l'étude des modernisations génératrices de conflits avec la pénalisation de l'expression publique, d'identifier les déséquilibres qui caractérisent la période actuelle en la matière, afin de déterminer les points de rupture existant entre *nécessité* et *opportunité* de la répression au gré des mutations sociales.

Il convient dès lors d'identifier ces évolutions ainsi que leurs conséquences sur la pénalisation. Il apparaît ainsi que cette dernière est mise à l'épreuve, d'une part, de la médiatisation de l'expression publique (Titre 1) et, d'autre part, de la dématérialisation de l'expression publique (Titre 2).

Titre 1 - La médiatisation de l'expression publique

338. La pénalisation de l'expression publique doit aujourd'hui composer avec la médiatisation accrue de notre société. Imputable à une modernisation des techniques préexistantes du traitement de l'information par la presse écrite et audiovisuelle, ainsi qu'à l'apparition de nouvelles techniques de communication au public avec l'Internet, ce phénomène entraîne une modification des rapports entretenus par le droit pénal avec une expression publique qui, déjà bien implantée dans les sociétés démocratiques modernes au XX^e siècle, y est désormais omniprésente. Auparavant circonscrit, *de facto*, dans les limites que la technique médiatique lui imposait, le débat public se veut aujourd'hui toujours plus transparent. En ce sens, les restrictions apportées par le législateur pénal à l'expression publique se heurtent à la « *valorisation spectaculaire de la liberté de la presse* »¹³⁶¹ opérée au cours des dernières décennies sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Dès lors, si l'Histoire comme l'actualité ne plaident pas particulièrement en faveur d'une remise en cause des délits de presse portant atteinte à des valeurs relevant de la sécurité des personnes, les infractions portant atteinte à l'honneur et à la réputation des personnes, relevant de la catégorie des expressions *infamantes*, connaissent une inévitable libéralisation (Chapitre 1). Parallèlement, le droit de la responsabilité civile est fréquemment pressenti comme digne substitut d'une justice répressive qui négligerait trop souvent la protection des intérêts privés au profit d'une inconséquente liberté de la presse. Partant, la pénalisation de l'expression publique est, depuis quelques décennies, confrontée à une remise en question qui paraît nécessiter un rééquilibrage du contentieux de presse (Chapitre 2).

Chapitre 1 - L'inévitable libéralisation de l'expression infamante

339. Si l'expression publique peut être la source de maux dont l'existence se vérifie concrètement dans ses conséquences matérielles et physiques, il est des formes d'expression qui, à défaut de porter atteinte à l'intégrité physique ou à la sécurité d'autrui, tendent à le déposséder de biens invisibles mais pourtant réels : l'*honneur* et la *considération*, en dépit de leur distinction toute théorique¹³⁶², se trouvent menacés de façon identique par une expression

¹³⁶¹ F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 4^{ème} éd., PUF, 2007, p. 584.

¹³⁶² Sur cette distinction, v. *infra*, n° 370.

infamante, à raison de l'atteinte qu'elles portent à la *fame* de la personne, c'est-à-dire à sa réputation, sa renommée.

L'expression infamante fait l'objet dans les sociétés romano-germaniques d'une pénalisation constante à travers l'Histoire (Section 1). Jadis rigoureuse, cette pénalisation enregistre toutefois, dans notre société moderne, un certain déclin dans un contexte où l'information omniprésente conduit à une libéralisation de l'expression infamante (Section 2).

Section 1 - L'expression infamante endiguée par une pénalisation constante

340. « *Partout où l'empire des lois a régné les attaques contre la réputation d'autrui ont été réprimées* »¹³⁶³. La pénalisation des formes d'expression portant atteinte à l'honneur et à la considération de la personne remonte en effet à l'Antiquité, depuis laquelle elle a perduré avec une intensité variable jusqu'à nos jours. S'il peut sembler étrange d'effectuer un voyage aussi lointain dans le temps, dans la perspective d'une confrontation de la pénalisation de l'expression publique à la *modernité*, les problématiques actuelles relatives aux expressions infamantes tirent pourtant leurs sources dans celles qui, déjà à l'époque, mobilisaient la doctrine juridique. L'étude du caractère constant de la pénalisation de l'expression infamante nécessite donc une remise en perspective de ses fondements, tant sociaux (§ 1) que juridiques (§ 2).

§ 1 - Les fondements sociaux de la pénalisation de l'expression infamante

341. Il semblerait que la gravité avec laquelle l'expression infamante est perçue dans notre société trouve ses origines dans une doctrine religieuse du langage (A), et dans une doctrine politique de l'honneur (B).

A - Une doctrine religieuse du langage

342. Nonobstant des racines laïques sous l'Antiquité¹³⁶⁴, le droit des expressions infamantes ne manqua pas de subir, concurremment aux autres matières juridiques, l'influence des doctrines chrétiennes dès leur apparition en Europe. Aussi, les théoriciens de la morale chrétienne, qui accordaient à la parole une importance capitale¹³⁶⁵, se sont rapidement intéressés

¹³⁶³ J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, *op. cit.* p. 321, I.

¹³⁶⁴ V. *infra*, n° 349 s.

¹³⁶⁵ J. Morange, *La liberté d'expression*, *op. cit.* p. 32, n° 18.

à ce qu'ils nommèrent le « péché de la langue » (*peccato linguae*) : des auteurs ont, dès les XII^e et XIII^e siècles, pris pour initiative d'ajouter au septénaire traditionnel des péchés capitaux cette huitième catégorie, en justifiant de sa particularité : « *en dernier il faut parler du péché de la langue, puisque ce péché reste après les autres péchés. Beaucoup se gardent des autres péchés, mais ne se gardent pas du péché de la langue* »¹³⁶⁶. D'autres considéraient cependant que ces fautes de la parole étaient déjà diffuses dans la hiérarchie classique des péchés capitaux, l'insulte et la médisance, notamment, étant les filles respectives de la colère et de l'envie¹³⁶⁷. Par ailleurs, la Bible elle-même assimilait le diffamateur au meurtrier, « *car l'un verse le sang de l'honneur comme l'autre verse le sang du corps* : non corporis, sed honoris sanguinem effundit »¹³⁶⁸.

343. Ainsi, à partir de l'étude des différents péchés pouvant naître d'une utilisation mal raisonnée de la parole, les prédicateurs de l'époque conçurent une doctrine dite de la *custodia linguae* (« garde de la langue »), consistant à enseigner aux fidèles à « *bien parler et savoir se taire* »¹³⁶⁹. Parmi les mauvaises utilisations de la langue énumérées par saint Bernard – langue dissolue, langue impudique, langue grandiloquente, langue trompeuse et langue médisante –, cette dernière est celle qui est l'origine des injures et diffamations envers son prochain¹³⁷⁰. Mais de tous les systèmes de classification des péchés de la langue issus des études scholastiques de l'époque, celui de Raoul Ardent, dans son *Speculum universale*, est certainement le plus didactique : l'auteur y énumère neuf espèces de paroles (*enunciativa, interrogativa, prohibitiva, imperativa, permissiva, consultiva, deprecativa, imprecativa* et *optativa*) et attribue à chacune un potentiel licite à la condition qu'elle soit émise conformément à cinq critères *cumulatifs* : la vérité, l'utilité, l'honnêteté, le discernement et la direction. Si l'un de ces critères manque à la somme des intentions du locuteur, ce dernier verse dès lors dans le péché, ce qui, dans le cas de la *deprecativa* (le blâme), correspond à la médisance précédemment évoquée¹³⁷¹. C'est ainsi le

¹³⁶⁶ G. Peyraut, *Summa de vitiis et virtutibus*, p. 371, cité par C. Casagrande, S. Vecchio, *Les péchés de la langue*, Cerf, 1991, p. 87.

¹³⁶⁷ En ce sens, v. Allain de Lille, *De planctu*, XIV, pp. 859-865 ; R. de Flamborough, *Liber poenitentialis*, IV, pp. 179-200 ; Thomas, *Summa theologiae*, II, II, q. 73, a. 1 et a. 2, 2-3, cités par C. Casagrande, S. Vecchio, *op. cit.* pp. 31, 91 et 244. V. également, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. II, Cujas, 1982, p. 1575, n° 1947.

¹³⁶⁸ T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, *op. cit.*, p. 54, n° 73. Les proverbes (18:21) de l'Ancien Testament affirment par ailleurs que « *la vie et la mort sont au pouvoir de la langue* ».

¹³⁶⁹ C. Casagrande, S. Vecchio, *op. cit.* p. 44.

¹³⁷⁰ *Ibidem*, pp. 23-24.

¹³⁷¹ *Ibidem*, pp. 45-51.

caractère « *naturellement pécheur de la langue – décrite comme un petit organe dangereux, inquiet et fuyant, que nul ne réussit à contrôler pleinement* »¹³⁷² qui a conduit Raoul Ardent, au long de son œuvre, à tenter de « *définir les bonnes et les mauvaises paroles, séparer les secondes des premières* »¹³⁷³.

Cette préoccupation se poursuit dans l'œuvre d'Albertano de Brescia qui, au XIII^e siècle, a établi dans un traité sur la doctrine de la parole une liste de « circonstances » à laquelle le locuteur est supposé soumettre sa parole avant de la proférer – ou, le cas échéant, de la taire¹³⁷⁴. Ces *circumstantiae loquendi* étaient alors destinées à ceux qui, dans la prédication, l'enseignement, les couvents et les cours, avaient la fonction de s'exprimer haut et fort, afin d'agir en amont sur leur utilisation de l'organe qui constituait leur outil de travail. Ainsi, une série de questions – « *qui, quoi, où, quand, pourquoi, comment...* » – était supposée permettre aux rhéteurs, exégètes, savants ou pasteurs d'interroger les circonstances dans lesquelles ils s'apprétaient à parler, au regard de leurs destinataires, du sujet abordé, de l'endroit dans lequel ils s'exprimaient, de la cause de leur discours et de la façon dont ils en déroulaient le contenu¹³⁷⁵. Une source déterminante dans l'œuvre d'Albertano de Brescia est la *disciplina in locutione* de Hugues de Saint Victor. Toutefois, tandis que la plupart des prédicateurs du XII^e siècle vouaient leur œuvre à l'éducation d'une langue « *qui enseigne, qui console, qui reproche, qui gouverne* »¹³⁷⁶, de Brescia poursuivait comme objectif, dans le traité qu'il adressait à son fils, de laïciser cette doctrine « de la parole et du silence » dans l'Italie du XIII^e siècle¹³⁷⁷. Dans cette liste de circonstances, le *quid*, dont l'objectif est « *l'exclusion de toutes les paroles oiseuses, à savoir l'ensemble des paroles inutiles, malhonnêtes, nocives* »¹³⁷⁸, joue un rôle déterminant dans l'appréhension de la parole infamante. Il est ainsi nécessaire « *que les paroles soient vraies et non fausses, utiles et non vaines, rationnelles et non irrationnelles, douces et suaves et non dures et âpres, honnêtes et non malhonnêtes, claires et franches et non obscures*

¹³⁷² *Ibidem*, p. 56.

¹³⁷³ *Ibidem*, p. 55.

¹³⁷⁴ A. de Brescia, *Liber de doctrina loquendi et tacendi*, éd. critique P. Navone, thèse de doctorat en philologie latine médiévale, Université de Florence, 1988, cité *ibidem* p. 65.

¹³⁷⁵ *Ibidem*, p. 65.

¹³⁷⁶ *Ibidem*, p. 71.

¹³⁷⁷ *Ibidem*, p. 81.

¹³⁷⁸ *Ibidem*, p. 70.

*et ambiguës ; il faut éviter soigneusement les paroles injurieuses, moqueuses, blessantes, séditieuses, orgueilleuses, oiseuses »*¹³⁷⁹.

En définitive, la théorisation du péché de la langue par les prédicateurs chrétiens, en particulier dans la détermination de son *contenu*, permet d'apercevoir un lien évident avec l'appréhension, par le Droit, de la parole qui, soustraite à la *custodia linguæ*, se fait infamante sous ses traits les pires. La place occupée par la religion chrétienne au sein des sociétés romaines sous l'Empire, et plus tard sous les monarchies françaises, constitue donc un premier élément de justification de la répression de l'injure dans les sociétés romano-germaniques. Cet élément doit cependant être combiné aux aspects politiques que pouvait revêtir, sous l'Ancien Régime, la notion d'honneur.

B - Une doctrine politique de l'honneur

344. L'honneur semblait constituer, sous l'Ancien Régime, une sorte d'« unité de mesure sociale » de la réputation, dont Dareau disait qu'elle devait être défendue comme le bien le plus précieux du citoyen comme du Souverain¹³⁸⁰. Mais à cette période déjà, l'appartenance à une classe sociale plutôt qu'à une autre ne devait rien changer à l'ambition de chacun à être « *bien famé et renommé* », ce qui explique que les échauffourées parfois mortelles consécutives à une injure s'observaient tant chez les roturiers que chez les nobles¹³⁸¹. A ce titre, l'honneur, longtemps perçu comme un attribut inné et revendiqué de tout Homme bien né¹³⁸², n'était plus, sous Louis XIV, indissociable de la classe sociale dont on se réclamait, celle-ci ne fixant désormais que la hauteur en-dessous de laquelle sa réputation ne devait jamais atterrir¹³⁸³.

345. C'est dans ce contexte de « crise de l'honneur », où rixes et duels constituaient un désordre social toujours plus menaçant, que des auteurs ont cherché à en redéfinir les contours pour déterminer dans quelle mesure il serait sain pour l'Homme de s'approprier son honneur dans une société humaine sans en troubler le fonctionnement. Dans un premier temps, les moralistes chrétiens, parmi lesquels Bossuet et Courtin, s'attachèrent à distinguer un *honneur*

¹³⁷⁹ *Ibidem*, p. 82.

¹³⁸⁰ F. Dareau, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire*, op. cit., p. vii.

¹³⁸¹ M. Nassiet, « L'honneur au XVI^{ème} siècle : un capital collectif », in H. Drévilion, D. Venturino, *Penser et vivre l'honneur à l'époque moderne*, P.U. Rennes, 2011, pp. 72-73.

¹³⁸² En ce sens, v. B. Beignier, *L'honneur et le droit*, thèse ss. dir. J. Foyer, Paris, LGDJ, Bibl. droit privé, t. 234, 1995, p. 26.

¹³⁸³ En ce sens, v. D. Venturino, *Ni Dieu ni Roi. Avatars de l'honneur dans la France moderne*, *ibidem* pp. 92-93.

véritable, dont chacun se porte le garant par un comportement humble, du *faux honneur* qui est celui par lequel l'Homme se soumet à la faute de préférer le jugement de l'opinion publique à celui du Très-Haut¹³⁸⁴. Ces auteurs tentaient ainsi de palier l'inanité des lois royales qui criminalisaient vainement la pratique des duels en rappelant que l'honneur véritable réside dans l'exemple christique du pardon à l'injure : « *est-il rien de plus injuste que de verser le sang humain pour des injures particulières, et d'ôter par un même attentat un citoyen à sa patrie, un serviteur à son roi, un enfant à l'Eglise et une âme à Dieu qu'il a rachetée de son sang ?* »¹³⁸⁵

Mais devant le constat de l'imperméabilité d'esprits durablement empreints d'un honneur mondain, d'autres auteurs ont préféré soustraire le débat à toute considération spirituelle en reconnaissant à ce « faux honneur » une certaine utilité sociale, en ce qu'il doit constituer le moteur des rapports entre l'individu et l'Etat : à la pensée morale, succédait ainsi une pensée politique de l'honneur¹³⁸⁶. A ce titre, Hobbes aspirait à un monopole de l'attribution de l'honneur par le monarque, qui seul pouvait en gratifier ses sujets ou le leur retirer par le biais des offices, titres et signes de considération qu'il leur remettait. Cet honneur « civil » ne pouvait d'après lui coexister avec l'honneur « d'opinion », responsable des vengeances privées et des pressions nobiliaires sur le Trône¹³⁸⁷. A l'inverse, Mandeville et Montesquieu plaidaient en faveur d'un « marché libre de l'honneur » qui, jouant sur les passions égoïstes qui animaient les citoyens de renommée dans leur conquête de l'opinion, devait les conduire par la force des choses à se comporter de la façon qui les rendra les plus honorables vis-à-vis de la société¹³⁸⁸. En somme, l'honneur peut être vu, à cette époque, comme une « *extériorisation réussie de la vertu* », celle-ci étant « *l'adéquation du comportement individuel aux règles de la société chrétienne en général, et avec celles de son propre rang social, de sa propre vacation, de son propre sexe, en particulier* »¹³⁸⁹. Il apparaît donc comme une problématique centrale de l'Epoque moderne, durant laquelle les atteintes qui lui étaient faites causaient un trouble social davantage supérieur dans leurs prolongations sanglantes que dans leurs effets immédiats.

346. Ces tentatives de la doctrine chrétienne et politique, visant au changement des pratiques et des mentalités relativement à l'emploi du langage et la revendication de son

¹³⁸⁴ *Ibidem*, pp. 95-100.

¹³⁸⁵ J.-B. Bossuet, *Carême de saint-Germain. Sermon sur l'honneur*, cité *ibidem*, p. 99.

¹³⁸⁶ R. Halévi, « La pensée politique de l'honneur », in H. Drévilion, D. Venturino, *op. cit.* pp. 109-126.

¹³⁸⁷ *Ibidem*, pp. 112-114.

¹³⁸⁸ *Ibidem*, pp. 114-126.

¹³⁸⁹ H. Drévilion, D. Venturino, *op. cit.*, pp. 11-12.

honneur, donnent donc à voir une certaine continuité dans l'appréhension par la société de l'expression injurieuse. Aussi, l'infamie découlant de la parole, de l'écrit ou de l'image semble irrémédiablement liée à l'émergence des sociétés humaines, qui obligèrent l'individu à se percevoir comme une composante de celles-ci parmi d'autres. Le Droit s'est alors muni, depuis l'Antiquité, d'outils répressifs dissuasifs, destinés à offrir aux réparations privées une alternative légale.

§ 2 - Les fondements juridiques de la répression de l'expression infamante

347. Les questions qui irriguent le contentieux de l'expression infamante à l'heure actuelle touchent, pour une part majeure, à l'étendue de sa pénalisation. Il est alors nécessaire d'établir un aperçu de son intensité à travers les âges, afin d'identifier les critères et manifestations de sa libéralisation. Les développements du présent paragraphe tenteront d'établir un aperçu aussi fidèle que possible des origines et évolutions de la pénalisation des expressions infamantes au sein de régimes auxquels notre territoire était soumis avant le XIX^e siècle (A), lequel marqua l'apparition de cette pénalisation sous sa forme actuelle en droit de la presse (B).

A - L'élaboration du cadre répressif par les Droits anciens

348. Si certains auteurs identifient l'origine de la répression de l'expression infamante au sein des législations grecques¹³⁹⁰, c'est dans le Droit Romain, supposément influencé par celles-ci, que les sources les plus précises se dévoilent à l'œil du juriste contemporain (1). En dépit d'une raréfaction des sources écrites, la pénalisation des expressions infamantes a été constante depuis lors. C'est néanmoins sous l'Ancien Régime qu'elle prit sa tournure la plus radicale (2).

1 - L'apparition du cadre répressif en Droit Romain

349. La pénalisation des expressions infamantes, en Droit Romain, se traduisait par l'incrimination unique et générique de l'injure (*injuria*). La majeure partie des sources romaines du droit des expressions infamantes est contenue au sein du *Digeste*, recueil compilant l'ensemble des textes et coutumes juridiques du Droit Romain et réalisé par une quarantaine de

¹³⁹⁰ En ce sens, v. J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, op. cit. pp. 321-322, I ; T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t.1, op. cit., p. 317, n° 553.

jurisconsultes sous l'ordre de l'empereur Justinien daté du 15 janvier 530¹³⁹¹. L'*injuria* romaine, conçue de façon particulièrement extensive (1), faisait l'objet d'actions en justice dont les formes ont été progressivement étendues afin d'en assurer une répression plus complète (2).

a - Une conception extensive de l'*injuria*

350. Le vocable d'*injure* recouvrait, en Droit Romain, divers aspects de l'affront commis à l'encontre d'une personne ou de la loi¹³⁹², la distinction existant actuellement entre injure et diffamation n'ayant cours à cette époque¹³⁹³. S'entendant de la faute (*culpa*), de l'iniquité (*iniquita*) ou de l'injustice (*injustita*), l'*injure* comprenait également l'outrage commis contre la réputation (*fama*) d'un individu, sous le vocable de *contumelia*¹³⁹⁴. Cette dernière, qui intéresse notre étude en particulier, constitue le fondement de l'ensemble infractionnel qui survivra à des siècles de pratique juridique pour subsister encore de nos jours.

351. De ses nombreux éléments matériels, ont disparu les voies de fait, violations de domiciles ou de sépultures. L'*injuria* pouvait en effet être commise *re*, par des actions qui outrageaient la victime. Celles-ci ne relèvent aujourd'hui plus du domaine de l'*injure* et ne seront dès lors pas traitées. En revanche, l'*injure* pouvait également être commise *verbis*, par la voie de la parole, et prenait alors le nom de *convicium* ou *maledictum*. Ces deux notions, devenues synonymes au gré des usages, semblaient cependant devoir se distinguer initialement d'après la forme prise par l'expression : Ulpien considérait ainsi que le *convicium*, au contraire du *maledictum* qui devait s'entendre d'une injure verbale prononcée à voix basse ou dans le cadre d'échanges privés, était commis *cum vociferatione*, à haute et forte voix¹³⁹⁵. L'*injure* pouvait enfin être faite *scriptis*, par la voie de l'écriture, et prenait alors l'appellation de *libellum*

¹³⁹¹ Encyclopædia Universalis, édition en ligne, *Pandectes ou Digeste*, consultée le 15 octobre 2015.

¹³⁹² Le jurisconsulte Ulpien dit, au titre X des Pandectes de Justinien : « « *Injure* » se dit de ce qui est fait sans droit : car tout ce qui est fait sans droit est dit fait inglorieusement ». Digeste, livre 47, titre X, *De injuriis et famosis libellis*, 1, version traduite par H. Hulot en 1803, consultable à l'adresse http://ledroitcriminel.free.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/digeste/digeste_147_03.htm.

¹³⁹³ J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, op. cit. p. 332, I ; dans le même sens, v. P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, op. cit. p. 383, n° 1034.

¹³⁹⁴ En ce sens, v. G.-A. Petit, *Etude sur les injures et la diffamation en Droit Romain*, Paris, 1868, p. 8 ; J. Dormand, *Des injures et du libelle diffamatoire en Droit Romain, de la diffamation envers les particuliers en droit français*, thèse, Paris, 1857, p. 12 ; T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, op. cit., pp. 1-2, n° 1 ; J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, op. cit. pp. 323-324, I.

¹³⁹⁵ G.-A. Petit, op. cit., pp. 42-44 ; v. aussi J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, op. cit. p. 323-324, I. Au Digeste, Ulpien définit ainsi le *convicium* comme « *clameur de plusieurs voix* ». Digeste, livre 47, titre X, op. cit., 15, § 4.

famosum. A ce titre, la notion d'écriture revêtait un sens particulièrement large et englobait l'ensemble des supports de l'écrit (*liber*), voire de l'image : récits, poèmes, satires, pamphlets, comédies, peintures, sculptures, symboles ou emblèmes étaient susceptibles d'être fondus dans la catégorie de l'injure écrite¹³⁹⁶. Farinacci décrivait ainsi le *libelle diffamatoire* comme « *une composition faite en vue de diffamer quelqu'un répandue dans le public ou déposée dans un lieu où tout le monde puisse la trouver* »¹³⁹⁷. Si certains auteurs ont interprété les Pandectes comme assimilant les écrits signés par leur auteur aux injures verbales, ne conférant dès lors la qualification de *libellum famosum* qu'aux écrits anonymes, d'autres ont toutefois rejeté ce modèle comme étant contraire à « *la logique, la signification grammaticale des mots et l'esprit général des lois romaines* »¹³⁹⁸.

352. Variable dans ses formes, l'injure l'était aussi par sa gravité : elle pouvait être légère (*leves*) ou atroce (*atrox*). L'appréciation de sa gravité se faisait selon quatre critères de circonstances¹³⁹⁹. Elle devenait *atrox ex persona* à raison de la qualité de la personne qui recevait l'injure ou de celle qui la commettait. Les rapports de hiérarchie sociale entre individus permettaient ainsi de qualifier d'atroce une injure commise par une personne de basse condition à l'égard d'un notable, ou d'un esclave à son maître. L'injure était *atrox ex facto* lorsque les circonstances de fait qui l'accompagnaient lui donnaient une gravité accrue (lorsqu'elle s'accompagnait de coups ou, automatiquement, lorsqu'elle était réalisée par la voie de l'écrit, car celui-ci confère à l'expression une portée géographique et temporelle bien supérieure à l'oral). L'injure était *atrox ex tempore* si elle était commise en plein jour. Enfin, elle était *atrox ex loco* si elle était commise en public, sur le forum ou en présence du préteur, ce qui s'apparente aux distinctions aujourd'hui opérées par notre droit entre expression privée et expression publique.

353. Enfin, le Droit Romain reconnaissait déjà l'existence d'injures *indirectes*¹⁴⁰⁰, commises tandis que l'expression examinée ne présentait pas, à première vue, un caractère injurieux à l'égard de l'offensé. Ce caractère indirect pouvait alors découler de la forme prise

¹³⁹⁶ G.-A. Petit, *op. cit.*, p. 50.

¹³⁹⁷ Cité par J. Dormand, *op. cit.* p. 32.

¹³⁹⁸ G.-A. Petit, *op. cit.*, pp. 51-52.

¹³⁹⁹ *Ibidem*, pp. 23-27 ; v. aussi J. Dormand, *op. cit.*, pp. 27-28 ; T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, *op. cit.*, pp. 210-211, n° 346 ; J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, *op. cit.* p. 364, I.

¹⁴⁰⁰ A.-E. Giffard, R. Villers, *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, 4^{ème} éd., Dalloz, 1977, p. 237, n° 332.

par l'expression elle-même, ou bien de la personne à laquelle elle s'adressait. Dans le premier cas, certains auteurs avancent en effet que l'imputation injurieuse demeurerait punissable quand bien même elle se voilait d'ironie, d'antiphrases, périphrases ou d'allégories diverses¹⁴⁰¹ ; dans le second, il est avéré que certaines personnes, de par la nature des liens, naturels ou serviles, qu'elles entretenaient avec d'autres, pouvaient se trouver injuriées au travers de celui qui faisait l'objet de l'expression injurieuse¹⁴⁰². Ainsi en était-il des pères qui disposaient d'une action en injure contre ceux qui attaquaient par la parole ou l'écrit les membres de leur famille soumis à leur puissance¹⁴⁰³, ou des maîtres vis-à-vis de leurs esclaves¹⁴⁰⁴. Les héritiers ne pouvaient cependant agir contre l'auteur d'une injure dirigée vers leurs ascendants qu'à la condition que leur décès soit intervenu après qu'ils aient eux-mêmes déclenché une action¹⁴⁰⁵.

La conception extensive de l'*injuria* en Droit Romain témoigne de l'importance accordée à la protection de l'honneur et de la considération au sein de la société d'alors. L'étendue de l'élément matériel procurait à la répression un champ d'action particulièrement large, et celle-ci fit également l'objet d'une aggravation progressive au fil du temps.

b - Une répression étendue de l'*injuria*

354. La répression du délit d'injure à Rome est le résultat de l'exercice presque « impressionniste » de la législation à travers les régimes qui traversèrent l'Antiquité, enrichissant peu à peu la pratique judiciaire de nouvelles formes d'action. Ainsi, selon Paul, les actions pour injure ont été introduites en Droit Romain « *aut lege, aut more, aut mixto jure* » : par la loi des Douze Tables, par la coutume, ou par un droit mixte¹⁴⁰⁶.

355. Le délit d'injure constituait à l'origine, en Droit Romain, un délit de droit privé dont l'initiative de la répression n'appartenait qu'à la partie dont les intérêts avaient été lésés¹⁴⁰⁷. La loi des Douze Tables n'offrait en effet que peu de place à la nature criminelle de

¹⁴⁰¹ En ce sens, v. J. Dormand, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁰² Digeste, livre 47, titre X *op. cit.*, 1, § 3-5.

¹⁴⁰³ G.-A. Petit, *op. cit.*, pp. 86-87 ;

¹⁴⁰⁴ *Ibidem*, pp. 91-92.

¹⁴⁰⁵ En ce sens, v. T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, *op. cit.*, p. 41, n° 62.

¹⁴⁰⁶ G.-A. Petit, *op. cit.*, p. 82

¹⁴⁰⁷ En ce sens, v. A. Normand, *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris 1896, n° 50-52, extrait cité par J.-P. Doucet sur son site internet, *Le droit criminel*, http://ledroitcriminel.free.fr/la_sciences_criminelle/hist_soc_crim/historiens/normand_dc_romain.htm.

l'action en Justice, car, s'agissant d'un délit privé, l'intérêt général n'y était pas prépondérant¹⁴⁰⁸. La nature privée du procès donnait lieu à des disproportions manifestes dans la réponse apportée au préjudice subi : la peine pécuniaire de 25 as, prévue pour injure verbale légère, devint toutefois rapidement insuffisante pour prévenir efficacement la commission du délit¹⁴⁰⁹. La peine introduite en matière d'injures écrites (*libellum famosum*) était la *bastonnade*, qui fut cependant abolie par la loi Porcia¹⁴¹⁰. A ces procédures, fut rapidement substituée l'*action estimatoire* ou *prétorienne* (*actio injuriarum*) introduite par l'Edit du préteur¹⁴¹¹. Celle-ci s'exerçait toujours selon une procédure privée, dont l'initiative présentait par ailleurs quelques similitudes avec celle qui est aujourd'hui admise en droit français : l'injurié devait en effet articuler précisément les circonstances et faits établissant le caractère outrageant de l'acte, tout en qualifiant la nature de l'injure qu'il avait reçue¹⁴¹². Le préteur autorisait ainsi l'injurié à estimer pécuniairement la gravité de l'acte dont il avait souffert, avant de prononcer une peine qui pouvait différer de cette estimation selon sa propre appréciation, à l'exception des cas d'injures atroces où la somme était déterminée par le seul préteur¹⁴¹³. L'action prétorienne s'éteignait par un an, quelle que soit la nature de l'injure, et le délai prenait son départ au jour où l'injurié prenait connaissance des faits.

356. L'arrivée au pouvoir du dictateur Sylla marqua une nouvelle étape dans la répression du délit d'injure ; la loi Cornelia *de iniuriis* de 81 avant J.C. permit l'introduction des actions publiques en matière d'injure, dont le délai de prescription, au départ perpétuel, fut réduit sous Justinien à 25 ans en matière criminelle¹⁴¹⁴. Désormais, la possibilité était laissée à l'injurié de faire son choix entre action privée et action publique¹⁴¹⁵. L'action publique palliait ainsi de nombreuses lacunes de l'action privée s'agissant de l'efficacité de la répression, l'intérêt général prenant dès lors une place plus importante dans l'exercice de la Justice en matière d'injures. La sévérité des châtiments, incluant des châtiments corporels et une *intestabilis* (le condamné se voyait refuser le droit de tester et de témoigner¹⁴¹⁶), se trouvait encore accrue par l'exercice d'une action *extra ordinem* par laquelle l'affaire était confiée aux

¹⁴⁰⁸ G.-A. Petit, *op. cit.*, p. 105.

¹⁴⁰⁹ A.-E. Giffard, R. Villers, *op. cit.* p. 236, n° 329.

¹⁴¹⁰ *Ibidem*, pp. 106-107.

¹⁴¹¹ A.-E. Giffard, R. Villers, *op. cit.* pp. 236-237, n° 330.

¹⁴¹² Digeste, livre 47, titre X, 7 ;

¹⁴¹³ G.-A. Petit, *op. cit.*, p. 125.

¹⁴¹⁴ *Ibidem* p. 139.

¹⁴¹⁵ A. Normand, *Traité élémentaire de droit criminel*, extrait préc., n°s 50, 57.

¹⁴¹⁶ J. Dormand, *op. cit.*, pp. 32-33 ; Digeste, livre 47, titre X, *op. cit.*, 5, § 9.

gouverneurs, qui pouvaient prononcer des peines allant jusqu'à la relégation de l'injuriant sur une île¹⁴¹⁷. Mais si le Droit Romain connaissait, à l'instar du droit français actuel, une dualité d'actions civile et pénale pour le délit d'injure, un auteur a pu noter que les actions même civiles présentaient toujours, en vertu du système des peines privées, un *caractère* pénal en ce qu'elles avaient pour objectif l'application d'une sanction¹⁴¹⁸, pécuniaire ou corporelle. Aussi, la moindre condamnation pour injure, civile comme criminelle, *notait* son auteur *d'infamie*¹⁴¹⁹ : outre la perte dramatique de réputation qui en découlait, la condamnation entraînait des incapacités politiques et juridiques¹⁴²⁰, telles que la perte du droit de vote ou une inéligibilité aux positions politiques élevées (*honores*). Ainsi, l'injuriant, dont le comportement tendait à priver sa victime de son honneur ou de sa réputation, se voyait infliger un traitement de même nature par la voie judiciaire.

C'est toutefois en matière d'injures écrites que la sévérité des châtiments atteignit des sommets de rigueur. Un sénatus-consulte avait en effet été spécialement promulgué pour répondre à l'horreur du libelle diffamatoire qui avait cours à Rome¹⁴²¹. Si le choix était, ici encore, offert à l'injurié entre une action privée et l'action publique, cette dernière pouvait, disait Paul¹⁴²², être exercée par le préteur lors même que la personne injuriée n'était pas identifiable dans l'écrit litigieux, en raison de la gravité particulière des faits, mais aussi pour éviter aux personnes se pensant injuriées l'embarras d'avoir à le prouver au moyen d'une action privée¹⁴²³. La rigueur de la sanction atteignit son comble sous les empereurs Valentinien et Valens, où pouvait être prononcée une *peine capitale* à l'encontre de l'auteur d'un *libellum famosum*. Plusieurs interprètes, dont Julius Clarus, avaient compris la notion de *capitali poenâ* comme signifiant la mort. Cependant, il semblerait que celle-ci n'était encourue par le condamné que lorsqu'il imputait à sa victime la commission d'un crime grave, la peine capitale ne signifiant, dans les autres cas, qu'une déchéance civile totale (*capitis deminutio*), une

¹⁴¹⁷ G.-A. Petit, *op. cit.*, p. 143.

¹⁴¹⁸ G.-A. Petit, *op. cit.*, p. 83 ; v. aussi A. Normand, *op. cit.*, n° 51.

¹⁴¹⁹ En ce sens, v. J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, *op. cit.* p. 324, I ; G.-A. Petit, *op. cit.* p. 85 ; A.-E. Giffard, R. Villers, *op. cit.* p. 236, n° 330.

¹⁴²⁰ J. Gaudemet, *Droit privé romain*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 2000, p. 162.

¹⁴²¹ G.-A. Petit, *op. cit.*, p. 141.

¹⁴²² Digeste, livre 47, titre X, *op. cit.*, 6.

¹⁴²³ En ce sens, v. G.-A. Petit, *op. cit.*, pp. 141-142 ; J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, *op. cit.* p. 343-345, VI ; T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, *op. cit.* pp. 48-49, n° 69.

déportation ou un exil¹⁴²⁴. Certains auteurs rapportent cependant que le Code promulgué sous Théodose II en 439 punissait les libelles diffamatoires par la mort, en précisant que l'empereur Justinien n'a pas souhaité intégrer de telles dispositions dans son Digeste¹⁴²⁵. La répression du délit d'injure frappait par ailleurs « *tout agent actif du délit quel qu'il soit* »¹⁴²⁶ : s'il n'existait pas, alors, de « responsabilités en cascade », le Droit Romain ne négligeait pas la pluralité de participants à la diffusion du propos injurieux. En effet, étaient ainsi passibles des poursuites, outre l'auteur de l'injure, l'instigateur, le complice, et dans le cas d'injures écrites, le publicateur, détenteur, vendeur, acheteur ou afficheur de libelles diffamatoires¹⁴²⁷.

Si de nombreux acquis du Droit Romain furent, à la chute de l'Empire, quelque peu altérés avec l'avènement du Moyen Âge, les lois barbares ne se désintéressèrent pas totalement de la question du comportement injurieux¹⁴²⁸, permettant une sorte de « survivance » de la pénalisation de l'*injuria* jusqu'à la Renaissance. C'est néanmoins en Droit Ancien que se sont manifestés les caractères les plus aigus de la pénalisation de l'expression infamante en France.

2 - L'amplification du cadre répressif en Droit Ancien

357. Sous l'Ancien Régime, la pénalisation des propos injurieux était conçue de manière particulièrement large, faisant de cette législation la plus intransigeante en matière d'expressions infamantes. En dépit des fluctuations propres à la longévité du régime et aux événements qui la ponctuèrent, il s'en dégage une impression générale d'inflation de la pénalisation de l'injure, tant dans l'étendue de son champ d'incrimination (1) que dans la sévérité des sanctions (2).

a - Une inflation du champ d'incrimination

358. L'héritage des bases posées par le Droit Romain dans la matière du traitement judiciaire de l'injure apparaît assez nettement dans le corpus juridique du Droit Ancien, qui en reprend beaucoup d'aspects. Ainsi, de nombreuses similitudes apparaissent dans les normes

¹⁴²⁴ En ce sens, v. J. Dormand, *op. cit.* p. 33 ; G.-A. Petit, p. 143 ; J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, *op. cit.* pp. 324-325. I. Notons toutefois que le Code théodosien, par une protection zélée de la doctrine chrétienne contre les diffamations des donatistes et circumcelloniens, aurait préconisé la mort pour les auteurs d'injures écrites. En ce sens, v. T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, *op. cit.*, p. 336, n° 564 ; J. Dormand, *op. cit.* p. 40.

¹⁴²⁵ J. Dormand, *op. cit.*, p. 40.

¹⁴²⁶ G.-A. Petit, *op. cit.*, p. 95.

¹⁴²⁷ J. Dormand, *op. cit.* p. 34 ; Digeste, livre 47, titre X, *op. cit.*, 5, § 10.

¹⁴²⁸ En ce sens, v. J. Dormand, *op. cit.* pp. 45-48.

juridiques des deux époques, s'agissant notamment de la pluralité des personnes admises à initier ou susceptibles de faire l'objet d'une action judiciaire fondée sur des faits d'injures, à raison des diverses dépendances familiales, seigneuriales ou serviles¹⁴²⁹ ou de leur participation à l'infraction¹⁴³⁰, mais aussi des formes de prescription de l'action pour injures : aux délais d'un an en matière d'injures légères et de vingt ans en matière d'injures graves ou écrites, s'ajoutèrent les voies particulières, d'origine romaine, de la *rémission* (par laquelle l'offensé renonce expressément ou tacitement à intenter l'action) et de la *transaction* (par laquelle les protagonistes de l'infraction conviennent d'une réparation amiable)¹⁴³¹. Mais si l'esprit des Pandectes planait sur la législation de l'Ancien Régime¹⁴³², cette dernière en élargissait souvent les effets à des situations beaucoup plus diverses et précises. Cela est particulièrement vrai s'agissant du champ d'incrimination des faits injurieux.

359. La notion d'injure conserva ainsi le sens large qu'elle avait acquis à Rome, englobant de façon générale « *tout ce qui ne se fait pas suivant le Droit public ou le Droit particulier* », et soumettant à cette qualification « *tout ce qui se dit, ce qui s'écrit, ce qui se fait, et même ce qui s'omet à dessein d'offenser quelqu'un dans son honneur, dans sa personne ou dans ses biens* »¹⁴³³. Cependant, l'extension de la notion par le Droit Ancien concernait en particulier les expressions injurieuses, qui virent leur typologie démultipliée : là où le Droit Romain n'énumérait que le *convicium*, le *maledictum* et le *libellum famosum*, le droit positif aux dernières années de l'Ancien Régime ne comptait pas moins d'une douzaine de variétés d'injures¹⁴³⁴, lesquelles se commettaient tant verbalement que par écrit : les *insultes*, *reproches*, *mépris*, *indiscrétions*, *faux soupçons*, *imprudences* et *impolitesses* apparaissaient ainsi comme les variétés les moins criminelles de l'injure, quoique les indiscrétions, ancêtres de notre actuelle violation du secret professionnel, étaient « *une espèce de crime dans ceux qui par état sont obligés de se taire* »¹⁴³⁵. Le mal d'autrui était également un terrain privilégié de l'injure,

¹⁴²⁹ En ce sens, v. F. Dareau, *op. cit.* chap. IV.

¹⁴³⁰ En ce sens, v. D. Jousse, *Traité de la Justice criminelle de France*, t. 1, Paris, 1771, p. 584, n° 31.

¹⁴³¹ F. Dareau, *op. cit.*, chap. X, sect. I.

¹⁴³² Daniel Jousse, dans son *Traité de la Justice criminelle en France* précité, se réfère à maintes reprises au Digeste et à ses interprètes lorsqu'il s'agit de décrire les règles procédurales propre au traitement judiciaire de l'injure sous l'Ancien Régime. En ce sens, v. *op. cit.* pp. 573-658, n° 1-214.

¹⁴³³ F. Dareau, *op. cit.*, p. 2.

¹⁴³⁴ En ce sens, v. D. Jousse, *op. cit.*, pp. 580-584, n° 19-30 ; F. Dareau, *op. cit.* pp. 5-34.

¹⁴³⁵ F. Dareau, *op. cit.* p. 30, n° 19.

qu'il s'agisse d'en manifester le souhait (*imprécations*), de le prévoir (*menaces*) ou d'en plaisanter (*dérisions*).

Toutefois, c'est sous les traits de la *calomnie* et de la *médiance* que la nature criminelle de l'injure semblait la moins douteuse. Ces dernières, quoique relevant d'un comportement similaire (imputer à autrui un fait déshonorant), se distinguaient toutefois quant à la nature du fait qu'elles renfermaient : la première fait état d'un fait mensonger, là où la seconde « *annonce un fond de vérité* »¹⁴³⁶. C'est en ce que ces formes d'injures conféraient à leur objet une certaine persistance dans l'opinion publique qu'elles étaient considérées comme les plus criminelles. Cette spécificité octroyait néanmoins un poids non négligeable à la vraisemblance ou à la notoriété des faits, qui dans certains cas pouvaient neutraliser le caractère répréhensible de l'expression¹⁴³⁷. A ce titre, les écrits injurieux rédigés sous forme de *libelles* étaient même devenus un genre littéraire prisé et à la popularité croissante au cours des dernières décennies de l'Ancien Régime, en dépit de leur caractère hautement criminel¹⁴³⁸.

Cette amplification par l'Ancien Droit du cadre répressif des expressions infamantes, outre par la multiplication de ses formes punissables, s'observe également dans la sévérité des sanctions qu'elles pouvaient occasionner.

b - Une inflation de la sanction

360. Les quelques témoignages doctrinaux du Droit de l'Ancien Régime sont unanimes sur un point : la peine de l'injure était arbitraire, et devait être prononcée par le juge à hauteur de ce que les circonstances le laissaient envisager¹⁴³⁹.

A ce titre, l'inspiration du Droit Romain est encore évidente en ce qui concerne la définition des critères donnant à l'injure son caractère grave ou léger, à savoir la qualité de l'injuriant et de l'offensé, le lieu où elle était prononcée ou affichée, sa nature et la manière de l'infliger (pour ce qui intéresse la présente étude, par la parole ou par l'écrit), ou le moment de sa commission. A ces éléments classiques s'ajoutaient les éventuels mobiles et l'état de récidive

¹⁴³⁶ *Ibidem*, p. 18.

¹⁴³⁷ *Ibidem*, pp. 20-21.

¹⁴³⁸ En ce sens, v. R. Darnton, *Le diable dans un bénitier. L'art de la calomnie en France, 1650-1800*, Gallimard, 2010, 695 p.

¹⁴³⁹ v. D. Jousse, *op. cit.*, p. 576, n° 8 ; F. Dareau, *op. cit.*, p. 8, n° 1.

propres à l'auteur¹⁴⁴⁰. Il convient de noter qu'en raison des rapports hiérarchiques très normés entre classes sociales et parfois même entre leurs composantes internes, le Droit Ancien conférait un caractère crucial aux critères *ex persona* de l'injure¹⁴⁴¹ : toute personne d'un rang social inférieur à la victime, ou qui se trouvait sous sa dépendance statutaire (vassaux vis-à-vis du Seigneur, domestiques vis-à-vis des maîtres, enfants, femme, gendre et bru vis-à-vis du père de famille) augmentait la gravité de l'injure qu'elle commettait à l'encontre de ceux à qui le respect était dû et, de ce fait même, la sévérité de la peine qui la sanctionnait. Par ailleurs, les injures reçues par les membres de certaines professions, en particulier au sein de la Justice¹⁴⁴², devaient être considérées comme graves par nature. Enfin, les injures commises envers Dieu, les Saints et la personne du Roi étaient évidemment sanctionnées sous la qualification de crime de lèse-majesté, divine ou simple selon le cas.

Cet ensemble de critères devait ainsi permettre au juge d'évaluer à quelle hauteur la personne convaincue d'injures devait être punie. A l'instar du Droit Romain, le choix était laissé à l'offensé de procéder par voie civile ou par voie criminelle avec information préalable, cette dernière étant toutefois exclue pour les injures verbales ne revêtant aucune forme de gravité¹⁴⁴³. Si les sanctions civiles prenaient principalement la forme de l'obligation aux dépens avec rétractation de l'injure et défense de récidiver, pouvaient s'y ajouter, en cas d'atteinte caractérisée à l'honneur et à la réputation de la victime, des dommages-intérêts dont le montant était laissé à la discrétion du juge¹⁴⁴⁴. Ces mêmes condamnations, dans les procédures criminelles pour injures graves, pouvaient être cumulées à des sanctions afflictives et infamantes, telles que l'amende pécuniaire envers le Roi, le blâme, l'interdiction à perpétuité, le bannissement, les galères et parfois la mort pour les faits les plus graves¹⁴⁴⁵. Pouvait être également infligée la peine de l'amende honorable, consistant dans une déclaration effectuée par le condamné dans une posture humiliante (tête nue, parfois à genoux), en présence de témoins et de la victime devant lesquels il devait se repentir¹⁴⁴⁶.

¹⁴⁴⁰ En ce sens, v. D. Jousse, *op. cit.* p. 574, n° 3 ; F. Dareau, *op. cit.* p. 393, n° 9.

¹⁴⁴¹ A ce sujet, v. D. Jousse, *op. cit.* p. 574, n° 3-4 ; F. Dareau, *op. cit.* chap. II, III, IV.

¹⁴⁴² En ce sens, v. F. Dareau, *op. cit.*, chap. II, III.

¹⁴⁴³ En ce sens, v. D. Jousse, *op. cit.* p. 576, n° 8-10.

¹⁴⁴⁴ F. Dareau, *op. cit.* p. 474, n° 4.

¹⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 475, n° 7.

¹⁴⁴⁶ v. D. Jousse, *op. cit.*, pp. 576-577, n° 10.

361. En dépit du caractère arbitraire des sanctions de l'injure, certains édits et ordonnances royaux prévoyaient néanmoins des peines pour des crimes d'injures spécifiques. C'était notamment le cas en matière d'injures écrites, et plus particulièrement des libelles, qui ont fait l'objet d'ordonnances successives, faisant varier l'intensité de la peine au gré des qualités de l'auteur et des périodes¹⁴⁴⁷ : la mort était ainsi encourue par les imprimeurs, semeurs et vendeurs de placards et libelles diffamatoires récidivistes sous l'empire de la Déclaration du 17 janvier 1561. La même peine était prévue à l'encontre des libraires convaincus d'avoir fait imprimer de tels ouvrages en vertu des lettres patentes du 10 septembre 1563, tandis que l'édit de janvier 1626 soumettait à ce châtiment « *tous ceux qui se verront avoir attaché ou semé des placards et libelles diffamatoires* ». D'autres textes, à l'instar de l'Ordonnance de Moulins de 1566 qualifiaient les auteurs de ce type d'injures d' « *infracteurs de paix et perturbateurs du repos public* », et des peines corporelles étaient préconisées à l'encontre de ceux-ci par une Déclaration d'avril 1571 et un édit de septembre 1577.

En somme, il semblerait que les actes desquels résultait la diffusion, au sein du public, de ces injures écrites, constituaient un facteur aggravant de la peine dans l'esprit du législateur de l'époque. Les peines prévues à l'encontre des compositeurs de libelles étaient, de façon générale, moindres que pour les publicateurs, sans toutefois les soustraire de la catégorie des sanctions criminelles. Il convient néanmoins de noter que les sursauts répressifs manifestés par ces divers textes allaient de pair avec le caractère exceptionnel des circonstances qui les voyaient naître et que leur sévérité apparente ne se traduisait pas systématiquement dans les prétoires, les juges répugnant souvent à une mise en œuvre aussi disproportionnée de leur ministère¹⁴⁴⁸.

362. Les deux ères juridiques successivement envisagées dans le présent paragraphe (Droit Romain et Droit Ancien) témoignent d'une certaine continuité à travers le temps de la pénalisation des expressions infamantes, dans son principe comme dans son contenu. La Révolution française de 1789, en mettant fin à l'Ancien Régime, marqua cependant le départ d'une période de transition, se caractérisant par une instabilité dans la répression des atteintes à la respectabilité d'autrui. L'idéologie révolutionnaire avait consacré une liberté de la presse

¹⁴⁴⁷ v. les textes recensés par D. Jousse, *op. cit.* pp. 652-655, n° 200-207 ; F. Dareau, *op. cit.* pp. 35-40, n° 2.

¹⁴⁴⁸ « *Le principal tort de l'Ancien Régime est peut-être d'avoir réussi à la fois à donner l'image d'un régime despotique sans en utiliser les moyens* » (J. Morange, *La liberté d'expression*, *op. cit.* p. 4, n° 2) ; dans le même sens, v. L.-E. Hatin, *Manuel théorique et pratique de la liberté de la presse, histoire, législation, doctrine et jurisprudence, bibliographie, 1500-1868*, Paris, 1868, pp. 17-18.

pour le moins déséquilibrée, sous l'empire de laquelle la réputation des particuliers jouissait d'une protection moindre que l'intérêt du public à la révélation des faits les plus déshonorants¹⁴⁴⁹. Les régimes de Napoléon Bonaparte, à l'inverse, marquèrent le retour à une abolition de la presse libre et de l'honneur en tant que valeur sociale essentielle¹⁴⁵⁰. Si le Code pénal de 1810 avait entamé une modernisation de l'approche répressive des faits injurieux et calomnieux, c'est le droit de la presse qui posa les fondements de ce qui constitue aujourd'hui notre droit positif en matière de pénalisation des expressions infamantes.

B - La modernisation du cadre répressif par le droit de la presse

363. C'est avec l'avènement du droit pénal spécial de la presse au XIX^e siècle que la pénalisation de l'expression publique a acquis la plupart des mécanismes répressifs qui, aujourd'hui encore, subsistent en droit positif. Les expressions infamantes ont, à ce titre, bénéficié d'une véritable refonte de leur classification dont les premières bases furent érigées par la loi du 17 mai 1819 jusqu'à la mise en place de leur régime définitif avec la loi du 29 juillet 1881. Le droit de la presse a conféré à la pénalisation des expressions infamantes une conception objective, en rupture avec ses régimes précédents (1). Leur captation par le droit pénal s'étend par ailleurs sous la forme d'infractions distinctes, témoignant du passage d'une conception unifiée de l'expression infamante à une conception pluraliste (2).

1 - Une conception objective de l'expression infamante

364. Le droit pénal de la presse, duquel sont nées les infractions sous la forme desquelles l'honneur et la considération des personnes trouvent aujourd'hui encore leur protection, devait tirer les conséquences de l'application en droit pénal français, après la Révolution, du principe de légalité des délits et des peines théorisé au siècle précédent par Montesquieu¹⁴⁵¹ et Beccaria¹⁴⁵². De l'entrée en vigueur des premières lois sur la presse découlait ainsi une

¹⁴⁴⁹ En ce sens, v. J. Dormand, *op. cit.* p. 56 ; P.J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, *op. cit.* p. XIV ; R. Darnton, *op. cit.*, pp. 293-294.

¹⁴⁵⁰ v. P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, *op. cit.* p. XV ; R. Darnton, *op. cit.* p. 325 ; H. Drévilion, D. Venturino, *op. cit.* p. 149.

¹⁴⁵¹ « Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ». (Montesquieu, *De l'esprit des lois*, éd. électronique de l'UQAC, Livre XI, chap. IV).

¹⁴⁵² « La première conséquence de ces principes est que les lois seules peuvent fixer la peine des crimes, et que ce droit ne peut résider que dans la personne du législateur [...]. Or, chaque magistrat faisant partie lui-même de la société, aucun ne peut, avec justice, infliger une peine à un autre membre de la société, si elle n'est déjà fixée par la loi ». (C. B. Beccaria, *op. cit.*, Chap. III).

définition légale des expressions qui allaient être considérées, une fois publiées selon les modes énumérés à l'article 1^{er} de la loi du 17 mai 1819, puis à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, comme infamantes et punissables de ce fait en tant que délits d'expression publique.

365. Le critère de la répression devait moins résider dans une appréciation subjective par la victime d'une atteinte à son honneur, sa considération ou sa délicatesse que dans la définition par le législateur et, subsidiairement, par le juge, de ce qui constitue une telle atteinte. A ce titre, les distinctions existant, de fait, entre les classes sociales respectives de l'auteur de l'expression litigieuse et de la victime ne pouvaient constituer, comme c'était le cas sous l'empire des régimes précédents, un critère déterminant de la qualification de l'infraction. Ainsi, « le délit, suivant la règle commune, doit être envisagé en lui-même, isolé de ses résultats, si ce n'est pour l'appréciation de sa gravité » ; « il ne faut donc pas rechercher pour la qualification d'un délit [...], si ce fait a porté atteinte, mais s'il est de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération »¹⁴⁵³. C'est cette interprétation qui fut rapidement privilégiée en matière de diffamation par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, qui considère notamment que « le caractère légal des imputations diffamatoires doit s'apprécier d'après leur objet même, c'est-à-dire par la nature du fait sur lequel elles portent, non d'après le mobile qui les a dictées, ni d'après le but où elles tendent »¹⁴⁵⁴. De même, « pour déterminer si l'allégation ou l'imputation d'un fait porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée, les juges n'ont pas à rechercher quelles peuvent être les conceptions personnelles et subjectives de celle-ci concernant la notion de l'honneur et de la considération »¹⁴⁵⁵.

C'est donc l'interprétation *in abstracto*, en vertu d'une « *opinio honoris* »¹⁴⁵⁶ déterminant ce que doit constituer l'honneur dans la majorité des esprits¹⁴⁵⁷, qui doit désormais

¹⁴⁵³ T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, op. cit., pp. 59-60, n° 80 (souligné par l'auteur).

¹⁴⁵⁴ Cass. Crim., 29 octobre 1897, D. 1898, 1, p. 231 ; dans le même sens, v. Cass. Crim., 24 mai 1844, D.P. 44. 4. 299 ; 9 juillet 1982, Bull. crim. 1982 n° 186.

¹⁴⁵⁵ Cass. Crim., 7 novembre 1989, Bull. crim. 1989 n° 403 ; Cass. 1^{ère} civ., 3 novembre 2016, n° 15-24.879.

¹⁴⁵⁶ v. B. Beignier, *L'honneur et le droit*, op. cit., pp. 159-160. L'auteur critique par ailleurs ce mode d'appréciation de l'atteinte à l'honneur, celui-ci étant nécessairement une donnée propre à l'individu : « car il n'y a pas de fait déshonorant per se, il n'y a que le sentiment d'honneur qui, de manière parfaitement subjective, estime que tel fait est déshonorant ».

¹⁴⁵⁷ Le TGI de Paris parle, à ce titre, du « lecteur moyen » en tant qu'« élément de référence du tribunal » pour l'appréciation du trouble social résultant de l'expression considérée. TGI Paris, 17^{ème} ch., 25 octobre 1978, D. 1980, jurispr. p. 33, note d. Mayer, cité par E. Dreyer, Jcl. lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 100, *Diffamation et injures publiques*, n° 29.

prévaloir dans la caractérisation de l'atteinte. Ces considérations ne sauraient cependant priver les juges d'une marge d'appréciation relative au caractère infamant de l'expression poursuivie : comme dans toute matière de l'expression publique, « *un magistrat intelligent, ferme et éclairé doit se pénétrer, en outre et avant tout, de l'état des esprits, des circonstances politiques, des mœurs, des croyances, des préjugés même de la population au milieu de laquelle il est placé* »¹⁴⁵⁸. Très récemment, et toujours en matière de diffamation, la Cour de cassation a ainsi pu approuver la Cour d'appel qui, « *loin de se borner à relever que l'adultère était dépénalisé depuis quarante ans, a retenu à bon droit que l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettaient plus de considérer que l'imputation d'infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération* »¹⁴⁵⁹. Il n'est pas douteux que de tels raisonnements trouvent également à s'appliquer en matière d'injure, dès lors que celle-ci, parfois constituée par des propos orduriers, est susceptible d'être commise par une expression méprisante ou indélicate portant, de la même façon que les faits diffamatoires, atteinte à un honneur ou à une considération appréciés objectivement¹⁴⁶⁰.

L'objectivité conférée par le droit de la presse à l'appréciation du caractère infamant de l'expression s'accompagne d'un pluralisme dans l'incrimination des expressions infamantes.

2 - Une conception pluraliste de l'expression infamante

366. La pénalisation modernisée de l'expression infamante a conduit à une autonomisation des comportements incriminés, qui font désormais l'objet de délits distincts. Parmi les plus courants, la diffamation et l'injure ont fait l'objet d'incriminations autonomes (a). Jusqu'à une époque récente, les souverains bénéficiaient par ailleurs d'une protection accrue face aux atteintes portées à leur honneur à raison de leur statut, à travers l'incrimination de l'offense (b).

a - L'autonomisation de la diffamation et de l'injure

367. Outre l'abandon, par le droit de la presse, de la distinction précédemment faite entre expression verbale et écrite, le seul critère déterminant pour la constitution de l'infraction

¹⁴⁵⁸ J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. II, *op. cit.* pp. 4-5, n° 1103.

¹⁴⁵⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 17 décembre 2015, n° 14-29.549, D. 2016, p.77. Confirmant cette solution, v. Cass. 1^{ère} civ., 3 novembre 2016, n° 15-24.879, Comm. com. Electr. 2017, comm. 15, obs. A. Lepage.

¹⁴⁶⁰ En ce sens, v. E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 122, n° 215.

étant la publicité du propos, la typologie des infractions infamantes dirigées contre les particuliers est désormais établie sous deux formes : la *diffamation* (i) et l'*injure* (ii) font désormais l'objet d'une incrimination autonome¹⁴⁶¹.

i - L'incrimination autonome de la diffamation

368. L'existence de la notion de diffamation est bien antérieure à sa consécration légale, et trouve son origine dans le latin *diffamatio*, contraction des particules *dis* et *famare*, « qui signifient littéralement répandre de côté et d'autre un propos ou un écrit touchant la réputation d'autrui : d'où il suit que le verbe diffamare s'employait en bonne ou mauvaise part, suivant le qualificatif qui l'accompagnait »¹⁴⁶². Ce terme avait dès lors une connotation neutre vis-à-vis de la *fama* romaine, et pouvait désigner autant les propos tendant à la renforcer que ceux qui se donnaient pour objectif de l'anéantir. C'est cependant sous ses aspects nuisibles que le terme fut par la suite employé, les auteurs situant sa réapparition en doctrine et en jurisprudence au XVI^e siècle, sans toutefois que la notion fût davantage précisée quant aux comportements qu'elle désignait¹⁴⁶³. C'était pourtant bien de propos infamants qu'il était question, et certains textes répressifs royaux l'employaient en visant les écrits injurieux commis « à la diffamation d'autrui »¹⁴⁶⁴.

Dareau, qui y faisait référence dans son *Traité des injures* à propos de l'infraction de calomnie¹⁴⁶⁵, la définissait ailleurs comme « l'action de diffamer quelqu'un, de porter atteinte à son honneur et à sa réputation [...]. La médisance et la calomnie peuvent être l'une et l'autre la base de la diffamation ; car on peut nuire à autrui en publiant le mal qu'on sait, comme en publiant celui qu'on imagine »¹⁴⁶⁶. C'est précisément de cette dualité de comportements tendant

¹⁴⁶¹ Nous faisons le choix de ne pas aborder ici les diffamations et injures aggravées pour des mobiles discriminatoires, déjà évoquées précédemment (v. *supra*, n° 145 s.). Leurs caractéristiques en font, comme nous l'avons exposé, des infractions qui tendent à défendre des valeurs sociales davantage collectives qu'individuelles.

¹⁴⁶² T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, *op. cit.*, pp. 5-6, n° 11 ; dans le même sens, v. P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, *op. cit.* p. 383, n° 1035.

¹⁴⁶³ En ce sens, v. P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, *op. cit.* p. 383, n° 1035 ; T. Grellet-Dumazeau, *op. cit.* p. 6, n° 11.

¹⁴⁶⁴ A ce titre, v. l'art. 10 de la Déclaration du 16 avril 1571 sur les « libelles, placards et portraits diffamatoires » ; également, l'art. 14 de l'édit de septembre 1577 punissant les « libelles, livres peints et portraits diffamatoires », cités in F. Dareau, *op. cit.*, p. 37, n° 2.

¹⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 5, I.

¹⁴⁶⁶ F. Dareau, in J.-N. Guyot, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, canonique et bénéficiable*, t. 19, Paris, 1778, V° *Diffamation*.

vers un même but que résulta la nécessité, plus tard, de fondre les infractions de médisance et de calomnie au sein d'une seule et même incrimination de diffamation.

369. L'un des déclencheurs du changement opéré par le législateur de 1819 fut indubitablement la déception qui résulta du contenu du Code pénal de 1810 en matière d'expressions infamantes. En effet, la Section VI au Titre II, Chapitre 1^{er} du Livre III réprimait notamment les délits de calomnie et d'injure publiques en ses articles 367 à 375. La calomnie était alors définie comme l'imputation à autrui « *de faits qui, s'ils existaient, exposeraient celui contre lequel ils sont articulés à des poursuites criminelles ou correctionnelles, ou même l'exposeraient seulement au mépris ou à la haine des citoyens* » (art. 367). Le prévenu pouvait échapper à la répression à la seule condition de fournir la preuve légale (jugement ou acte authentique) de tels faits. Ces dispositions firent l'objet de nombreuses critiques en ce qu'elles soumettaient l'utilité pour, l'opinion publique, de la connaissance d'un fait, à une preuve dont certains faits, malgré leur vérité ou leur notoriété, pouvaient ne pas bénéficier. Par ailleurs, elle conduisait à autoriser le rappel public d'infractions pour lesquelles la dette de leur auteur à l'égard de la société avait été payée, viciant dès lors les fondements de cette exception à la répression¹⁴⁶⁷.

M. de Serres, garde des Sceaux au moment de l'adoption des lois de 1819, expliquait alors la substitution au terme « calomnie » de celui de « diffamation » : « *Le terme de calomnie, dans son sens vulgaire qu'il est impossible d'effacer dans l'esprit des hommes, emporte avec soi l'idée de la fausseté des faits imputés [...]. Cependant tous les législateurs ont senti qu'il est impossible d'autoriser tout individu à publier, sur le compte d'un autre, des faits dont la publication causerait à ce dernier un dommage réel, fussent-ils d'ailleurs vrais. Pour remédier à cet inconvénient, ils ont attribué au mot calomnie un sens légal autre que son sens naturel et vulgaire, en déclarant que quiconque ne pourra fournir par actes authentiques la preuve légale des faits par lui attribués à autrui serait réputé calomniateur ; mais comme, en attribuant aux mots un certain sens, on ne change pas réellement celui qu'ils ont dans le langage, il est souvent résulté de là, entre la loi et l'opinion, entre le droit et le fait, une discordance fâcheuse. La substitution du mot diffamation au mot calomnie fait disparaître, du moins en partie, cet embarras. La diffamation n'implique pas nécessairement la fausseté des faits ; elle dénote,*

¹⁴⁶⁷ En ce sens, v. J. Dormand, *op. cit.* p. 57 ; A. de Grattier, *Commentaire sur les lois de la presse et des autres moyens de publication*, t. 1, Paris, 1839, p. 176, I.

d'une part, l'intention de nuire, de l'autre le dommage causé »¹⁴⁶⁸. La diffamation est alors définie comme la « promulgation de choses infamantes, vraies ou fausses »¹⁴⁶⁹.

370. La définition donnée du délit de diffamation par les lois du 17 mai 1819 (art. 13) et du 29 juillet 1881 (art. 29) est la même : il s'agit de « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ». Ainsi, à l'élément matériel « extrinsèque » de la publication, s'ajoutent quatre éléments matériels « intrinsèques » (une allégation ou imputation, un fait qui en est l'objet, une personne ou un corps auquel il est allégué ou imputé, et duquel il résulte une atteinte à l'honneur ou à la considération de cette personne ou de ce corps)¹⁴⁷⁰. D'emblée, on remarque la présence de la conjonction de coordination « ou » à plusieurs reprises au sein de cette définition : une distinction a donc été initialement opérée par le législateur entre l'allégation et l'imputation, l'honneur et la considération, la personne et le corps. Mais ces distinctions, d'un effet davantage extensif que restrictif sur l'appréciation de la matérialité des faits, ne sont pas toujours aisées. Aussi la jurisprudence s'en est-elle progressivement désolidarisée pour accorder à chaque particule une valeur indifférente dans l'appréciation du délit.

L'allégation, « propagation d'un ouï-dire »¹⁴⁷¹ faite « sur la foi d'autrui »¹⁴⁷² et laissant « à l'assertion l'ombre du doute »¹⁴⁷³, se distingue en effet de l'imputation, qui « se produit avec le caractère d'une affirmation »¹⁴⁷⁴ issue de la seule personne qui l'emploie. Mais les allégations, souvent matérialisées par des précautions de style, « sont rarement perçues comme un réflexe de prudence susceptible d'établir la bonne foi » du diffamateur¹⁴⁷⁵. Les tribunaux se trouvent par ailleurs contraints par la lettre du premier alinéa de l'article 29 de la loi de 1881 de considérer comme diffamatoire un propos formulé « sous forme dubitative »¹⁴⁷⁶. Traitant des

¹⁴⁶⁸ Rapport cité in P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, op. cit. p. 385, n° 1041.

¹⁴⁶⁹ J.-E.-M. Portalis, rapport au Conseil des anciens le 26 germinal an V sur une résolution concernant les délits de la presse ; *Choix de rapports*, t. 16, p. 102, cité par J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. I, op. cit. p. 335, I.

¹⁴⁷⁰ Cette séparation est empruntée à M. Grellet-Dumazeau dans son *Traité de la diffamation*, t.1, op. cit. pp. 9-10, n° 18.

¹⁴⁷¹ *Ibidem*, p. 10, n° 19.

¹⁴⁷² A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 2, op. cit. p. 1576, n° 1948.

¹⁴⁷³ Commission de la Chambre des députés, citée in J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. I, op. cit. p. 338, II ; A. de Grattier, op. cit. p. 182, IV.

¹⁴⁷⁴ E. Dreyer, *Responsabilité civile et pénale des médias*, op. cit. p. 86, n° 155.

¹⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 87, n° 157.

¹⁴⁷⁶ La Chambre criminelle a établi de façon constante le caractère punissable de la diffamation, « même si elle est présentée sous une forme déguisée ou dubitative ou par voie d'insinuation » : Cass. Crim., 17 juillet 1985, Bull.

« silences qualifiés, circonstanciés », Carbonnier disait en ce sens que « la suspension, la réticence, la prétérition sont des figures classées de rhétorique. Ce sont des façons de parler ; elles font partie du discours, comme, dans un tableau, les ombres font partie de la peinture aussi bien que les couleurs »¹⁴⁷⁷. Aussi, l'assimilation par les tribunaux de l'allégation à l'imputation permet d'éviter que le prévenu ne se retranche, aux fins de sa défense, derrière l'origine extérieure et antérieure de la substance du propos¹⁴⁷⁸.

L'honneur et la considération, quant à eux, se distinguent en ce que le premier relève du regard de chacun sur sa propre personne quand la seconde tient au regard porté par autrui, par le corps social, sur une personne déterminée, d'où l'on peut estimer qu'une personne sans honneur peut se trouver atteinte dans sa considération, et inversement¹⁴⁷⁹. Emmanuel Dreyer souligne que cette distinction ne peut revêtir qu'une portée théorique : en tant que donnée essentiellement subjective, l'honneur ne peut être atteint, dans la pratique, que lorsque le fait diffamatoire revêt un degré de gravité suffisant pour atteindre plutôt la considération de la personne¹⁴⁸⁰ ; et de citer Jean-Paul Doucet, d'après qui « on ne peut déshonorer autrui ; on ne peut que se déshonorer soi-même, par immoralité, lâcheté ou déloyauté. En revanche, on peut essayer de perdre quelqu'un de réputation »¹⁴⁸¹. L'honneur semble donc aujourd'hui, par contraste avec le rôle fondamental qui fut jadis le sien en tant que valeur collective, presque réduit à l'état de « figurant normatif », la notion de considération offrant des repères plus aisément identifiables par le juge¹⁴⁸².

crim. 1985 n° 267 ; 19 mars 1991, Bull. crim. 1991 n° 132 ; 23 mai 1991, Bull. crim. 1991 n° 219 ; 12 octobre 1993, Bull. crim. 1993 n° 289 ; 23 novembre 1993, Bull. crim. 1993 n° 350 ; 2 novembre 2016, n° 15-84.614 ; La Haute Cour se réserve par ailleurs l'examen des appréciations faites en ce sens par les juges du fond : v. Cass. Crim., 11 décembre 1990, Bull. crim. 1990 n° 427.

¹⁴⁷⁷ J. Carbonnier, *Le silence et la gloire*, D. 1951, chron. 119, sp. p. 121.

¹⁴⁷⁸ En ce sens, v. T. Grellet-Dumazeau, *op. cit.*, pp. 10-11, n° 19-20.

¹⁴⁷⁹ En ce sens, v. J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. I, *op. cit.* pp. 337-338, I ; A. de Grattier, *op. cit.*, pp. 184-186, V ; T. Grellet-Dumazeau, *op. cit.* p. 56, n° 76 ; E. Dreyer, *Responsabilité civile et pénale des médias*, *op. cit.* p. 95, n° 171.

¹⁴⁸⁰ E. Dreyer, Jcl. lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 100, *Diffamations et injures publiques*, étude préc., n° 28.

¹⁴⁸¹ J.-P. Doucet, *Le droit criminel – La personne humaine*, Gaz. Pal. 1994, 3^{ème} éd. p. 422, n° II-322, cité *ibidem*. André Vitu désignait cependant les atteintes à l'honneur comme résultant de l'imputation de « manquements graves à la morale sociale ou individuelle », tandis que les atteintes à la considération relèvent de l'accusation de comportements contraires à « ce qui, dans l'opinion commune, fait le citoyen loyal et respectueux des lois » ; v. A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 2, *op. cit.* pp. 1577-1578, n° 1950.

¹⁴⁸² A ce titre, M. Dreyer suggère que soit substituée la notion de *dignité* aux deux termes d'honneur et de considération (v. *Responsabilités civile et pénale des médias*, *op. cit.* p. 94, n° 169) ; le même auteur s'interroge également sur un éventuel dépassement par la notion de dignité de la conception classique de l'honneur (v. Jcl. Communication, fasc. 44, *Dignité de la personne*, n° 66).

Enfin, en visant les diffamations dirigées contre une personne ou un corps, la loi « embrasse les simples particuliers, les personnes publiques, les corps qui sont, dans l'ordre politique, un être collectif et public »¹⁴⁸³ : la définition s'applique ainsi de la même manière à l'encontre d'un individu que d'une entité. Cette distinction semblait n'être à l'origine justifiée que par l'incrimination, au surplus de la diffamation dirigée contre les particuliers, du même délit contre les juridictions et administrations par l'article 15 de la loi du 17 mai 1819 (incrimination conservée par le législateur de 1881 dans son article 30). Pourtant, Grellet-Dumazeau, loin de limiter son interprétation à cette seule hypothèse, définissait déjà ces « corps » comme « la personne morale ou fictive représentant une collection d'individus, agissant soit dans un intérêt public, soit dans un intérêt privé »¹⁴⁸⁴. Ainsi, la question de l'intégration de groupements d'individus autres que les institutions visées par la loi au titre des victimes d'une imputation diffamatoire méritait d'être posée. La Chambre criminelle, en 1956, a affirmé dans un arrêt de principe que « l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 s'applique aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques »¹⁴⁸⁵. Désormais bien établie¹⁴⁸⁶, cette jurisprudence soulève inévitablement la question de l'adéquation des notions d'honneur et de considération s'agissant d'entités dénuées de sentiments humains. Il semblerait qu'une diffamation commise dans les mêmes conditions qu'à l'encontre d'une personne physique est bien susceptible de porter atteinte à la considération d'une personne morale, entendue comme le regard porté par le corps social sur cette dernière¹⁴⁸⁷. Outre la condition de réalisation des éléments constitutifs de l'infraction, s'ajoute évidemment celle de l'acquisition par le groupement de la personnalité morale, sans laquelle l'action ne demeure possible que pour les personnes composant la collectivité d'individus dont l'identification est suffisamment caractérisable au regard de l'expression litigieuse¹⁴⁸⁸.

¹⁴⁸³ A. de Grattier, *op. cit.*, p. 184, V.

¹⁴⁸⁴ T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, *op. cit.* p. 48, n° 68.

¹⁴⁸⁵ Cass. Crim., 12 juin 1956, Bull. crim. n° 461.

¹⁴⁸⁶ Cass. Crim., 12 octobre 1976, Bull. crim. 1976 n° 287, RSC 1977.587, obs. G. Levasseur ; 19 décembre 2000, n° 00-81.860, Dr. Pén. 2001, comm. n° 56, obs. M. Véron ; CA Versailles, 12 septembre 2002, Gaz. Pal. 2003. 2. Somm. 2572. Dernièrement, v. Cass. Crim., 30 mars 2016, n° 15-80.719.

¹⁴⁸⁷ En ce sens, v. J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, *op. cit.* p. 337, n° 490.

¹⁴⁸⁸ Y compris « au sein d'un cercle restreint d'initiés » (Cass. Crim., 15 novembre 2016, n° 15-87.241). La Chambre criminelle pose en effet pour principe que « lorsque les imputations ont été formulées d'une manière vague de nature à faire planer le soupçon sur plusieurs personnes, chacune de celles-ci a qualité pour demander la réparation du préjudice qui a été ainsi causé » (Cass. Crim., 15 octobre 1985, Bull. crim. 1985 n°315; 6 décembre 1994, n°92-86.239, Dr. Pén. 1995, n° 93, obs. M. Véron).

L'autonomisation de l'infraction de diffamation s'est accompagnée, en droit de la presse, de celle de l'injure.

ii - L'incrimination autonome de l'injure

371. L'injure, longtemps considérée comme relevant tant de propos que de voies de fait, est désormais un comportement exclusivement rattaché aux faits d'expression. En effet, « *l'étude de la pratique de diverses époques nous apprend que l'injure a constamment tendu à se resserrer dans les limites de l'offense par parole ou par écrit* »¹⁴⁸⁹. Elle est définie, depuis 1819, comme « *toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait* », définition qui n'a depuis lors pas été modifiée, si ce n'est dans la graduation de sa gravité : l'article 20 de la loi du 17 mai 1819 ne punissait celle-ci que de peines contraventionnelles lorsqu'elle ne renfermait pas « *l'imputation d'un vice déterminé* ». Cette distinction fut anéantie par la loi du 29 juillet 1881, dont l'article 29 réprime l'injure quelle qu'en soit la teneur.

372. La définition de l'injure par la loi fut qualifiée par Grellet-Dumazeau de « *défectueuse* », prenant pour référence les paroles du Duc de Broglie : « *on nous dit que l'injure est un terme de mépris ou une invective : si on avait appelé le délit invective, on nous eût dit que l'invective était une injure. L'injure est ce qu'elle est. Les mêmes paroles ne sont point injurieuses à tous les degrés de l'échelle sociale ; c'est au plaignant à établir ce qui est injure à son égard, au tribunal à le reconnaître et à le prononcer* »¹⁴⁹⁰. Les définitions de ces différentes formes de propos injurieux, suggérées ça-et-là par la doctrine, n'aident que modérément à leur compréhension en raison de leur proximité sémantique. Ainsi, l'expression outrageante semble partager beaucoup de caractères avec le terme de mépris, la subtilité résidant surtout dans ce que la première atteint en particulier l'orgueil personnel de la victime, la seconde prenant pour cible la respectabilité de celle-ci¹⁴⁹¹. En somme, l'une s'attaque à l'honneur, l'autre à la considération. Cependant, « *des trois formes que peut revêtir l'injure d'après la loi de 1881, la troisième seule, l'invective, se caractérise par la violence ou la*

¹⁴⁸⁹ T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, op. cit., p. 2, § 2.

¹⁴⁹⁰ Rapport de la Commission de la Chambre des Pairs, *Moniteur* de 1819, p. 598, d, cité in T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, op. cit. p. 174, n° 266.

¹⁴⁹¹ En ce sens, v. not. P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, op. cit. p. 427, n° 1161 ; D. Dechenaud, Jcl. lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 90, *Injures publiques*, étude préc., n° 34.

grossièreté des termes utilisés »¹⁴⁹². L'invective « *revêt généralement une forme plus violente, voire plus grossière* »¹⁴⁹³, de telle sorte qu'elle peut porter atteinte tant à l'honneur qu'à la considération.

A l'instar du délit de diffamation, la jurisprudence s'est désolidarisée de ces distinctions, qui ne présentent « *aucun intérêt pratique* »¹⁴⁹⁴ : l'atteinte sanctionnée par le délit est considérée comme réalisée indépendamment de la forme prise par le propos, celle-ci « *pouvant aller de la simple indélicatesse aux termes les plus orduriers* »¹⁴⁹⁵. S'il peut exister des propos considérés comme « intrinsèquement injurieux » en ce qu'ils portent en eux la marque catégorique de l'irrespect¹⁴⁹⁶, dans la plupart des cas « *tout est question de circonstance : dans certains milieux, à certaines occasions, tel mot d'ordinaire injurieux pourra paraître anodin, voire constituer un témoignage d'affection* »¹⁴⁹⁷. Ultime survivance des anciens systèmes juridiques de la répression de l'injure, la relativité de celle-ci aux données de personnes, de temps et d'espace fait de ce délit une véritable nébuleuse jurisprudentielle. Certains termes ont ainsi acquis leur caractère injurieux à la suite d'évènements propres à leur donner une connotation péjorative¹⁴⁹⁸, de même que d'autres peuvent perdre un tel caractère au gré des époques¹⁴⁹⁹. D'autres, encore, ne revêtent un tel caractère que lorsqu'ils sont dirigés contre certaines catégories de personnes¹⁵⁰⁰ ou lorsqu'ils tirent de leur contexte un sens provocant¹⁵⁰¹. D'apparence incendiaire ou anodine, l'injure peut ainsi résulter d'expressions ou comportements équivoques qui amèneront le juge, comme en matière de diffamation, à se

¹⁴⁹² A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 2, *op. cit.*, p. 1583, n° 1956.

¹⁴⁹³ T. Massis, J.-Y. Dupeux, F. Bourg, *Rép. Pén. Dalloz*, V° *Injure*, 2004, p. 4, n° 22.

¹⁴⁹⁴ P. Auvret, *Jcl. Communication*, fasc. 3140, *Injure*, n° 34.

¹⁴⁹⁵ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 121, n° 213.

¹⁴⁹⁶ En ce sens, v. D. Dechenaud, *Jcl. lois pénales spéciales*, V° *Presse et communication*, fasc. 90, *Injures publiques*, étude préc., n° 23.

¹⁴⁹⁷ A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 2, *op. cit.*, p. 1583, n° 1956.

¹⁴⁹⁸ L'adjectif « fasciste », d'abord jugé non injurieux (CA Chambéry, ch. corr., 22 octobre 1936, *Gaz. Pal.* 1936, 2, p. 780), le fut après la Seconde Guerre mondiale (Tribunal correctionnel de la Seine, 17^{ème} ch., 18 décembre 1946, *Gaz. Pal.* 1947, 1, p. 113) ; il en serait de même si le qualificatif « nazi », aujourd'hui jugé injurieux (Cass. Crim., 21 juin 2005, *Bull. crim.* 2005 n° 186 ; 14 février 2006, *Bull. crim.* 2006 n° 40), avait fait l'objet d'une procédure avant cette même Guerre.

¹⁴⁹⁹ On peut ainsi imaginer que le qualificatif de « communiste », auparavant jugé injurieux dans le contexte d'une menace naissante de renversement de la forme de l'Etat républicain (Tribunal correctionnel de Périgueux, 22 novembre 1929, *D.* 1931, 2, p. 112), ne serait aujourd'hui plus considéré comme tel.

¹⁵⁰⁰ Ainsi des termes de « camelot » et de « bateleur » dirigés contre un professionnel de la finance : CA Paris, 11^{ème} Ch. corr., 28 mai 1998, *JurisData* n° 1998-021970.

¹⁵⁰¹ La juxtaposition, à la suite du patronyme d'un adversaire politique, du mot « crématoire », faisant ainsi entendre à la prononciation les fours destinés à l'incinération humaine, fut considéré comme injurieux en raison de l'évocation qui en résultait inévitablement des crimes perpétrés par les nazis ; Cass. Crim., 20 octobre 1992, *Bull. crim.* 1992 n° 329.

référer aux « *circonstances de fait extrinsèques qui donnent une portée injurieuse [...] à des écrits ou imprimés ne présentant pas par eux-mêmes ce caractère, et qui sont de nature à révéler au public leur véritable sens* »¹⁵⁰².

Un auteur a par ailleurs observé que « *les termes de la loi ont moins pour objet de définir l'injure en disant ce qu'elle est, qu'en disant ce qu'elle n'est pas* »¹⁵⁰³. C'est donc uniquement le degré de précision du fait imputé par le propos qui doit permettre de distinguer le propos injurieux du propos diffamatoire¹⁵⁰⁴. Depuis le XIX^e siècle, la doctrine retient pour critère de distinction la question de savoir si le fait dont il est question est susceptible d'être établi par une preuve¹⁵⁰⁵. Cette solution est explicitement consacrée en jurisprudence, la Chambre criminelle estimant que le fait diffamatoire est constitué par « *une articulation précise de faits imputables au plaignant de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire* »¹⁵⁰⁶. Ainsi, il importe aux juges, pour déterminer le caractère diffamatoire d'une accusation de mensonge, de vérifier que l'expression est « *indissociable d'un ensemble d'allégations qu'elle introduit et dont il résulte qu'elle comporte l'imputation d'un fait déterminé, celui d'avoir menti en des circonstances et sur des sujets susceptibles d'être, sans difficulté, l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire* »¹⁵⁰⁷. A l'inverse, traiter une personne d' « irresponsable » sans lui imputer le fait précis qui lui vaudrait ce qualificatif ne constitue pas une diffamation mais une injure¹⁵⁰⁸.

373. Ce critère de distinction, d'une fiabilité discutée¹⁵⁰⁹, entraîne néanmoins ce que Christophe Bigot qualifie de « *phénomène de vases communicants entre les deux*

¹⁵⁰² Cass. Crim., 23 novembre 1907, Bull. crim. 1907, n° 476, D.P. 1910, 1, p. 439 ; Ainsi, une mise en scène outrageante pour les victimes de l'Holocauste, à l'occasion d'un spectacle humoristique, a pu faire l'objet d'une condamnation en tant qu'injure à caractère raciste : v. Cass. Crim., 16 octobre 2012, Bull. crim. 2012 n° 217 ; CEDH, *M'bala M'bala c/ France*, 20 octobre 2015 préc.

¹⁵⁰³ T. Grellet-Dumazeau, *op. cit.* p. 174, n° 266.

¹⁵⁰⁴ Cass. Crim., 3 décembre 1963, Bull. crim 1963 n° 345.; 12 juillet 1971, Bull crim. 1971 n° 229

¹⁵⁰⁵ T. Grellet-Dumazeau, *op. cit.* p. 22, n° 36.

¹⁵⁰⁶ Cass. Crim., 13 avril 2010, Bull. crim. 2010 n° 70, JCP G 2010.946, note C. de Jacobet de Nombel ; *ibidem* 2010.1258, obs. B. de Lamy ; Comm. com. Electr. 2010, comm. 76, obs. A. Lepage ; Dr. Pén. 2010, comm. 79, obs. M. Véron.

¹⁵⁰⁷ Cass. Crim., 2 juin 1980, Bull. crim. 1980 n° 169.

¹⁵⁰⁸ Cass. Ass. Plén., 25 juin 2010, Bull. AP. 2010 n° 1, Comm. com. Electr. 2010, comm. 127, obs. A. Lepage ; Gaz. Pal. 29-30 septembre 2010, p. 15, obs. F. Fourment ; D. 2010, p. 2090, obs. V. Vigneau ; Légipresse 2010, n° 275, p. 240, obs. B. Ader.

¹⁵⁰⁹ Affirmant que « *certaines termes injurieux peuvent parfois se rapporter à des faits précis, auxquels le prévenu entend se référer expressément* », v. A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 2, *op. cit.*, p. 1576, n° 1949. Disant que « *à la différence de la diffamation, l'injure porte souvent sur un état, une situation générale, un défaut de la personnalité, ce qui n'exclut pas qu'elle ait une certaine réalité* », v. D. Dechenaud, Jcl. lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 90, *Injures publiques*, étude préc., n° 31. Critiquant une

infractions »¹⁵¹⁰. Si la valeur sociale atteinte par les contenus injurieux et diffamatoires est la même (l'honneur et la considération d'autrui), et si les deux incriminations partagent beaucoup d'éléments constitutifs (notamment le fait de publication, et une personne ou un corps suffisamment identifiable), leur distinction se justifie essentiellement par la matérialité substantielle du délit, qui révèle des données criminologiques différentes : l'injure « *constitue une atteinte primaire à l'honneur, souvent impulsive, alors que la diffamation suppose un stratagème plus élaboré, une assertion destinée à discréditer sournoisement la réputation d'autrui* »¹⁵¹¹.

Pourtant, André Vitu affirmait qu'il existe « *un lien étroit entre la diffamation et l'injure* »¹⁵¹², ce qui se vérifie notamment dans le fait que ces deux incriminations sont à la fois *exclusives* et *indivisibles*. Leur inconciliabilité, qui se déduit en toute logique des dispositions de l'article 29 de la loi de 1881, a été constatée expressément par la Chambre criminelle, selon laquelle « *une imputation unique ne saurait être poursuivie, à la fois comme diffamatoire et injurieuse* »¹⁵¹³. Il n'est pourtant pas impossible qu'un même propos soit, dans les faits, tout à la fois injurieux et diffamatoire. Lorsque « *l'injure ne constitue que l'accessoire de la diffamation, qu'elle ne fait qu'annoncer ou accompagner* »¹⁵¹⁴, la première est « absorbée » par la seconde qui sera seule retenue au titre de la culpabilité du prévenu¹⁵¹⁵. La poursuite séparée des deux infractions n'est possible que lorsque le propos injurieux se dissocie entièrement d'une articulation de faits précis, de telle sorte qu'il ne vient pas en « ponctuer » la narration¹⁵¹⁶.

« *perversion* » de l'extension fréquente, par la jurisprudence, de la qualification de diffamation à de vagues propos outrageants pour « *« sauver » des procédures mal engagées* », auxquelles le choix d'une telle qualification pourrait être « *fatal* », E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd. *op. cit.* p. 97, n° 167, et p. 124, n° 219.

¹⁵¹⁰ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, *op. cit.* p. 159.

¹⁵¹¹ D. Dechenaud, Jcl. Lois pénales spéciales, *Injures publiques*, étude préc. n° 7.

¹⁵¹² A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 2, *op. cit.* p. 1582, n° 1956.

¹⁵¹³ Cass. Crim., 9 mars 1965, Bull. crim. 1965 n° 70 v. aussi 2 mai 1972, Bull. crim. 1972 n° 149, 16 janvier 1990, Bull. crim. 1990 n° 26.

¹⁵¹⁴ D. Dechenaud, Jcl. lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 90, *Injures publiques*, étude préc., n° 34.

¹⁵¹⁵ « *Lorsque les expressions outrageantes ou appréciations injurieuses sont indivisibles d'une imputation diffamatoire, le délit d'injure est absorbé par celui de diffamation et ne peut être relevé seul* » ; Cass. Crim., 18 janvier 1994, n° 92-80.717 ; 24 janvier 1995, Bull. crim. 1995 n° 33; 13 septembre 2005, n° 04-86.560 ; 23 juin 2009, Bull. crim. 2009 n° 133.

¹⁵¹⁶ Le mot « *tocard* » contenu dans le passage d'une lettre n'est ainsi pas absorbé par un second passage contenant des propos diffamatoires relatifs à la filiation de la victime (Cass. Crim., 22 février 1966, Bull. crim. 1966 n° 62) ; dans le même sens, v. 24 novembre 2009, Bull. crim. 2009 n° 193; 26 mai 2010, n° 09-87.529, D. 2011, pan. 784, obs. E. Dreyer.

En définitive, l'existence de l'injure est, en droit de la presse, largement soumise à l'absence d'une diffamation, de telle sorte que l'appréciation de la première s'effectue davantage à titre subsidiaire en l'absence des caractères requis par la seconde. Ces deux comportements, quoique subtilement distincts, ont néanmoins fait l'objet d'une confusion au sein des incriminations d'offense, dont l'objet était la protection de la respectabilité des souverains.

b - La protection du souverain face à l'offense

374. Avant de revêtir la qualification d'offense, la répression des comportements injurieux dirigés contre la personne des souverains puisait ses origines dans l'Antiquité. La Bible, déjà, interdisait expressément « *de maudire celui qui détient le pouvoir temporel sur le peuple de Dieu* ». Mais « *c'est surtout Rome qui tisse autour de la maiestas du prince un faisceau de règles protectrices, en déterminant les personnes susceptibles de bénéficier d'un tel régime ainsi que les actes qu'il est possible d'incriminer* »¹⁵¹⁷. Désignant d'abord la majesté du peuple romain, le concept de *maiestas* a progressivement évolué pour s'appliquer à la personne du souverain. Car si le *crimen maiestatis*, crime de lèse-majesté, était né sous la République où il avait pour objectif de « *protéger la Cité et les intérêts du peuple* »¹⁵¹⁸, une dimension spirituelle va progressivement s'attacher à cette notion sous l'Empire, par la forte symbolique qu'inspire l'individualisation du pouvoir souverain entre les mains d'un homme qualifié de représentant de la divinité sur Terre. Au Moyen Âge, il était devenu nécessaire, pour légitimer un pouvoir dont les origines dynastiques tendaient à s'éparpiller et pour asseoir le régime monarchique sur ses racines féodales, d'attacher à la personne du Roi un caractère divin, faisant de lui un être intouchable¹⁵¹⁹. C'est ainsi sous l'Ancien régime que la lèse-majesté fit l'objet d'une incrimination explicite par des ordonnances, celle-ci prenant alors une forme *divine* ou *humaine* selon qu'il était porté atteinte à l'Eternel ou au Roi. Dareau précisait alors que la seconde, bien que moins grave par principe, devait être punie plus sévèrement que la première, en ce que « *la Divinité n'a pas besoin qu'on la venge, et qu'il est impossible aux hommes de la venger dignement ; au lieu qu'il en est autrement du Souverain : quand l'amour de ses peuples et leur attachement n'est pas le plus sûr garant de sa tranquillité, on peut proportionner les*

¹⁵¹⁷ J. Hoareau-Dodinau, *Dieu et le Roi – La répression du blasphème et de l'injure au roi à la fin du Moyen Âge*, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, n° 8, PULIM 2002.

¹⁵¹⁸ B. Beignier, *L'honneur et le droit*, op. cit. pp. 280-281.

¹⁵¹⁹ En ce sens, v. J. Hoareau-Dodinau, op. cit., p. 23.

châtiments à l'injure qu'on lui fait, et, par une sévérité éclatante, contenir les sujets dans le respect qu'ils lui doivent »¹⁵²⁰.

L'inévitable part d'arbitraire qui entourait la répression de la lèse-majesté l'inscrivit naturellement parmi les nombreux reproches formulés à l'égard des dérives absolutistes. Montesquieu déclarait notamment dans son *Esprit des lois* : « *c'est assez que le crime de lèse-majesté soit vague pour que le gouvernement dégénère en despotisme* »¹⁵²¹. Suivant cet esprit, la Révolution française, en mettant fin à l'Ancien régime, enterrait cette incrimination. Réintroduite au sein du Code pénal de 1810, dont l'article 86 punissait « *comme parricide* » l'attentat ou le complot contre la vie ou contre la personne de l'Empereur, le crime de lèse-majesté tomba néanmoins en désuétude avant sa disparition définitive en 1832¹⁵²².

375. C'est sous la Restauration, avec la première loi sur la presse du 17 mai 1819, que furent créés les délits d'*offense publique envers la personne du Roi* (art. 9, alinéa 1^{er}) et d'*offense publique envers les membres de la famille royale, les chambres, les souverains et les chefs des gouvernements étrangers* (art. 10, 11 et 12). Le duc de Broglie, dans son rapport à la chambre des Pairs, déclarait « *qu'il existait des êtres individuels ou collectifs, placés si haut dans le respect des hommes, que le trait le plus empoisonné, bien que lancé contre eux, ne peut les atteindre : quoiqu'on publie à leur sujet peu importe, en ce qui les concerne personnellement ; il y a délit, mais il n'y a pas dommage ; il y a un criminel, mais il ne peut pas y avoir de victime. Voilà un délit particulier que le mot offense caractérise d'une manière parfaite* »¹⁵²³. La loi du 9 septembre 1835 vint également créer une forme aggravée de l'offense envers le Roi, lorsqu'elle avait « *pour but d'exciter à la haine et au mépris de sa personne ou de son autorité constitutionnelle* », le caractère d'*attentat à la sûreté de l'Etat* (art. 2, al. 1^{er}). Ce durcissement temporaire de la législation¹⁵²⁴ se trouvait alors justifié par la commission, le 28 juillet précédent, de l'attentat fomenté par Giuseppe Fieschi contre le roi Louis-Philippe et sa famille¹⁵²⁵.

¹⁵²⁰ F. Dareau, *op. cit.*, pp. 122-123, n° 1.

¹⁵²¹ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, *op. cit.*, Livre XII, Chapitre VII.

¹⁵²² En ce sens, v. B. Beignier, *L'honneur et le droit*, *op. cit.* p. 284.

¹⁵²³ Cité in J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, *op. cit.* p. 194, III.

¹⁵²⁴ Il s'agissait alors, selon les dires du ministre de l'intérieur, Adolphe Thiers, non pas de « *gêner la discussion* » à l'égard du Prince, mais de « *la supprimer absolument* ». v. J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, *op. cit.* p. 198, VI.

¹⁵²⁵ V. B. Beignier, *L'honneur et le droit*, *op. cit.*, p. 285.

La répression sévère des offenses aggravées sous l'empire de la loi de 1835 conduisit le législateur de 1881, lorsqu'il voulut conserver les délits d'offense, à y substituer la qualification d'outrage¹⁵²⁶ : l'expression « offense », « *même juridique, mais qui rappelle de tels souvenirs dans l'histoire des causes criminelles, ne pouvait se retrouver dans une législation qui a souci de la liberté* »¹⁵²⁷. D'abord rejeté en première lecture par la Chambre des députés, l'article 29, § 1^{er} (par la suite article 26) du projet de loi fut par la suite rétabli et adopté par amendement, avant d'être modifié par la Commission du Sénat : l'appellation d'*offense*, dont le caractère exceptionnel « *convient mieux à la situation exceptionnelle du chef de l'Etat* »¹⁵²⁸, fut rétablie, et l'élément matériel du délit limité aux modes de publicité visés en les articles 23 et 28 ancien. Fut également adopté un délit d'offense commise publiquement envers un chef d'Etat étranger (art. 36), qui s'exonèrait toutefois de toute référence aux moyens de publication.

La pénalisation de l'expression infamante, en dépit de ses évolutions, montre une certaine continuité dans la protection de l'honneur et de la considération des personnes à travers les époques. Toutefois, la restriction qu'elle est susceptible d'instaurer comporte une certaine porosité qui, présente dès ses origines, tend aujourd'hui à s'accroître. Loin de caractériser un déclin de ces valeurs sociales, il s'agit d'en concilier la protection avec d'autres intérêts concurrents, grandement valorisés par le phénomène de médiatisation de l'expression publique.

Section 2 - L'expression infamante libéralisée par une information omniprésente

376. En dépit des nécessaires restrictions apportées par le législateur pénal à l'expression infamante, les motifs qui justifient ces limitations (respect des droits d'autrui, bonne administration de la Justice et maintien de la sécurité publique) se heurtent de plus en plus au développement d'un « droit de savoir » des citoyens¹⁵²⁹. Ce phénomène, en grande partie initié par la jurisprudence strasbourgeoise, se manifeste sous la forme d'un net recul de la pénalisation dans les domaines où l'information légitime du public est susceptible de prévaloir sur des intérêts concurrents. La pénalisation de l'expression infamante, qui tend à réprimer des propos purement malveillants au même titre que des informations légitimes, n'échappe pas à ce phénomène de libéralisation. Cette « porosité » de la restriction, déjà

¹⁵²⁶ P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, *op. cit.*, p. 350, n° 963.

¹⁵²⁷ Rapport général de M. Lisbonne devant la Chambre des députés, 5 juillet 1880, cité in H. Celliez, C. le Senne, *op. cit.* p. 342.

¹⁵²⁸ Rapport général de M. Pelletan devant le Sénat, 18 juin 1881, cité *ibidem*, p. 415.

¹⁵²⁹ Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, *Le droit de savoir*, Doc. fr., 2011, *sp.* p. 263 s.

présente originellement (§ 1), tend à s'accroître considérablement sous l'effet de la médiatisation actuelle de l'expression publique (§ 2).

§ 1 - La porosité originelle de la pénalisation de l'expression infamante

377. La pénalisation de l'expression infamante se caractérise, depuis l'Antiquité, par une automaticité de la répression, fondée sur une présomption de l'intention de nuire de son auteur (A). Cette automaticité se trouve toutefois pondérée par l'admission, également ancienne, d'une certaine utilité sociale de l'expression infamante (B).

A - Une automaticité de la répression fondée sur l'intention de nuire

378. Le Droit Romain, déjà, considérait l'*injuria* comme un délit *intentionnel*, dont la répression devait être soumise à la caractérisation d'une intention manifeste de nuire (1). En droit de la presse, l'intention de nuire de l'auteur d'une expression infamante est présumée de plein droit par les juridictions (2).

1 - Le conditionnement de la répression à l'*animus injuriandi* en Droit Romain

379. Ulpien, au titre X du 47^{ème} livre des Pandectes, affirmait que « *l'injure ne peut exister que par l'intention de celui qui la fait* » ; « *c'est pourquoi on peut être victime d'une injure sans la sentir ; mais personne ne peut la faire qu'il ne sente pas qu'il la fait [...]* »¹⁵³⁰. Le délit d'*injuria*, pour être constitué, nécessitait donc de la part de son auteur un *dol*, que les interprètes du Droit Romain exprimèrent sous le vocable *animus injuriandi*, « *c'est-à-dire l'esprit de dénigrement, de malice, de méchanceté, le désir de satisfaire une mauvaise passion, un ressentiment* »¹⁵³¹. Aussi, l'intention générale de nuire suffisait à ce que l'*injuria* adressée à untel demeure punissable quand bien même la volonté directe et immédiate de l'injuriant était dirigée contre un autre. Paul disait en ce sens que « *si une injure m'a été faite par quelqu'un à qui je sois inconnu, ou si quelqu'un pense que je suis Lucius-Titius, tandis que je suis Gaius-Séjus ; on fera prévaloir ce qui est ici le principal, qu'il a voulu me faire injure. Car je suis un individu précis, quoique celui-là pense que je suis un autre ; c'est pour cela que j'ai l'action d'injures* »¹⁵³². De ces principes, Ulpien déduisit le fait que seules les personnes *doli capaces*, capables du *dol* de l'*injuria*, pouvaient être soumises à la répression, ce qui en excluait

¹⁵³⁰ Digeste, livre 47, titre X *op. cit.*, 3, § 1-2.

¹⁵³¹ T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, *op. cit.*, p. 148, § 225.

¹⁵³² Digeste, livre 47, titre X, *op. cit.*, 18, § 3.

naturellement les impubères (*infantiae*, *infantiae proximi*) ou les déments (*furiosus*)¹⁵³³. Certains auteurs ajoutent à ces traits naturels de l'individu des circonstances exceptionnelles telles que l'ivresse¹⁵³⁴ et, parfois même, la colère¹⁵³⁵.

Pour les individus capables, l'intention de nuire devait être appréciée au regard des faits matériels de l'*injuria*, ce qui, dans le cas de la *contumelia*, était révélé par le caractère manifestement offensant des paroles litigieuses. De ce premier constat était alors tirée une présomption de mauvaise foi de l'auteur, à qui il incombait de faire la démonstration de l'absence du dol¹⁵³⁶. Un tel mécanisme d'attribution de la charge probatoire étant fortement lié au caractère accusatoire de l'action civile, son application aux actions publiques de la Rome Antique peut apparaître douteuse. S'il est cependant admis que l'initiative de l'action en Justice, civile comme pénale, appartenait au particulier sous le modèle accusatoire, les procédures de type inquisitoire ne firent néanmoins leur apparition qu'à partir du Bas-Empire¹⁵³⁷ (dont le point de départ est situé entre 192 et 284 après J.C.¹⁵³⁸), donc bien après l'institution par la loi Cornelia des actions publiques en matière d'injure (81 avant J.C.).

L'intention de nuire était donc au cœur de la répression de l'*injuria* à Rome. Elle est, en droit de la presse, largement présumée.

2 - Une intention de nuire présumée en droit de la presse

380. L'étendue du champ répressif des délits d'expression infamante ne s'arrête pas à leur vaste matérialité. S'il fut longtemps affirmé « *qu'en matière d'injures [au sens générique de l'*injuria* Romaine] il n'existe pas de délit sans intention de nuire* »¹⁵³⁹, cette formulation du principe semblait impliquer que la charge de la preuve d'une telle intention incombait systématiquement à la partie poursuivante. Cela pouvait être le cas, dans les législations antérieures au XIX^e siècle, lorsque les propos n'étaient pas conçus en termes manifestement

¹⁵³³ Digeste, livre 47, titre X, *op. cit.*, 3, § 1.

¹⁵³⁴ G.-A. Petit, *op. cit.*, p. 13 ; J. Dormand, *op. cit.* p. 26.

¹⁵³⁵ J. Dormand, *op. cit.* p. 26 ; v. *contra* G.-A. Petit, *op. cit.* p. 13.

¹⁵³⁶ C'est du moins l'opinion de nombreux interprètes du Droit Romain, tels Schweidewinus, Gaill, Clarus et Voët, cités par T. Grellet-Dumazeau, *op. cit.*, p. 151, n° 231 ; dans le même sens, v. J. Dormand, *op. cit.* p. 25 ; G.-A. Petit, *op. cit.* p. 98.

¹⁵³⁷ B. Garnot (dir.), *La justice et l'histoire*, Bréal, 2006, p. 129 ; M. Benillouche, *Leçons de procédure pénale*, 3^{ème} éd., Ellipses, 2017, p. 9.

¹⁵³⁸ Grande Encyclopédie Larousse, éd. en ligne, *Bas-Empire*, page consultée le 20 octobre 2015.

¹⁵³⁹ T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, *op. cit.* p. 147, n° 224.

offensants¹⁵⁴⁰. Ce principe essentiel fut néanmoins mis à mal dès le XIX^e siècle¹⁵⁴¹, la jurisprudence affirmant avec constance que « *les imputations diffamatoires sont réputées de droit faites avec l'intention de nuire* »¹⁵⁴², pour laquelle il n'est pas nécessaire qu'elle « *fût expressément constatée dans l'arrêt de condamnation, du moment que [le] caractère diffamatoire était établi* »¹⁵⁴³. Une telle solution apparaît *a fortiori* applicable en matière d'injures, que rien ne semble devoir *a priori* justifier au sein du débat public.

Cette solution est entièrement issue de la jurisprudence et ne saurait avoir pour origine ni pour consécration légale la présomption figurant à l'article 35 bis de la loi de 1881, qui vise les seules reproductions d'imputations dont le caractère diffamatoire a déjà été constaté par un jugement définitif¹⁵⁴⁴, et dont l'entrée en vigueur, permise par l'ordonnance du 6 mai 1944, est postérieure aux premières consécutions jurisprudentielles de la solution¹⁵⁴⁵. De fait, loin de considérer que cette présomption est une création *ex nihilo* de la jurisprudence moderne, il convient de penser qu'elle est plutôt induite par la nature même de ces délits, et a toujours été admise avec une force variable par les interprètes du Droit. Jacques Goulesque en situe les origines au Droit romain, avant de rappeler que les législateurs successifs du XIX^e siècle soulignaient la « *nature lésionnaire* » de la diffamation : « *on ne dit pas du mal de quelqu'un sans raison et la raison habituelle est qu'on lui veut du mal* »¹⁵⁴⁶.

Aussi, la question de l'opportunité d'une telle présomption, posée quant à sa rigidité apparente, semble tout à fait vaine tant cette présomption paraît liée à la forme prise par le délit : « *la présomption de l'intention [...] se tire de la nature des paroles ; si elles sont injurieuses [ici encore, au sens générique], l'intention est présumée mauvaise, et c'est à l'inculpé à prouver qu'elles ne le sont pas* »¹⁵⁴⁷, si bien que le caractère attentatoire à l'honneur ou à la considération

¹⁵⁴⁰ En ce sens, v. *ibidem*, p. 151, n° 231.

¹⁵⁴¹ Considérant que la mauvaise foi était une présomption légale déduite du silence du législateur dans l'article 13 de la loi de 1819, Cass. Crim., 15 mai 1821, Bull. crim. n° 36 ; considérant que l'intention de nuire est nécessairement induite par le caractère diffamatoire de l'imputation, Cass. Crim., 26 février 1875, D. 1877, 1, p. 186 ; 10 novembre 1876, D. 1877, 1, p. 44.

¹⁵⁴² Cass. Crim., 24 juin 1920, DP 1920.1.48 ; 16 mars 1948, Bull. crim. n° 93 ; 3 mai 1972, *ibid.* n° 151 ; 24 janvier 1973, *ibid.* n° 41 ; 15 octobre 1985, Bull. crim. 1985 n° 315 ; 19 novembre 1985, Bull. crim. 1985 n° 363, RSC 1986.612, obs. G. Levasseur ; 12 juin 1987, Bull. crim. 1987 n° 247.

¹⁵⁴³ Cass. Crim., 23 décembre 1968, Bull. crim. 1968 n° 356 ; 24 janvier 1973, Bull. crim. 1973 n° 41.

¹⁵⁴⁴ « *Toute reproduction d'une imputation qui a été jugée diffamatoire sera réputée faite de mauvaise foi, sauf preuve contraire par son auteur* ».

¹⁵⁴⁵ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.*, p. 114, n° 201.

¹⁵⁴⁶ J. Goulesque, *Le parquet et le « bon » diffamateur*, RSC 1978, pp. 445-456, *sp. p.* 450.

¹⁵⁴⁷ T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, *op. cit.* p. 151, n° 231.

des propos infamants, apprécié *in abstracto* par les juges, doit permettre de déduire l'intention consciente et délibérée du prévenu sain d'esprit de procéder à une telle atteinte¹⁵⁴⁸. Au surplus, cette présomption de mauvaise foi, bien que difficile à renverser en pratique, n'est assortie d'aucun caractère irréfragable de droit¹⁵⁴⁹ : c'est ce qui fonde, d'après la Chambre criminelle, la conformité de ce principe aux articles 6 et 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, lesquels « *ne font pas obstacles aux présomptions de droit ou de fait en matière pénale, dès lors qu'il est possible d'apporter la preuve contraire et que les droits de la défense sont assurés* »¹⁵⁵⁰.

C'est précisément de l'intention de nuire, « pivot » de l'élément moral des infractions de diffamation et d'injure, qu'elles tirent leur singularisation parmi les autres délits de presse : elles sont en effet assorties de moyens de défense spécifiques dont le bénéfice, accordé au prévenu, est porteur d'une lourde charge symbolique vis-à-vis du droit à la liberté d'expression.

B - Une pondération de l'automaticité fondée sur l'utilité sociale du propos

381. Quand bien même le droit à la liberté d'expression n'a été consacré qu'à la Révolution française, la condition posée relativement à la nécessité d'une intention de nuire devait déjà s'articuler, en Droit Romain, avec la controverse portant sur les conséquences exonératrices, sur la répression, de l'utilité sociale de l'*injuria* (1). La sévérité de la présomption retenue en droit de la presse se trouve aujourd'hui atténuée par un régime légal et jurisprudentiel de justification du propos litigieux (2).

1 - Une exonération de la répression controversée en Droit Romain

382. En dépit de la gravité avec laquelle l'*injuria* était perçue dans la société romaine, et de la place centrale qui était accordée à l'élément intentionnel de l'infraction, il se trouvait déjà des circonstances qui, en présence même de l'*animus injuriandi*, conféraient à l'expression injurieuse une certaine utilité sociale et atténuait la fermeté de la réponse répressive qui s'y attachait habituellement. Ainsi, ces circonstances peuvent constituer, aux yeux du pénaliste moderne, une forme primitive des moyens de défense utilisables de nos jours par les auteurs d'expressions infamantes.

¹⁵⁴⁸ En ce sens, v. E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* pp. 114-115, n° 203.

¹⁵⁴⁹ Cass. Crim., 21 juin 2011, n° 11-90.046 QPC ; 13 mars 2012, n° 11-90.123 QPC.

¹⁵⁵⁰ Cass. Crim., 16 mars 1993, Bull. crim. 1993 n° 115 ; 25 novembre 2003, n° 03-83.219.

383. En premier lieu, il semblerait que la *provocation*, entendue comme l'*injuria* précédemment commise, et à laquelle répondait une nouvelle *injuria*, conférait à cette dernière un caractère de « *défense légitime* » se substituant, du point de vue de la répression, à l'intention d'injurier¹⁵⁵¹. Ulpien enseignait que l'on « *tient réciproque que ceux-là qui peuvent recevoir une injure peuvent la faire* »¹⁵⁵². Le Droit Romain consacrait par-là l'une des plus anciennes et constantes excuses absolutoires de l'expression injurieuse, aujourd'hui encore conservée par notre droit de la presse en matière d'injures, publiques comme privées, dirigées contre des particuliers¹⁵⁵³.

384. C'est cependant sur la question de l'admissibilité de la preuve des faits infamants imputés à la victime que les interprètes du Droit Romain ont nourri une importante controverse. Si la qualification juridique de diffamation n'avait, à Rome, pas encore été singularisée au sein de l'ensemble normatif de l'*injuria*, les considérations relatives à son utilité sociale faisaient déjà l'objet de réflexions nourries : « *la diffamation, si elle était la proclamation de vérités utiles, serait une sorte de ministère public et, en ce sens, [...], Caton le censeur était, à Rome, un noble diffamateur* »¹⁵⁵⁴. A ce titre, si notre mécanisme actuel de l'*exceptio veritatis* étend ses effets à une variété étendue de propos¹⁵⁵⁵, il prenait, en Droit Romain, davantage la forme d'une dénonciation à l'opinion publique de faits délictueux ou criminels.

La controverse quant aux effets, sur la répression, d'une preuve fournie par l'injuriant aux faits qu'il imputait à autrui est réputée découler du mutisme de la loi des Douze Tables sur ce point, tandis que celle-ci était réputée avoir pris son inspiration dans des sources législatives athéniennes¹⁵⁵⁶. Une loi grecque de Solon avait en effet prévu qu'un détracteur devait être affranchi de toute peine lorsqu'il apportait la preuve de ce qu'il avançait¹⁵⁵⁷. Si certains auteurs ont pu affirmer que « *le principe du Droit Romain est le même que celui de la loi athénienne* »¹⁵⁵⁸, d'autres ont préféré interroger le silence de la législation romaine sur la

¹⁵⁵¹ En ce sens, v. J. Dormand, *op. cit.*, p. 27 ; G.-A. Petit, *op. cit.*, p. 15.

¹⁵⁵² Digeste, livre 47, titre X *op. cit.*, 3.

¹⁵⁵³ Loi du 29 juillet 188 sur la liberté de la presse, art. 33 ; Code pénal, art. R621-2. Ces textes répriment en effet l'injure « *lorsqu'elle n'a pas été précédée de provocation* ».

¹⁵⁵⁴ T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, *op. cit.*, p. 315, n° 551.

¹⁵⁵⁵ Sur cette étendue, v. *infra*, n° 409 s.

¹⁵⁵⁶ G.-A. Petit, *op. cit.* pp. 54-55.

¹⁵⁵⁷ En ce sens, v. T. Grellet-Dumazeau, *op. cit.*, p. 316, n° 552.

¹⁵⁵⁸ J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, *op. cit.* pp. 321-322, I.

question¹⁵⁵⁹. Il semblerait ainsi que « l'excuse de vérité » n'ait pas été initialement admise par les décevirs¹⁵⁶⁰, qui l'auraient intentionnellement exclue du droit de l'*injuria*. Mais, loin de demeurer catégoriques sur ce point, les interprètes ont eu à débattre de la signification d'un commentaire de Paul sur l'édit de Septime Sévère, dans lequel il affirmait qu'« *il n'est ni bon, ni équitable que celui qui a diffamé un coupable soit puni pour cela : car, que les délits des coupables soient connus, cela est nécessaire et profitable* ». C'est seulement ensuite que cette affirmation fut reproduite au sein de législations édictées par les empereurs Constantin et Valentinien, avant d'être intégrée dans les Pandectes de Justinien¹⁵⁶¹. S'agissant de la portée de la règle transmise par Paul, la majorité des interprètes du Droit Romain s'accorde à dire que les notions d'équité et d'utilité à la chose publique (*res publica*) sont indissociables de son fonctionnement¹⁵⁶² : c'est la faute délictueuse, criminelle, le *peccatum*, qu'il importe à l'opinion publique de connaître, et qui, seule, doit pouvoir être prouvée¹⁵⁶³. A cette première condition « anoblissant » l'imputation diffamatoire, certains auteurs ont par ailleurs ajouté une seconde, tirée d'un rescrit en vigueur sous Dioclétien et Maximien, qui se lisait comme suit : « *si tu peux prouver que le propos diffamatoire qu'on te reproche n'a pas été proféré par toi dans un esprit d'injure, la preuve de la vérité du fait que tu as imputé te met à l'abri de l'action en calomnie* ». Ainsi, la vérité de l'imputation injurieuse ne pouvait excuser l'*injuria* si son auteur ne pouvait parvenir à démontrer l'absence d'une intention de nuire (*veritas convicii non excusat*)¹⁵⁶⁴. D'autres auteurs rejettent cette opinion, en précisant notamment qu'une telle solution repose sur une interprétation erronée du rescrit précité¹⁵⁶⁵.

Quoiqu'incomplètement tranché, ce débat n'en démontre pas moins le caractère central de l'*animus injuriandi* dans la répression de l'*injuria* en Droit Romain : que cet élément moral doive être ou non disqualifié préalablement à la production d'une preuve des faits imputés injurieusement à autrui, les sociétés d'alors semblaient déjà faire l'expérience du conditionnement de la sanction aux circonstances entourant le délit, ce dernier pouvant parfois

¹⁵⁵⁹ En ce sens, v. G.-A. Petit, *op. cit.* p. 54 ; T. Grellet-Dumazeau, *op. cit.* p. 317, n° 551.

¹⁵⁶⁰ Certains auteurs tirent cependant d'un dialogue d'Horace et Trebatius que la règle consistant à dispenser de peine celui qui apportait la preuve du fait injurieux était contenue dans l'édit du prêteur sous la loi des Douze Tables. v. T. Grellet-Dumazeau, *op. cit.*, p. 319, n° 552 ; p. 323, n° 558 ; G.-A. Petit, *op. cit.* p. 59 ; J. Dormand, *op. cit.*, p. 40.

¹⁵⁶¹ Digeste, livre 47, titre X *op. cit.*, 18.

¹⁵⁶² MM. Grellet-Dumazeau et Petit citent, à ce titre, Gaill, Julius Clarus, Vinnius, Barthole, Cujas, Carpzovius, Schneidewimus, Farinacius, Comezius, ...

¹⁵⁶³ En ce sens, v. G.-A. Petit, *op. cit.* pp. 61-62.

¹⁵⁶⁴ T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, *op. cit.* p. 345, n° 566.

¹⁵⁶⁵ G.-A. Petit, *op. cit.* pp. 80-81. Dans le même sens, v. J. Dormand, *op. cit.* p. 38.

s'inscrire dans une régulation extrajudiciaire des rapports humains. Le droit de la presse a permis la consécration d'une exonération de la répression sous certaines conditions.

2 - Une exonération de la répression consacrée en droit de la presse

385. Le droit de la presse a permis d'instaurer un régime légal et jurisprudentiel d'exonération de la responsabilité pénale des auteurs des délits d'expression infamante les plus communs, à savoir la diffamation, justifiée par la vérité ou la précaution du propos (a), et l'injure, excusée par les circonstances du propos (b).

a - La diffamation justifiée par la vérité ou la précaution du propos

386. Le délit de diffamation comporte des moyens spécifiques de défense utilisables par le prévenu et qui tendent, dans certaines circonstances, à en faire une sorte de « délit utile à la société ». Ces moyens de défense, respectivement prévus par la loi elle-même et par la jurisprudence, sont l'exception de vérité (*exceptio veritatis*) et la démonstration faite par le défendeur de sa bonne foi.

387. Mettant un terme aux incertitudes entourant, de longue date, l'admissibilité par le juge répressif de la preuve du fait diffamatoire, la loi du 26 mai 1819 disposait, en son article 20, que « *nul ne sera admis à prouver la vérité des faits diffamatoires, si ce n'est dans le cas d'imputation contre les dépositaires ou agents de l'autorité, ou contre toute personne ayant agi dans un caractère public, de faits relatifs à leurs fonctions* ».

Les motifs de cette exclusion de principe avaient été exprimés par le garde des Sceaux M. de Serres qui, tout en concédant que le rejet ou l'absence d'une preuve bénéficiait doublement aux victimes injustement diffamées, doutait de l'acceptation d'une légalisation de la preuve du fait diffamatoire « *par un peuple doué d'une susceptibilité jalouse sur tout ce qui touche à l'honneur et à la considération, par un peuple qui aime la liberté mais qui abhorre le scandale* »¹⁵⁶⁶. Cette interdiction semblait alors trouver son fondement dans la séparation symbolique devant être opérée entre les faits de la vie privée, par définition exercés par tout

¹⁵⁶⁶ Exposé des motifs de la loi du 26 mai 1819, cité in P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 2, pp. 16-18, n° 1356 ; v. également H. Celliez, C. Le Senne, *op. cit.*, pp. 440-441 ; dans le même sens, v. T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, *op. cit.*, pp. 349-351, n° 571.

particulier en tant que citoyen ordinaire, et ceux de la vie publique¹⁵⁶⁷ : l'administration d'une preuve était en effet exceptionnellement admise lorsque les imputations portaient sur les *faits relatifs aux fonctions* exercées par des fonctionnaires publics, ou par des personnes « *ayant agi dans un caractère public* ». Ce n'était, alors, pas tant admettre la preuve des imputations diffamatoires à l'égard d'une certaine catégorie de *personnes*, que l'admettre à l'égard d'une certaine catégorie de *faits*, en principe reliés à ces personnes¹⁵⁶⁸. En cela, le législateur de 1819 a désigné une catégorie de faits dont l'opinion publique pouvait avoir intérêt à connaître en ce qu'ils touchent, par leur caractère public, à la vie de la cité¹⁵⁶⁹. Ce système fut initialement conservé par le législateur de 1881 (L. 29 juillet 1881, art. 35), qui avait néanmoins substitué aux dispositions relatives aux personnes ayant agi dans un caractère public une énumération des personnes et corps à l'encontre desquels l'imputation pouvait être prouvée. Cet inventaire avait par ailleurs été étendu aux « *directeurs ou administrateurs de toute entreprise industrielle, commerciale ou financière, faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit* » en raison des scandales affairistes qui avaient secoué l'opinion publique au cours des dernières décennies¹⁵⁷⁰.

C'est toutefois dans le contexte troublé de la Libération française que l'ordonnance du 6 mai 1944 vint modifier radicalement le régime de l'*exceptio veritatis* : sans supprimer les dispositions initiales de l'article 35 (désormais dépourvues de réelle portée), l'ordonnance inséra un troisième alinéa autorisant que soit apportée la preuve de tout fait diffamatoire, proscrivant cependant une telle preuve dans trois circonstances : la première, dans la continuité de l'esprit de 1819, concerne les faits relatifs à la vie privée de la personne diffamée ; la deuxième, les faits anciens de plus de dix ans ; enfin, la troisième concerne les faits constitutifs d'une infraction prescrite, amnistiée, réhabilitée ou révisée. Ces deux dernières « exceptions à l'exception » consacraient ainsi une sorte de « droit à l'oubli » en matière de faits

¹⁵⁶⁷ M. Royer-Collard, lors des discussions préliminaires à l'adoption des lois de 1819, avait déclaré la vie privée comme étant « *murée* » « *invisible* », « *renfermée dans l'intérieur des maisons* ». Cité in J.-L. Halpérin, *Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944*, Droit et cultures (en ligne), 65 | 2013-1, 1^{er} octobre 2013, <http://droitcultures.revues.org/3073>, n° 12, 13, 25.

¹⁵⁶⁸ En effet, il semblerait que l'expression de « *personnes ayant agi dans un caractère public* » devait désigner « *toutes les personnes qui, sortant de la vie privée, exercent une fonction, un emploi, un office, un ministère quelconque, dans un intérêt général, ou qui font acte de la vie publique, en vertu d'un droit spécial conféré par la loi ou par l'un des pouvoirs établis, quelles que soient son origine, son étendue et sa durée* » (T. Grellet-Dumazeau, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, op. cit. p. 395, n° 613).

¹⁵⁶⁹ En ce sens, v. *ibidem*, p. 407, n° 621.

¹⁵⁷⁰ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 259, n°511. V. aussi B. Beignier, *L'honneur et le droit*, op. cit. p. 177. A ce titre, M. Laboulaye, lors de la séance tenue au Sénat le 11 juillet 1881, évoquait les « *abus qui se révèlent tous les jours dans des spéculations qui sont fondées sur les brouillards de la Seine* » ; cité in H. Celliez, C. Le Senne, op. cit., p. 494.

diffamatoires¹⁵⁷¹, qui fit cependant l'objet de nombreuses critiques s'agissant d'un droit concurrent : la liberté de recherche historique. Aussi ne subsiste, à l'heure actuelle, que la protection de la vie privée¹⁵⁷², *alpha* et *omega* des restrictions à l'*exceptio veritatis*¹⁵⁷³.

388. Les nombreuses rigueurs procédurales attachées à ce mécanisme de défense (art. 55 et 56 de la loi de 1881) ont conduit à en raréfier significativement l'admission par les juridictions¹⁵⁷⁴. C'est pourquoi la jurisprudence a assez rapidement institué un autre moyen de défense qui, bien qu'absent des dispositions législatives, voit son bénéfice accordé plus fréquemment aux prévenus. Il s'agit de la démonstration faite, *subsidiativement*¹⁵⁷⁵, par l'auteur de l'imputation, de sa *bonne foi*.

389. Certains auteurs estiment que celle-ci ne doit pas s'analyser comme une absence de « mauvaise foi » entendue au sens de l'élément moral de l'infraction, qui peut demeurer malgré la relaxe fondée sur cette cause d'irresponsabilité pénale¹⁵⁷⁶. La bonne foi consisterait davantage dans la caractérisation de circonstances propres à justifier le délit au regard de critères qui en font une révélation utile à la société. Selon Philippe Conte, « *étudier la bonne foi, c'est étudier la faute intentionnelle sous son aspect en quelque sorte négatif* », qui fait glisser la notion de bonne foi d'une *absence d'intention de nuire* à une *légitimité de profération* ; il s'agit donc d' « *agir avec mauvaise foi de bonne foi* »¹⁵⁷⁷. Ainsi, il n'appartient pas au prévenu de démontrer aux juges qu'il a agi sans intention de nuire, celle-ci étant plus ou moins induite dans le caractère diffamatoire des propos, mais qu'il était dans son bon droit de s'exprimer ainsi

¹⁵⁷¹ *Cahiers du Conseil constitutionnel*, commentaire de la décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, p. 2 ; v. *ibid.*, commentaire de la décision n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, p. 4.

¹⁵⁷² A noter toutefois que la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 a inséré, dans l'article 35, un alinéa neutralisant les restrictions apportées en matière de faits relevant de la vie privée lorsque ceux-ci portent sur des faits constitutifs des infractions sexuelles des articles 222-23 à 222-32 du Code pénal commises à l'encontre d'un mineur, ou des infractions de mise en péril d'un mineur des articles 227-22 à 227-27 du même Code.

¹⁵⁷³ Sur les amputations successives des tempéraments à l'*exceptio veritatis*, v. *infra*, n° 408 s.

¹⁵⁷⁴ Ainsi, « *dans un tribunal spécialisé comme celui de Paris jugeant plusieurs centaines de dossiers de diffamation par an, ce moyen de défense n'est admis qu'à une ou deux reprises chaque année* » (C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. p. 106).

¹⁵⁷⁵ « *Non seulement la bonne foi continue à être invoquée dans les hypothèses où la preuve de la vérité n'est pas recevable, mais elle l'est toujours, à titre subsidiaire, dans les autres hypothèses lorsque la démonstration de la vérité a échoué* » (E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 283, n° 563).

¹⁵⁷⁶ V., dénonçant un « faux ami », B. de Lamy, D. 1998, jurispr. p. 499. V. également J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, op. cit. p. 345, n° 503. La Chambre criminelle considère cependant que la « *présomption* [de mauvaise foi] ne peut être détruite que lorsque les juges constatent l'existence de faits justificatifs suffisants pour faire admettre la bonne foi » (Cass. Crim, 15 octobre 1985, Bull. crim. 1985 n° 315 ; 14 novembre 2006, n° 06-81.326, Dr. Pén. 2007.34, obs. Véron ; *ibid.* 2007, Chron. 1, obs. Mouysset ; 4 décembre 2007, Bull. crim. 2007 n° 301, D. 2008. AJ 298 ; AJ Pénal 2008, p. 92).

¹⁵⁷⁷ Ph. Conte, « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne : droit pénal, propriété industrielle*, Paris, Litec, 1990, p. 49.

dans les circonstances qui entourent l'espèce. La Chambre criminelle caractérise ainsi un « *caractère légal des imputations diffamatoires* », qui « *se détermine exclusivement par l'objet de la diffamation, c'est à dire par la nature des faits allégués* »¹⁵⁷⁸. A ce titre, la bonne foi est souvent décrite par la doctrine¹⁵⁷⁹, voire par la jurisprudence de la Cour de cassation¹⁵⁸⁰, comme un *fait justificatif*. Certains auteurs mettent en doute une telle qualification s'agissant de la bonne foi, considérant toutefois qu' « *il n'y a guère de réponse satisfaisante s'agissant d'une construction jurisprudentielle empirique* »¹⁵⁸¹. On peut alors, avec Bertrand de Lamy, appréhender ce moyen de défense au fond comme « *une permission forgée dans le silence de la loi par une jurisprudence guidée par le principe de la liberté d'expression* »¹⁵⁸².

390. Quatre critères cumulatifs¹⁵⁸³, nécessaires à l'admission de la bonne foi, ont été identifiés par le président Mimin à l'occasion d'un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 27 octobre 1938¹⁵⁸⁴. Pour être caractérisée, la bonne foi se compose tout d'abord de la *légitimité du but poursuivi*¹⁵⁸⁵ par les propos incriminés, du *sérieux de l'enquête*¹⁵⁸⁶ (ou d'une *base factuelle suffisante*¹⁵⁸⁷), de l'*absence d'animosité*¹⁵⁸⁸ et, enfin, de la *prudence* dans l'expression¹⁵⁸⁹. On peut néanmoins considérer que le caractère cumulatif de ces éléments constitue un « *trompe l'oeil* »¹⁵⁹⁰, le sérieux de l'enquête et la prudence de l'expression devant

¹⁵⁷⁸ *Idem*.

¹⁵⁷⁹ En ce sens, v. *idem* ; P. Auvret, *Diffamation*, Jcl. Communication, fasc. 3130, 2008, n° 188 ; qualifiant la bonne foi de « *fait justificatif d'ordre purement prétorien* », v. L. François, « Quels faits justificatifs pour la diffamation ? », in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.* p. 117, *sp. p.* 121.

¹⁵⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 17 mars 2011, Bull. civ. I. 2011, n° 58 ; Cass. crim., 19 février 2002, Bull. crim. 2002, n° 35.

¹⁵⁸¹ V. not. E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, *op. cit.* n°593 s, *sp. n°* 598.

¹⁵⁸² B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, *op. cit.* p. 189, n° 327.

¹⁵⁸³ Enumérant ces critères, v. Cass. Crim., 27 septembre 2005, n° 04-85.956 ; 29 janvier 2008, n° 07-82.493 ; Cass. Civ. 2^{ème}, 8 avril 2004, Bull. 2004 II n° 185, Gaz. Pal. 2005.2.4166, note Guerdier.

¹⁵⁸⁴ Note ss. Cass. Crim., 27 octobre 1938, D.P. 1939-1-77.

¹⁵⁸⁵ Ainsi, l'intention louable d'éclairer les électeurs au cours d'une campagne électorale peut constituer un fait justificatif de la bonne foi, hormis lorsque les propos visent une personne qui n'a pas fait acte de candidature (Cass. Crim., 28 février 1989, Bull. crim. 1986 n° 98).

¹⁵⁸⁶ « *Il incombe à l'auteur des propos de disposer, au moment de leur formulation, des éléments propres à établir sa bonne foi* » (Cass. Crim., 5 septembre 2006, n° 05-86.567) ; à noter à ce propos que « *la bonne foi du prévenu ne peut être déduite de faits postérieurs à la diffusion des propos litigieux* » : Cass. Crim., 6 mai 2008, n° 07-82.250 ; Bull. crim. 2008 n° 103, 07-82.252.

¹⁵⁸⁷ Cass. Crim., 11 avril 2012, Bull. crim. 2012 n°91 ; 15 décembre 2015, Bull. crim. 2015 n°298, D. 2016, p. 131.

¹⁵⁸⁸ En ce sens, « *l'outrance inutilement blessante de propos diffamatoires imprudemment et complaisamment reproduits dans un journal est exclusive de la bonne foi* » (Cass. Crim., 2 juin 1980, Bull. crim. 1980 n° 168).

¹⁵⁸⁹ Le manque de prudence peut notamment s'analyser dans la reproduction de déclarations sans prendre la précaution de recueillir l'opinion adverse, et en les accompagnant d'un commentaire tendancieux : Cass. Crim., 11 avril 1995, n° 93-81.408.

¹⁵⁹⁰ C. Bigot, *La portée de la rénovation de la théorie de la bonne foi sous l'emprise de l'intérêt général*, Légipresse n° 290, janvier 2012 p. 27

conserver une prééminence sur le but légitime poursuivi et l'absence d'animosité. Ces deux derniers présentent, en effet, la particularité d'être observables de façon quasi immédiate lorsque l'on prend connaissance des propos litigieux. On peut toutefois considérer que l'élément nécessitant le plus l'examen du juge réside dans le *sérieux de l'enquête*. En effet, si l'on considère que la bonne foi est une notion qui doit s'apprécier *in abstracto*, c'est-à-dire, en matière de presse, par rapport à ce que l'on est en droit d'attendre d'un journaliste professionnel, l'élément qui correspond le mieux à cette exigence de déontologie est bien le fait que l'individu ait procédé à une vérification et un recoupement minimum des informations traitées. D'une enquête sérieuse doit pouvoir découler une expression prudente et mesurée, exempte d'animosité et légitimant la publication dont il est question : les abus de langage et le racolage de l'opinion publique sont le propre d'une enquête lacunaire.

C'est donc la démonstration, sinon de la *vérité*, de la *précaution* du propos qui permet l'exonération de la responsabilité pénale. Lorsque le diffamateur peut apporter avec succès la preuve de la vérité des faits imputés ou, à défaut, exciper de sa bonne foi devant les juges, il est renvoyé des fins de la poursuite. Il existerait donc bien, comme le suggèrait Jacques Goulesque, un « bon diffamateur »¹⁵⁹¹. Moins évidente, à ce titre, est l'excuse qui peut être faite aux propos injurieux.

b - L'injure excusée par le contexte du propos

391. Si la mauvaise foi d'un propos injurieux est, à l'instar de la diffamation, présumée de plein droit¹⁵⁹², il est moins concevable qu'il puisse constituer un apport utile à un débat d'idées ou à la connaissance de l'opinion publique¹⁵⁹³. La Cour européenne des droits de l'Homme considère à ce titre que les paroles « *gratuitement offensantes pour autrui [...] ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain* »¹⁵⁹⁴. La neutralisation de l'injure ne saurait donc être calquée sur les mécanismes propres à la diffamation. Plutôt qu'une *justification*, l'injure semble bénéficier d'une *excuse* par le Droit.

¹⁵⁹¹ J. Goulesque, RSC 1978 p. 445 *préc.*

¹⁵⁹² Cass. Crim., 18 janvier 1950, Bull. Crim. n° 23 ; 10 mai 2006, n°05-82.971, D. 2006, p. 2220, note E. Dreyer ; Dr. Pén. 2006, 135, obs. M. Véron.

¹⁵⁹³ D. Dechenaud, Jcl. lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 90, *Injure publique*, n° 59-60.

¹⁵⁹⁴ CEDH, *Giniewski c/ France*, 31 janvier 2006, n° 64016/00, § 43.

392. L'exception de vérité est évidemment exclue du contentieux de l'injure, cette dernière étant constituée de propos par nature exclusifs de tout débat contradictoire¹⁵⁹⁵. On peut aussi s'interroger quant au maintien du moyen tiré de la bonne foi en matière de propos injurieux. En effet, il apparaît difficile d'exiger de l'auteur d'une injure qu'il démontre que ses agissements s'inscrivaient dans un but légitime, sans animosité personnelle vis-à-vis de la victime, et qu'il s'exprimait de façon prudente à l'issue d'une enquête sérieuse. Pourtant, la notion de « bonne foi » n'est pas absente des débats doctrinaux s'agissant des moyens de défense utilisables par l'injuriant¹⁵⁹⁶. En premier lieu, il convient de relever que la présomption d'intention de nuire qui s'attache aux propos injurieux peut être renversée : si la jurisprudence classique se montre peu transparente à cet égard¹⁵⁹⁷, deux questions prioritaires de constitutionnalité ont notamment permis à la Chambre criminelle d'affirmer que « *la présomption d'imputabilité de l'élément moral de l'infraction à l'auteur des propos incriminés [...] est dépourvue de tout caractère irréfragable* »¹⁵⁹⁸.

393. Il existerait bien un moyen de défense prétorien propre au délit d'injure, mais dont les contours, encore peu définis¹⁵⁹⁹, ne paraissent néanmoins pas motiver l'emploi de l'appellation de « bonne foi », ne serait-ce qu'en raison du risque d'une confusion possible avec la notion du même nom employée en matière de diffamation. Par ailleurs, la bonne foi semble induire un certain degré de conscience de l'agent, comme en témoignent les diverses précautions exigées pour son admission en matière diffamatoire. Or, l'analyse de la jurisprudence montre qu'il s'agit davantage, pour l'injure, de tenir compte de « *circonstances de nature à justifier ou à excuser la vivacité de certains propos* »¹⁶⁰⁰, ces derniers ayant « *excédé la pensée de leur auteur qui n'a pas eu conscience d'injurier* »¹⁶⁰¹. Cette excuse semble ainsi devoir découler de « lois du genre » inhérentes à certaines situations dans

¹⁵⁹⁵ En ce sens, v. A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 2, op. cit. pp. 1583-1584, n° 1957 ; D. Dechenaud, Jcl. lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 90, *Injure publique*, n° 54.

¹⁵⁹⁶ A ce titre, v. E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. pp. 307-308, n° 607 ; J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, op. cit. p. 360, n° 531 ; C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. p. 165 ; P. Auvret, Jcl. Communication, fasc. 3140, *Injure*, étude préc., n° 124, 131-132 ; D. Dechenaud, Jcl. lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 90, *Injure publique*, n° 60-61.

¹⁵⁹⁷ V., estimant que « *seule l'excuse de provocation est de nature à leur [aux injures] ôter leur caractère punissable* », Cass. Crim., 10 mai 2006 préc. Cependant, estimant que la bonne foi « *est susceptible d'être admise éventuellement même sur le plan de la contravention d'injures non publiques* », Cass. Crim., 26 octobre 1982, Bull. crim. 1982 n° 235.

¹⁵⁹⁸ Cass. Crim., 21 juin 2011, n° 11-90.046 ; 2 octobre 2012, Bull. crim. 2012 n° 203.

¹⁵⁹⁹ En ce sens, v. C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. p. 166.

¹⁶⁰⁰ J. Pradel, M. Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, op. cit. p. 360, n° 531.

¹⁶⁰¹ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit., p. 309, n° 607.

lesquelles le prévenu se sera exprimé¹⁶⁰². Des contextes faisant la part-belle à la polémique semblent ainsi être de nature à faire reculer le seuil des limites admissibles de la liberté d'expression. La Chambre criminelle, qui a longtemps nié au contexte électoral un impact significatif sur l'appréciation du caractère outrageant de certains propos¹⁶⁰³, admet cependant un degré de tolérance supérieur vis-à-vis de propos virulents prononcés à l'occasion d'un débat politique¹⁶⁰⁴ ou d'un conflit social¹⁶⁰⁵. Plus récemment, il semblerait que le contentieux de l'injure commise dans un cadre polémique¹⁶⁰⁶ ou satirique¹⁶⁰⁷ accorde davantage de place au moyen de défense tiré de la protection du droit à la liberté d'expression par l'article 10 de la Convention EDH. Il convient cependant de rester circonspect dans la caractérisation d'un fait « justificatif » prétorien de l'injure, la solution relevant davantage d'une outrance tolérée dans la vigueur des propos tenus, dans des circonstances qui, sans nécessairement découler du fait d'autrui, sont de nature à attiser les passions.

394. De son côté, le législateur de 1881 a considéré qu'en fait d'injures dirigées contre des particuliers (et exclusivement contre eux¹⁶⁰⁸, hormis, depuis 2017, les injures à caractère discriminatoire¹⁶⁰⁹), celles-ci peuvent être excusées par les circonstances qui les entraînent si l'on considère qu'il est attendu de tout citoyen raisonnable de conserver son sang-froid jusqu'à un certain degré d'agacement. Il se déduit en effet des dispositions de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 que les injures commises à l'encontre des particuliers perdent leur caractère punissable lorsqu'elles ont été précédées d'une *provocation*. La provocation en matière

¹⁶⁰² En ce sens, v. P. Auvret, Jcl. Communication, fasc. 1340, *Injure*, étude préc., n° 134.

¹⁶⁰³ Cass. Crim., 20 octobre 1992, Bull. crim. 1992 n° 329; 30 mars 2005, Bull. crim. 2005 n° 110, Dr. Pén. 2005, comm. 123, obs. M. Véron ; JCP G 2005.IV.2136.

¹⁶⁰⁴ Cass. Crim., 9 décembre 2014, n° 13-84.869, Dalloz actualité, 5 janvier 2015, obs. S. Lavric ; Dr. Pén. 2015, n° 48, obs. M. Véron ; 28 février 2017, n° 15-86.591.

¹⁶⁰⁵ En ce sens, constatant cependant un dépassement des limites admissibles d'une polémique née d'un conflit social, v. Cass. Crim., 4 décembre 1973, Bull. crim. 1973 n° 448; 17 février 1981, Bull. crim. 1981 n° 64; 23 novembre 1993, Bull. crim. 1993, n° 351.

¹⁶⁰⁶ Cass. Crim., 12 novembre 2008, Bull. crim. 2008 n° 229, JCP G 2008.II.10206, note E. Dreyer ; Comm. com. Electr. 2009, comm. 8, obs. A. Lepage ; D. 2009, p. 402, note J. Pradel ; Dr. Pén. 2009, comm. 20, obs. M. Véron ; RSC 2009, p. 129, obs. J. Francillon.

¹⁶⁰⁷ Cass. Crim., 14 février 2006, Bull. crim. 2006 n° 42, Dr. Pén. 2006, comm. 67, obs. M. Véron ; JCP G 2006.I.190, obs. B. de Lamy ; RSC 2006, p. 625, obs. J. Francillon ; 2 mai 2007, Bull. crim. 2007 n° 115, Gaz. Pal. 4-5 janvier 2008, p. 7, note Y. Monnet ; 20 septembre 2016, n° 15-82.944 et 15-82.941, Dr. Pén. 2016, comm. 173, obs. P. Conte ; 28 mars 2017, n° 16-81.896, à paraître au *Bulletin*, D. 2018 p. 208, obs. E. Dreyer.

¹⁶⁰⁸ Cass. Crim., 15 mars 2005, Bull. crim. 2005 n° 89, Dr. Pén. 2005, comm. 105, obs. M. Véron ; 15 mars 2016, Bull. crim. 2016 n° 80, Dr. Pén. 2016, comm. 112, note Ph. Conte ; Comm. com. Electr. 2016, comm. 53, note A. Lepage.

¹⁶⁰⁹ La loi « égalité et citoyenneté » du 27 janvier 2017 est venue supprimer cette excuse absolutoire vis-à-vis des injures à caractère discriminatoire (L. 29 juillet 1881, art. 33, al. 3 et 4) : sur ce point, v. F. de Korodi, *Presse : plus d'excuse de provocation pour les injures raciales ni « homophobes »*, Dr. Pén. 2017, entretien 2.

d'injures est une survivance de l'ancienne excuse de provocation en droit commun et établie par les articles 321 à 326 du Code pénal de 1810, qui visait alors à atténuer les peines applicables à certaines infractions commises en réponse à des circonstances résultant du fait d'autrui. Non définie par la loi, la provocation en matière d'injures est entendue par la Chambre criminelle comme découlant « *de propos, d'écrits injurieux, et de tous autres actes de nature à atteindre l'auteur de l'infraction, soit dans son honneur ou sa considération, soit dans ses intérêts pécuniaires ou moraux* »¹⁶¹⁰. L'injuriant ne peut donc être puni de la peine prévue à l'article 33 lorsqu'il parvient à démontrer que l'injurié s'est personnellement rendu responsable d'un comportement injuste ou fautif, qui n'est pas nécessairement constitutif d'une infraction pénale, mais qui était d'une gravité suffisante pour « *expliquer l'injure* »¹⁶¹¹. A ce titre, l'immunité conférée aux discours prononcés devant les tribunaux en vertu de l'article 41, alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1881, ne fait pas obstacle à ce que des propos prononcés par un avocat à l'audience puissent excuser l'injure qu'ils ont provoqué¹⁶¹². Bien en-deçà des exigences du débat démocratique, ce moyen de défense spécifique consiste, ici encore, dans la légitimation d'un emportement provoqué par une cause extérieure et cette fois-ci directement imputable à l'injurié¹⁶¹³.

Il existe donc bien, en matière d'expressions infamantes, une porosité originelle de la pénalisation, qui tient compte tout à la fois de l'utilité sociale éventuelle des propos et de leur contexte. Cette porosité tend, dernièrement, à s'accroître sous l'effet de la médiatisation de l'expression publique.

§ 2 - La porosité croissante de la pénalisation de l'expression infamante

395. La médiatisation accrue de l'expression publique tend à accroître la propension des propos infamants à se diffuser dans la sphère publique. Le plus souvent toutefois, cette diffusion se voit grandement amplifiée par les impondérables du débat public, ou par l'intérêt des

¹⁶¹⁰ Cass. Crim., 10 mai 2006 *préc.* ; 12 avril 2016, n° 14-87.959.

¹⁶¹¹ Cass. Crim., 18 mai 1954, Bull. crim. 1954, n° 187, JCP G 1954.II.8292, note A. Chavanne. Est ainsi justifiée l'injure écrite par un maire dans un communiqué de presse et dirigée contre d'enseignants syndiqués qui, en refusant de siéger à ses côtés et de lui serrer la main en raison de ses affiliations politiques, ont « *instauré un débat politique avec le maire, dans le contexte duquel celui-ci a répondu à leur provocation par des propos [« racailles »] qui n'ont pas dépassé les limites de la liberté d'expression* » (Cass. Crim., 28 mars 2017, n° 16-81.896 – à paraître au *Bulletin*).

¹⁶¹² Cass. Crim., 31 mars 2015, Bull. crim. 2015 n° 71, AJ Pénal 2015 p. 313, note C. Courtin.

¹⁶¹³ Sur les différentes nuances relatives aux conditions d'application de l'excuse de provocation, v. A. Serinet, *L'excuse de provocation*, Comm. com. Electr. 2015, étude 19.

citoyens à connaître certains faits. Le mouvement de recul dans lequel s'inscrit la pénalisation des expressions infamantes passe donc d'abord par une abrogation littérale des infractions d'offense en droit de la presse (A). Elle se poursuit avec une expansion de la justification de certains propos par la légitimité du but qu'ils poursuivent (B).

A - L'abrogation des infractions d'offense

396. Les délits d'offense, malgré presque deux siècles d'incrimination, n'ont connu que de courtes – mais intenses – périodes de mise en œuvre par les juridictions au XX^e siècle, qui en révélèrent la portée exorbitante (1). La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, au début du vingt-et-unième siècle, a précipité ces infractions vers leur abrogation (2).

1 - Un régime de protection exorbitant

397. Les périodes des III^e et IV^e Républiques révèlent un usage parcimonieux de l'infraction d'offense publique envers le Président de la République (art. 26, L. 1881)¹⁶¹⁴, en comparaison de ce qui a pu être observé sous le régime de 1958 : Nicolas Hervieu fait état de « *cent à trois-cents procès* » entre 1958 et 1969¹⁶¹⁵. Or, cette explosion fulgurante du contentieux (observée uniquement au cours des mandats de Charles de Gaulle, l'infraction ayant été mise en sommeil jusqu'en 2008 après que son successeur Valérie Giscard d'Estaing a exprimé publiquement son refus d'y avoir recours¹⁶¹⁶) est pour le moins surprenante si l'on tient compte des mutations fonctionnelles du chef de l'Etat français entre 1875 et 1958 : « *au président de la République inaugurant les chrysanthèmes a succédé un président de la République agissant au nom de l'Etat ; au personnage effacé et irresponsable sur le plan politique a succédé un personnage engagé, non plus élu indirectement par un collègue parlementaire, mais désigné au suffrage universel direct par un peuple auquel il lui faut*

¹⁶¹⁴ Bernard Beignier fait état de quatre utilisations du délit d'offense envers le Président de la République sous la III^e République, pour deux utilisations sous la IV^e République (v. *L'honneur et le droit*, op. cit., p. 288) ; le délit d'offense envers un chef d'Etat ou de gouvernement étranger ne fit, par ailleurs, l'objet d'aucune application avant 1970.

¹⁶¹⁵ S. Faure, *La justice européenne a confirmé le droit de satire*, entretien avec Nicolas Hervieu dans Libération, 15 mars 2013, p. 12.

¹⁶¹⁶ Ce renoncement public à la protection de l'article 26 de la loi de 1881 était en réalité dénué de toute portée juridique, dans la mesure où l'article 48 de ladite loi réservait l'initiative des poursuites au seul ministère public en matière d'offenses dirigées contre le Président de la République ; aussi, cette déclaration peut être perçue comme une consigne verbale à l'attention des parquets.

désormais rendre compte »¹⁶¹⁷. Partant, certains plaideurs estimèrent que le délit de l'article 26 devait être frappé de caducité dans la mesure où le Président de la République était désormais redevable de ses actes devant les Français. La Chambre criminelle a néanmoins fermement écarté cet argument, en affirmant que « *les modifications apportées par la Constitution du 4 octobre 1958 au mode d'élection, aux pouvoirs, à l'exercice des fonctions du Président de la République, n'impliquent nullement que les dispositions répressives de l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881 aient cessé de recevoir application* »¹⁶¹⁸.

398. Au zénith de sa mise en œuvre, l'article 26 de la loi de 1881 a revêtu une portée particulièrement large. Initialement, la Chambre criminelle a pu affirmer que l'offense, pour être constituée, devait être « *dirigée contre la personne même du Chef de l'Etat* », laissant penser qu'elle avait « *opposé la personne à l'acte politique* »¹⁶¹⁹. C'est en suivant cette logique que la Cour d'appel de Paris avait relaxé le directeur de publication d'un journal, poursuivi pour avoir fait publier un article dans lequel la politique du Général de Gaulle était qualifiée de « *répression sauvage* » et de « *misérables persécutions* »¹⁶²⁰. Mais en réalité, la critique n'était pas libre lorsqu'elle touchait l'acte plutôt que l'individu, mais uniquement lorsqu'elle n'était pas, en elle-même, *offensante*. Dans un arrêt du 31 mai 1965, après avoir précisé que « *le droit de libre discussion appartient à tout citoyen* » et qu'il fallait « *étendre l'exercice de cette liberté publique à la discussion des actes politiques du Président de la République* », la Chambre criminelle avait ajouté, non sans ambiguïté, que « *l'offense adressée à l'occasion des actes politiques atteint nécessairement la personne* » du Président¹⁶²¹.

La Chambre criminelle définissait ainsi l'offense comme « *toute expression offensante ou de mépris [...], toute imputation diffamatoire qui, à l'occasion tant de l'exercice de la première magistrature de l'Etat que de la vie privée du Président de la République, est de nature à l'atteindre dans son honneur ou dans sa dignité* »¹⁶²². Aussi, si l'on peut exprimer quelque perplexité à voir caractérisée l'infraction de l'article 26 par la représentation du Président sous les traits d'un personnage de Walt Disney¹⁶²³, il ne fait pas de doute que le fait

¹⁶¹⁷ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 134, n° 247.

¹⁶¹⁸ Cass. Crim., 13 juillet 1960, Bull. crim. n° 375 ; 17 novembre 1964, Gaz. Pal. 1965, 1, p. 321.

¹⁶¹⁹ Cass. Crim., 17 novembre 1964, arrêt inédit, cité par J.-L. C., D. 1965, p. 645.

¹⁶²⁰ CA Paris, 20 janvier 1965, cité *Ibidem*.

¹⁶²¹ Cass. Crim., 31 mai 1965, Bull. crim. 1965 n° 146, D. 1965, p. 645 préc. ; v. not., ajoutant les termes « *ou de sa vie publique antérieure à son élection* », Cass. Crim., 21 décembre 1966, Bull. crim. 1966 n° 300.

¹⁶²² Cass. Crim., 31 mai 1965 préc.

¹⁶²³ Cass. Crim., 21 décembre 1966, Bull. crim. 1966 n° 302, D. 1967, somm. 15.

de le présenter comme étant « *d'âme ambitieuse et incapable de règle, avide de domination jusqu'au vertige, en état d'hallucination, ayant abandonné son poste devant l'ennemi, tenté d'exploiter à son profit la défaite et le malheur du pays, fomenté la division entre français, pratiqué un despotisme outrageant* » constituait une offense envers le chef de l'Etat¹⁶²⁴. A l'inverse, « *l'affirmation selon laquelle la politique des accords d'Evian est un coup mortel porté à l'unité française et à l'honneur des français, visant exclusivement la politique suivie par le Chef de l'Etat, en une forme qui n'est pas excessive, dans un journal politique d'opposition, ne saurait être considérée comme attentatoire à l'honneur et à la considération du Président de la République* »¹⁶²⁵.

399. La « mise en veille » du délit prévu par l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881, à partir de 1974, coïncide presque avec l'« activation » du délit d'offense dirigée contre un chef d'Etat étranger (article 36), par un jugement du Tribunal de grande instance de Paris en date du 20 mars 1970 à propos de l'adaptation cinématographique d'un roman assimilant la politique du président haïtien aux agissements mafieux de la milice des « Tontons Macoutes »¹⁶²⁶. Ce n'est toutefois qu'à compter des années 1990 que s'est véritablement développé le contentieux en matière d'offense envers les chefs d'Etat étrangers. Mais, de la vingtaine d'années séparant le jugement de 1970 et les affaires suivantes, il ressort une évolution dans l'appréciation par les juges des éléments constitutifs du délit. Le 21 novembre 1995, la 17^{ème} chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Paris a renvoyé des prévenus des fins de la poursuite initiée par la plainte du président gabonais Omar Bongo, à la suite de la publication d'un article qui faisait état d'une rumeur d'après laquelle M. Bongo, séropositif, imposait fréquemment à des *call girls* des rapports sexuels non protégés en échange d'importantes sommes d'argent¹⁶²⁷. Si de tels propos sont évidemment de nature à porter atteinte à l'honneur et à la considération de la victime, ils procédaient néanmoins, selon les juges, « *de la volonté du journaliste de révéler aux lecteurs l'existence de certaines pratiques commerciales ou de lui faire partager son indignation devant les risques mortels que les commerçants n'hésitent pas à faire courir aux jeunes femmes chargées auprès des clients de "faciliter les commandes"* ».

¹⁶²⁴ Cass. Crim., 12 avril 1967, Bull. crim. 1967 n° 117, D. 1967, p. 372.

¹⁶²⁵ Tribunal correctionnel de la Seine, 7 mars 1966, Gaz. Pal., 24 mai 1966, p. 349 ; D. 1966, somm. 71.

¹⁶²⁶ TGI Paris, 20 mars 1970, D. 1970, p. 487, note F. Chabas.

¹⁶²⁷ TGI Paris, 17^{ème} ch. corr., 21 novembre 1995, LégiPresse n° 130, avril 1996, I, p. 39.

C'est à partir de cette période que les délits d'offense, qui conféraient une protection exorbitante aux chefs d'un Etat, furent peu à peu confrontés aux principes conventionnels de garantie du droit à la liberté d'expression.

2 - Une abrogation d'inspiration strasbourgeoise

400. C'est à travers l'intégration par les prévenus, parmi leurs moyens de défense, des prétentions tirées de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme garantissant le droit à la liberté d'expression, que le débat s'est peu à peu orienté vers l'appréciation de la conformité des délits d'offense aux obligations conventionnelles de l'Etat français.

401. La jurisprudence, dans des affaires relatives à des propos attribuant au premier ministre togolais Edem Kodjo des faits de complicité d'agression sexuelle au sein d'une secte, a d'abord refusé d'accueillir l'argument des prévenus selon lesquels l'article 36 de la loi de 1881 serait incompatible avec les exigences de l'article 10 CEDH en raison de l'impossibilité de faire jouer, pour les propos offensants par leur caractère diffamatoire, le mécanisme exonérateur de l'*exceptio veritatis*¹⁶²⁸. En effet, d'après les juges, les prévenus n'avaient, en matière d'offense, pas à prouver leur absence d'intention de nuire, la charge de cette preuve reposant sur le ministère public. Une solution identique fut rendue deux mois plus tard par la 17^{ème} chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Paris¹⁶²⁹. Enfin, dans un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 22 juin 1999 dans cette même affaire, la Haute juridiction affirma nettement la compatibilité du délit d'offense à un chef d'Etat étranger avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme, en confirmant que le délit ne porte pas non plus atteinte aux droits de la défense garantis par l'article 6 de ladite Convention lorsque « le prévenu, dont la mauvaise foi ne peut être présumée, a pu faire valoir publiquement et contradictoirement ses moyens de défense »¹⁶³⁰.

Cependant, les juges du fond ont par la suite amorcé un mouvement de censure implicite de l'article 36 de la loi de 1881. Dans un arrêt du 25 avril 2001, la 17^{ème} chambre correctionnelle parisienne a considéré que l'article 36, par son régime exorbitant et excluant tout débat sur la preuve de la vérité des faits allégués, accordait une protection excessive aux chefs d'Etat

¹⁶²⁸ TGI Paris, 1^{ère} ch. corr., 18 décembre 1996, *Légipresse* n° 140, avril 1997, I, p. 36.

¹⁶²⁹ TGI Paris, 17^{ème} ch. corr., 18 février 1997, *Légipresse* n° 141, mai 1997, I, p. 54.

¹⁶³⁰ Cass. Crim., 22 juin 1999, n° 97-85.707.

étrangers, susceptible de faire obstacle à la libre circulation des informations idées¹⁶³¹. Les juges évoquèrent la légitimité déclinante d'un délit dont les évolutions géopolitiques récentes avait peu à peu supprimé le caractère nécessaire dans une société démocratique, au sens de l'article 10 Conv. EDH.

Ce jugement intervint peu avant l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme dans une affaire qui allait sceller le sort de l'article 36. Le journal *Le Monde* avait publié la version initiale d'un rapport de l'Observatoire géopolitique des drogues mettant en cause des proches du Roi Hassan II du Maroc dans un vaste trafic international de drogue. Les poursuites, lancées à l'initiative du roi marocain, se soldèrent en première instance par une relaxe des prévenus au titre de leur bonne foi¹⁶³², qui fut néanmoins infirmée par la juridiction d'appel¹⁶³³. La condamnation, confirmée par la Chambre criminelle, fit l'objet d'une requête devant la juridiction strasbourgeoise qui se prononça le 25 juin 2002 dans le sens d'une violation par l'Etat français de l'article 10 de la Convention. S'appropriant les conclusions des premiers juges de l'affaire, la Cour EDH a estimé que le délit d'offense, en l'absence de possibilité de se prévaloir de la vérité des faits allégués, conférait « *aux chefs d'Etats étrangers un privilège exorbitant qui ne saurait se concilier avec la pratique et les conceptions politiques d'aujourd'hui* »¹⁶³⁴. Elle a également considéré que « *le public français, avait un intérêt légitime à s'informer sur l'appréciation portée par la Commission européenne sur un problème tel que celui de la production et du trafic de drogue au Maroc, pays qui avait fait acte de candidature à l'Union européenne et qui, en tout état de cause, entretenait des relations étroites avec les Etats membres, en particulier avec la France* » (§ 64). L'arrêt *Colombani et autres c/ France* constitue ainsi un exemple remarquable de l'influence de la jurisprudence strasbourgeoise sur notre droit pénal national : le délit d'offense publique commise envers un chef d'Etat étranger fut abrogé le 9 mars 2004 en vertu de l'article 52 de la loi « Perben II »¹⁶³⁵.

402. Cette influence a pu être observée avec encore davantage d'éclat dans l'affaire qui conduisit à l'abrogation du délit d'offense envers le chef d'Etat français réprimé par l'article 26. De façon inattendue, l'infraction avait été ressuscitée par le ministère public en 2008, après

¹⁶³¹ TGI Paris, 17^{ème} ch. corr., 25 avril 2001, *Légipresse* n° 182, juin 2001, III, p. 108, note M.-N. Louvet.

¹⁶³² Tribunal correctionnel de Paris, 5 juillet 1996, cité in CEDH, *Colombani et autres c/ France*, 25 juin 2002, n° 51279/99, § 16.

¹⁶³³ CA Paris, 6 mars 1997, cité *ibidem*, § 18.

¹⁶³⁴ CEDH, *Colombani et autres c/ France*, 25 juin 2002 *préc.*, § 68.

¹⁶³⁵ L'abrogation « officielle » avait par ailleurs été précédée d'une « neutralisation » anticipée de l'infraction par les juges du fond : CA Versailles, 24^{ème} ch., 9 septembre 2004, D. 2005, p. 2849, obs. B. Beignier, B. de Lamy.

qu'un militant de l'opposition, à l'occasion d'une visite du Président Nicolas Sarkozy à Laval, eût brandi au passage du cortège présidentiel une pancarte sur laquelle figuraient les mots repris d'une réplique malheureuse prononcée par M. Sarkozy lui-même quelques mois auparavant (« *casse-toi, pov' con* »)¹⁶³⁶. Le prévenu fut condamné en première instance¹⁶³⁷, puis en appel¹⁶³⁸ à une amende d'un montant symbolique de 30 euros¹⁶³⁹. Après le rejet de son pourvoi par la Chambre criminelle¹⁶⁴⁰, la Cour européenne des droits de l'Homme fut de nouveau appelée à se prononcer sur la conventionnalité d'une condamnation fondée sur une incrimination d'offense¹⁶⁴¹.

La décision de la juridiction strasbourgeoise était très attendue, d'une part en raison des analogies existant entre le délit de l'article 26 de la loi de 1881 et celui, précédemment abrogé, de l'article 36, et d'autre part en raison des similitudes observables entre cette espèce et celles qui donnèrent lieu, peu avant, à des condamnations des Etats turc¹⁶⁴² et espagnol¹⁶⁴³ sur le fondement de l'article 10 Conv. EDH. Dans ces affaires, la Cour avait estimé que la protection accrue de l'honneur d'une personne en raison de son statut par une loi spéciale s'avérait incompatible avec les exigences de la Convention EDH¹⁶⁴⁴. Pourtant, si la Cour a finalement bien reconnu la violation de l'article 10 dans l'affaire traitant du délit d'offense contre le Président de la République français, c'est en se désolidarisant des décisions précitées, « *la restriction apportée à la liberté d'expression du requérant [étant] sans relation avec les intérêts de la liberté de la presse puisque les propos litigieux n'ont pas été formulés dans un tel contexte* ». Aussi, les juges strasbourgeois ont estimé « *qu'il n'y a pas lieu en l'espèce d'apprécier la compatibilité avec la Convention de la qualification pénale retenue, fût-elle considérée comme présentant un caractère exorbitant, dès lors qu'elle n'a produit aucun effet particulier ni conféré de privilège au chef d'Etat concerné vis-à-vis du droit d'informer et*

¹⁶³⁶ Il est intéressant de noter que les poursuites auraient bien pu ne jamais voir le jour ; la convocation du prévenu par un officier de police aurait en effet pu valoir citation à personne en droit commun, mais « *pas nécessairement en droit de la presse* », qui exige un exploit d'huissier ; en ce sens, v. E. Dreyer, *Offense par répétition d'un propos présidentiel*, D. 2008, p. 3133.

¹⁶³⁷ TGI de Laval, 6 novembre 2008, cité *ibidem*.

¹⁶³⁸ CA Angers, 24 mars 2009.

¹⁶³⁹ L'avocat Thierry Levy estime que le faible quantum prononcé était justifié par le contexte particulier dans lequel les faits se sont produits (v. *L'offense envers le Président de la République : un danger pour la liberté de communication*, Légipresse n° 264, septembre 2009, p. 172).

¹⁶⁴⁰ Cass. Crim., 27 octobre 2009, arrêt non publié.

¹⁶⁴¹ CEDH, *Eon c/ France* 14 mars 2013, n° 26118/10.

¹⁶⁴² CEDH, *Artun et Güvener c/ Turquie*, 26 juin 2007, n° 75510/01.

¹⁶⁴³ CEDH, *Otegi Mondragon c/ Espagne*, 15 mars 2011, n° 2034/07, RSC 2011, p. 716, note J.-P. Marguénaud.

¹⁶⁴⁴ CEDH, *Artun et Güvener c/ Turquie* préc., § 31 ; *Otegi Mondragon c/ Espagne* préc., § 55.

d'exprimer des opinions à son sujet »¹⁶⁴⁵. Si l'argumentaire de la Cour a pu décevoir en ce sens qu'il n'abordait pas frontalement la question du principe même de l'incrimination¹⁶⁴⁶, il permit toutefois d'aboutir au résultat qui avait été souhaité par plusieurs acteurs politiques au cours des décennies passées¹⁶⁴⁷ : une loi du 5 août 2013 a purement et simplement abrogé le délit, précisant de façon inédite¹⁶⁴⁸ dans son exposé des motifs qu'il s'agissait de « tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 mars 2013 dans l'affaire Eon c/ France »¹⁶⁴⁹.

403. Une partie de la doctrine se montre réservée quant à ces abrogations survenues postérieurement à des arrêts de condamnation à Strasbourg. A propos de l'offense commise envers un chef d'Etat étranger, des auteurs ont estimé que la Cour européenne, dans l'arrêt *Colombani c/ France* de 2002, n'a pas suffisamment tenu compte des standards jurisprudentiels français en matière d'*exceptio veritatis* et de bonne foi, cette dernière étant prévalente dans le contentieux et ayant été admise à plusieurs reprises en la matière¹⁶⁵⁰. M. Francillon a dénoncé pour sa part l'invalidation par la Cour européenne de « règles nationales pourtant parfaitement légitimes »¹⁶⁵¹, dont l'application croissante au cours des dernières années aurait permis, à terme, d'équilibrer davantage le champ d'application de l'infraction. M. Derieux a, quant à lui, estimé que « la personne du souverain, incarnant une nation, appelle le respect et le bénéfice aussi, quant à son honneur et sa considération, d'une protection renforcée »¹⁶⁵². Toutefois, le Président de la République français continuera à bénéficier d'une protection accrue¹⁶⁵³ : la loi

¹⁶⁴⁵ CEDH, *Eon c/ France* préc., § 55.

¹⁶⁴⁶ D. Roets, *Le délit d'offense au Président de la République (étrangement) sauvé des eaux strasbourgeoises*, RSC 2013, p. 670 ; S. Lavric, D. 2013, p. 968 ; N. Hervieu, *L'équivoque sursis européen concédé au délit d'offense au Président de la République*, Lettre « Actualités Droits Libertés » du CREDOF, 20 mars 2013 ; O. Bachelet, « Casse-toi pov' con : l'offense au chef de l'Etat à l'épreuve de la CEDH », Dalloz actualités, 19 mars 2013.

¹⁶⁴⁷ Bernard Beignier recense, à ce titre, trois propositions de loi visant à supprimer ou modifier le délit de l'article 26, dont deux en 1963 sous l'impulsion de François Mitterrand et du groupe socialiste, et une en 1965 à l'initiative du sénateur Marcihacy (v. *L'honneur et le droit*, op. cit. p. 289) ; on peut y ajouter plus récemment la proposition présentée par Jean-Luc Mélenchon le 19 novembre 2008 au Sénat.

¹⁶⁴⁸ D. Roets, RSC 2013 p. 670 préc.

¹⁶⁴⁹ Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, art. 21.

¹⁶⁵⁰ En ce sens, v. E. Dreyer, *Offense aux chefs d'Etat étrangers : la fin d'une époque*, JCP G 2003.I.126 ; P. Auvret, *Légicom* n° 30, 2004/1 p. 96 ; P. Guerdier, *ibidem* p. 106 ; J. Francillon, *Le délit d'offense à chef d'Etat étranger est-il devenu archaïque ?*, RSC 2003, p. 116.

¹⁶⁵¹ J. Francillon, RSC 2003, p. 116 préc.

¹⁶⁵² E. Derieux, *Offense à un chef d'Etat étranger*, LPA, 7 novembre 2002, n° 233, p. 20.

¹⁶⁵³ En revanche, les chefs d'Etats étrangers ne bénéficient plus que d'une protection simple au même titre que n'importe quel particulier, ce qui exclut toutefois qu'un Etat, bien que constitutif d'une personne morale de droit public, soit recevable à agir sur le fondement de l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881 pour obtenir réparation des

du 5 août 2013, afin d'éviter la situation absurde dans laquelle le premier magistrat de France disposerait d'une protection assimilée à celle d'un simple particulier alors les ministres ou fonctionnaires bénéficient de dispositions aggravant les expressions infamantes commises à leur encontre, a intégré le Président de la République aux personnes visées par l'article 31 relatif aux diffamations et injures dirigées contre les serviteurs de l'Etat¹⁶⁵⁴.

Les formes spécifiques et exorbitantes de protection de personnages publics tendent aujourd'hui à s'amenuiser, comme en témoigne la disparition du délit d'offense. Il semblerait que le régime classique de la diffamation et de l'injure, aggravé, le cas échéant, par les articles 30 et 31 de la loi du 29 juillet 1881, soit le plus à même d'offrir une pesée des intérêts en présence dans le contentieux de l'expression infamante. Cette pesée d'intérêts doit, par ailleurs, être faite en tenant compte des évolutions récentes du régime justificatif de l'expression infamante, en grande partie imprimées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

B - L'expansion de la justification par la légitimité du propos

404. En matière d'expression infamante, le droit européen des droits de l'Homme, et en particulier la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, tendent à opérer un « effet justificatif » sur ces comportements, en ayant permis l'élargissement du champ d'application de l'*exceptio veritatis* (1), ou par l'instauration d'un nouveau critère justificatif : le débat d'intérêt général (2).

1 - L'élargissement du domaine de l'*exceptio veritatis*

405. Le mécanisme précédemment décrit de l'*exceptio veritatis*¹⁶⁵⁵, qui permet à toute personne prévenue d'un chef de diffamation publique de s'exonérer de toute responsabilité – même civile¹⁶⁵⁶ – en apportant la preuve de ses imputations ou allégations diffamatoires, a

atteintes qu'il estime avoir été portées à son honneur ou à sa considération (TGI Paris, 17^{ème} ch. corr., 28 mars 2017, *Le Royaume du Maroc c/ Z. et T. Moumni*).

¹⁶⁵⁴ Nathalie Droin souligne toutefois le caractère critiquable de cette nouvelle protection : notamment, la possibilité, pour le chef de l'Etat, de se constituer partie civile en vertu des dispositions de l'article 48 de la loi du 29 juillet 1881, entraîne le cumul de « *sa position de partie au procès avec sa fonction constitutionnelle d'autorité de nomination des magistrats, ce qui lui attribue une position privilégiée à l'égard de l'autre partie dans la mesure où il dispose du pouvoir de nommer le magistrat, qui peut se retrouver, ensuite, en charge de l'affaire* » (« Le traitement de l'offense au chef de l'Etat dans le cadre créé depuis l'abrogation de l'article 26 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 », in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.*, p. 125, *sp. pp.* 130-131).

¹⁶⁵⁵ V. *supra*, n° 387.

¹⁶⁵⁶ Cass. Crim., 1^{er} mars 2005, Bull. crim. 2005 n° 72.

connu, ces dernières années, d'importants changements sous l'influence notable de la jurisprudence européenne. Si les assouplissements effectués concernent essentiellement les incompatibilités de fond du mécanisme avec les standards strasbourgeois (b), sa forme complexe n'est toutefois pas exempte d'ambiguïtés au regard de ces mêmes standards (a).

a - Des ambiguïtés de forme : la complexité du régime légal

406. Un auteur n'hésite pas à signaler les « *nombreux points de divergence* » qui ressortent de la confrontation du droit français de la diffamation avec les critères de conventionnalité élaborés à Strasbourg, en particulier vis-à-vis du mécanisme de défense légalement conféré au diffamateur par l'exception de vérité¹⁶⁵⁷. En premier lieu, la rédaction de l'article 35 de la loi de 1881, déjà qualifiée d' « *usine à gaz* »¹⁶⁵⁸, « *est tortueuse et manque donc de clarté* »¹⁶⁵⁹. De la réforme maladroitement opérée par l'ordonnance du 6 mai 1944, qui mettait fin à la limitation du domaine de ce fait justificatif à la preuve de faits imputés à des fonctionnaires publics, corps constitués ou directeurs d'établissements faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit, a résulté un article dont les deux premiers alinéas sont entièrement privés d'effet par le troisième, duquel découle un véritable dédale normatif : « *y figurent d'abord un principe, puis des exceptions (ramenées ultérieurement à l'unité), puis des exceptions à ces exceptions qui engendrent un retour au principe dans certaines hypothèses seulement* »¹⁶⁶⁰.

407. Ce n'est toutefois pas l'économie chaotique des dispositions relatives à l'exception de vérité des faits diffamatoires qui lui vaut, depuis quelques années, d'être surveillée avec inquiétude depuis Strasbourg. En effet, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, quoique résolument attachée à la possibilité d'une démonstration par l'auteur d'imputations diffamatoires de leur véracité, en particulier s'agissant d'accusations visant les institutions étatiques¹⁶⁶¹, retient une conception du fait diffamatoire assez différente de celle des juridictions françaises : la Cour de Strasbourg opère en effet une distinction cruciale entre les assertions de faits, lesquelles doivent pouvoir faire l'objet d'une preuve, et les jugements de

¹⁶⁵⁷ L. François, *L'exceptio veritatis des imputations diffamatoires : regards croisés des droits français et européen*, Gaz. Pal. 2008, n° 66, p. 2.

¹⁶⁵⁸ M. Véron, *Preuve de la vérité : faits remontant à plus de dix ans*, Dr. Pén. 2011, comm. 74.

¹⁶⁵⁹ A. Lepage, *Diffamation et exception de vérité*, Comm. com. Electr. 2011, comm. 57.

¹⁶⁶⁰ E. Dreyer, Jcl. Lois pénales spéciales, *Diffamations et injures publiques*, étude préc., n° 67.

¹⁶⁶¹ CEDH, *Castells c/ Espagne*, 23 avril 1992, n° 11798/85.

valeur, pour lesquels il serait excessif d'exiger la démonstration de leur exactitude¹⁶⁶². Cette solution, qui confère « *une double possibilité d'exonération au diffamateur* »¹⁶⁶³, apparaît pourtant difficile à mettre en œuvre en France, où les juridictions exigent en outre que soit réalisée, par l'auteur de propos diffamatoires, la démonstration de leur « *vérité absolue* »¹⁶⁶⁴. A l'inverse, la Cour européenne admet, dans certains cas, qu'il serait « *déraisonnable voire impossible* » d'exiger de lui qu'il prouve l'exactitude de ses assertions¹⁶⁶⁵.

Il semblerait dès lors que la Cour européenne des droits de l'Homme souhaite procéder à une confusion des moyens tirés de l'*exceptio veritatis* et de la bonne foi, les bénéfices du second devant prévaloir quand bien même le formalisme du premier ne serait pas acquis. En effet, l'exonération de responsabilité de l'article 35 de la loi de 1881 est soumise au respect des conditions formulées à l'article 55 de la même loi, qui exige que l'offre de preuve soit faite dans un délai de dix jours à compter de la notification de la citation à comparaître. Cette offre est effectuée par un acte d'huissier notifié au poursuivant (ministère public ou plaignant, selon les cas), contenant les faits dont on souhaite démontrer la véracité, les coordonnées des éventuels témoins que l'on souhaite faire citer et la photocopie des pièces constitutives de moyens de preuve, lesquelles doivent provenir d'éléments chronologiquement antérieurs aux faits diffamatoires¹⁶⁶⁶ et établir une preuve « *parfaite, complète et corrélative aux imputations formulées tant dans leur matérialité que dans leur portée et dans leur signification diffamatoire* »¹⁶⁶⁷. Comme le souligne un avocat, toute la difficulté de la tâche découle alors du fait qu'un véritable dossier de défense au fond « *doit être préparé dans ce délai très court, alors même que l'audience de plaidoirie elle-même se tiendra généralement plusieurs mois après* »¹⁶⁶⁸.

Cette complexité formelle de l'*exceptio veritatis*, véritable garantie pour la personne diffamée, apparaît déjà susceptible d'en amoindrir la portée dont la Cour de Strasbourg souhaiterait la pourvoir. On peut toutefois gager que la possibilité, pour le prévenu, d'exciper

¹⁶⁶² CEDH, *Lingens c/ Autriche*, 8 juillet 1986, n° 9815/82, § 46 ; v. aussi *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, 24 février 1997 préc., § 42 ; *Brasilier c/ France*, 11 avril 2006, n°71343/01, § 35.

¹⁶⁶³ L. François, *Gaz. Pal.* 2008, n° 66, p. 2 préc.

¹⁶⁶⁴ E. Dreyer, *Jcl. Lois pénales spéciales, Diffamations et injures publiques*, étude préc., n° 61.

¹⁶⁶⁵ CEDH, *Thorgeir Thorgeirson c/ Islande*, 25 juin 1992, n° 13778/88, § 65 ;

¹⁶⁶⁶ Cass. Crim., 25 février 2010, n° 09-12.641 ; 17 décembre 1979, *Bull. crim.* 1979 n° 360.

¹⁶⁶⁷ Cass. Crim., 14 avril 1992, *Bull. crim.* 1992 n° 162.

¹⁶⁶⁸ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, *op. cit.* p. 109.

de sa bonne foi est de nature à calmer les eaux strasbourgeoises, dont le courant a déjà provoqué une extension significative du domaine de l'exception de vérité.

b - Des incompatibilités de fond : l'entrave aux débats historique et scientifique

408. L'article 35 de la loi du 29 juillet 1881, tel que modifié par l'ordonnance du 6 mai 1944, instaurait depuis cette date la possibilité de prouver la vérité des faits diffamatoires imputés à toute personne, privée comme publique, mais en interdisant cependant cette preuve dans trois hypothèses énumérées par le texte : « *a) Lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne ; b) Lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années ; c) Lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision* ».

Les interdictions prévues par les b) et c) de l'article 35 constituaient une illustration du contexte troublé qui les avaient vu naître, en 1944, après la Libération française¹⁶⁶⁹. C'est en effet la recherche de la paix sociale, à une période où les dénonciations de collaboration allaient bon train, qui a motivé ces restrictions au sein de l'ordonnance du 6 mai. Dans le premier cas, la chute du temps devait faire oublier des faits dont la dénonciation n'était possible que dans les dix ans qui s'écoulaient à compter de leur commission, l'acte de publication constituant le point de départ à rebours duquel on déterminait si le fait révélé était admissible à la preuve¹⁶⁷⁰. Le temps était encore à l'œuvre au titre de l'interdiction du c) lorsqu'il s'agissait d'imputations relatives à une infraction prescrite, leur preuve devenant impossible au-delà des délais respectivement attribués à chaque nature d'infractions. Le pardon du législateur (amnistie) et l'appréciation renouvelée des juges (réhabilitation, révision) devaient également ôter au diffamateur toute permission de reproche légitime envers autrui.

409. Une loi du 17 juin 1998 était déjà venue ajouter un alinéa neutralisant les a) et b) de l'article 35 lorsque les faits imputés sont constitutifs d'infractions à caractère sexuel (art. 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-27 du Code pénal) commises sur des personnes mineures. Néanmoins, le « droit à l'oubli » promu par les b) et c) de l'article 35 n'a pas survécu aux contrôles de conventionnalité et de constitutionnalité récemment exercés à leur égard. Il est en effet paradoxal de constater que l'ordonnance du 6 mai 1944, en ambitionnant d'élargir la

¹⁶⁶⁹ *Cahiers du Conseil constitutionnel*, commentaire de la décision n° 2011-131 QPC préc., p. 2.

¹⁶⁷⁰ Cass. Crim., 14 février 2006, Bull. crim. 2006 n° 41, Dr. Pén. 2006, comm. 66, obs. M. Véron.

portée de l'*exceptio veritatis*, l'amointrissait en réalité de façon considérable. En effet, son domaine antérieur, certes restreint à des faits et catégories de personnes spécifiques, ne se voyait opposer aucune limitation dans le temps ou par l'action des institutions. Les restrictions apportées en 1944 avaient pourtant vocation à s'appliquer de façon générale, quelles qu'aient été les fonctions exercées par la personne diffamée. Aussi, ces limitations revenaient à créer une présomption irréfragable du caractère calomnieux de faits dont la preuve était pourtant possible. Plus encore, certaines interdictions apparaissaient extrêmement contestables, en particulier celle concernant des faits amnistiés qui, ayant perdu leur caractère infractionnel sur le papier, n'en constituent pas moins des faits qualifiés pénalement. Il en allait de même des faits prescrits, qui ne doivent leur impunité qu'à l'inertie ou l'impuissance des pouvoirs publics (il n'était alors plus possible d'évoquer des délits graves plus de trois ans après leur perpétration)¹⁶⁷¹. Enfin, c'est par leur anachronisme que ces interdictions devinrent intenable. De nos jours, en effet, « *la priorité n'est pas d'éloigner le risque de déchirement de la société liée à la période trouble de la collaboration, mais au contraire de mieux comprendre le passé et de privilégier le devoir de mémoire* »¹⁶⁷². De telles limitations devinrent rapidement incompatibles avec les pratiques de la libre recherche historique et du contrôle démocratique des représentants de la Nation.

Le 7 novembre 2006, la Cour européenne des droits de l'Homme rendit un arrêt constatant la violation, par la France, de l'article 10 de la Convention pour la condamnation d'un député qui, au cours d'une émission de télévision, avait accusé l'ancien directeur du Service central de protection contre les rayonnements ionisants (SCPRI) d'avoir publiquement affirmé, après l'explosion de la centrale nucléaire de Tchernobyl, que le nuage issu de la déflagration et comportant des substances radioactives n'atteindrait pas les frontières françaises¹⁶⁷³. Le requérant, qui avait tenté de s'exonérer de sa responsabilité pénale en souhaitant établir la preuve de ses affirmations, s'était vu refuser cette possibilité en raison de l'ancienneté des faits, survenus plus d'une dizaine d'années avant l'émission. La Cour, percevant « *certaines, d'un point de vue général, la logique d'une limite temporelle* » à l'exception de vérité « *dans la mesure où, plus les allégations portent sur des circonstances anciennes, plus il est difficile d'évaluer leur véracité* », affirma néanmoins que « *lorsqu'il s'agit d'évènements*

¹⁶⁷¹ E. Dreyer, Jcl. Lois pénales spéciales, *Diffamations et injures publiques*, étude préc., n° 75.

¹⁶⁷² G. Lécuyer, *Les enseignements constitutionnels de la décision n° 2011-131 QPC*, Légipresse 2011, n° 285, p. 412.

¹⁶⁷³ CEDH, *Mamère c/ France*, 7 novembre 2006, n° 12697/03, D. 2007, p. 1704, note J.-P. Marguénaud ; RSC 2008, p. 165, obs. D. Roets.

qui s'inscrivent dans l'Histoire ou qui relèvent de la science, il peut au contraire sembler qu'au fil du temps, le débat se nourrit de nouvelles données susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la réalité des choses » (§ 24). Mais ce n'est qu'en 2011, après qu'un jugement de fond ait suivi le raisonnement strasbourgeois¹⁶⁷⁴, que, saisie d'une question prioritaire de constitutionnalité, la Chambre criminelle confia le sort de cette interdiction au Conseil constitutionnel¹⁶⁷⁵ : celui-ci estima que « *par son caractère général et absolu* », elle portait « *à la liberté d'expression une atteinte qui n'est pas proportionnée au but poursuivi* »¹⁶⁷⁶. C'est dans des termes identiques que les Sages de la rue Montpensier prononcèrent la censure, également après le renvoi d'une question prioritaire de constitutionnalité par la Chambre criminelle deux ans plus tard¹⁶⁷⁷, du c) de l'article 35¹⁶⁷⁸. L'influence de la jurisprudence européenne apparaît, dans ces deux décisions, indéniable¹⁶⁷⁹, en particulier lorsqu'il s'est agi, pour le Conseil, de préciser que les interdictions contestées avaient pour effet de viser « *sans distinction [...] tous les propos ou écrits résultant de travaux historiques ou scientifiques ainsi que les imputations se référant à des événements dont le rappel ou le commentaire s'inscrivent dans un débat public d'intérêt général* »¹⁶⁸⁰.

410. L'interdiction de prouver des faits diffamatoires relatifs à la vie privée des personnes, seule exception actuellement en vigueur, est, en réalité, une prolongation de l'ancien système d'*exceptio veritatis* promu par le législateur de 1819 et repris par celui de 1881, lesquels avaient « muré la vie privée des personnes » en n'autorisant une telle preuve qu'à raison des imputations dirigées contre les personnes dépositaires de prérogatives de puissance publique et relatives à des faits découlant de l'exercice de leurs fonctions. Les faits s'exerçant dans le secret et sans causer de trouble visible à la société n'ont aucune vocation à être révélés¹⁶⁸¹, sans quoi l'*exceptio veritatis* deviendrait un moyen parfaitement légal de chantage

¹⁶⁷⁴ TGI Paris, 17^{ème} ch., 21 mai 2007, Légipresse 2007.III.227, note L. François ; v. aussi CA Paris, ch. 2-7, 13 octobre 2010.

¹⁶⁷⁵ Cass. Crim., 15 mars 2011, Bull. crim. 2011 n° 54, Comm. com. Electr. 2011, comm. 57, obs. A. Lepage.

¹⁶⁷⁶ Conseil constitutionnel, 20 mai 2011, n° 2011-131 QPC, Comm. com. Electr. 2011, comm. 68, obs. A. Lepage ; Dr. Pén. 2011, comm. 90, obs. M. Véron ; JCP 2011, 1227, n° 3, obs. B. de Lamy.

¹⁶⁷⁷ Cass. Crim., 19 mars 2013, n° 12-90.075, Comm. com. Electr. 2013, comm. 71, obs. A. Lepage ; Dr. Pén. 2013, chron. 6, n° 32, obs. O. Mouysset.

¹⁶⁷⁸ Conseil constitutionnel, 7 juin 2013, n° 2013-319 QPC, Comm. com. Electr. 2013, comm. 93, obs. A. Lepage ; Dr. Pén. 2013, comm. 111.

¹⁶⁷⁹ E. Dreyer, B. Beignier, B. de Lamy, N. Tavieaux-Moro, E. Tricoire, *Droit de la presse et des médias*, JCP 2011, doctr. 1227.

¹⁶⁸⁰ Conseil constitutionnel, déc. n° 2011-131 QPC et 2013-319 QPC préc.

¹⁶⁸¹ E. Dreyer, Jcl. Lois pénales spéciales, *Diffamations et injures publiques*, étude préc., n° 71.

à l'encontre du diffamé¹⁶⁸². Il est à noter toutefois que la conception de la vie privée retenue par la jurisprudence, au sens de l'article 35 de la loi de 1881, est plus large que celle d'« *intimité de la vie privée* » consacrée par les dispositions de la loi du 17 juillet 1970, et semble s'étendre à « *tout ce qui ne relève pas de l'exercice normal de fonctions professionnelles* »¹⁶⁸³. En dépit des raisons qui tendent à faire de cette exception la plus justifiée au regard de la protection des droits d'autrui, on peut se demander, aujourd'hui, si elle pourrait être totalement épargnée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme au regard de « *l'exigence de transparence* » qui semble y prévaloir ces dernières années¹⁶⁸⁴. Un auteur a ainsi pu déduire d'un arrêt de la Cour EDH¹⁶⁸⁵ que la contribution à un débat d'intérêt général de propos portant atteinte à certains aspects de la vie privée d'une personne publique était susceptible de constituer un critère permettant aux dispositions protectrices de l'article 10 § 1 de la Convention de prévaloir sur celles de l'article 8 relatives à au droit au respect de la vie privée¹⁶⁸⁶.

C'est cette notion de « débat d'intérêt général », omniprésente dans la jurisprudence européenne, qui, outre son rôle certain dans l'érosion des limitations à la démonstration de la vérité des faits diffamatoires, a le plus contribué, ces dernières années, à libéraliser l'expression infamante.

2 - L'émergence de la notion de débat d'intérêt général

411. Au nombre des notions identifiées par la Cour européenne des droits de l'Homme au soutien de sa « valorisation spectaculaire de la liberté de la presse », celle de « *débat d'intérêt général* » constitue probablement l'une des plus anciennes et, surtout, celle qui a exercé la plus grande influence sur la jurisprudence française au cours des dernières années (a). Cette influence récente conduit néanmoins à se pencher sur les zones d'ombre qui entourent, aujourd'hui encore, cette notion (b).

¹⁶⁸² B. Beignier, *L'honneur et le droit*, op. cit. p. 178.

¹⁶⁸³ E. Dreyer, Jcl. Lois pénales spéciales, *Diffamations et injures publiques*, étude préc., n° 72.

¹⁶⁸⁴ A. Lepage, *Article 35 de la loi du 29 juillet 1881 et QPC : une nouvelle déclaration d'inconstitutionnalité*, Comm. com. Electr. 2013, comm. 93.

¹⁶⁸⁵ CEDH, *Leempoel & S.A. ED. Ciné revue c/ Belgique*, 9 novembre 2006, n° 64772/01, § 79 s.

¹⁶⁸⁶ L. François, *Gaz. Pal.* 2008, n° 66, p. 2 préc.

a - Une notion prétorienne d'inspiration strasbourgeoise

412. Apparue récemment au sein de la jurisprudence nationale, la notion de débat d'intérêt général existe pourtant de longue date au sein de la jurisprudence strasbourgeoise (i). Son domaine, difficile à circonscrire en raison de sa vasteté, présente néanmoins un parallélisme au sein des deux jurisprudences (ii).

i - La réception française d'une notion européenne

413. La notion de débat d'intérêt général, devenue « *l'emblème de la jurisprudence européenne en matière de liberté d'expression* »¹⁶⁸⁷, semble puiser ses sources dans l'arrêt *Sunday Times c/ Royaume-Uni* de 1979, dans lequel la Cour a considéré qu'il incombait à la presse de communiquer des informations et idées concernant des « *secteurs d'intérêt public* ». La Cour ajouta qu'à cette fonction primordiale de la presse s'adjoignait le droit du public à recevoir lesdites informations, condamnant ainsi l'Etat défendeur sur le fondement de l'article 10 pour avoir prononcé l'interdiction de la publication d'un article relatant les détails d'un scandale survenu en matière de santé publique¹⁶⁸⁸. Cette formule fut par la suite reprise dans l'arrêt *Lingens c/ Autriche* de 1986, par lequel fut censurée la condamnation d'un journaliste pour la publication d'articles dénonçant l'accord passé par le chancelier autrichien avec un homme politique ayant appartenu aux Waffen SS durant la Seconde Guerre mondiale¹⁶⁸⁹. La notion, synonyme, de « débat d'intérêt général » est, depuis l'arrêt *De Haes et Gijssels c/ Belgique*¹⁶⁹⁰, l'objet d'une utilisation régulière par la Cour de Strasbourg dans l'examen du caractère nécessaire, dans une société démocratique, des ingérences effectuées par les Etats signataires de la Convention dans l'exercice du droit à la liberté d'expression des requérants dans le cadre d'un débat public.

414. L'omniprésence et l'importance, au sein de la jurisprudence européenne, de cette notion, véritable « *fait justificatif de nature à libérer l'expression* »¹⁶⁹¹, a récemment conduit les juridictions françaises à intégrer celle-ci dans la jurisprudence nationale. Elle fit d'abord une apparition notable dans le contentieux civil de protection des droits à l'image et au respect de

¹⁶⁸⁷ L. François, *Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg* (1^{ère} partie), Légipresse 2014, n° 317 p. 339, sp. p. 340.

¹⁶⁸⁸ CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avril 1979, n° 6538/74, § 65.

¹⁶⁸⁹ CEDH, *Lingens c/ Autriche*, 8 juillet 1986 préc.

¹⁶⁹⁰ CEDH, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, 24 février 1997, n° 19983/92.

¹⁶⁹¹ N. Droin, *Diffamation et débat d'intérêt général : la bonne foi plie, mais ne rompt pas*, D. 2015, p. 931.

la vie privée, venant compléter le critère précédemment employé des « *faits d'actualité* »¹⁶⁹². Dans un arrêt en date du 24 octobre 2006, la première Chambre civile estima que la révélation, dans le cadre de la mise en examen du maire d'une commune, de son appartenance à la franc-maçonnerie, ne constituait pas une atteinte à sa vie privée dès lors qu'elle se trouvait « *justifiée par l'information du public sur un débat d'intérêt général* »¹⁶⁹³.

C'est néanmoins dans l'arrêt, fondateur en la matière, dit « *Executive Life* », du 11 mars 2008 que la Chambre criminelle a intégré, pour la première fois dans le contentieux pénal de l'expression publique, la notion de débat d'intérêt général¹⁶⁹⁴. Dans cette affaire, un hebdomadaire avait publié l'*interview* de l'auteur de la dénonciation aux autorités américaines du montage frauduleux réalisé par la société Crédit Lyonnais aux fins de la création d'une société écran, qui avait abouti à une condamnation de la filiale ayant pris part au montage, alors contrôlée par l'Etat français au moment des faits, et dont les conséquences financières, s'élevant à 771 millions de dollars de dommages-intérêts, avaient été mises à la charge de l'Etat et, irrémédiablement, des contribuables français. Il était, dans cet article, imputé à un homme d'affaires français d'être à l'origine du montage illégal. La directrice de la publication, le journaliste auteur de l'article et le dénonciateur indiscret furent poursuivis pour diffamation publique envers un particulier. La Chambre criminelle a censuré l'arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait refusé aux journalistes le bénéfice du fait justificatif de la bonne foi, en affirmant que « *l'article incriminé, traitant d'un sujet d'intérêt général relatif au rachat frauduleux par un organisme bancaire d'une compagnie d'assurance de droit étranger qui avait entraîné la mise à la charge de l'Etat français, et donc du contribuable, des sommes considérables, ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme* ».

La compréhension de la notion, désormais nationalisée, de débat d'intérêt général, passe par l'appréhension de son domaine au sein de la jurisprudence.

¹⁶⁹² P. Auvret, Jcl. Communication, fasc. 3715, *Protection civile des droits de la personnalité*, 2011, n° 20 s.

¹⁶⁹³ Cass. 1^{ère} civ., 24 octobre 2006, Bull. crim. 2006 n° 437.

¹⁶⁹⁴ Cass. Crim., 11 mars 2008, Bull. Crim. 2008 n° 59, JCP 2008.I.209, n°3, obs. E. Dreyer ; Dr. Pén. 2008, p. 869, note P. Conte ; D. 2008, p. 2256, note J. Lapousterle.

ii - Le parallélisme des conceptions française et européenne de la notion

415. En premier lieu, il convient de souligner que la notion de débat d'intérêt général répond à « *une logique purement prétorienne puisqu'aucun article de la Convention ou de ses protocoles additionnels n'y fait la moindre référence* »¹⁶⁹⁵. La Cour de Strasbourg elle-même n'a pas jugé souhaitable d'en donner la moindre définition, ce qui peut s'expliquer par le fait que « *l'activité humaine et le fonctionnement des sociétés, notamment les sociétés démocratiques [...], génèrent une infinie variété de situations qui tôt ou tard s'échappent du cadre* »¹⁶⁹⁶. S'il en découle inévitablement que « *le juriste n'est pas armé conceptuellement pour définir l'intérêt général, pas plus le juge européen que le juge français* »¹⁶⁹⁷, « *il est d'ores et déjà acquis en jurisprudence, interne et européenne, que le débat d'intérêt général doit mettre en perspective un sujet ayant des repercussions effectives au sein de la société civile* »¹⁶⁹⁸. La première Chambre civile de la Cour de cassation a ainsi affirmé, dans un arrêt récent, qu'« *ont trait à l'intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu'il peut légitimement s'y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu'elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie en collectivité* »¹⁶⁹⁹.

416. La question de la détermination du domaine de l'intérêt général au sein du débat public pose, en premier lieu, celle de ses sources¹⁷⁰⁰. Si l'intérêt général devait découler du seul intérêt ressenti par le public vis-à-vis des événements relatés, le risque serait alors de légitimer certaines révélations satisfaisant « *la curiosité d'un certain public* »¹⁷⁰¹ au détriment du respect des droits d'autrui. Par ailleurs, si les débats d'intérêt général prennent souvent et presque inévitablement naissance à l'initiative des journalistes qui en tirent la légitimité de leur rôle d'information du public¹⁷⁰², assimiler leur statut de « chiens de garde de la démocratie » à celui

¹⁶⁹⁵ L. François, Légipresse 2014, n° 317 p. 339 préc., *sp.* p. 340.

¹⁶⁹⁶ P. Dourneau-Josette, *La notion de « débat d'intérêt général » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Légipresse 2015, n° 323 p. 25.

¹⁶⁹⁷ C. Bigot, *L'utilisation du critère de l'intérêt général en droit interne : éléments pour un bilan*, Légipresse 2015, n° 323 p. 31.

¹⁶⁹⁸ G. Royer, *Les limites admissibles de la liberté d'expression dans le cadre d'un débat d'intérêt général portant sur l'action du préfet*, AJ Pénal 2013, p. 304.

¹⁶⁹⁹ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2017, à paraître au *Bulletin*, n° 15-22.946.

¹⁷⁰⁰ C. Michalski, *Liberté d'expression et débat d'intérêt général*, AJ Pénal 2013 p. 19.

¹⁷⁰¹ CEDH, *Société Prisma Press c/ France*, 1^{er} juillet 2003, n° 66910/01 (irrecevabilité).

¹⁷⁰² CEDH, *Lesnik c/ Slovaquie*, 11 mars 2003, n° 35640/97, § 61 ; *Cumpana et Mazare c/ Roumanie*, 17 décembre 2004, n° 33348/96, § 101 ; *Sabou et Pircala c/ Roumanie*, 28 septembre 2004, n° 46572/99, § 38 ; *Thoma c/ Luxembourg*, 29 mars 2001 préc., § 58.

de garants exclusifs de l'opportunité du débat présente un risque quant à la qualité même de ce débat¹⁷⁰³. Il convient alors, dans un souci de préservation des libertés individuelles et de protection des droits d'autrui, d'attribuer au juge la lourde tâche de déterminer ce qui doit ou non relever du débat d'intérêt général dans une société démocratique. Solution de fortune, qui doit inévitablement comporter ses propres inconvénients : l'information, par nature éphémère, et dont les vertus sont largement tributaires de la célérité avec laquelle les journalistes en rendent compte, ne peut toujours s'accommoder d'une vérification préalable, et souvent trop longue, de sa licéité¹⁷⁰⁴. La Cour de Strasbourg l'admet elle-même lorsqu'elle la qualifie de « bien périssable » : « en retarder la publication, même pour une brève période, risque fort de la priver de toute valeur et de tout intérêt »¹⁷⁰⁵.

417. C'est cependant à l'aune de la jurisprudence qu'il convient de circonscrire le domaine du débat d'intérêt général. Certains auteurs ont tenté d'en dresser un tableau aussi fidèle que possible, par le biais de deux séries de critères : l'intérêt général s'apprécie d'abord *ratione materiae*, soit en fonction « de l'objet des propos », puis *ratione personae*, soit en fonction « du sujet des propos »¹⁷⁰⁶.

Au titre des critères matériels du débat d'intérêt général, le cadre spatial et temporel du débat semble être d'une fiabilité particulièrement réduite¹⁷⁰⁷. La Cour européenne des droits de l'Homme a en effet reconnu que des propos pouvaient s'inscrire dans un débat d'intérêt général tant lorsque l'opinion est mobilisée à l'échelle d'un pays entier¹⁷⁰⁸ qu'à l'échelle régionale¹⁷⁰⁹, locale¹⁷¹⁰, voire universitaire¹⁷¹¹ ; et s'il est certain que l'actualité d'un débat lui confère une importance particulière pour l'opinion publique¹⁷¹², celle-ci ne saurait revêtir une durée uniforme, nécessitant de combiner ces critères avec d'autres éléments d'appréciation. C'est

¹⁷⁰³ J.-P. Marguénaud, *De l'extrême relativité des « devoirs et responsabilités » des journalistes d'investigation*, D. 2007, p. 2506.

¹⁷⁰⁴ C. Michalski, AJ Pénal 2013 p. 19 préc.

¹⁷⁰⁵ CEDH, *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, n° 13585/88, § 60.

¹⁷⁰⁶ N. Droin, D. 2015 p. 931 préc.

¹⁷⁰⁷ C. Michalski, AJ Pénal 2013 p. 19 préc.

¹⁷⁰⁸ CEDH, *Bladet Tromsø et Stensaas c/ Norvège*, 20 mai 1999, n° 21980/93, § 63.

¹⁷⁰⁹ CEDH, *Abeberry c/ France*, 21 septembre 2004, n°58729/00 ; *Castells c/ Espagne*, 23 avril 1992 préc., § 45.

¹⁷¹⁰ CEDH, *Incal c/ Turquie*, 9 juin 1998 préc., § 50 ; *Bergens Tidende et autres c/ Norvège*, 2 mai 2000, n° 26132/95, § 51 ; *De Lesquen du Plessis-Casso c/ France*, 12 avril 2012 préc. Notons toutefois que la Chambre criminelle française a refusé d'étendre l'effet justificatif d'un débat d'intérêt général à une question dont le retentissement n'était que local : v. Cass. Crim., 2 février 2010, n° 09-80.371.

¹⁷¹¹ CEDH, *Boldea c/ Roumanie*, 15 février 2007, n° 19997/02, § 57.

¹⁷¹² CEDH, *Bergens Tidende et autres c/ Norvège*, 2 mai 2000 préc., § 51 ; *Yagmurdereli c/ Turquie*, 4 juin 2002, n°29590/96, § 51.

donc davantage le cadre factuel du débat qui permet d'en apprécier le caractère d'intérêt général. « *C'est le discours politique qui semble constituer le domaine de prédilection du débat d'intérêt général* »¹⁷¹³, la Cour considérant en effet que la liberté de la presse « *permet à chacun de participer au libre jeu du débat politique* »¹⁷¹⁴, et « *fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants* »¹⁷¹⁵. A l'instar de la Cour EDH, la Chambre criminelle accorde une importance particulière au domaine de la polémique politique¹⁷¹⁶. Le fonctionnement des institutions et services publics compte également parmi les sujets pouvant intéresser le public au sens large : il en est ainsi de la conduite des autorités judiciaires¹⁷¹⁷, des forces de police¹⁷¹⁸, des services de renseignement¹⁷¹⁹ ou des politiques communales d'aménagement¹⁷²⁰. Relèvent également de l'intérêt général les débats relatifs aux événements historiques majeurs¹⁷²¹, aux questions de santé publique¹⁷²² ou de religion¹⁷²³. On peut alors convenir que l'intérêt général se mesure, matériellement, à raison des thèmes majeurs qui affectent la vie de la cité dans son ensemble. De ce point de vue, on peut estimer que l'intérêt du public pour un débat d'intérêt général se mesure à la *résonance médiatique* de celui-ci¹⁷²⁴.

Au titre des critères personnels de l'intérêt général, la jurisprudence semble avoir identifié deux éléments qui confèrent, essentiellement aux personnes publiques, une place

¹⁷¹³ L. François, *Légipresse* 2014, n° 317 p. 339 préc. sp. p. 240.

¹⁷¹⁴ CEDH, *Castells c/ Espagne*, 23 avril 1992 préc. § 43.

¹⁷¹⁵ CEDH, *Lingens c/ Autriche*, 8 juillet 1986 préc. § 42 ; *Bowman c/ Royaume-Uni*, 19 février 1998, n° 24839/94, § 42.

¹⁷¹⁶ Cass. Crim., 4 décembre 2007, Bull. crim. 2007 n° 302 ; 1^{er} février 2011, n° 10-81.667 ; 9 décembre 2014, n° 13-84.869.

¹⁷¹⁷ CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avril 1979 préc., § 65 ; *Prager et Oberschlick c/ Autriche*, 26 avril 1995, n° 15974/90, § 34 ; *July et SARL Libération c/ France*, 14 février 2008, n° 20893/03, § 66 ; *Morice c/ France*, 23 avril 2015 (Gde Ch.) préc., § 128 ; *Ottan c/ France*, 19 avril 2018 préc., § 61.

¹⁷¹⁸ CEDH, *Thorgeir Thorgeirson c/ Islande*, 25 juin 1992 préc., § 67 ; *Nilsen et Johnsen c/ Norvège*, 25 novembre 1991, n° 23118/93, § 46.

¹⁷¹⁹ CEDH, *Telegraaf Nederland Landelijke Media B.V. et autres c/ Pays-Bas*, 22 novembre 2012, n° 39315/06, § 127 ; Cass. Crim., 2 septembre 2014, n° 12-87.322.

¹⁷²⁰ Cass. Crim., 12 novembre 2014, n° 13-84.144 ; 6 mai 2014, Bull. crim. 2014 n° 121 ; 8 avril 2014, n° 12-88.412 ; 2 octobre 2012, n° 11-83.188 ; 16 octobre 2012, n° 11-88.102.

¹⁷²¹ CEDH, *Monnat c/ Suisse*, 21 septembre 2006 préc., § 58 ; *Orban et autres c/ France*, 15 janvier 2009 préc., § 35 ; *Perinçek c/ Suisse*, 17 décembre 2013 préc. et l'arrêt de Grande chambre du 15 octobre 2015 préc., § 223

¹⁷²² CEDH, *Hertel c/ Suisse*, 25 août 1998, n° 25181/94, § 47 ; *Bergens Tidende et autres c/ Norvège*, 2 mai 2000 préc., § 51 ; *Mor c/ France*, 15 décembre 2011, n° 28198/09, § 53 ; Comm. EDH, *Montousse c/ France*, 29 novembre 1995, n° 21976/93 (irrecevabilité) ; Cass. Crim., 8 avril 2014, n° 12-88.412.

¹⁷²³ CEDH, *Paturel c/ France*, 22 décembre 2005, n° 54968/00, § 32 ; *Gündüz c/ Turquie*, 4 décembre 2003, n° 35071/97, § 43 ; *Jérusalem c/ Autriche*, 27 février 2001, n° 26958/95, § 44 ; Cass. Crim., 8 novembre 2011, n° 10-85.666 ; Cass. Ass. Plén., 16 février 2007, Bull. crim. 2007 n° 1.

¹⁷²⁴ L. François, *Légipresse* 2014, n° 317 p. 339, sp. p. 344.

prépondérante dans le débat public¹⁷²⁵. Il s'agit, en premier lieu, du statut de la personne dont il est débattu. On sait, depuis l'arrêt *Lingens* de 1986, que « *les limites de la critique admissible sont plus larges à l'égard d'un homme politique visé en cette qualité, que d'un simple particulier ; à la différence du second, le premier s'expose inévitablement et consciemment à un contrôle attentif de ses faits et gestes tant par les journalistes que par la masse des citoyens* » (§ 42). La Cour de Strasbourg fait une application constante de ce principe par la suite¹⁷²⁶, et la Cour de cassation française tient également compte du statut des personnes critiquées dans l'appréciation des condamnations prononcées par les juridictions du fond¹⁷²⁷. Elle a ainsi considéré que « *la protection d'un homme politique doit être conciliée avec la libre discussion de son aptitude à exercer les fonctions pour lesquelles il se présente au suffrage des électeurs* »¹⁷²⁸ ; ainsi, également, de l'action d'un magistrat¹⁷²⁹ ou du maire d'une commune¹⁷³⁰. En second lieu, il doit être tenu compte de la *notoriété* de la personne visée, indépendamment de son éventuel statut, exposant inévitablement celle-ci à des critiques : ainsi du représentant régional d'une communauté religieuse¹⁷³¹, d'un avocat médiatiquement connu¹⁷³² d'un acteur¹⁷³³ ou d'un membre d'une famille princière¹⁷³⁴. C'est donc ici à *l'activité publique* de la personne visée, entendue comme « *les actes d'une personne physique ou morale qui représente une dimension publique et qui justifient, par conséquent, le droit du public à l'information* »¹⁷³⁵, que les juges se réfèrent.

En définitive, « *l'examen des arrêts rendus par la Cour de cassation témoigne d'une grande similitude entre ce qui relève du débat d'intérêt général devant les juges français et ce qui participe à un tel débat selon la juridiction strasbourgeoise* »¹⁷³⁶. Cependant, l'utilisation

¹⁷²⁵ J. Lapousterle, *Diffamation : l'infraction écartée en présence d'une interview d'intérêt général*, D. 2008 p. 2256.

¹⁷²⁶ CEDH, *Ruusunen c/ Finlande*, 14 janvier 2014, n° 73579/10, § 41 ; *Brosa c/ Allemagne*, 17 avril 2014, n° 5709/09, § 41 ; *Otegi Mondragon c/ Espagne*, 15 mars 2011 préc., § 50 ; *Colombani et autres c/ France*, 25 juin 2002 préc., § 56 ; *Eon c/ France*, 14 mars 2013 préc., § 59.

¹⁷²⁷ N. Droin, D. 2015 p. 931 préc.

¹⁷²⁸ Cass. Ch. Mixte, 24 novembre 2000, Bull. Ch.M. 2000 n° 4.

¹⁷²⁹ Cass. Crim., 15 décembre 2015, n° 14-83.481.

¹⁷³⁰ Cass. Crim., 8 avril 2014, Bull. crim. 2014 n° 103.

¹⁷³¹ CEDH, *Chalabi c/ France*, 18 septembre 2008, n° 35916/04, § 42.

¹⁷³² CEDH, *Minelli c/ Suisse*, 14 juin 2005, n° 14991/02 (irrecevabilité).

¹⁷³³ CEDH, *Axel Springer AG c/ Allemagne*, 7 février 2012, n° 39954/08, § 91.

¹⁷³⁴ CEDH, *Von Hannover c/ Allemagne* (n° 2), 7 février 2012, n° 40660 et 60641, § 110.

¹⁷³⁵ L. François, *Légipresse* 2014, n° 317 p. 339 préc., *sp. pp.* 342-343.

¹⁷³⁶ N. Droin, D. 2015 p. 931 préc.

respective de cette notion par les juridictions françaises et européenne laisse subsister de nombreux doutes.

b - Une portée justificative encore incertaine

418. La notion de débat d'intérêt général, quoique circonscrite dans son domaine d'application, renferme un effet justificatif dont la maîtrise a pendant un temps échappé à la Cour de Strasbourg (i). En France, sa nature et son rôle demeurent par ailleurs difficiles à appréhender (ii).

i - Un potentiel disproportionné en droit européen

419. Dans la jurisprudence strasbourgeoise, il ne fait pas de doute que l'inscription des propos dans un débat d'intérêt général a pris le rôle d'un fait justificatif à part entière¹⁷³⁷. Plus encore, elle constitue un véritable élément d'amplification de la protection conférée par l'article 10 § 1 de la Convention au journalisme d'investigation et à tous ceux qui s'expriment dans l'intérêt du public. Cette « valorisation spectaculaire de la liberté de la presse » a ainsi traversé diverses étapes au fil de la jurisprudence, jusqu'à atteindre des hauteurs vertigineuses : l'arrêt *Sunday Times* de 1979 ayant associé au devoir de la presse de communiquer des informations sur des questions d'intérêt public le droit des citoyens de recevoir lesdites informations, la Cour n'a, par la suite, et dans un tel cadre, cessé de souligner que « *la presse joue un rôle essentiel dans une société démocratique* »¹⁷³⁸, et que les dispositions de la Convention ne laissent « *guère de place pour des restrictions à la liberté d'expression dans le domaine du discours politique ou de questions d'intérêt général* »¹⁷³⁹. Enfin, « *lorsqu'il y va de la presse [...], le pouvoir d'appréciation national se heurte à l'intérêt de la société démocratique à assurer et maintenir la liberté de la presse* »¹⁷⁴⁰. Ainsi, des infractions pourtant parfaitement constituées ont, à plusieurs reprises, vu leur condamnation par les juridictions nationales donner lieu à un constat de violation de l'article 10 § 1 de la Convention au motif que les propos litigieux avaient apporté une contribution substantielle à un débat d'intérêt général¹⁷⁴¹.

¹⁷³⁷ L. François, *Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg* (2^{ème} partie), *Légipresse* 2014, n° 318 p. 403, sp. p. 404 ; N. Droin, *D.* 2015 p. 931 préc.

¹⁷³⁸ CEDH, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, 24 février 1997 préc., § 37.

¹⁷³⁹ CEDH, *Wingrove c/ Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, n° 17419/90, § 58.

¹⁷⁴⁰ CEDH, *Dupuis et autres c/ France*, 7 juin 2007 préc., § 38.

¹⁷⁴¹ V. not. CEDH, *Mamère c/ France*, 7 novembre 2006 préc., § 20 ; *Orban et autres c/ France*, 15 janvier 2009 préc., § 35 ; *Reichman c/ France*, 12 juillet 2016, n° 50147/11 ; *Lacroix c/ France*, 7 septembre 2017, n° 41519/12.

420. Le souci de garantir aux « chiens de garde de la démocratie » un exercice paisible de leur rôle semble avoir toutefois conféré à l'effet justificatif du débat d'intérêt général un caractère quelque peu incontrôlable devant la juridiction strasbourgeoise. Il apparaît effectivement que la Cour, bien souvent, aura eu beau jeu de soutenir que l'exercice par les journalistes du droit à la liberté d'expression est soumis aux « *devoirs et responsabilités* » exigés par le second paragraphe de l'article 10 de la Convention, tandis qu'il s'est agi, quasi systématiquement, d'écarter de telles obligations en présence d'un débat d'intérêt général. Un éminent spécialiste du droit européen des droits de l'Homme a dès lors pu s'inquiéter de ce que la Cour européenne a, en quelque sorte, « avalisé » l'« *auto-immunisation* » mise en place par les médias dans leur couverture du débat public, ceux-ci étant bien souvent à l'origine même de la résonance médiatique qui place le sujet traité sous l'aura protectrice de l'article 10 § 1¹⁷⁴². La jurisprudence européenne, sans cesse plus bienveillante à l'égard des écarts journalistiques en matière d'atteinte aux droits à la réputation et à la présomption d'innocence, a ainsi abouti « *sinon à priver d'effet utile le paragraphe 2 de l'article 10 du moins à en réduire considérablement la portée* »¹⁷⁴³. Or, il en résulte que la valorisation excessive du droit à la liberté d'expression tend à instaurer un déséquilibre dans la mise en balance des intérêts concurrents, en contradiction de l'esprit même de la Convention, dont la Cour a pourtant souligné qu'elle a « *pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs* »¹⁷⁴⁴.

421. En définitive, la notion de débat d'intérêt général « *se révèle un peu trop élastique* »¹⁷⁴⁵. C'est la raison pour laquelle la Cour de Strasbourg semble, depuis quelques années, procéder à un infléchissement de sa jurisprudence surprotectrice de la liberté de la presse. Cette réévaluation des effets du débat d'intérêt général semble coïncider avec son intégration, au sein du contentieux relatif aux atteintes à la vie privée et au droit à l'image commises par des organes de presse, dans une grille de critères cumulatifs destinés à procéder à la mise en balance effective des droits en conflit à partir de son arrêt *Von Hannover c/ Allemagne* n° 2¹⁷⁴⁶ : la contribution à un débat d'intérêt général, quoique demeurant « *l'élément déterminant* » de cette mise en balance¹⁷⁴⁷, doit en effet, dans cette hypothèse, être examinée

¹⁷⁴² J.-P. Marguénaud, D. 2007 p. 2506 préc.

¹⁷⁴³ L. François, Légipresse 2014, n° 318 p. 403, préc. *sp.* p. 405.

¹⁷⁴⁴ CEDH, *Airey c/ Irlande*, 9 octobre 1979, n° 6289.73, § 24.

¹⁷⁴⁵ J.-P. Marguénaud, Jcl. Communication, étude préc. n° 23.

¹⁷⁴⁶ L. François, Légipresse 2014, n° 318 p. 403 préc. *sp.* p. 406.

¹⁷⁴⁷ CEDH, *Alkaya c/ Turquie*, 9 octobre 2012, n° 42811/06, § 33.

au regard de la notoriété de la personne visée et l'objet du *medium* incriminé, du comportement antérieur de la personne concernée, du contenu, de la forme et des répercussions de la publication, ainsi que des circonstances de la prise des photographies¹⁷⁴⁸. Parallèlement, les arrêts relatifs à des propos constitutifs d'infractions pénales entamèrent une atténuation des effets du débat d'intérêt général sur la conventionnalité de la condamnation par les juridictions internes, en exigeant que les propos, quoique relatant des faits d'intérêt public, devaient, lorsqu'ils s'analysent en un jugement de valeur, être justifiés par une « *base factuelle suffisante* »¹⁷⁴⁹.

Mais surtout, des arrêts récents ont marqué un net recul de la notion de débat d'intérêt général face au respect de la déontologie journalistique qui, « *dans un monde dans lequel l'individu est confronté à un immense flux d'informations [...] revêt une importance accrue* »¹⁷⁵⁰. Ainsi, les principes d'un « *journalisme responsable* » s'opposent à ce qu'un journal, accusant publiquement le directeur d'un lycée moldave de détournement de fonds sur le seul fondement d'une lettre anonyme de parents d'élèves, refuse à l'intéressé le droit de réponse qu'il avait sollicité¹⁷⁵¹. De même, un article imputant à une équipe locale de *baseball* le viol collectif commis sur une étudiante ne saurait se prévaloir de l'intérêt général du sujet dès lors que les requérants ne sont pas parvenus à démontrer en quoi les investigations sur l'affaire, ayant abouti à un non-lieu, avaient été menées de façon insuffisante¹⁷⁵².

Entre l'exigence d'une base factuelle suffisante et celle du respect de la déontologie journalistique, la nouvelle orientation donnée par la Cour de Strasbourg à sa jurisprudence en matière de débat d'intérêt général a tout de l'appréciation de la bonne foi à la française. C'est notamment au regard de cette dernière que l'intégration de la notion européenne dans la jurisprudence hexagonale suscite des interrogations quant à sa fonction réelle.

¹⁷⁴⁸ CEDH, *Von Hannover c/ Allemagne* n° 2, 7 février 2012 préc. § 108 s.

¹⁷⁴⁹ CEDH, *Paturel c/ France*, 22 décembre 2005 préc. § 38 ; *Brasilier c/ France*, 11 avril 2006 préc., § 38 ; *Cumpana et Mazare c/ Roumanie*, 17 décembre 2004 préc., § 101 ; *Perdersen et Baadsgaard c/ Danemark*, 17 décembre 2004, n° 49017/99, § 78.

¹⁷⁵⁰ CEDH, *Stoll c/ Suisse*, 10 décembre 2007, n° 69698/01, § 104.

¹⁷⁵¹ CEDH, *Flux c/ Moldavie*, 29 juillet 2008, n° 22824/04, § 34 (irrecevabilité), D. 2008 p. 2953, note L. François.

¹⁷⁵² CEDH, *Ruokanen et autres c/ Finlande*, 6 avril 2010, n° 45130/06, § 46.

ii - Un fonctionnement équivoque en droit français

422. Depuis l'arrêt *Executive Life* du 11 mars 2008¹⁷⁵³, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a largement confirmé l'intégration, dans sa jurisprudence, de la notion de débat d'intérêt général, qui a connu de multiples applications, principalement dans le contentieux de la diffamation publique. Cependant, aujourd'hui encore, la doctrine peine à identifier la nature et le rôle de cette notion en droit français de la presse. Le caractère laconique des dispositifs d'arrêts de la Cour de cassation offre en effet une vision extrêmement dépouillée de la mise en balance des intérêts en présence, effectuée par les juges pour l'application du principe. La question qui ressort principalement des tâtonnements jurisprudentiels et doctrinaux en la matière est celle de savoir si le débat d'intérêt général constitue un critère complémentaire à ceux existant déjà au sein de l'appréciation du moyen de défense tiré de la bonne foi, ou s'il s'agit, à l'instar de son pendant strasbourgeois, d'un fait justificatif à part entière. Il n'est pas exagéré d'affirmer qu'aujourd'hui encore la solution n'est pas d'une limpidité absolue, tant la pratique se montre elle-même hésitante sur l'utilisation de la notion strasbourgeoise.

423. Le deuxième arrêt majeur rendu en la matière a prononcé la cassation d'une condamnation pour la publication d'un article mettant en doute l'honnêteté du procureur de la République d'Auxerre dans l'affaire dite des « disparues de l'Yonne ». La Chambre criminelle avait alors estimé « *que l'article incriminé, portant sur un sujet d'intérêt général relatif au traitement judiciaire d'une affaire criminelle ayant eu un retentissement national, ne dépassait pas les limites admissibles de la liberté d'expression dans la critique de l'action d'un magistrat* »¹⁷⁵⁴. L'attendu, quoique similaire à celui de l'arrêt de 2008, diffère cependant sur certains points : la Haute juridiction a d'abord semblé faire du « *retentissement national* » de l'affaire un critère déterminant du caractère d'intérêt général de sa discussion, suscitant les craintes d'un auteur quant à l'effet justificatif du seul résonnement médiatique des événements d'actualité¹⁷⁵⁵. Mais une autre subtilité de l'arrêt réside dans le fait que la Chambre criminelle, avant se prononcer les motifs de la cassation, n'a pas, comme elle l'avait fait dans l'arrêt précédent, pris acte du refus d'accorder le bénéfice de la bonne foi signifié par la Cour d'appel aux prévenus, ce qui s'était pourtant produit dans cette espèce. Certains ont dès lors émis

¹⁷⁵³ Cass. Crim., 11 mars 2008 préc.

¹⁷⁵⁴ Cass. Crim., 12 mai 2009, Bull. crim. 2009 n° 88, Dr. Pén. 2009, comm. 120, obs. M. Véron.

¹⁷⁵⁵ E. Agostini, *Diffamation : la cassation devance l'appel*, D. 2009, p. 2316.

l'hypothèse selon laquelle l'inscription des propos dans un débat d'intérêt général pouvait constituer un fait justificatif à part entière¹⁷⁵⁶.

La Cour de cassation, approuvant dans ces deux arrêts la Cour d'appel pour avoir apprécié la constitution du délit de diffamation, a donc neutralisé l'infraction au seul visa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme « *dans un traitement strictement européen du litige* »¹⁷⁵⁷. Mais la jurisprudence de la Chambre criminelle a fait preuve, par la suite, d'une particulière instabilité quant aux conditions dans lesquelles le débat d'intérêt général était susceptible de justifier des propos délictueux. Effectivement, deux tendances jurisprudentielles semblent se dégager en la matière. Dans une série d'arrêts, la Haute juridiction semble vouloir associer l'appréciation du caractère d'intérêt général du sujet traité à l'examen de la bonne foi de l'auteur des propos¹⁷⁵⁸, allant jusqu'à affirmer que « *la bonne foi doit être appréciée en tenant compte notamment du caractère d'intérêt général du sujet sur lequel portent les propos litigieux* »¹⁷⁵⁹. Dans une seconde série d'arrêts, la Chambre criminelle a prononcé au visa du seul l'article 10 de la Convention, hors de toute considération relative à la bonne foi¹⁷⁶⁰. Comme le relève un auteur, « *la matière continue à relever d'une casuistique complexe* »¹⁷⁶¹.

424. Comment, dès lors, qualifier, en droit français, la notion de débat d'intérêt général ? Selon Agathe Lepage, « *la bonne foi et le sujet d'intérêt général paraissent [...] destinés non pas à s'articuler entre eux [...] mais à coexister sur des plans différents. Il devrait donc s'agir de deux faits justificatifs distincts* »¹⁷⁶². Dans un sens similaire, Lyn François considère que la jurisprudence de la Chambre criminelle française est passée, au fil de ses évolutions, d'une réception « partielle » du critère européen de débat d'intérêt général à une réception

¹⁷⁵⁶ A. Lepage, *Le fait justificatif tiré du sujet d'intérêt général continue de creuser son sillon*, Comm. com. Electr. 2009, comm. 82.

¹⁷⁵⁷ B. de Lamy, *Le « débat sur un sujet d'intérêt général » comme justification des infractions de presse*, Légipresse 2015, n° 323 p. 17, sp. p. 20.

¹⁷⁵⁸ Cass. Crim., 10 novembre 2009, n° 08-86295 et n° 09-80.856 ; 19 juin 2012, Bull. crim. 2012 n° 153; Cass. 1^{ère} civ., 3 février 2011, Bull. I 2011 n° 21, Comm. com. Electr. 2011, comm. 46, obs. A. Lepage.

¹⁷⁵⁹ Cass. Crim., 19 janvier 2010, Bull. crim. 2010 n° 12.

¹⁷⁶⁰ Cass. Crim., 29 mars 2011, Bull. crim. 2011 n° 61, AJ Pénal 2011 p. 304, note G. Royer ; 10 septembre 2013, Bull. crim. 2013 n° 176; 8 avril 2014, Bull. crim. 2014 n° 103

¹⁷⁶¹ E. Dreyer, *Droit de la presse et droits de la personnalité*, D. 2011 p. 780.

¹⁷⁶² A. Lepage, *Infractions à la loi du 29 juillet 1881 et caractère d'intérêt général du sujet*, Comm. com. Electr. 2011, comm. 79.

« plénière », tendant à en faire un fait justificatif prétorien à part entière¹⁷⁶³. A l'appui de cette thèse, on peut affirmer que le débat d'intérêt général, en principe – mais pas toujours – indépendant du comportement du prévenu, est un élément objectif du cas d'espèce. Mais surtout, des arrêts récents ont censuré des condamnations en vertu de l'inscription des propos dans un tel débat, alors qu'ils étaient constitutifs d'autres infractions que la diffamation¹⁷⁶⁴, semblant dès lors consacrer une certaine autonomie de la notion strasbourgeoise vis-à-vis de ce délit et, partant, de la bonne foi. Cependant, la seule existence objective d'un débat d'intérêt général ne saurait, à elle seule, justifier tout propos délictueux.

Il semblerait toutefois qu'il soit également possible d'attribuer à cette notion une fonction d' « édulcorant » de l'infraction commise. Christophe Bigot, analysant les rapports du débat d'intérêt général avec le moyen de défense tiré de la bonne foi, a estimé que le premier ne s'insère pas parmi les quatre critères traditionnels du second, mais peut constituer une étape supplémentaire de son examen, qui va « *déterminer quelles seront les exigences du juge pour apprécier la bonne foi* »¹⁷⁶⁵. Nathalie Droin, dans un sens similaire, estime que le débat d'intérêt général peut servir « *à amoindrir l'un des critères communément exigés pour établir l'exception de bonne foi et libérer l'auteur des propos de toute sanction* »¹⁷⁶⁶. Il semble dès lors réaliste de considérer, avec Christophe Bigot, que le débat d'intérêt général est une sorte de « *pivot du principe de proportionnalité* »¹⁷⁶⁷. Il s'agit alors de tenir compte, au-delà des intérêts contradictoires traditionnellement mis en balance par le juge, du nouvel « acteur » de la situation infractionnelle qu'est le public, au travers de son droit légitime à recevoir l'information. Le débat d'intérêt général, qui semble quelque peu se confondre avec le critère de la légitimité du but poursuivi requis pour se voir accorder le bénéfice de la bonne foi, tendrait alors à « absorber » l'examen d'autres critères classiques de la bonne foi au regard des circonstances de l'espèce. En ce sens, dans une affaire récente où le bénéfice de la bonne foi avait été écarté par la Cour d'appel pour défaut du sérieux de l'enquête, la Chambre criminelle a estimé que « *les écrits s'inscrivaient dans un sujet d'intérêt général [...], et qu'ils reposaient*

¹⁷⁶³ L. François, *La réception du critère européen de « débat d'intérêt général » en droit français de la diffamation*, D. 2018, p. 636.

¹⁷⁶⁴ Ont en effet été cassées des condamnations pour publication d'actes issus d'une procédure pénale en cours (Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2014, Bull. I 2014 n° 36), pour injure (Cass. Crim., 9 décembre 2014, n° 13-87.477) et pour provocation à la haine raciale (Cass. Crim., 7 juin 2011, n° 10-85.179).

¹⁷⁶⁵ C. Bigot, *La portée de la rénovation de la théorie de la bonne foi sous l'emprise de l'intérêt général*, Légipresse 2012, n° 290 p. 27.

¹⁷⁶⁶ N. Droin, D. 2015 p. 931 préc.

¹⁷⁶⁷ C. Bigot, Légipresse 2015, n° 323 p. 31 préc., *sp.* p. 32.

sur une base factuelle suffisante en ce qu'ils reprenaient des propos rapportés [...] par certains témoins, par ailleurs entendus dans cette enquête et au sujet desquels il n'a pas été soutenu l'existence d'une contradiction entre les propos ainsi rapportés et ceux enregistrés en procédure de telle sorte qu'il ne pouvait être fait grief aux prévenus d'avoir manqué à la prudence »¹⁷⁶⁸. Toutefois, si, en présence d'un débat d'intérêt général, la prudence dans l'expression peut légitimement être écartée, et le sérieux de l'enquête réduit à la caractérisation d'une base factuelle suffisante, il n'apparaît toutefois pas souhaitable, dans l'absolu, de faire l'impasse sur l'examen de l'animosité personnelle susceptible d'être manifestée dans le propos litigieux.

425. Une dernière interrogation pourrait concerner la portée de l'intégration, au sein d'une jurisprudence française mue par une tradition pénale fondée sur la légalité criminelle, d'une notion issue d'une jurisprudence fortement influencée par la casuistique et la contextualisation issues de la *Common Law*¹⁷⁶⁹. Cette intégration tend en effet à substituer au contrôle classique d'interprétation de la loi une mise en balance relativement floue des intérêts concurrents¹⁷⁷⁰, laissant craindre « un certain recul en termes de sécurité juridique »¹⁷⁷¹. On peut par ailleurs redouter son effet perturbateur, d'autant que la reprise par les juridictions françaises du vocabulaire strasbourgeois en la matière¹⁷⁷² ne suffirait pas nécessairement à « assurer une parfaite cohérence avec la jurisprudence européenne dont le contrôle concret est loin d'être prévisible, parce que souvent tributaire d'éléments factuels »¹⁷⁷³. Néanmoins, il ne semble pas que cette intégration soit de nature à anéantir « l'édifice jurisprudentiel, quasi centenaire, sur la bonne foi »¹⁷⁷⁴, laquelle doit demeurer le « socle déontologique » de la profession journalistique¹⁷⁷⁵. Aussi la Haute juridiction, dans de récents arrêts, semble-t-elle avoir subordonné, à l'instar de la Cour de Strasbourg, l'effet justificatif du débat d'intérêt général à l'existence d'une « base factuelle suffisante »¹⁷⁷⁶. On peut espérer que les juridictions

¹⁷⁶⁸ Cass. Crim., 19 juin 2018, n° 17-82.526, Dalloz Actualité, 12 juillet 2018, obs. F. de Korodi.

¹⁷⁶⁹ B. de Lamy, *Légipresse* 2015, n° 323 p. 17 préc. ; L. François, D. 2018 p. 636 préc.

¹⁷⁷⁰ C. Michalski, *AJ Pénal* 2013 p. 19 préc.

¹⁷⁷¹ J. Lapousterle, D. 2008 p. 2256 préc.

¹⁷⁷² S. Lavric, *Diffamation et sujet d'intérêt général : appréciation par la Cour de cassation*, D. 2011 p. 1419.

¹⁷⁷³ B. de Lamy, *Légipresse* 2015, n° 323 p. 17 préc.

¹⁷⁷⁴ B. Ader, *L'« intérêt général », fait justificatif primordial de la bonne foi du diffamateur*, *Légipresse* 2009, n° 266 p. 225.

¹⁷⁷⁵ J. Lapousterle, D. 2008 p. 2256 préc.

¹⁷⁷⁶ Cass. Crim., 12 novembre 2014, n° 13-84.144 ; 6 mai 2014, Bull. crim. 2014 n° 121 ; 14 janvier 2014, n° 12-87.296 ; 15 mars 2016, n° 14-84.703 ; 12 avril 2016, n° 14-87.606 ; 29 novembre 2016, n° 15-80.511.

françaises sauront, pour l'avenir, tirer parti des leçons déjà éprouvées par la Cour de Strasbourg en la matière.

Conclusion du Chapitre 1

426. Moins imputable à une évolution de l'acte même de pénalisation qu'à celle des paramètres de l'expression publique, la libéralisation de l'expression infamante tient à une inadéquation progressive aux exigences modernes du débat public des restrictions sévères qui furent apportées par le droit pénal aux atteintes à l'honneur d'autrui depuis l'Antiquité.

427. La pénalisation de l'expression infamante est un fait constant des sociétés romano-germaniques. A ce titre, les théoriciens de la morale chrétienne ont, de longue date, perçu dans la parole oiseuse un « péché de la langue », dont les formes les plus aiguës sont l'injure et la médisance portées sur la personne d'autrui. Plus tard, tandis que l'honneur individuel devenait une valeur sociale cardinale, les penseurs de l'Epoque moderne déploraient les conséquences funestes de la pratique, alors très répandue, des duels qui opposaient injurians et injuriés sous l'œil inerte de la Justice. La protection de l'honneur face aux offenses de la langue se vit dès lors très tôt ancrée dans les systèmes juridiques occidentaux. Les règles édifiées par le Droit Romain, dont l'héritage fut perpétué et enrichi par les systèmes ultérieurs, constituent en effet pour une large part le socle fondamental de toute législation moderne en matière d'expressions infamantes. De l'invective sans conséquence durable à l'accusation la plus grave, un large panel d'expressions s'est ainsi vu attribuer un caractère punissable du fait de la blessure parfois profonde que l'auteur peut infliger à sa victime, constituant un véritable « *assassinat moral* »¹⁷⁷⁷ qui, d'abord préjudiciable au for intérieur, répercute ses nocuités sur l'ordre public. Profondément révélatrice de la mutation progressive d'une valeur collective de l'honneur en un sentiment essentiellement individuel, la pénalisation des expressions infamantes fut, plus que toute autre captation par le droit répressif de l'expression publique, marquée par les bouleversements subis par la société française entre les XVIII^e et XIX^e siècles. D'une protection arbitraire de l'honneur, largement tributaire des hiérarchies durablement implantées dans le paysage social, il convenait de parvenir à une protection légalement établie et circonscrite, objective et d'égale intensité pour tout particulier face aux expressions injurieuses et diffamatoires. Le droit de la presse instauré par les lois de 1819, puis consolidé par la loi du 29 juillet 1881, a modernisé la pénalisation pour lui donner des atours plus justes, et qui constituent le cadre répressif aujourd'hui en vigueur en la matière.

¹⁷⁷⁷ A. Bonnefoy, *Comment punir la diffamation ?*, RSC 1953, p. 638, *sp.* p. 641.

428. Il se trouve néanmoins des circonstances dans lesquelles, provoquée, vérifiée ou tout simplement justifiée, l'expression infamante est excusée par le droit, lorsqu'elle n'est pas littéralement anoblée. Aussi, les régimes les plus anciens avaient déjà identifié le rapport ambigu entretenu par ces comportements infractionnels avec la liberté d'expression. L'intention de nuire, élément indispensable à la mise en œuvre d'une répression peut parfois, sans nécessairement disparaître de ce fait, se doubler d'une utilité sociale propre au contenu même de l'expression litigieuse. Par ailleurs, la nécessité de contenir l'information dans certaines limites destinées à préserver les intérêts individuels et collectifs se heurte, depuis quelques décennies, à l'affirmation toujours plus pressante d'un besoin légitime du public d'être informé, y compris dans des domaines où la légalité criminelle a établi ses frontières. Un déploiement du champ de l'information du public, sorte de « *transparence orchestrée par le Droit* »¹⁷⁷⁸, est aujourd'hui à l'œuvre sous l'influence autoritaire de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Cette influence se mesure d'abord à travers le rétrécissement progressif de l'interdit pénal dans certains domaines, qu'il s'agisse pour le législateur de procéder à l'abrogation littérale d'incriminations au prétexte de leur incompatibilité avec les exigences strasbourgeoises du débat public, ou simplement d'amoindrir le champ de la répression afin de s'y conformer davantage. En outre, l'effet justificatif de la Convention européenne des droits de l'Homme, particulièrement prégnant dans le cadre de la jurisprudence strasbourgeoise relative au droit à la liberté d'expression, produit des ondes de choc importantes en droit français depuis quelques années : d'une part, à travers l'élargissement significatif du domaine du fait justificatif de l'*exceptio veritatis* en matière de diffamation publique ; d'autre part, à travers l'intégration dans la jurisprudence nationale de la notion européenne de « débat d'intérêt général », véritable témoin social de la proportionnalité et de la nécessité de la répression.

429. Ayant entamé leur longue existence en tant que délit privé, les enjeux qui découlent de la mince frontière séparant leur nuisance ou leur utilité au sein d'une société démocratique confèrent pourtant de façon indéniable un caractère pénal aux expressions infamantes. C'est ainsi que l'action privée originellement attachée au contentieux de l'injure fut rapidement doublée d'une action publique qui justifia l'incrimination des expressions infamantes au sein de législations de nature répressive. Cette possibilité offerte à la victime d'initier des poursuites pénales est, de nos jours, remise en question de façon épisodique, traduisant un déséquilibre du contentieux de presse.

¹⁷⁷⁸ A. Lepage, *Avant-propos*, in Rapport annuel de la Cour de cassation 2010, *op. cit.* p. 70.

Chapitre 2 - L'indispensable rééquilibrage du contentieux de presse

430. La médiatisation accrue de notre société, en augmentant inexorablement la diffusion de l'expression publique, tend également à alimenter les sources de son contentieux et, par-là même, les controverses relatives à l'efficacité de sa pénalisation en comparaison avec d'autres mécanismes de poursuite tels que l'action en responsabilité civile. Ainsi, certains délits tels que la diffamation et l'injure entraînent l'existence d'une ou plusieurs victimes individuelles, identifiées ou identifiables, qui peuvent revendiquer, indépendamment de toute action publique, la réparation du préjudice découlant des propos litigieux. Si ces infractions, véritables délits privés dont la poursuite n'est rendue possible que par la volonté des victimes ou de leurs autorités référentes¹⁷⁷⁹, dirigent leur poison vers une victime individuelle et ne laissent que peu entrevoir le désordre social qu'ils engendrent pourtant réellement, le juge pénal ne saurait être privé de sa compétence pour en juger, fût-ce au prix de quelques aménagements opportuns. Il en va de même s'agissant de propos dont la poursuite est initiée par des associations habilitées par le législateur à engager l'action publique sur le fondement d'infractions portant atteinte à leur objet statutaire. Par ailleurs, il est des propos publics qui, sans être constitutifs d'infractions de presse, causent un préjudice à des personnes privées qui peuvent être amenées à en réclamer la réparation sur le fondement de la responsabilité civile, qui exclut toute délimitation légale préalable des abus de la liberté d'expression.

De cette coexistence des contentieux pénal et civil en matière d'expression publique, découle la situation dans laquelle le droit de la presse, en conflit (Section 1), traverse, depuis quelques décennies, une véritable crise (Section 2).

Section 1 - Le droit de la presse en conflit

431. Inexorablement liées par le comportement qui les engendre, les actions publique et civile remplissent des rôles en principe différents, quoique complémentaires : « *l'action criminelle est civile en un sens ; parce que l'obligation naturelle, en fait de crime, n'est jamais sans l'obligation civile* »¹⁷⁸⁰. Dans certains domaines, cette complémentarité de principe se voit altérée par une concurrence des intérêts en jeu, justifiant une éviction de la *clausula generalis*

¹⁷⁷⁹ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 7, n° 9.

¹⁷⁸⁰ D. Jousse, *op. cit.* p. 561. Dans le même sens, v. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, *Droit civil – Les obligations*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2002, p. 656, n° 676-677.

du Code de 1804 au profit de l'applicabilité étendue des textes spéciaux¹⁷⁸¹. Aussi, le droit de la presse, pourtant naturellement enclin à une mise en œuvre de la responsabilité aquilienne de l'article 1240 du Code civil (1382 ancien) (§ 1), a progressivement contaminé la procédure de l'action civile relative au contentieux de la liberté d'expression, jusqu'à exclure largement le recours au droit commun de ce contentieux (§ 2).

§ 1 - La responsabilité civile admise par le droit de la presse

432. Le législateur de 1881 n'a aucunement exclu le recours au droit de la responsabilité civile en matière d'infractions de presse (A). Aussi peut-on considérer que celle-ci a une vocation logique à s'appliquer aux délits d'expression portant atteinte à des intérêts privés (B).

A - Une admission légale

433. Dans son célèbre commentaire de l'arrêt *Branly*¹⁷⁸², le doyen Carbonnier s'était interrogé sur la possible vocation de la loi de 1881 à « instituer, pour toutes les manifestations de la pensée, un système juridique clos, se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes tous les intérêts en présence, y compris les intérêts civils – et enlevant, du même coup, à l'article 1382 une portion de sa compétence diffuse »¹⁷⁸³. Au cours des débats ayant précédé l'adoption de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, il n'a guère été question de la responsabilité civile des auteurs d'infractions qu'au stade des discours préliminaires. Le rapporteur Lisbonne, chargé d'introduire le projet, évoquait alors le dilemme qu'avait été celui de ses rédacteurs quant à la question fondamentale de l'opportunité d'une législation spéciale en matière de presse : « n'était-ce pas le cas [...] de s'en référer purement et simplement au droit commun pour toutes les lois relatives à la liberté de la presse et de la parole ? »¹⁷⁸⁴ Cette solution, qui avait été proposée par Emile de Girardin¹⁷⁸⁵, fut néanmoins écartée pour des raisons propres à chacune des matières pénales et civile : dans la première, les règles relatives à la complicité de droit commun auraient inévitablement conduit, par la multiplicité des intervenants à la commission d'une infraction, à « la mort de la presse périodique »¹⁷⁸⁶ ; dans la seconde, l'insolvabilité

¹⁷⁸¹ Pour une étude générale de ce phénomène, v. J. Traullé, *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, thèse ss. dir. P. Jourdain, Paris, LGDJ, 2007, Bibl. droit privé, t. 477.

¹⁷⁸² Cass. 2^{ème} civ., 27 février 1951, D. 1951, p. 329, note H. Desbois.

¹⁷⁸³ J. Carbonnier, D. 1951, chron. 119 *préc.*

¹⁷⁸⁴ Chambre des députés, séance du 24 janvier 1881, cité in H. Celliez, C. le Senne, *op. cit.* pp. 23-24.

¹⁷⁸⁵ N. Mallet-Poujol, *Abus de droit et liberté de la presse, entre droit spécifique et droit commun, l'autonomie brouillée de la loi de 1881*, LégiPresse n° 143, 1997.II.81.

¹⁷⁸⁶ H. Celliez, C. le Senne, *op. cit.* p. 24.

probable de l'auteur des propos et l'iniquité d'une responsabilité civile « *aux mains de la vindicte publique* » furent avancées, en plus de l'incohérence qui aurait résulté du prononcé de sanctions civiles à l'égard d'expressions publiques alors que certaines expressions privées (telles l'outrage) demeureraient réprimées par le droit pénal¹⁷⁸⁷.

434. En définitive, c'est « *l'intérêt de la presse elle-même* » qui a conduit le législateur de 1881 à s'éloigner du droit commun plutôt qu'à s'en rapprocher. Est-ce à dire que le droit commun de la responsabilité civile se trouvait rigoureusement exclu du domaine d'application de la loi sur la presse ? En tout état de cause, « *le silence gardé par la loi du 29 juillet 1881 sur l'action en responsabilité civile dirigée directement devant le juge civil s'explique par le fait qu'elle échappe aux préoccupations de ce texte* ». Pourtant, « *les auteurs de cette loi n'envisageaient pas d'appliquer cette loi à l'exclusion de toute autre dans le périmètre de la liberté d'expression* »¹⁷⁸⁸. En ce sens, plusieurs des dispositions du Chapitre V de la loi de 1881 (« *des poursuites et de la répression* ») renvoient plus ou moins explicitement aux modalités de mise en œuvre de l'action civile en réparation des comportements érigés en infractions par le texte dans son chapitre précédent.

L'article 44, en premier lieu, dispose que « *les propriétaires de journaux ou écrits périodiques sont responsables des condamnations pécuniaires prononcées au profit des tiers [...], conformément aux dispositions des articles 1240, 1241, 1242 du Code civil* ». Le sens de cette disposition consiste, non pas dans l'éviction d'une responsabilité civile des autres personnes responsables pénalement, visées aux articles 42 et 43 (directeurs de publication, éditeurs, auteurs, imprimeurs, vendeurs, distributeurs et afficheurs), mais bien dans l'affirmation de la *seule* responsabilité civile des propriétaires à défaut de leur responsabilité pénale, ceux-ci n'étant pas compris dans la lettre des articles précédents¹⁷⁸⁹. L'article 44 n'exclut donc pas que les personnes responsables pénalement puissent l'être tout autant sur le plan des intérêts civils de la personne offensée.

S'agissant de l'article 45, établissant depuis 1944 la compétence exclusive des tribunaux correctionnels pour l'ensemble des délits de presse (à l'exception des contraventions et de l'hypothèse rare du délit de provocation suivie d'effet de l'article 23 lorsqu'elle est assimilée à

¹⁷⁸⁷ *Ibidem*, p. 25.

¹⁷⁸⁸ E. Dreyer, Jcl. Communication, fasc. 3060, *Juridictions compétentes*, 2012, n° 5. Dans le même sens, v. N. Mallet-Poujol, *Légipresse* n° 143, 1997.II.81 *préc.*

¹⁷⁸⁹ J. Traullé, *op. cit.*, p. 387, n° 454.

une complicité de crime), le Tribunal de grande instance de Paris a eu l'occasion d'affirmer qu'il « *ne déroge pas au principe selon lequel la partie lésée par un fait que punit la loi pénale peut, à son choix, poursuivre la réparation de son préjudice, soit devant les tribunaux répressifs accessoirement à l'action publique, soit devant les tribunaux civils par voie d'action civile principale* »¹⁷⁹⁰. La seule exception notable à cette règle réside ainsi dans l'article 46, qui interdit la poursuite en réparation civile autonome en matière de diffamations aggravées réprimées par les articles 30 et 31¹⁷⁹¹. Les articles 48-1 à 6 permettent, quant à eux, aux associations régulièrement déclarées, et ayant pour objet la défense d'intérêts limitativement énumérés, d'exercer « *les droits reconnus à la partie civile* » dans la poursuite de certaines infractions déterminées par ces mêmes articles. Enfin, l'article 65 établit un délai de prescription unique de trois mois à l'égard des actions publique *et civile*. Figurant dans une loi de nature répressive, on pourrait supposer que ce délai uniforme ne concerne que l'action civile exercée accessoirement à l'action publique ; cependant, la doctrine de l'époque, imprégnée de l'esprit originel de la loi de 1881, estimait que cette disposition devait trouver application « *sans qu'il y ait à distinguer si l'action civile est exercée devant le tribunal de répression ou la juridiction civile* »¹⁷⁹².

Sur le papier, la loi du 29 juillet 1881 ne semble donc pas exclure l'utilisation de la responsabilité civile pour faute en matière de délits de presse, sans pour autant s'être prononcée sur sa véritable place dans le contentieux de la liberté d'expression. Les principes relatifs à la responsabilité civile vont-ils dans le sens de sa compatibilité avec le droit de la presse ?

B - Une admission logique

435. Tirant ses origines de la *lex Aquilia* romaine (qui lui donne son appellation alternative de *responsabilité aquilienne*¹⁷⁹³) réprimant initialement le *damnum injuria datum*

¹⁷⁹⁰ TGI Paris, 1^{ère} ch., 20 mai 1998, D. 1999 p. 163, note J.-Y Dupeux.

¹⁷⁹¹ Cette exception, toujours en vigueur de nos jours, trouvait sa justification initiale dans le fait que les diffamations aggravées des articles 30 et 31 de la loi de 1881 étaient jugées devant la Cour d'assises, alors seule compétente pour statuer sur l'*exceptio veritatis* qui était admise pour ces seules infractions jusqu'à l'entrée en vigueur l'ordonnance du 6 mai 1944. Celle-ci, en généralisant ce mécanisme de défense à toutes les formes de diffamation et en supprimant la compétence de la Cour d'assises en matière de presse, permet aux juridictions civiles de statuer également sur l'exception de vérité. De nos jours, le maintien en vigueur de l'article 46 n'apparaît justifié que par la spécificité des diffamations envers les institutions et serviteurs de l'Etat, qui protègent la chose publique davantage que les personnes qui en sont victimes. En ce sens, v. E. Dreyer, Jcl. Communication, *Juridictions compétentes*, étude préc., n° 13.

¹⁷⁹² P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 2, op. cit. p. 401, n° 2142.

¹⁷⁹³ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, Thémis, 1969, sp. p. 325.

(dommage causé sans droit sur la chose d'autrui¹⁷⁹⁴), mais ayant été par la suite interprétée extensivement par les préteurs pour couvrir « *toute détérioration, toute forme de dommage, d'une chose ou d'un individu, par quelque moyen que ce soit* »¹⁷⁹⁵, la responsabilité civile délictuelle et quasi-délictuelle fut consacrée sous sa forme actuelle en 1804 au sein du premier Code civil napoléonien dans ses articles 1382 et 1383 (devenus 1240 et 1241). Ces articles furent édictés dans le but de permettre la réparation de tout dommage découlant du fait de l'Homme et étrangers à la matière contractuelle. Le premier dispose que « *tout fait quelconque de l'Homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* » et vise les délits civils en tant que faits illicites et dommageables commis volontairement, tandis que l'article 1241 vise les quasi-délits, consistant dans des actes dommageables non intentionnels de négligence ou d'imprudence¹⁷⁹⁶. La formulation très générale de l'article 1240 (d'où son autre appellation de *clausula generalis*), conforme aux vœux de Portalis à l'époque de la promulgation du Code¹⁷⁹⁷, permet ainsi d'appréhender une foule de situations et d'éviter le recours à un système de délits civils spéciaux comme le font certaines législations étrangères¹⁷⁹⁸ ou comme le fait le législateur en matière pénale. Relativement à des faits d'expression intentionnels par leur profération ou leur publication, cet article constituait, jusqu'à une période récente, le fondement de la majorité des actions civiles exercées de façon autonome en fait d'abus de la liberté d'expression.

436. S'agissant des conditions traditionnelles de la responsabilité civile, qui requièrent un fait dommageable lié causalement à un préjudice subi par le demandeur, des propos injurieux ou diffamatoires, par exemple, s'analysent aisément comme étant le fait fautif à l'origine de l'atteinte à l'honneur ou à la considération d'autrui. La difficulté réside alors essentiellement dans l'appréciation du dommage. S'il n'apparaît pas douteux que de tels propos produisent un dommage *personnel et direct* à la personne offensée, plus difficile est l'appréciation de la *certitude* d'un tel dommage en la matière¹⁷⁹⁹. La Cour de cassation, tant sous ses formations

¹⁷⁹⁴ E. Chevreau, Y. Mause, C. Bouglé, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2011, *sp.* p. 105.

¹⁷⁹⁵ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007, *sp.* p. 678.

¹⁷⁹⁶ F. Terré, P. Simmler, Y. Lequette, *op. cit.* p. 658, n° 679.

¹⁷⁹⁷ « *L'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit ; d'établir des principes féconds en conséquences, et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière* » ; J.-M.-E. Portalis, *Discours préliminaire sur le projet de Code civil*, 1^{er} pluviôse An IX.

¹⁷⁹⁸ J. Carbonnier, D. 1951, *chron.* 119 *préc.* ; P. Jourdain, *Préface*, in J. Traullé, *op. cit.*, p. V.

¹⁷⁹⁹ Sur ces critères, v. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *op. cit.* pp. 304-305.

civiles¹⁸⁰⁰ que criminelle¹⁸⁰¹, estime que « *les juges n'ont pas à rechercher quelles peuvent être les conceptions personnelles et subjectives de celle-ci concernant la notion d'honneur et celle de la considération* ». Certes, même lorsque des poursuites sont exercées au pénal contre l'auteur de ces infractions, c'est toujours à l'initiative de la victime, en vertu de l'article 48 de la loi du 29 juillet 1881. C'est néanmoins le caractère diffamatoire ou injurieux d'un propos, apprécié *in abstracto* par les juges, qui doit permettre de caractériser la réalité du préjudice dont la victime invoque l'existence par son action civile, autonome ou accessoire¹⁸⁰².

Ces atteintes à la respectabilité d'autrui consistent donc dans un dommage de nature extrapatrimoniale entraînant un préjudice essentiellement moral¹⁸⁰³ et justifiant l'octroi d'une réparation en nature (par saisie, retrait de vente, suppression ou interdiction de diffusion du *medium* par lequel l'infraction est commise, ou par publication d'un droit de réponse, d'un communiqué judiciaire ou du jugement aux fins de rétablir la vérité¹⁸⁰⁴) ou/et sous la forme de dommages-intérêts. Or, si l'on peut émettre des objections quant à la réparation pécuniaire d'une perte qui n'est pas évaluable en argent, en ce qu'elle peut devenir une source potentiellement infinie et éthiquement contestable d'enrichissement pour celui à qui elle est allouée¹⁸⁰⁵, elle ne prend pas moins son origine dans un dommage causé par la faute d'autrui : « *convient-il alors, sous prétexte de pureté intellectuelle, de laisser impunie une atteinte que l'on estime justement plus grave, en certaines circonstances, que celle portée aux biens ?* »¹⁸⁰⁶ La réparation prend alors l'apparence d'une *peine privée*, en ce qu'elle sanctionne ladite faute plus qu'elle ne la répare¹⁸⁰⁷. Et, à défaut de pouvoir « *replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* »¹⁸⁰⁸, au sens que la jurisprudence retient traditionnellement de l'objectif de la responsabilité civile¹⁸⁰⁹, la somme

¹⁸⁰⁰ Cass. 1^{ère} civ., 17 décembre 2015, n° 14-29.549, D. Actu., 4 janvier 2016, note S. Lavric.

¹⁸⁰¹ Cass. Crim., 24 mai 2011, n° 10-83.106 ; 7 novembre 1989, Bull. crim. 1989 n° 403; 28 janvier 1986, Bull. crim. 1986 n° 36; 2 juillet 1975, Bull. crim. 1974 n° 174.

¹⁸⁰² En ce sens, l'évocation de l'appartenance passée d'artistes du spectacle à un mouvement d'extrême droite notoire pour ses activités violentes constitue bien une atteinte à l'honneur et à la considération professionnelle des demandeurs qui étaient dès lors fondés à demander la réparation du préjudice subi (Cass. 2^{ème} civ. 10 juin 1999, Bull II 1999 n° 114).

¹⁸⁰³ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *op. cit.* p. 307.

¹⁸⁰⁴ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* pp. 543-544, n° 1079-1082.

¹⁸⁰⁵ En ce sens, v. G. Ripert, *Le prix de la douleur*, D. 1948, chron. p. 1 ; P. Esmein, *La commercialisation du dommage moral*, D. 1954, chron. p. 113.

¹⁸⁰⁶ B. Beignier, *Le droit de la personnalité*, PUF, 1992, p. 116.

¹⁸⁰⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *op. cit.* p. 306.

¹⁸⁰⁸ Cass. 2^{ème} civ., 7 décembre 1978, Bull. II 1978 n° 269; 9 juillet 1981, Bull. II 1981 n° 156.

¹⁸⁰⁹ J. Traullé, *op. cit.* p. 188, n° 220.

d'argent allouée pourra voir son emploi, à la guise de son bénéficiaire, procurer à ce dernier une satisfaction propre à compenser sa douleur¹⁸¹⁰. La Cour de cassation a ainsi jugé en 1923 que l'article 1382 du Code civil (aujourd'hui devenu l'article 1240) « *s'applique, par la généralité de ses termes, aussi bien au dommage moral qu'au dommage matériel* »¹⁸¹¹.

437. C'est précisément par sa généralité que l'article 1240 a pu faire l'objet de contestations relativement à son adéquation au contentieux de l'expression publique. Celle-ci, tirant sa valeur constitutionnelle de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, bénéficie à tout citoyen qui peut « *parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* ». Certains ont ainsi prôné une interprétation littérale des termes dudit article, estimant que celui-ci « *n'accorde pas au juge le pouvoir de préciser dans quel cas la liberté d'expression peut faire l'objet d'un abus susceptible de l'entraver* », et qu'il « *ne devrait y avoir abus que pour autant que l'on se trouve confronté à une conduite relevant d'un cas déterminé au préalable. Le fait quelconque évoqué, sans autre précision, par le texte de l'article 1382 du Code civil est-il de nature à constituer un cas déterminé ?* »¹⁸¹².

Cet argument fut employé à plusieurs reprises devant la Cour européenne des droits de l'Homme, notamment à propos des articles 1382 et 1383 des Codes civils belge et luxembourgeois, qui reprennent les dispositions françaises en termes identiques. Condamnés au visa de ces articles, des requérants avaient contesté le caractère « prévu par la loi », au sens de l'article 10 § 2 de la Convention EDH, des applications qui pouvaient être faites de la notion de « faute » découlant de la *clausula generalis*, en particulier en matière de liberté d'expression¹⁸¹³. Les juridictions nationales belges avaient considéré qu'il est possible « *d'introduire, sur la base des articles 1382 et 1383 du Code civil, une action en réparation pour un délit de presse* » et que la notion de faute prévue par ces dispositions ne saurait être considérée comme contraire à l'article 10 de la Convention¹⁸¹⁴. Si la Cour de Strasbourg, dans cette affaire, a constaté une violation dudit article en raison de l'absence de nécessité, dans une société démocratique, de la condamnation des requérants, elle n'a pas considéré que le droit

¹⁸¹⁰ P. Esmein, D. 1954, chron. p. 113 *préc.*

¹⁸¹¹ Cass. Civ., 13 février 1923, GAJC, 11^{ème} éd., n° 179 ; DP 1923.1.52, note Lalou.

¹⁸¹² C. Bigot, « Le champ d'application de l'article 1382 du Code civil en matière de presse », in J.-Y. Dupeux, A. Lacarabats (dir.), *Liberté de la presse et droits de la personne*, Dalloz, 1997, p. 63, *sp.* p. 65.

¹⁸¹³ CEDH, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, 24 février 1997, n° 19983/92.

¹⁸¹⁴ *Ibidem*, § 14 et 17.

interne pertinent relatif à la responsabilité civile pour faute était de nature à induire des limitations « non prévues par la loi » au droit à la liberté d'expression des requérants. Dans un arrêt *Thoma c/ Luxembourg*, la Cour a par ailleurs estimé notamment que l'application continue des articles 1382 et 1383 par les juridictions luxembourgeoises aux journalistes devait permettre au requérant, « *s'entourant au besoin de conseils éclairés* », de « *prévoir, à un degré raisonnable, que les propos diffusés dans son émission ne le mettaient pas à l'abri de toute action à son encontre* »¹⁸¹⁵. Enfin, dans l'affaire *Radio France c/ France*, la juridiction strasbourgeoise a constaté que « *la responsabilité civile de la société requérante pour des propos diffamatoires diffusés sur les ondes des radios qu'elle gère trouve son fondement dans l'article 1382 du Code civil* » avant de considérer que la réparation en nature qui en avait été déduite était bien « prévue par la loi »¹⁸¹⁶.

Ainsi, l'action civile fondée sur les articles 1240 et 1241 du Code civil, en droit de la presse, « *dérive de tout délit criminel comme de tout délit civil ou quasi-délit* »¹⁸¹⁷. Ce principe, entièrement valable jusqu'à une période récente, fut cependant mis à mal par un vaste mouvement jurisprudentiel très controversé.

§ 2 - La responsabilité civile atrophiée par le droit de la presse

438. Les évolutions récentes de la jurisprudence civile en matière de liberté d'expression sont la résultante d'une « *dialectique de rejet mutuel* » entre droit de la presse et droit de la responsabilité civile¹⁸¹⁸. Au cours des dernières décennies, le « *virage hégémonique* »¹⁸¹⁹ pris par la responsabilité civile au XX^e siècle au détriment du droit de la presse (A) a entraîné l'écartement, par la jurisprudence, du champ d'application de la responsabilité civile dans le contentieux de la liberté d'expression (B).

A - Le droit de la presse débordé par la responsabilité civile

439. En dépit de la consécration, par le législateur de 1881, d'une presse forte et affranchie des règles procédurales du droit commun, le droit de la responsabilité civile prit, au

¹⁸¹⁵ CEDH, *Thoma c/ Luxembourg*, 29 mars 2001, n° 38432/97, § 53.

¹⁸¹⁶ CEDH, *Radio France c/ France*, 30 mars 2004, n° 53984/00, § 30.

¹⁸¹⁷ P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écrit et de la presse*, t. 2, op. cit. p. 270, n° 1846.

¹⁸¹⁸ Y. Mayaud, *Les abus de la presse, ou de la part respective des responsabilités pénale et civile*, RSC 1996, p. 119.

¹⁸¹⁹ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, op. cit. p. 28, n° 16.

XX^e siècle, une ampleur sans précédent, y compris en droit de la presse¹⁸²⁰. Cela s'est traduit notamment par le développement d'une compétence résiduelle de l'article 1382 (actuel article 1240) du Code civil hors des dispositions de la loi de 1881 (1), par l'avènement des droits de la personnalité (2) et par le rôle croissant joué par le juge des référés en la matière (3).

1 - Le magnétisme contentieux de la responsabilité aquilienne

440. En rejetant l'hypothèse d'une presse soumise au droit commun des responsabilités pénale et civile, le député Lisbonne n'exprimait pas, en 1881, le rejet absolu d'une compétence résiduelle de l'action en responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code civil. En effet, à propos de ce qui allait devenir l'article 34 de la loi sur la presse réprimant la diffamation envers les défunts, le rapporteur précisait « *qu'en se bornant à refuser le caractère du délit aux diffamations et injures envers les morts dans le cas où le diffamateur n'a pas eu l'intention d'attaquer les héritiers vivants, la disposition nouvelle laisse dans le droit commun l'action civile, de la part de ces derniers, en dommages-intérêts. Ce n'est, en effet, que la répression pénale que dénie le texte nouveau, ce n'est pas la réparation qui prend sa source dans la simple faute et le préjudice causé, abstraction faite de toute intention criminelle* »¹⁸²¹. En ce sens, la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a notamment censuré des arrêts de Cours d'appel qui avaient déclaré irrecevables les actions introduites à raison d'allégations portant atteinte à l'honneur d'ascendants des demandeurs au motif que ces derniers, qui n'alléguaient pas d'une intention malveillante à leur égard de la part de l'auteur des propos, étaient sans qualité pour agir¹⁸²². L'absence de précision du texte quant à la restriction de cette solution aux seules dispositions de l'article 34 permet par ailleurs de conclure qu'elle doit s'appliquer à l'ensemble des comportements qui, hors des prévisions de la loi, constituent une faute civile du fait de l'expression d'autrui¹⁸²³.

Ainsi, et depuis toujours, « *l'article 1382 demeure partout sous-jacent à la loi du 29 juillet 1881, et des faits qui ne sont pas, à défaut d'un élément constitutif, pénalement répréhensibles comme diffamations ou injures, peuvent encore être saisis comme délits civils,*

¹⁸²⁰ En ce sens, v. P. Auvret, « L'évolution du droit matériel de la presse », in *Mélanges Jacques Robert : Libertés*, Montchrestien, 1998, p. 25.

¹⁸²¹ E. Lisbonne, rapport au Sénat, séance du 21 juillet 1881, cité in H. Celliez, C. le Senne, *op. cit.* p. 663.

¹⁸²² Cass. 2^{ème} civ., 14 janvier 1981, Bull II 1981 n° 4; 22 juin 1994, Bull II 1994 n° 165 D. 1995, p. 268, obs. T. Massis.

¹⁸²³ J. Traullé, *op. cit.* p. 386, n° 453.

en vertu des principes généraux de la responsabilité »¹⁸²⁴. La jurisprudence n'a dès lors pas hésité à consacrer l'applicabilité de cet article hors du périmètre de la loi de 1881 pour des faits d'expression relevant de la seule responsabilité délictuelle civile¹⁸²⁵. Ont alors été considérés comme constitutifs d'une faute civile, l'omission volontaire, dans un article consacré à l'histoire de la T.S.F., du nom de l'un de ses principaux inventeurs¹⁸²⁶, le dénigrement du service après-vente d'une société commis « avec une légèreté coupable » et « sans avoir vérifié le bienfondé des critiques »¹⁸²⁷, ou encore le fait de publier un roman inspiré d'un fait divers et faisant de la victime son héroïne en la présentant sous des traits de nature à porter atteinte à la sensibilité de ses parents¹⁸²⁸.

Une ultime affirmation éclatante de la compétence subsidiaire de l'article 1382 en matière de liberté d'expression fut donnée dans les années 1990 par la Cour de cassation, dans une affaire ayant opposé des associations scoutistes à une revue pour la publication d'une série de photographies érotiques mettant en scène des jeunes gens vêtus d'uniformes scouts. La Cour d'appel de Paris avait, dans cette affaire, débouté lesdites associations en estimant que l'application de l'article 1382 du Code civil, hors prévisions de la loi de 1881, devait être restreinte « aux cas où la publication litigieuse constitue un tel abus qu'elle porte atteinte aux droits fondamentaux de la personne »¹⁸²⁹. Cet arrêt s'inscrivait dans une jurisprudence continue de la juridiction d'appel parisienne¹⁸³⁰ qui avait, dans d'autres affaires, subordonné l'application de la *clausula generalis* à « une dénaturation, une déformation des faits ou une négligence manifeste dans la vérification de l'information »¹⁸³¹. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation avait alors mis un frein à cette jurisprudence, estimant « qu'en limitant en matière de presse la portée générale de l'article 1382 du Code civil à une atteinte aux droits

¹⁸²⁴ J. Carbonnier, D. 1951, chron. 119 *préc.*, *sp.* p. 120.

¹⁸²⁵ Cass. Civ., 17 mai 1886, DP 1887, 1, p. 54 ; Cass. Req. 27 décembre 1886, DP 1887, 1, p. 312 ; Paris, 7 avril 1898, DP 1889, 2, p. 501 ; Cass. Civ., 13 juin 1939, DH 1939, p. 386 ; DC 1941, p. 6, note P. Mimin ; Cass. Req., 2 décembre 1946, D. 1947, jurispr. p. 110 ; Cass. Civ., 6 novembre 1958, Bull. civ. n° 701 ; TGI Paris, 26 avril 1968, JCP 1969.II.15841, note A. Chavanne ; Rouen, 20 avril 1971, Gaz. Pal. 1971, 2, p. 447, note D.S. ; Paris, 23 mars 1982, D. 1982, p. 374, concl. Flipo, cités in E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 8, n° 10.

¹⁸²⁶ Cass. Civ., 27 février 1951, D. 1951, p. 329, note H. Desbois.

¹⁸²⁷ Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 1981, Bull. II 1981 n° 46

¹⁸²⁸ Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 1986, Bull. II 1986 n° 79 (2 arrêts).

¹⁸²⁹ CA Paris, 1^{ère} ch., 19 novembre 1990, LégiPresse n° 79 p. 16 ; D. 1991, IR p. 9.

¹⁸³⁰ V., dans le même sens, CA Paris, 18 février 1992, D. 1992, IR p. 141.

¹⁸³¹ CA Paris, 23 février 1993, *Evènement du jeudi c/ Assoc. Soka Gakkai International France*, inédit ; 27 avril 1993, *Boulin c/ Giscard d'Estaing*.

*fondamentaux de la personne, tout en constatant [...] une faute, la cour d'appel a, par refus d'application, violé le texte susvisé »*¹⁸³².

441. Une partie de la doctrine a néanmoins pu s'inquiéter d'un recours abusif à la *clausula generalis* dans le contentieux de la liberté d'expression. Celui-ci peut être le fait d'une victime désireuse de trouver, dans la discrétion du prétoire civil, une appréciation plus généreuse de la réparation de son préjudice, mais aussi le contournement du régime procédural contraignant de la loi de 1881¹⁸³³. Ainsi, des auteurs craignent qu'une application purement autonome de l'article 1240, par la généralité de ses dispositions, soit de nature à permettre d'instaurer un contrôle privé de la pensée d'autrui¹⁸³⁴ et risque de transformer cet article en « "cheval de Troie" pour la défense d'un certain ordre moral »¹⁸³⁵. De façon plus générale, Henri Mazeaud dénonçait déjà en 1935 le phénomène d'« absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile, et regrettait que l'article 1382 ancien du Code civil fasse de plus en plus fréquemment l'objet d'une application destinée à « tourner la loi » dans des domaines dont la régulation a été spécialement encadrée par le législateur¹⁸³⁶. Le développement d'une jurisprudence civile autonome, tant sur la forme, par l'application d'une procédure strictement civile, que sur le fond, par l'adoption d'une conception « civile » souple des délits de presse¹⁸³⁷ tirée d'une application « "débonnaire" » de la loi de 1881¹⁸³⁸, a grandement entretenu la crainte d'une « désertion par les plaideurs de la loi du 29 juillet 1881 et du droit spécial de la presse » ainsi que d'une « dilution des règles encadrant la liberté d'information dans un droit commun de la réparation du dommage »¹⁸³⁹.

Un autre facteur de préoccupation résidait par ailleurs dans l'apparition en droit français des actions civiles prenant leur source dans des atteintes aux droits de la personnalité.

¹⁸³² Cass. 2^{ème} civ., 5 mai 1993, Bull. II 1993 n° 167 (2 arrêts), D. 1994, somm. p. 193 *préc.* ; V., dans le même sens, 24 janvier 1996, Bull. II 1996 n° 14, D. 1997, p. 268, note J. Ravanas.

¹⁸³³ B. Landry, « L'application des règles de procédure de la loi du 29 juillet 1881 devant la juridiction civile : point de vue d'un avocat », in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 59.

¹⁸³⁴ T. Massis, D. 1994, somm. p. 193 *préc.*

¹⁸³⁵ N. Mallet-Poujol, *Légipresse* n° 143, 1997.II.81 *préc.*

¹⁸³⁶ H. Mazeaud, *L'« absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile*, D. 1935, chron. 5.

¹⁸³⁷ E. Dreyer, *Qu'est devenue la responsabilité civile en matière de presse ?* D. 2004, p. 590.

¹⁸³⁸ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 8, n° 10.

¹⁸³⁹ C. Bigot, art. *préc.* in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 63.

2 - L'émergence de la protection des droits de la personnalité

442. Parallèlement à la modernisation de notre société intervenant entre la fin du XIX^{ème} et la seconde moitié du XX^e siècle, une vulnérabilisation de la personne humaine face à son environnement économique, professionnel, mais également médiatique a pu être observée. En particulier, les progrès techniques ont entraîné une profonde mutation des rapports de l'individu à son espace social, dont l'amplification exponentielle coïncide avec une réduction des sphères de l'intimité. L'apparition des techniques de captation de l'image offrait notamment à la presse de nouveaux horizons éditoriaux et, plus tard, celle-ci n'était plus réduite à ses formes traditionnelles dérivées de l'imprimerie. L'individualité de la personne se révélait alors aux yeux du Droit à mesure que ses divers démembrements subissaient le poids d'agressions d'une forme neuve. Le Code civil napoléonien n'avait en effet consacré qu'une place très réduite à la personne, qui n'apparaissait alors « *qu'au travers d'une existence sociale (sous un nom, avec un état civil, dans un état d'incapacité...)* »¹⁸⁴⁰. C'est de cette douloureuse prise de conscience de l'être humain sur ce qui le « *distingue de tous ses semblables passés, présents et futurs* »¹⁸⁴¹ qu'est née la catégorie des droits de la personnalité : « *ce sont l'image, la voix, le corps, l'honneur, le travail, la vie familiale ou la vie privée qui apparaissent dans le prétoire comme autant d'intérêts dispersés prouvant que l'homme est l'objet d'un processus de fragmentation déjà bien amorcé* »¹⁸⁴².

443. La notion de « droits de la personnalité », d'abord formulée par Perreau en 1909¹⁸⁴³, mais dont les prémisses avaient été esquissées par les doctrines anglo-saxonnes et romano-germaniques à la fin du XIX^e siècle¹⁸⁴⁴, souffre, aujourd'hui encore, « *de l'absence d'une réflexion doctrinale d'ensemble et d'une véritable méthode d'analyse dépassant la casuistique de la jurisprudence* », notamment en raison de son caractère relativement récent¹⁸⁴⁵. Aussi, l'acception de cette matière suscite encore des divergences au sein de la doctrine, certains auteurs estimant, en se fondant notamment sur les droits suisse et allemand¹⁸⁴⁶ et sur l'unité de

¹⁸⁴⁰ J.-M. Bruguière, B. Gleize, *Droits de la personnalité*, Ellipses, 2015, p. 6, n° 1.

¹⁸⁴¹ B. Beignier, *Le droit de la personnalité*, op.cit. p. 6.

¹⁸⁴² J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 8, n° 15.

¹⁸⁴³ E.-H. Perreau, *Des droits de la personnalité*, RTD civ. 1909, p. 501.

¹⁸⁴⁴ B. Beignier, *Le droit de la personnalité*, op. cit. pp. 46-47.

¹⁸⁴⁵ J.-C. Saint-Pau, op. cit. p. XXI.

¹⁸⁴⁶ La loi fondamentale allemande de 1949, en son article 2, dispose en effet que : « *Chacun a droit au libre développement de sa personnalité, pourvu qu'il ne porte pas atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre constitutionnel ou à la loi morale* », tandis que le Code civil suisse dispose en son article 28B que « *Celui qui subit une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe* ».

la personne humaine, que l'on doit parler d'un droit général de la personnalité¹⁸⁴⁷, tandis qu'il est plus fréquent de voir la problématique abordée sous un angle pluraliste, ce que les tenants de l'approche moniste expliquent par « *une perception lente et fragmentée de la protection de la personnalité* » en France¹⁸⁴⁸. Sont aujourd'hui néanmoins généralement rattachés à la catégorie des droits de la personnalité, le droit à l'image, au nom, à la voix, le droit au respect de la vie privée, le droit au respect du corps humain, mais aussi, et de façon peut-être moins unanime¹⁸⁴⁹, le droit à l'honneur et le droit au respect de la présomption d'innocence. Ce sont néanmoins ces derniers qui trouvent, avec les droits à l'image et au respect de la vie privée, les applications les plus fréquentes dans le contentieux de la liberté d'expression¹⁸⁵⁰. En effet, « *c'est lorsque les attributs de la personnalité sont livrés à un public, aussi réduit soit-il, que la personnalité est susceptible d'être atteinte* »¹⁸⁵¹.

444. Rattachés à la catégorie des droits subjectifs¹⁸⁵², les droits de la personnalité dérivent principalement du droit de la responsabilité civile, car c'est en l'absence de dispositions propres à les protéger de façon autonome que le juge, en premier lieu, a été amené à en assurer la reconnaissance par la sanction d'une faute ayant causé un préjudice à autrui¹⁸⁵³. En effet, si l'on admet l'existence d'un droit à l'honneur, dont la protection existe de façon relativement ancienne par le biais de la répression des infractions de diffamation et d'injure, les autres droits de la personnalité ne trouvèrent leur consécration première qu'en raison d'un échec des normes préexistantes à garantir leur opposabilité à certains comportements fautifs. On peut, certes, constater une apparition de la notion de *vie privée* en droit pénal lorsqu'il fut question, en 1819, de « murer » cette dernière par l'interdiction faite de rapporter la preuve du fait diffamatoire visant un fonctionnaire pour des faits sans rapport avec sa fonction, et lorsqu'une

¹⁸⁴⁷ B. Beignier, *Le droit de la personnalité*, op. cit. p. 50.

¹⁸⁴⁸ *Ibidem*, p. 51.

¹⁸⁴⁹ Certains auteurs contestent en effet la qualification de droit de la personnalité appliquée à l'honneur, en raison notamment de l'absence de consécration d'un tel droit par la jurisprudence, et de l'absence de réparation des atteintes à l'honneur en l'absence de la reconnaissance d'un préjudice comme cela s'observe parmi les droits de la personnalité « labellisés » par le juge ou le législateur. A ce titre, la qualification du droit au respect de la présomption d'innocence fait également débat en ce qu'il « *ne protège pas un élément identifiant la personne. Si la vie privée, l'image ou l'honneur d'une personne sont uniques, la présomption d'innocence est en revanche la même pour tous ; elle ne participe pas de l'individualité de l'essence personnelle* ». En ce sens, v. J.-M. Bruguière, B. Gleize, op. cit. p. 103, n° 105 et p. 110, n° 114 ; J.-M. Bruguière, *Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais...*, D. 2011, p. 28 ; E. Dreyer, Jcl. Communication, fasc. 44, *Dignité de la personne*, étude préc., n° 65.

¹⁸⁵⁰ J.-P. Gridel, *Liberté de la presse et protection civile des droits modernes de la personnalité en droit positif*, D. 2005, p. 391.

¹⁸⁵¹ J.-M. Bruguière, B. Gleize, op. cit. p. 28, n° 27.

¹⁸⁵² J.-C. Saint-Pau, op. cit. p. XXII.

¹⁸⁵³ *Ibidem*, p. 18, n° 34.

loi du Second Empire qualifia de contravention « *toute publication dans un écrit périodique relative à un fait de vie privée* »¹⁸⁵⁴, faisant du droit pénal « *un droit premier en ce qu'il détermine une valeur dont le droit civil s'empare ensuite selon ses propres finalités* »¹⁸⁵⁵. La responsabilité civile de l'ancien article 1382, face à ce « *semi-échec législatif* »¹⁸⁵⁶, s'est cependant emparée de la garantie de tels droits en devenant ce qu'un auteur pionnier de la matière a pu qualifier de « *droit sanctionnateur de moyen* » permettant d' « *assurer la protection des biens de la personnalité, en cas d'atteinte portée à l'un d'entre eux* »¹⁸⁵⁷.

Par la suite, le législateur s'est saisi de ces droits jusqu'alors exclusivement prétoriens pour les émanciper entièrement du régime de la *clausula generalis* au sein du Code civil. La consécration par le législateur, en 1970¹⁸⁵⁸, du droit au respect de la vie privée au sein de l'article 9 du Code civil a en effet abouti, au terme d'une période d'incertitude doctrinale et jurisprudentielle¹⁸⁵⁹, à la possibilité pour le demandeur, sans que ce dernier n'ait à prouver l'existence d'un préjudice résultant d'un acte fautif, de demander réparation pour l'atteinte subie. C'est ce qui fut jugé par la première Chambre civile de la Cour de cassation, d'après laquelle « *la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation* »¹⁸⁶⁰. Le droit au respect de la présomption d'innocence a également fait l'objet d'une consécration législative, en 1993, à l'article 9-1 du Code civil¹⁸⁶¹.

445. Parfois contestée au sein même de la doctrine civiliste en raison de l'arbitraire qu'elle induit quant à l'appréciation du montant des dommages-intérêts en l'absence de préjudice¹⁸⁶², l'autonomie ainsi reconnue à cette « *"autre" responsabilité civile* »¹⁸⁶³ a provoqué l'inquiétude des partisans d'une liberté de la presse largement soumise au régime de la loi de 1881, en ce qu'il devenait davantage aisé pour les parties lésées de fonder leur demande de

¹⁸⁵⁴ Loi du 11 mai 1868 sur la presse, art. 11.

¹⁸⁵⁵ J.-C. Saint-Pau, *op. cit.* p. XXIV.

¹⁸⁵⁶ *Ibidem*, p. 677, n° 1081.

¹⁸⁵⁷ R. Nerson, *Les droits extrapatrimoniaux*, thèse ss. dir. P. Roubier, Lyon, 1939, n° 163, cité in J.-M. Bruguière, B. Gleize, *op. cit.*, p. 8, n° 3.

¹⁸⁵⁸ Loi n°70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, art. 22.

¹⁸⁵⁹ J. Ravanais, *L'article 9 du Code civil ouvre-t-il un droit à réparation autonome ?*, JCP 1997.II.2805.

¹⁸⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, n° 94-14.718, D. 1997, p. 403, note Laulom ; *Ibidem*, somm. 289, obs. Jourdain ; JCP 1997.II.22805 *préc.* ; *Ibidem*, I.4025, n° 1 s., obs. Viney ; RTD civ. 1997, p. 632, obs. Hauser ; 25 février 1997, Bull I 1997 n° 73, JCP 1997.II.22873, note Ravanais ; Cass. 3^{ème} civ., 25 février 2004, Bull. III 2004 n° 41 ; Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 2004, Bull. II 2004 n° 137, Bull. II 2004 n° 135.

¹⁸⁶¹ Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale.

¹⁸⁶² C. Gauvin, *Les sanctions des droits de la personnalité, une étude de droit civil*, Comm. com. Electr. 2004, chron. 8, n° 5.

¹⁸⁶³ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 8, n° 10.

réparation sur l'atteinte à un droit de la personnalité. Selon des auteurs, de telles actions sont de nature à entraîner « *des condamnations qui sont de véritables amendes civiles, souvent déconnectées de la réalité du préjudice subi* »¹⁸⁶⁴. D'autres ont pu également dénoncer « *l'instrumentalisation manifeste de la Justice de la part de victimes qui, profitant de la souplesse des règles de compétence territoriale en matière de presse, saisissent la juridiction réputée la plus généreuse en dommages-intérêts, quitte à en changer si [...] leur tribunal de prédilection ne leur est plus aussi favorable* »¹⁸⁶⁵. C'est que, en effet, l'honneur et la considération d'une personne entretiennent parfois des liens étroits avec sa vie privée, son image et, *a fortiori*, sa présomption d'innocence¹⁸⁶⁶. Aussi, il est fréquent que les atteintes à l'honneur d'une personne résultent de textes ou d'images également attentatoires à ses droits de la personnalité¹⁸⁶⁷, entraînant dès lors un conflit de la loi sur la presse avec les dispositions des articles 9 et 9-1 du Code civil. Il en est ainsi notamment lorsque le texte ou l'image procédant d'une atteinte à la vie privée, à l'image ou à la présomption d'innocence d'autrui devient *l'accessoire* par lequel il est porté atteinte à l'honneur ou à la considération d'une personne¹⁸⁶⁸.

La responsabilité civile a ainsi démontré une certaine capacité normative propre à générer de nouveaux conflits avec le droit de la presse. Au succès de ce contentieux à but réipersécutoire s'ajouta par ailleurs celui d'un contentieux tourné vers la cessation urgente de l'illicite.

3 - L'absorption du contentieux par la juridiction des référés

446. D'abord consacrée par l'édit du 22 janvier 1685 qui l'instituait pour la seule juridiction du Châtelet de Paris en restreignant sa compétence à des cas limitativement

¹⁸⁶⁴ C. Bigot, *Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information*, D. 1998, p. 235.

¹⁸⁶⁵ A. Lacabarats, *Le droit à la vie privée et la liberté d'expression*, BICC, 15 mars 2003.

¹⁸⁶⁶ En ce sens, l'article 65-2 de la loi de 1881 établit une réouverture du délai de prescription du délit de diffamation « *en cas d'imputation portant sur un fait susceptible de revêtir une qualification pénale [...] à compter du jour où est devenue définitive une décision pénale intervenue sur ces faits et ne la mettant pas en cause* ».

¹⁸⁶⁷ En ce sens, v. J.-M. Bruguière, B. Gleize, *op. cit.* p. 298, n° 302 s. Considérant que l'honneur et la considération d'un demandeur n'ont pas été atteints en l'absence d'une présentation publique de celui comme coupable d'une infraction, v. Cass. 2^{ème} civ., 13 mars 2008, n° 07-14.946.

¹⁸⁶⁸ Encourt ainsi la cassation l'arrêt qui accueille l'action fondée au visa des articles 9 et 1382 du Code civil « *quand la reproduction de l'image ne faisait qu'illustrer des propos que Mme V. avait expressément invoqués pour demander réparation de l'atteinte ainsi portée à sa considération* » (Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 2007, Bull. I 2007, n° 215, Comm. com. Electr. 2007, comm. 138, obs. A. Lepage). Dans le même sens, v. Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2006, Bull. I 2006 n° 275.

énumérés¹⁸⁶⁹, la procédure du référé fut par la suite généralisée à « *tous les cas d'urgence* » par les articles 806 à 811 du premier Code de procédure civile de 1806. C'est donc précisément autour de l'imminence caractérisée d'un préjudice que cette procédure spécifique va par la suite se développer et consolider son influence sur le contentieux civil. Le référé est ainsi la « *procédure qui tend à obtenir rapidement du président de la juridiction compétente ou du premier président de la Cour d'appel (selon les cas) une décision (appelée ordonnance) ayant un caractère provisoire* »¹⁸⁷⁰. Le juge des référés n'est donc pas appelé à trancher le litige sur le fond, mais à agir au préalable et « *sans préjudice au principal* »¹⁸⁷¹ par l'adoption de mesures telles, en matière de presse, que la saisie ou le séquestre des exemplaires du support de l'expression, l'interdiction, la suspension ou le report de sa diffusion, voire la subordination de celle-ci à la suppression des éléments fautifs ou bien à la publication de l'ordonnance ou d'un communiqué judiciaire. A ces mesures strictement préventives s'ajoute la possibilité pour le juge, depuis 1973¹⁸⁷², d'allouer à la victime une provision sur les dommages-intérêts devant résulter d'une « *condamnation à réparation considérée comme plus que probable* »¹⁸⁷³. Le droit commun du référé est désormais régi par les articles 808 et 809 du nouveau Code de procédure civile de 1976, dont certains auteurs soulignent la redondance : le premier, qui permet au juge saisi d'un « *cas d'urgence* » de prendre « *toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse* », « *correspond à la mesure qu'impose le constat d'un trouble manifestement illicite* » au sens du second¹⁸⁷⁴.

447. Au même titre que l'article 1240 du Code civil, ces dispositions instituent une procédure destinée à s'appliquer à une grande généralité de cas. Faisant échec à la procédure contraignante et protectrice de la liberté de la presse de la loi du 29 juillet 1881, c'est avec le contentieux né du conflit entre cette même liberté et le respect des droits de la personnalité que le référé trouva ses lettres de noblesse auprès des demandeurs au cours des années 1960, à tel point que la Cour de cassation s'est inquiétée de l'amplitude du pouvoir reconnu par la seule jurisprudence au juge des référés en matière de presse¹⁸⁷⁵. Il convient notamment de relever qu'en matière de saisie du support de l'expression litigieuse, la procédure du référé ne se vit

¹⁸⁶⁹ N. Cayrol, Rép. Civ. Dalloz, V° *Référé civil*, 2011, n° 356.

¹⁸⁷⁰ R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, Les Cours de droit, 1981, p. 440, cité in Y. Strickler, *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse ss. dir. G. Wiederkehr, Strasbourg, 1993, t. 1 pp. XII-XIII.

¹⁸⁷¹ Ancien Code de procédure civile, art. 809.

¹⁸⁷² Décret n° 73-1122 du 17 décembre 1973

¹⁸⁷³ E. Derieux, *Référé et liberté d'expression*, JCP G 1997.I.4053, n° 4.

¹⁸⁷⁴ E. Dreyer, Jcl. Communication, fasc. 32, *Référé en matière de presse*, 2015, n° 106

¹⁸⁷⁵ A. Lepage, Rép. Civ. Dalloz, V° *Personnalité (droits de la)*, 2009, n° 221.

pas appliquer les dispositions de l'article 51 de la loi sur la presse restreignant cette saisie à quatre exemplaires¹⁸⁷⁶, ce qui revenait à conférer au juge civil statuant au provisoire davantage de pouvoirs que le juge pénal saisi des mêmes faits¹⁸⁷⁷. Lors de son rapport annuel de 1969, la Haute juridiction avait sollicité l'intervention du législateur afin de « *concilier le respect des principes démocratiques qui gouvernent le droit de la presse et le respect non moins légitime de la vie privée des personnes* »¹⁸⁷⁸, augurant ainsi la future loi du 17 juillet 1970, qui institue, relativement aux atteintes à l'intimité de la vie privée, le premier des trois référés « spéciaux » établis par le législateur dans la sphère médiatique. Celui-ci sera suivi, en 1982, d'un référé prévu par la loi sur la communication audiovisuelle en cas de refus d'insertion du droit de réponse à la télévision ou à la radio¹⁸⁷⁹, puis, en 1993, du référé prévu par l'alinéa second de l'article 9-1 du Code civil relatif au respect de la présomption d'innocence.

448. La consécration légale de référés spéciaux en matière de presse a interrogé la doctrine quant à la place du référé de droit commun au sein du contentieux médiatique. Certains auteurs estiment en effet que leur institution expresse témoigne d'une volonté du législateur de circonscrire très nettement le champ de compétence du juge du provisoire en matière de presse¹⁸⁸⁰. D'autres ont pu mettre en doute la légitimité d'application des dispositions des articles 808 et 809 du Code de procédure civile au contentieux de la liberté d'expression, cette dernière étant garantie par des normes suprêmes de l'ordonnancement juridique tandis que les articles précités sont issus d'un simple décret¹⁸⁸¹. Néanmoins, la jurisprudence a entériné l'utilisation du référé de droit commun en la matière en dépit de l'adoption de procédures spécifiques par le législateur, conférant à celui-ci une vocation subsidiaire : « *l'intervention du juge des référés, sur le fondement du droit commun, est alors justifiée par l'existence d'un*

¹⁸⁷⁶ Cass. 2^{ème} civ., 27 novembre 1963, Bull. civ. 1963, n° 772, JCP G 1965.II.14443, note R. Lindon.

¹⁸⁷⁷ E. Dreyer, Jcl. Communication, fasc. 32, *Référé en matière de presse*, étude préc., n° 129.

¹⁸⁷⁸ Rapport annuel de la Cour de cassation, année judiciaire 1968-1969, Doc. Fr., p. 15, cité in A. Lepage, Rép. Civ. Dalloz, V° *Personnalité (droits de la)*, étude préc., n° 221.

¹⁸⁷⁹ Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, art. 6, I, al. 6 et 7.

¹⁸⁸⁰ M.-N. Louvet, art. préc. in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 90.

¹⁸⁸¹ A. Lacabarats, *L'intervention du juge des référés est-elle justifiée en droit de la presse ?*, Gaz. Pal., 7 janvier 2006, n° 7, p. 2. Sur les justifications apportées par les partisans d'une conception extensive du référé médiatique, v. E. Dreyer, Jcl. Communication, fasc. 32, *Référé en matière de presse*, étude préc., n° 54-58.

trouble distinct »¹⁸⁸², ce qui a conduit certains auteurs à souligner la relative inutilité des référés spéciaux¹⁸⁸³.

Le juge des référés a ainsi acquis une compétence large en matière d'abus de la liberté d'expression au cours de la seconde moitié du XX^e siècle. Outre les violations caractérisées de l'intimité de la vie privée, du droit de réponse et de la présomption d'innocence ouvrant droit à une action en référé, la procédure de droit commun demeurait ouverte aux atteintes à la vie privée ne touchant pas à l'intimité de celle-ci¹⁸⁸⁴, mais également aux atteintes résultant de propos qui sont à la frontière de la légalité instituée par la loi de 1881¹⁸⁸⁵. De même, des propos susceptibles de relever des dispositions de la loi sur la liberté de la presse ont pu donner lieu à des actions en référé en dehors de tout cadre procédural propre à ce texte¹⁸⁸⁶. Un auteur, constatant que les faits attentatoires à l'honneur ou à la considération tendaient à être toujours plus fréquemment invoqués sous le prisme des articles 9 du Code civil et 809 du Code de procédure civile en lieu et place des dispositions relatives à la diffamation et à l'injure, a ainsi pu craindre que le juge des référés ne devienne un « *redresseur de torts* »¹⁸⁸⁷. Cette absence de référence à un texte de loi pour caractériser l'existence d'un trouble manifestement illicite a provoqué les critiques d'une partie de la doctrine qui déplore « *une appropriation prétorienne de sanctions étrangères, sinon parfois contraires, aux abus de la liberté d'expression* »¹⁸⁸⁸. Aussi, « *affirmer qu'un acte, un fait, un comportement ou une situation, est manifestement illicite, ne se conçoit pas sans que l'on dise pourquoi il l'est, sans qu'ait été identifié, autrement dit, la règle ou le principe juridique que l'on estime avoir été transgressé* »¹⁸⁸⁹. Par la suite, l'application, en réponse à ces critiques, du principe de la légalité criminelle par le juge du

¹⁸⁸² *Ibidem*, n° 28.

¹⁸⁸³ B. Beignier, *Le droit de la personnalité, op. cit.* p. 109 ; *L'honneur et le droit, op. cit.* p. 143. Considérant au contraire que les dispositions spéciales et les articles du Code de procédure civile « *se complètent* », v. E. Dreyer, Jcl. Communication, fasc. 32, *Référé en matière de presse*, étude préc., n° 28.

¹⁸⁸⁴ Cass. 1^{ère} civ., 13 avril 1988, Bull. I 1988 n° 97.

¹⁸⁸⁵ Ainsi de la qualification, par un homme politique, de la politique d'extermination des Juifs d'Europe de « point de détail » de l'Histoire de la Seconde Guerre mondiale, qui sans être constitutive du délit de provocation à la haine raciale, demeurerait néanmoins un trouble manifestement illicite causé aux descendants et survivants de l'Holocauste au sens de l'article 809 du Code de procédure civile (Cass. 2^{ème} civ., 11 octobre 1989, Bull. II 1989 n° 174).

¹⁸⁸⁶ La Cour de cassation a ainsi estimé que l'exercice par une Cour d'appel de son pouvoir souverain d'appréciation en matière d'illicéité du trouble allégué a légitimement pu la dispenser de répondre à des conclusions tendant à l'application des textes relatifs à la diffamation, « *sans porter atteinte à la liberté d'expression* » (Cass. 2^{ème} civ., 12 octobre 1988, Bull. II 1988 n° 194).

¹⁸⁸⁷ J.-F. Burgelin, *Le point sur l'application de la loi du 29 juillet 1881 devant les juridictions civiles*, in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 39, sp. p. 52.

¹⁸⁸⁸ M.-N. Louvet, art. préc. in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 89 ;

¹⁸⁸⁹ J. Normand, *Le référé-diffamation à la recherche de son point d'équilibre*, RTD Civ. 1998, p. 972.

provisoire, le conduisant à préjuger sur le fond du litige en qualifiant le trouble manifestement illicite au regard des textes qui sanctionnent les abus de la liberté d'expression, a transformé celui-ci en « *premier degré, temporaire, de juridiction* »¹⁸⁹⁰, voire parfois en « *un véritable substitut des voies procédurales de droit commun* »¹⁸⁹¹.

La célérité du juge du provisoire, « *lièvre dans un palais, où la tortue est le symbole de la procédure* »¹⁸⁹², lui a rapidement conféré un statut clandestin de « *juge de droit commun en matière de presse* »¹⁸⁹³. En ce sens, l'effervescence de la procédure du référé constituait le dernier symptôme d'un déclin annoncé du droit de la presse issu de la loi de 1881. C'est la Cour de cassation qui, dans les années 1990, adopta une jurisprudence tendant à opérer un reflux de la responsabilité civile en matière de liberté d'expression.

B - La responsabilité civile écartée par le droit de la presse

449. A mesure que le contentieux civil des abus de la liberté d'expression s'étoffait, les incompatibilités des principes – de fond comme de forme – qui gouvernent respectivement les matières de la responsabilité civile et du droit de la presse devinrent de plus en plus évidentes. Cette situation entraîna, dans les années 1990 et 2000, une « *réaction, en partie inappropriée* » de la jurisprudence¹⁸⁹⁴ : après avoir été absorbé par le droit de la presse via l'institution prétorienne d'un parallélisme des formes des actions civile et pénale en la matière (1), le droit de la responsabilité civile fut presque totalement évincé du contentieux de la liberté d'expression (2).

1 - La responsabilité civile absorbée

450. La mise en œuvre de l'unification processuelle des contentieux civil et pénal de la presse s'est déroulée en plusieurs étapes à la fin du XX^e siècle. La plus spectaculaire est sans doute la première, survenue peu après le coup d'arrêt porté par le législateur de 1980 au principe de solidarité des prescriptions de l'action civile et de l'action pénale¹⁸⁹⁵. La logique aurait ainsi voulu que le délai de trois mois porté par l'article 65 de la loi de 1881 aux fins de la prescription

¹⁸⁹⁰ E. Dreyer, *La perversion du référé en matière de presse*, JCP G 2007.I.171.

¹⁸⁹¹ A. Lacabarats, *Gaz. Pal.* 7 janvier 2006, n° 7 p. 2 *préc.*

¹⁸⁹² B. Beignier, *Le droit de la personnalité*, *op. cit.* p. 105.

¹⁸⁹³ R. Lindon, *D.* 1984, p. 14, cité par M.-N. Louvet, art. *préc.* in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 91.

¹⁸⁹⁴ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 8, n° 10.

¹⁸⁹⁵ Loi n° 80-1042 du 23 décembre 1980 portant réforme de la procédure pénale relative à la prescription et au jury d'assises, art. 1^{er}.

des actions civile et pénale ne s'applique pas à la première¹⁸⁹⁶, tout au moins lorsqu'une action civile en réparation du dommage était séparée de l'action publique dirigée contre l'auteur d'une infraction de presse¹⁸⁹⁷. La deuxième Chambre civile de la Cour de cassation a néanmoins estimé que la loi de 1980, en mettant fin à la solidarité des prescriptions, n'avait pas entendu abroger les dispositions spéciales de l'article 65 « *qui, indépendamment de l'application dudit principe, dispose que l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus par ladite loi se prescrira après trois mois révolus* »¹⁸⁹⁸. Cette solution, de jurisprudence constante depuis lors¹⁸⁹⁹, constitue, de façon très indirecte, une première manifestation du « *phénomène d'attraction procédurale* »¹⁹⁰⁰ qui allait s'opérer une dizaine d'années plus tard autour de la loi du 29 juillet 1881¹⁹⁰¹.

451. Hormis le délai de prescription unique découlant de l'article 65 de la loi de 1881, l'action civile en réparation intentée devant les juridictions civiles de fond ou en référé se déroulait toujours selon les règles procédurales édictées par le Code de procédure civile. Mais la question de l'articulation de certains mécanismes spécifiques de la loi sur la liberté de la presse avec les exigences du procès civil étaient régulièrement soulevée par les médias qui revendiquaient « *une inégalité du procès de presse en leur faveur* »¹⁹⁰². Par une série d'arrêts rendus au cours des années 1990, la Cour de cassation a parachevé l'implantation durable de l'action civile autonome dans le carcan procédural de 1881.

¹⁸⁹⁶ J.-F. Burgelin, art. préc. in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 41.

¹⁸⁹⁷ La Cour de cassation considérait en effet déjà, en 1954, que « *l'action civile née d'une infraction à la loi sur la presse, dans tous les cas où elle pouvait être exercée devant les tribunaux civils, était soumise à la courte prescription (3 mois) de l'article 65 de la loi de 1881* » (Cass. 2^{ème} civ., 25 novembre 1954, Bull. civ. n° 249, cité par M. Joinet, BICC n° 523, 1^{er} novembre 2000).

¹⁸⁹⁸ Cass. 2^{ème} civ., 20 avril 1983, n° 82-11.705.

¹⁸⁹⁹ Cass. Crim., 11 décembre 1984, Bull. crim. 1984 n° 398 ; Cass. 2^{ème} civ., 13 juin 1985, Bull. II 1985 n° 120 ; 28 janvier 1999, Bull. II 1999 n° 20.

¹⁹⁰⁰ J.-C. Saint-Pau, *op. cit.* p. 994, n° 1739.

¹⁹⁰¹ Cette affirmation mérite toutefois d'être nuancée ; l'on peut en effet se demander si la « dérogation » découlant de la jurisprudence de 1983 est bien nouvelle, et si le législateur de 1881 n'avait pas entendu, dès le départ, soumettre les actions civile et publique en matière de presse à une solidarité de prescriptions autonome de celle du droit commun. En effet, lors du vote de la loi de 1881 à la Chambre des députés, un amendement avait été déposé par M. Cuneo d'Ornano visant à supprimer, au sein de l'article 65, les termes « *et l'action civile* » ; cet amendement, qui ne fut pas discuté en raison de l'absence de son auteur à la séance du 17 février 1881, fut néanmoins énergiquement rejeté par la Commission (H. Celliez, C. le Senne, *op. cit.* p. 620) ; l'on peut alors difficilement considérer que « *l'article 65 [...] se contente de rappeler un principe de solidarité en vigueur au moment de son adoption* » (E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.*, p. 9, n° 13), mais y voir plutôt l'affirmation d'un principe de courte prescription unique comme l'« *un des maillons essentiels* » de la liberté de la presse (J.-F. Burgelin, art. préc. in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 41).

¹⁹⁰² E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 9, n° 13.

Dans une première affaire, qui opposait le fils – et conseiller – du Président François Mitterrand à un hebdomadaire qui avait publié un article l'accusant de malversations en Afrique, le demandeur avait introduit une action en référé visant à faire condamner le directeur de publication et la société éditrice du journal au versement d'une provision et à l'insertion d'un communiqué au numéro suivant. Cette demande avait alors été accueillie en première instance¹⁹⁰³ ainsi qu'en appel¹⁹⁰⁴, à seulement vingt-quatre heures d'intervalle. Les défendeurs formèrent alors un pourvoi devant la deuxième Chambre civile de la Cour de cassation sur le fondement de l'article 55 de la loi de 1881, qui impose le respect d'un délai de dix jours à compter de la signification de la citation pour permettre à la personne prévenue de diffamation de faire une offre de preuve des faits diffamatoires, dans le souci de lui laisser le temps de constituer sa défense. La Cour de cassation considérait, depuis un arrêt du 2 décembre 1946¹⁹⁰⁵, que le délai édicté par l'article 55 de la loi sur la presse ne s'appliquait qu'aux instances de nature pénale. Cependant, le 5 février 1992, la Haute juridiction cassa l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire Mitterrand, en affirmant que le délai institué par l'article 55 est d'ordre public¹⁹⁰⁶. Deux ans plus tard, dans une affaire faisant intervenir cette fois-ci un jugement au fond, la Cour de cassation affirma plus nettement encore « *qu'aucune disposition législative n'écarte l'application [de l'article 55 de la loi de 1881] dans le cas d'une action exercée séparément de l'action publique devant une juridiction civile* »¹⁹⁰⁷.

452. Cette deuxième étape du rapprochement des procédures civile et pénale fut suivie d'une troisième, relative cette fois-ci au formalisme de l'acte introductif d'instance, régi par l'article 53 de la loi sur la presse, « *dernier bastion de la résistance* » du juge civil aux règles processuelles de 1881¹⁹⁰⁸. Cette disposition prévoit en effet, « *à peine de nullité de la poursuite* » (alinéa 3), que « *la citation précisera et qualifiera le fait incriminé, [et] indiquera le texte de loi applicable à la poursuite* » (alinéa 1^{er}), et, enfin, que ladite citation doit contenir élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie, et être notifiée tant au prévenu qu'au ministère public (alinéa 2). Ici encore, la jurisprudence initiale de la Cour de cassation

¹⁹⁰³ TGI Paris, réf., 11 juin 1990.

¹⁹⁰⁴ CA Paris, 12 juin 1990.

¹⁹⁰⁵ Cass. Req., 2 décembre 1946, D. 1947, p. 110.

¹⁹⁰⁶ Cass. 2^{ème} civ., 5 février 1992, Bull. II 1992 n° 44, D. 1992, jurispr. p. 422, note J.-F. Burgelin.

¹⁹⁰⁷ Cass. 2^{ème} civ., 22 juin 1994, Bull II 1994 n° 164

¹⁹⁰⁸ M.-T. Feydeau, « Le juge civil et l'application de la loi sur la presse », in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 55, *sp.* p. 56.

avait refusé l'application aux instances civiles des dispositions de cet article¹⁹⁰⁹. Mais le 19 février 1997, au terme d'une période d'incertitude imputable à la jurisprudence divergente des juridictions nanterroise et parisienne sur la question de son application au contentieux civil¹⁹¹⁰, la Cour de cassation finit par trancher celle-ci dans le sens d'une telle application en cassant l'arrêt de Cour d'appel qui, pour valider l'interruption de la prescription par l'assignation du demandeur au procès, n'avait cependant pas relevé que l'acte ne précisait pas sur quel texte étaient fondées ses prétentions¹⁹¹¹. Ici encore, la solution fut confirmée à plusieurs reprises, entérinant la volonté de la deuxième Chambre civile de calquer la procédure du contentieux de la réparation civile sur celle de la poursuite répressive des infractions de presse¹⁹¹².

453. L'application à l'action civile autonome des règles procédurales de la loi du 29 juillet 1881 fut reçue de façon très contrastée en doctrine. Si certains praticiens ont manifesté leur approbation vis-à-vis de cette jurisprudence unificatrice, y voyant une garantie supplémentaire pour les droits de la défense¹⁹¹³, un auteur a vivement critiqué ce qu'il qualifie de « *"contamination" de la procédure civile par les règles de procédure pénale très particulières de la loi 1881* »¹⁹¹⁴, soulignant notamment l'absence de fondement légal sur lequel la Haute juridiction a appliqué au contentieux civil des articles dont la terminologie renvoie clairement aux aspects répressifs du procès¹⁹¹⁵. Si rien ne justifie que le délai de dix jours, aux fins de l'établissement par le prévenu d'une défense fondée sur la vérité des faits imputés, soit écarté du contentieux civil, il peut être permis de douter que le deuxième alinéa de l'article 53, imposant au plaignant de notifier l'assignation au ministère public, trouve à s'appliquer systématiquement en matière civile¹⁹¹⁶. Par ailleurs, puisque l'article 65 mentionne expressément l'application du délai de prescription de trois mois aux actions publique et civile,

¹⁹⁰⁹ Cass. Civ., 8 avril 1895, DP 1895.1.360 ; 29 octobre 1900, DP. 1901.1.37 ; Cass. 2^{ème} civ., 31 mars 1978, Bull. II 1978 n° 91.

¹⁹¹⁰ En ce sens, v. J.-F. Burgelin, art. préc. in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 44.

¹⁹¹¹ Cass. 2^{ème} civ., 19 février 1997, Bull. II 1997 n° 44, JCP G 1997.II.22900, note M. Pierchon.

¹⁹¹² Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 1999, Bull. II 1999 n° 90; 9 décembre 1999, Bull. II 1999 n° 187, Bull. II 1999 n° 186, Bull. II 1999 n° 187, 4 mai 2000, Bull. II 2000 n° 173, 28 septembre 2000, Bull. II 2000 n° 136; 26 octobre 2000, Bull. II 2000 n° 147.

¹⁹¹³ B. Landry, « L'application des règles de procédure de la loi du 29 juillet 1881 devant la juridiction civile : point de vue d'un avocat », in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 59, *sp.* p. 61 ; C. Waquet, « L'application de l'article 1382 du Code civil à la liberté d'expression et au droit de la presse », *ibidem* p. 81, *sp.* pp. 84-85.

¹⁹¹⁴ E. Derieux, *Responsabilité civile des médias. Exclusion de l'application de l'article 1382 du Code civil aux faits constitutifs d'infraction à la loi du 29 juillet 1881*, Comm. com. Electr. 2006, étude n° 4.

¹⁹¹⁵ En effet, la partie procédurale de la loi de 1881, y compris ses articles 53 et 55, regorge de termes tels que « citation », « réquisitoire », « juge d'instruction », « tribunal correctionnel »...

¹⁹¹⁶ Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 1999 et 9 décembre 1999 *préc.*

on peut légitimement être amené à penser que le législateur n’a eu la volonté, en 1881, d’unifier les procédures que sur ce point précis.

A ce stade, la jurisprudence de la Cour de cassation avait en tout cas privé la voie civile des principaux caractères qui faisaient sa popularité auprès des parties lésées¹⁹¹⁷. D’abord enserré dans un carcan procédural lourd, le droit de la responsabilité civile fut par la suite littéralement rejeté hors du domaine d’application du droit de la presse.

2 - La responsabilité civile évincée

454. Assez ironiquement, c’est à l’occasion du contentieux de la diffamation *post-mortem*, pour lequel le rapporteur Lisbonne avait le plus nettement affirmé la possibilité d’une action civile autonome détachée des dispositions répressives de la loi de 1881¹⁹¹⁸, que la Cour de cassation a entendu sceller durablement le sort de l’article 1240 du Code civil. Deux affaires ont été examinées le même jour par la Cour de cassation réunie en Assemblée plénière le 12 juillet 2000¹⁹¹⁹, dans lesquelles les héritiers d’une personne diffamée avaient entendu poursuivre en réparation sur le fondement de la *clausula generalis* les journalistes et sociétés éditrices à l’origine des articles mettant en cause un parent décédé.

Dans ces espèces, les parties civiles s’étaient heurtées au refus de la Cour d’appel de Paris d’accéder à leurs demandes, celle-ci s’étant prononcée en faveur de l’application du seul article 34 de la loi de 1881 aux faits dont elle était saisie¹⁹²⁰. Reprenant une solution qu’elle avait précédemment retenue en 1981¹⁹²¹, la deuxième Chambre civile cassa l’arrêt infirmatif, lequel s’était fondé sur cet article « *alors que les consorts X... avaient demandé la réparation de leur préjudice sur le fondement de l’article 1382 du Code civil* »¹⁹²². La juridiction de renvoi reprit cependant la position précédemment adoptée par la première Cour d’appel¹⁹²³. La Haute juridiction, statuant en Assemblée plénière, trancha définitivement le litige en rejetant le pourvoi dans les deux affaires examinées, et en affirmant que « *les abus de la liberté*

¹⁹¹⁷ B. Landry, art. préc. in J.-Y Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 61.

¹⁹¹⁸ En ce sens, v. *supra*, n° 440.

¹⁹¹⁹ Cass. Ass. Plén., 12 juillet 2000, Bull. A.P. 2000 n° 8, BICC n°523, 1^{er} novembre 2000 *préc.*, concl. M. Joinet ; D. 2000, IR p. 218 ; somm. p. 463, obs. P. Jourdain ; Comm. com. Electr. 2000, comm. n° 108, obs. A. Lepage ; RTD civ. 2000, p. 845, obs. P. Jourdain ; LPA 14 août 2000, p. 4, note E. Derieux.

¹⁹²⁰ CA Paris, 6 mars 1992.

¹⁹²¹ Cass. 2^{ème} civ., 14 janvier 1981 *préc.*

¹⁹²² Cass. 2^{ème} civ., 22 juin 1994 *préc.*

¹⁹²³ CA Paris, 17 septembre 1997.

*d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil »¹⁹²⁴. A propos de cette solution, Julie Traullé observe qu'en rompant avec la théorie du « fait distinct » qui permettait, jusqu'alors, d'appliquer l'article 1240 dans les hypothèses où un élément constitutif de l'infraction était manquant¹⁹²⁵, cette solution consacre une première éviction de la responsabilité civile hors du *domaine d'application* de la loi du 29 juillet 1881. D'après elle, en effet, « *selon l'Assemblée plénière, la clausula generalis doit être neutralisée à partir du moment où des propos sont approchants d'une des infractions sanctionnés par la loi exclusive. Dès lors, on rentre dans le "domaine d'application" de la loi de 1881, étant entendu que la victime ne sera indemnisée que s'il est établi par ailleurs que les propos litigieux ne sont pas seulement approchants d'une infraction pénale, mais s'identifient parfaitement à cette infraction* »¹⁹²⁶.*

Cette hypothèse se vérifie à travers l'analyse de la solution rendue le même jour par l'Assemblée plénière, dans une affaire ayant opposé une société automobile à la société *Canal Plus* pour la diffusion par cette dernière d'un sketch tournant en dérision le président de ladite société automobile¹⁹²⁷. Dans cette affaire, la Haute juridiction a également rejeté le pourvoi formé par le demandeur, mais au seul motif que « *les propos [...] s'inscrivaient dans le cadre d'une émission satirique diffusée par une entreprise de communication audiovisuelle et ne pouvaient être dissociés de la caricature faire de M. X..., de sorte que les propos incriminés relevaient de la liberté d'expression sans créer aucun risque de confusion entre la réalité et l'œuvre satirique* ». Ainsi, aucune faute civile n'avait été relevée par l'Assemblée plénière, et celle-ci semblait alors vouloir conserver une véritable fonction « complétive »¹⁹²⁸ de l'article 1240 en fait d'abus de la liberté d'expression¹⁹²⁹. Pour toute expression constituant l'élément matériel de l'une des infractions réprimées par la loi de 1881, en revanche, l'application de la *clausula generalis* se trouvait exclue.

¹⁹²⁴ Cass. Ass. Plén., 12 juillet 2000 *préc.*

¹⁹²⁵ E. Dreyer, D. 2004, p. 590 *préc.*, n° 2.

¹⁹²⁶ J. Traullé, *op. cit.*, p. 98, n° 111.

¹⁹²⁷ Cass. Ass. Plén., 12 juillet 2000, Bull. AP 2000 n°7, RTD civ. 2000, p. 842, obs. P. Jourdain.

¹⁹²⁸ C. Bigot, art. *préc.* in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 73.

¹⁹²⁹ P. Jourdain, *Dommages commis par voie de presse : vers un « droit à la satire » opérant comme un fait justificatif et repoussant le seuil de la faute*, RTD civ. 2000, p. 842 *préc.* ; dans le même sens, v. J. Traullé, *op. cit.* p. 96, n° 109 ; G. Lécuyer, *La place de l'article 1382 du Code civil parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d'expression*, D. 2006, p. 768, n° 6.

455. Cependant, l'éviction de la responsabilité civile hors du contentieux de la liberté d'expression prit par la suite une forme plus extensive avec un arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile le 27 septembre 2005¹⁹³⁰. La Cour de cassation, en effet, a cassé et annulé sans renvoi l'arrêt d'appel qui avait donné gain de cause, sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil, aux parents de l'une des victimes d'un fait divers qui avait servi de base factuelle à un roman-feuilleton publié dans un journal, et qui avait retenu une faute civile à l'égard de l'auteur de l'article et de la société éditrice. La portée de l'arrêt était alors contenue dans la formule, légèrement différente de celle précédemment retenue par l'Assemblée plénière : « *les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de ce texte* ».

Disparaissait ainsi la référence à la loi du 29 juillet 1881, au profit de la mention « *envers les personnes* », ne laissant ainsi guère de place à un contentieux civil de la liberté d'expression qu'en matière de dénigrement de produits, services ou prestations d'entreprises commerciales¹⁹³¹. Les fautes civiles découlant de formes d'expression blessantes, quoique non constitutives d'infractions de presse, intégraient alors une « zone grise » d'irresponsabilité, pénale comme civile¹⁹³². Cette « *amputation* » pour le moins radicale du domaine d'application de l'article 1382 a été assez sévèrement reçue en doctrine, certains auteurs dénonçant l'incohérence d'une solution qui semble consacrer l'existence d'abus sans responsabilité¹⁹³³. En effet, si « *toute faute ne peut s'analyser comme un abus de droit* », il convient bien d'admettre que « *tout abus de droit peut s'analyser comme une faute* » appelant, en principe, une réparation¹⁹³⁴.

456. La jurisprudence ultérieure, tout en perpétuant la solution de l'exclusion de la responsabilité civile hors du contentieux de la liberté d'expression, a pu témoigner d'une

¹⁹³⁰ Cass. 1^{ère} civ. 27 septembre 2005, Bull. I 2005 n° 348, D. 2006, p. 485, obs. T. Hassler ; *Ibidem*, p. 768, obs. G. Lécuyer ; *Ibidem*, p. 1337, obs. E. Dreyer ; Gaz. Pal., 16-17 décembre 2005, p. 5, note S. Lasfargeas ; Légipresse 2006, n° 230-III, p. 57, note F. Watrin ; E. Derieux, Comm. com. Electr. 2006, étude n° 4 ; RTD civ. 2006, p. 126, obs. P. Jourdain.

¹⁹³¹ J.-P. Gridel, BICC n° 724, 15 juin 2010 ; E. Dreyer, *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse*, D. 2006, p. 1337, n° 8. V. aussi P. Jourdain, *Le renforcement de l'exclusion de l'article 1382 en matière de presse*, RTD civ. 2007, p. 354. Considérant toutefois que la protection plus aisée du « *préjudice causé par les critiques destinées aux produits et aux services d'un concurrent que par les atteintes à la réputation des personnes* » n'a rien d'illogique, v. A. Cousin, *Assistons-nous au retour de l'article 1382 du Code civil en droit de la presse ?*, Revue Lamy droit de l'immatériel 2010, n° 63 p. 47, sp. p. 48.

¹⁹³² E. Derieux, Comm. com. Electr. 2006, étude 4 *préc.*, n° 10 ; v. aussi P. Jourdain, RTD civ 2007, p. 354 *préc.*

¹⁹³³ G. Lécuyer, D. 2006, p. 768 *préc.*, n° 7.

¹⁹³⁴ E. Dreyer, D. 2006, p. 1337 *préc.*, n° 11.

incertitude chronique quant aux contours de cette éviction : certains arrêts ultérieurement rendus par la première Chambre civile sont en effet revenus à la solution de l'Assemblée plénière du 12 juillet 2000¹⁹³⁵, ou consacré des solutions analogues¹⁹³⁶, avant d'en revenir, finalement à la solution plus sévère rendue en 2005¹⁹³⁷. Toutefois, il est désormais certain que la responsabilité civile n'a plus droit de cité dans le contentieux de presse. Récemment, tandis qu'elle avait, dans des arrêts antérieurs, assoupli certaines des règles procédurales de la loi de 1881 devant les juridictions civiles¹⁹³⁸, la première Chambre civile mit finalement un terme à cette « *phase "descendante"* »¹⁹³⁹ en rétablissant les dispositions de l'article 53 dans toute leur plénitude¹⁹⁴⁰, secondée en cela par l'Assemblée plénière¹⁹⁴¹, puis par le Conseil constitutionnel¹⁹⁴². Parallèlement, la deuxième Chambre civile a, quant à elle, jugé qu'une interview recueillie par un journaliste pour être publiée dans un organe de presse « *ne pouvait être qualifiée qu'au regard de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse* »¹⁹⁴³. Enfin, la Chambre criminelle a dernièrement entériné à son tour l'évincement de l'article 1240 du contentieux de presse¹⁹⁴⁴.

En 1997, un auteur écrivait que « *la détermination des conditions d'application de l'article 1382 du Code civil dans le domaine du droit de la presse resurgit périodiquement sans avoir jamais fait l'objet d'une solution claire et satisfaisante, à tel point qu'on pourrait se*

¹⁹³⁵ Cass. 1^{ère} civ., 7 février 2006, Bull. I 2006 n° 57; 12 décembre 2006, Bull. I 2006 n° 551, JCP G 2007.II.10010, note B. de Lamy ; 31 janvier 2008, Bull. I 2008 n° 33; 16 novembre 2016, n° 15-22.155 ; 7 décembre 2016, n° 15-27.755.

¹⁹³⁶ Cass. 1^{ère} civ. 30 octobre 2008, Bull. I 2008 n° 244; 6 mai 2010, Bull. I 2010 n° 103.

¹⁹³⁷ Cass. 1^{ère} civ. 6 octobre 2011, n° 10-18.142, Légipresse 2012, p. 31, note G. Lécuyer ; Comm. com. Electr. 2012, comm. 18, obs. A. Lepage.

¹⁹³⁸ Cass. 1^{ère} civ. 15 mai 2007, Bull. I 2007 n° 190; 24 septembre 2009, Bull. I 2009 n° 180, Bull. crim. 2008 n°154; 8 avril 2010, Bull. I 2010 n° 87, Bull. I 2010 n° 88.

¹⁹³⁹ E. Dreyer, *Où va la Cour de cassation en matière de presse ?* JCP G 2010, ap. rap. p. 833.

¹⁹⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2016, n°15-10.552, D. 2016 p. 841. Récemment, la première Chambre civile a également affirmé « *qu'à défaut de mise en cause de l'une des personnes visées par les articles 42 et 43 [de la loi du 29 juillet 1881]* », l'action en responsabilité civile dirigée contre la seule société éditrice en vertu de l'article 44 de la même loi devait être déclarée irrecevable (Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2015, n° 14-17.910, Comm. com. Electr. 2015, comm. 82, obs. A. Lepage) ; la Cour de cassation avait pourtant reconnu à plusieurs reprises que « *devant la juridiction civile, l'action contre la personne civilement responsable n'est pas subordonnée à la mise en cause, par la partie lésée, de l'auteur du dommage* » (Cass. 2^{ème} civ., 25 janvier 1995, Bull. II 1995 n° 28, JCP G 1995.I.3893, obs. G. Viney ; D. 1997, somm. p. 69, obs. T. Massis ; 25 novembre 2004, Bull. II 2004 n° 505, Légipresse 2005, n° 218, III, p. 1, note B. Ader).

¹⁹⁴¹ Cass. Ass. Plén., 15 février 2013, Bull. A.P. 2013 n° 1, D. 2013, 718, obs. C. Bigot ; *Ibidem*, p. 743, note E. Dreyer ; JCP G 2013, doct. 1152, obs. N. Tavieaux-Moro.

¹⁹⁴² Conseil constitutionnel, décision n° 2013-311 QPC du 17 mai 2013, cons. n° 6.

¹⁹⁴³ Cass. 2^{ème} civ. 25 janvier 2007, Bull. II 2007 n° 19, RTD civ. 2007, p. 354 *préc.*

¹⁹⁴⁴ Cass. Crim., 7 février 2017, n° 15-86.970 – à paraître au *Bulletin*.

demander s'il s'agit véritablement d'une question soluble »¹⁹⁴⁵. Il faut bien admettre, vingt ans plus tard, que la Cour de cassation semble avoir tranché le conflit dans le sens d'une éviction de la responsabilité civile hors de domaine particulier. Ce *maelström* jurisprudentiel a favorisé, récemment, une mise en cause critique de l'adéquation du régime procédural de la loi de 1881, et plus largement de la norme répressive, aux comportements d'expression publique.

Section 2 - Le droit de la presse en crise

457. Si le conflit entre action publique et action civile s'étend à l'ensemble des dispositions de la loi du 29 juillet 1881, c'est à l'égard de certaines d'entre-elles qu'il se fait le plus spectaculaire. Aussi, le débat, déjà à l'œuvre à la fin du siècle dernier, sur la pertinence du maintien en vigueur des dispositions qualifiées d'« archaïques » de la loi du 29 juillet 1881¹⁹⁴⁶, ne faisait qu'annoncer – voire dissimuler – celui relatif à la conservation des incriminations qui animent la majorité du contentieux de presse, à savoir la diffamation et l'injure publiques. C'est ainsi qu'au prétexte du scandale consécutif à l'interpellation, dans des conditions discutables, du directeur d'un journal dans une affaire de diffamation¹⁹⁴⁷, la pénalisation de ces comportements au sein du régime légal de 1881 a été sérieusement contestée (§ 1). Elle mérite pourtant d'être confortée (§ 2).

§ 1 - Un régime légal contesté

458. Les partisans d'une dépénalisation des expressions infamantes se fondent principalement, d'une part, sur une résolution du Conseil de l'Europe mettant supposément en exergue une entrave à la liberté de la presse (A) et, d'autre part, sur les déséquilibres découlant des règles procédurales de la loi de 1881 vis-à-vis de la protection des droits des victimes (B).

A - La liberté de la presse entravée ?

459. Le 30 juin 2008, une commission parlementaire instituée le 18 janvier précédent et présidée par le professeur Serge Guinchard remettait son rapport à la ministre de la Justice¹⁹⁴⁸.

¹⁹⁴⁵ C. Bigot, art. préc. in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 63.

¹⁹⁴⁶ v. E. Derieux, *Faut-il abroger la loi de 1881 ?* Légipresse 1998, n° 154.II.93, et la réponse de J.-P. Levy, *Il faut conserver la loi de 1881*, Légipresse 1998, n° 155.II.124.

¹⁹⁴⁷ B. Ader, N. Bonnal, A. Filipetti, D. Olivennes, P. Val, C. Chaillou, *Il ne faut pas dépénaliser la diffamation*, Le Monde, 26 janvier 2009.

¹⁹⁴⁸ *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Doc. fr., coll. « Rapports officiels », 2008, édition en ligne disponible à l'adresse <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000392.pdf>.

Dans celui-ci, la « commission Guinchard » formulait 65 propositions relatives à l'articulation des contentieux, la déjudiciarisation et les regroupements de contentieux au sein de juridictions spécialisées¹⁹⁴⁹. La proposition n° 12 préconisait alors la « *création d'un pôle civil "diffamation et injure" (dépenalisées) dans chaque TGI* », ne conservant que l'incrimination au pénal des diffamations et injures « *présentant un caractère discriminant (raciste, sexiste...)* » et réservant à leurs formes « classiques » un traitement judiciaire exclusivement civil (« *référé, demande au fond de dommages et intérêts et autres mesures civiles* »)¹⁹⁵⁰. M. Guinchard voyait dans ce projet « *un signal fort de la France au Conseil de l'Europe qui, régulièrement, nous épingle sur ce sujet dans ses rapports et autres recommandations* »¹⁹⁵¹.

En particulier, s'agissant de la nécessité de dépenaliser tant les comportements dirigés contre les particuliers que ceux visant les collectivités publiques et les personnes investies d'une autorité publique, le rapport évoque la résolution 1577 adoptée le 4 octobre 2007 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe¹⁹⁵² « *qui invite les Etats membres "à bannir de leur législation relative à la diffamation toute protection renforcée des personnalités publiques, conformément à la jurisprudence de la Cour, et invite en particulier la France à réviser la loi du 29 juillet 1881 à la lumière de la jurisprudence de la Cour"* »¹⁹⁵³. Le rapport remis quelques mois plus tôt par la Commission des questions juridiques et des droits de l'Homme observait en effet que « *si les législations anti-diffamation peuvent poursuivre des buts légitimes, les sanctions pénales peuvent être porteuses d'un "chilling effect" (effet dissuasif) et restreindre le débat libre* »¹⁹⁵⁴. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, en effet, « *manifeste régulièrement une franche hostilité à l'égard de l'arme pénale et invite à la modération dans l'application des sanctions civiles* »¹⁹⁵⁵. Cependant, ces observations, si elles s'inscrivent dans un rapport au titre préconisant de façon quelque peu équivoque une « dépenalisation de la diffamation », doivent-elles s'entendre comme tendant à une éradication totale du contentieux pénal de la diffamation et de l'injure ?

¹⁹⁴⁹ S. Guinchard, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, D. 2008, p. 1748.

¹⁹⁵⁰ *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rapp. Préc., p. 17.

¹⁹⁵¹ S. Guinchard, D. 2008, p. 1748 préc.

¹⁹⁵² Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Vers une dépenalisation de la diffamation*, résolution 1577 (2007) du 4 octobre 2007, n° 17.6.

¹⁹⁵³ *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rapp. Préc. p. 291

¹⁹⁵⁴ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Vers une dépenalisation de la diffamation*, rapport n° 11305 du 25 juin 2007.

¹⁹⁵⁵ F. Marchadier, « L'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur la loi et sa réécriture », in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.* p. 51, sp. p. 52.

460. En observant en détail la lettre de la résolution européenne, il est à noter que celle-ci dirige en réalité ses préoccupations vers la protection, au sein du Conseil de l'Europe, des journalistes exerçant leur profession dans les Etats membres. Rappelant les devoirs et obligations qui incombent aux professionnels de la presse, l'Assemblée parlementaire s'inquiète néanmoins de l'usage abusif qui peut être fait, dans certains Etats, de poursuites judiciaires – pénales comme *civiles*¹⁹⁵⁶ – dont la menace constitue « *une forme particulièrement insidieuse d'intimidation* » (§ 1-9). Aussi, il convient de souligner que les préconisations du Conseil de l'Europe n'invitent pas à une dépénalisation de la matière entendue comme privant le législateur de toute possibilité de légiférer au pénal sur la question¹⁹⁵⁷. Sont ainsi seulement encouragées l'abolition des peines d'emprisonnement pour diffamation (§ 17.1), une garantie d'indépendance du ministère public en la matière (§ 17.2) et une définition légale précise du comportement diffamatoire (§ 17.3). S'agissant de la France en particulier, la Résolution invite à bannir la « *protection renforcée des personnalités publiques, conformément à la jurisprudence de la Cour* » de Strasbourg (§ 17.6.2) ainsi qu'à élargir le champ d'application du mécanisme de l'*exceptio veritatis* (§ 17.7). Plutôt qu'une « dépénalisation » radicale du contentieux de la diffamation et de l'injure, ces préconisations tendent à promouvoir une utilisation raisonnée par les Etats membres des législations propres à réprimer les comportements diffamatoires ou injurieux.

Il convient de rappeler que les peines d'emprisonnement, autrefois prévues par la loi du 29 juillet 1881 en matière de diffamation et d'injure, mais inappliquées depuis plusieurs décennies¹⁹⁵⁸, ont été abrogées par la loi du 15 juin 2000¹⁹⁵⁹. Par ailleurs, si les peines prévues en matière de diffamations « aggravées » (art. 30, 31 de la loi de 1881) demeurent toujours supérieures à celles prévues pour les mêmes comportements dirigés envers les particuliers, leur appréciation est soumise à des conditions identiques, sinon plus restrictives, et les régimes de protection spéciale des personnalités publiques relevant de l'incrimination d'offense ont été successivement abrogés en 2004 et 2013¹⁹⁶⁰. Le régime de l'*exceptio veritatis* a, quant à lui, été

¹⁹⁵⁶ La résolution recommande en effet que soient instaurés « *des plafonds raisonnables et proportionnés en matière de montants de dommages et intérêts dans les affaires de diffamation, de sorte qu'ils ne soient pas susceptibles de mettre en péril la viabilité même du média poursuivi* » (§ 17.8).

¹⁹⁵⁷ B. de Lamy, *Droit de la presse et des médias*, JCP 2008.I.209, n° 1.

¹⁹⁵⁸ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.*, p. 540, n° 1073.

¹⁹⁵⁹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de la victime, art. 90.

¹⁹⁶⁰ V. *supra*, n° 409.

élargi en 2011¹⁹⁶¹ et 2013¹⁹⁶² à tous les cas de faits diffamatoires exclusifs de ceux relatifs à la vie privée de la victime, et d'aucuns notent, en matière de droits de la défense, « *la plasticité de la bonne foi et la perméabilité des juridictions pénales à l'article 10 de la Convention EDH* »¹⁹⁶³. Enfin, la Cour de Strasbourg a elle-même estimé à plusieurs reprises que l' « *on ne saurait considérer qu'une réponse pénale à des faits de diffamation est, en tant que telle disproportionnée au but poursuivi* »¹⁹⁶⁴, et que les articles 29 et 32 de la loi du 29 juillet 1881 revêtent « *l'accessibilité et la prévisibilité requises au sens de l'article 10 § 2 de la Convention* »¹⁹⁶⁵.

Ainsi, l'argument en faveur d'une dépénalisation de la diffamation et de l'injure tiré de la nécessité d'une mise à niveau du droit français vers les exigences du droit européen¹⁹⁶⁶ ne saurait emporter la conviction. Celui relatif aux difficultés liées à l'exigente procédure de la loi de 1881 sur la presse retient, en revanche, l'attention.

B - Les droits des victimes altérés

461. Le rapport de la « commission Guinchard » rappelle, à titre liminaire, que les règles procédurales de la loi du 29 juillet 1881 ont été établies dans le but initial de protéger une liberté de la presse victime des remaniements successifs de la législation au XIX^e siècle, en lui accordant un régime dérogatoire du droit commun de nature à faire prévaloir celle-ci « *dans une République encore balbutiante* »¹⁹⁶⁷. Mais aujourd'hui, « *les rapports de force ont changé depuis le XIX^e siècle* » s'agissant de la relation entre l'Etat et les médias, qui « *constituent de plus en plus un pouvoir dominant auquel les autorités étatiques doivent servir de contrepoids et contre lequel il convient de protéger les individus* »¹⁹⁶⁸. Certains auteurs expriment par ailleurs leur difficulté à « *comprendre [...] ce désir ardent de la liberté de la presse ; d'une*

¹⁹⁶¹ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011 *préc.*

¹⁹⁶² Conseil constitutionnel, décision n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013 *préc.*

¹⁹⁶³ B. de Lamy, JCP G 2008.I.209 *préc.*

¹⁹⁶⁴ CEDH, Gde ch., *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c/ France*, 22 octobre 2007, n° 21279/02, n° 36448/02, § 59 ; *Dorota Kania c/ Pologne*, 19 juillet 2016, n° 49132/11, § 35.

¹⁹⁶⁵ CEDH, *Chalabi c/ France*, 18 septembre 2008, n° 35916/04, § 38.

¹⁹⁶⁶ Libération.fr, « *Dépénaliser la diffamation, c'est ce que recommande le droit européen* », entretien avec W. Bourdon, 2 décembre 2008.

¹⁹⁶⁷ *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rapp. Préc. p. 289.

¹⁹⁶⁸ J. Morange, « La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression », in *Libertés, justice, tolérance*, mélanges offerts au doyen Gérard Cohen-Jonathan, vol. 2, Bruylant, 2004, p. 1247, *sp. pp.* 1262-1263. v., Dans le même sens, E. Derieux, *Légipresse* 1998, n° 154.II.93 *préc.* ; *Introduction générale*, in *Le droit de la presse : une spécialité légitime ou dépassée ?* Forum *Légipresse* du 29 septembre 2005, *Légicom* 2006/1, n° 35, p. 5 ; *Comm. com. Electr.* 2006, étude n° 4 *préc.*, n° 3.

part, parce que même si nous vivons dans un monde quasiment "surinformé", la presse n'est plus le moyen privilégié de la "communication" ; d'autre part, et surtout, l'authentique liberté dont jouit cette même presse depuis, précisément, la loi de 1881 [...] ne nous permet plus d'apprécier à sa juste valeur une telle liberté »¹⁹⁶⁹.

Ainsi, les reproches formulés à l'encontre du cadre procédural de 1881 tiennent à deux de ses particularités qui « *s'entremêlent pour accorder une protection démesurée de la liberté d'expression au regard des intérêts des victimes* »¹⁹⁷⁰ : l'épreuve du temps que constitue le court délai de prescription de l'article 65 (1), et l'épreuve de la forme qu'imposent les articles 50 et 53 (2).

1 - L'épreuve du temps : la prescription réduite de l'article 65

462. M. de Serre, souhaitant justifier le – déjà – court délai de prescription (six mois) mis en place par la loi du 26 mai 1819, avait affirmé : « *il est dans la nature des crimes et délits commis avec publicité, et qui n'existent que par cette publicité même, d'être aussitôt aperçus et poursuivis par l'autorité et ses nombreux agents [...]. Elle serait tyrannique la loi qui, après un long intervalle, punirait une publication à raison de tous ses effets possibles les plus éloignés, lorsque la disposition toute nouvelle des esprits peut changer de tout en tout les impressions que l'auteur lui-même se serait proposé de produire dans l'origine ; lorsqu'enfin le long silence de l'autorité élève une présomption si forte contre la criminalité de la publication. Il a donc paru convenable d'abrégé de beaucoup le temps de la prescription* »¹⁹⁷¹. Plus récemment et dans un sens similaire, la Cour de cassation a affirmé que le délai de prescription de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881, qui est de trois mois devant le juge civil comme devant le juge répressif, avait été institué dans l'intérêt de la liberté d'expression¹⁹⁷². Aussi, si l'on excepte les délits dérivés des discours de haine, dont la prescription a été portée au délai d'un an par la loi « Perben II » de 2004¹⁹⁷³, cette courte prescription s'applique à l'ensemble des infractions prévues au chapitre IV de la loi sur la presse. Il importe donc d'agir vite, ce qui n'est pas toujours chose aisée. En effet, la particularité des délits de presse étant

¹⁹⁶⁹ B. Beignier, *L'honneur et le droit*, op. cit. pp. 151-152.

¹⁹⁷⁰ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, op. cit. p. 253, n° 206.

¹⁹⁷¹ Cité in P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 2, op. cit. p. 400, n° 2140.

¹⁹⁷² Cass. 2^{ème} civ., 14 décembre 2000, Bull. II 2000 n° 173.

¹⁹⁷³ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 préc., art. 45.

leur double élément matériel composé de l'expression et, d'autre part, de l'élément de publicité, il est convenu de dire que « *c'est la publicité qui fait le délit* »¹⁹⁷⁴.

463. Un premier obstacle peut surgir lorsqu'il s'agit de déterminer le point de départ du délai : une conception favorable à la victime voudrait que la computation du délai de prescription commence au jour où celle-ci prend connaissance de l'expression litigieuse. De même pourrait-on considérer que le délit de presse est une infraction continue, dont la prescription court au jour où l'état délictueux a pris fin¹⁹⁷⁵, par exemple au jour où la mise à disposition du public a cessé. Il n'en est rien, et la jurisprudence retient le jour de ladite mise à disposition comme point de départ du délai au-delà duquel l'action en justice est éteinte par inaction¹⁹⁷⁶. Cependant, le jour auquel survient la publication de l'expression incriminée, au sens de l'article 23 de la loi de 1881, n'est pas toujours simple à déterminer en raison de la grande diversité des formes prises par une telle publicité. Si les publications périodiques présentent l'avantage de faire figurer une date imprimée, instituant dès lors une présomption (simple¹⁹⁷⁷) facilitant la computation du délai de prescription « *sauf erreur matérielle ou fraude* »¹⁹⁷⁸, et s'il est aisé de trouver la date à laquelle une émission a été diffusée à la radio ou à la télévision (en exceptant les difficultés pouvant résulter de rediffusions multiples¹⁹⁷⁹), le point de départ de la prescription s'avère plus obscur en matière de livres, affiches ou de publications en ligne, pour lesquels l'absence fréquente de date de publication implique un travail de recherche parfois difficile dont la charge revient au ministère public et aux juges du fond¹⁹⁸⁰. La visibilité particulièrement étendue dans le temps des publications sur Internet a

¹⁹⁷⁴ P. Guerdier, Rép. Pén. Dalloz, V° *Presse (procédure)*, 2011, n° 898.

¹⁹⁷⁵ *Ibidem*, n° 894.

¹⁹⁷⁶ Cass. Crim., 11 juillet 1889, Bull. crim. n° 252 ; DP. 1890.1.237, rapp. Sallempein ; 13 octobre 1987, Bull. crim. 1987 n° 349 ; Cass. 2^{ème} civ., 9 janvier 1991, Bull. II 1991 n° 9 ; 31 janvier 1995, Bull. crim. 1995 n° 39, Légipresse 1995.III.113.

¹⁹⁷⁷ Les écrits périodiques mentionnant une période de publication peuvent parfois être publiés avant ou après cette période ; auquel cas, le premier jour du mois mentionné est présumé être le jour de la mise à disposition de l'écrit au public (Cass. Crim., 19 mai 1998, Bull. crim. 1998 n° 173, Dr. Pén. 1998, comm. 132, obs. M. Véron) ; en revanche, les publications mentionnant une date précise instituent à ce titre une présomption irréfragable du point de départ du délai de prescription (Cass. Crim., 25 janvier 1995, Bull. II 1995 n° 28, D. 1997, somm. 69, obs. T. Massis).

¹⁹⁷⁸ Cass. Crim., 1^{er} juillet 1953, D. 1954, p. 474, rapp. Patin ; 1^{er} décembre 1981, Bull. crim. 1981 n° 320 ; 27 avril 2004, Bull. crim. 2004 n° 100.

¹⁹⁷⁹ Auquel cas, « *chaque émission constitue une nouvelle publication faisant démarrer un nouveau délai de trois mois* » ; C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. p. 242.

¹⁹⁸⁰ Cass. Crim., 5 janvier 1974, Bull. crim. 1974 n° 4.

notamment suscité quelques doutes quant au caractère instantané des infractions d'expression publique qui peuvent y être commises¹⁹⁸¹.

464. Ce premier obstacle franchi, il appartient à la partie poursuivante, afin de renouveler ou suspendre ce court délai de prescription, d'émettre des actes interruptifs de celui-ci, qui manifestent sans équivoque la volonté de poursuivre l'instance engagée¹⁹⁸² et font courir un nouveau délai légal « *dont l'interruption doit être renouvelée autant de fois que nécessaire jusqu'à l'extinction de la poursuite par un jugement définitif* »¹⁹⁸³. Il doit donc s'agir d'actes de poursuite, dont les hypothèses sont assez réduites, en particulier dans l'application de la loi sur la presse qui impose à la victime une célérité continue. Ces actes consistent d'abord dans le réquisitoire introductif du ministère public¹⁹⁸⁴, la plainte avec constitution de partie civile de la victime¹⁹⁸⁵ ou encore la citation directe par cette dernière¹⁹⁸⁶, qui ont pour effet de mettre en mouvement l'action publique (ou civile). Il en résulte que ces actes, lorsqu'ils sont viciés, n'emportent pas l'effet interruptif escompté¹⁹⁸⁷. Mais en dehors des actes exercés par le ministère public ou le juge d'instruction dans le cadre d'une éventuelle information judiciaire, la victime est investie d'un véritable « *devoir de vigilance quant au déroulement de la procédure en matière de délits de presse* »¹⁹⁸⁸. Il lui appartient alors, en cours d'instance, de réitérer les actes introductifs d'instance (citation, assignation) en cas d'inertie du ministère public¹⁹⁸⁹, y compris devant le juge civil¹⁹⁹⁰, sous peine de voir l'action définitivement prescrite. D'ordinaire plus souples dans le cadre du droit commun, les règles tendant à conférer un caractère interruptif aux actes du justiciable ont été considérablement durcies par la jurisprudence en droit de la presse, dans l'intérêt du droit à la liberté d'expression, de telle sorte

¹⁹⁸¹ A ce sujet, v. *infra*, n° 514 s.

¹⁹⁸² Cass. 2^{ème} civ., 18 décembre 1995, Bull. II 1995 n° 312.

¹⁹⁸³ P. Guerder, Rép. Pén. Dalloz, V° *Presse (procédure)*, étude préc., n° 926.

¹⁹⁸⁴ Cass. Crim., 11 octobre 1961, Bull. crim. n° 394.

¹⁹⁸⁵ Cass. Crim., 18 décembre 1990, Bull. crim. 1990 n° 441.

¹⁹⁸⁶ Cass. Crim., 21 janvier 1954, Bull. crim. n° 28.

¹⁹⁸⁷ Cass. Crim., 31 mars 1960, Bull. crim. n° 194 ; 5 mai 1964, Bull. crim. 1964 n° 147 ; 30 octobre 1989, Bull. crim. 1989 n° 388. Cependant, en raison des difficultés pouvant résulter de faits complexes ou pour lesquels l'identité de l'auteur est inconnue, la loi du 4 janvier 1993 a conféré un effet interruptif aux réquisitions aux fins d'enquête qui articulent et qualifient, « *à peine de nullité* », les faits en raison desquels l'enquête est ordonnée (L. 29 juillet 1881, art. 65, al. 2).

¹⁹⁸⁸ J. Francillon, *Modalités de la poursuite en matière de presse. Application respective des règles de droit commun et des règles propres à la loi sur la liberté de la presse*, RSC 2004, p. 125.

¹⁹⁸⁹ « *Que, d'autre part, en cas d'inaction du ministère public, il appartient à la partie civile d'assigner le prévenu à l'une des audiences de la cour d'appel pour interrompre le délai de prescription* » ; Cass. Crim., 25 février 2003, Bull. crim. 2003 n° 51, RSC 2004, p. 125, préc.

¹⁹⁹⁰ Cass. 2^{ème} civ., 6 mai 1999, Bull. II 1999 n° 79 ; 11 octobre 2001, Bull. II 2001 n° 153.

que « la victime d'une de ces infractions est [...] condamnée à un acharnement judiciaire si elle ne veut pas voir son action éteinte »¹⁹⁹¹.

Outre sa réactivité et sa célérité, la victime d'une infraction de presse doit faire preuve d'une grande rigueur dans l'introduction de son action en justice ; car la guillotine de l'article 65 de la loi de 1881 est d'autant plus fatale lorsque le formalisme des articles 50 et 53 n'a pas été respecté.

2 - L'épreuve de la forme : le formalisme des articles 50 et 53

465. L'acte initial de la poursuite en matière de presse est « en quelque sorte, le socle de la poursuite, l'alpha et l'oméga de la procédure de presse, dans la mesure où il fixe de manière définitive la nature et l'étendue de la poursuite »¹⁹⁹². Ce rigorisme procédural est, ici encore, établi dans l'intérêt de la partie poursuivie, afin de lui permettre une connaissance exacte des faits qui lui sont reprochés et de lui garantir une pleine maîtrise de sa défense¹⁹⁹³. A cet effet, l'article 50 de la loi du 29 juillet 1881 établit les règles de forme que doit respecter tant le réquisitoire introductif du ministère public que la plainte avec constitution de partie civile de la victime¹⁹⁹⁴ aux fins de l'ouverture d'une information, tandis que l'article 53 de la même loi prescrit les formes de la citation directe effectuée par le parquet ou la victime.

Malgré leur légère différence de formulation, les deux textes présentent un socle commun de dispositions qui imposent à la partie poursuivante d'établir clairement et sans équivoque l'objet des poursuites : le réquisitoire introductif, la plainte avec constitution de partie civile et la citation directe doivent donc comprendre avec la même précision l'articulation des faits, leur qualification légale et le visa du texte qui en assure la répression¹⁹⁹⁵. L'articulation des faits consiste ainsi dans l'énonciation de l'expression litigieuse, dont le degré de précision peut varier en fonction de la forme prise par celle-ci. Lorsque l'expression est purement verbale, les propos doivent être transcrits le plus fidèlement possible, de sorte qu'il ne peut être laissé

¹⁹⁹¹ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, op. cit. p. 265, n° 215.

¹⁹⁹² P. Guerder, Rép. Pén. Dalloz, V° *Presse (procédure)*, étude préc., n° 419.

¹⁹⁹³ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. p. 254.

¹⁹⁹⁴ Bien qu'elle ne soit pas mentionnée au sein des dispositions de l'article 50, la Cour de cassation applique les dispositions dudit article à la constitution de partie civile, qui constitue « l'acte initial et générateur de la poursuite » ; Cass. Crim., 9 janvier 1974, Bull. crim. 1974 n° 12; 27 janvier 1976, Bull. crim. 1974 n° 32; 17 mars 1981, Bull. crim. 1981 n° 97; 28 février 1984, Bull. crim. 1984 n° 80; 6 novembre 1984, Bull. crim. 1984 n° 338; 20 janvier 1986, JCP G 1986.IV.94.

¹⁹⁹⁵ P. Guerder, Rép. Pén. Dalloz, V° *Presse (procédure)*, étude préc., n° 502.

aucun doute dans l'esprit du prévenu quant à l'objet de la poursuite¹⁹⁹⁶. Les délits résultant de formes d'expression graphiques peuvent, si leur description s'avère insuffisante, faire l'objet d'une description ou d'une reprographie, tandis que les propos extraits d'un livre ou d'un journal doivent faire l'objet d'une citation accompagnée des éléments propres à en assurer l'identification au sein de l'ouvrage ou de la publication¹⁹⁹⁷.

La partie poursuivante doit par ailleurs procéder à un véritable travail de qualification, en indiquant les éléments jugés constitutifs de l'infraction, « *au moins de manière sommaire* »¹⁹⁹⁸, et en mentionnant exactement la dénomination légale applicable aux faits visés¹⁹⁹⁹, sous peine de nullité²⁰⁰⁰. Enfin, l'acte doit préciser le texte qui réprime les faits, étant entendu que ce texte doit être celui qui édicte la peine prévue pour l'infraction poursuivie, ce qui, dans le cas de la diffamation et de l'injure, ne se limite pas à l'article 29 de la loi de 1881 définissant lesdites infractions, mais correspond aux articles qui prévoient, pour chaque variété du délit, les peines correspondant à la qualité des personnes visées²⁰⁰¹. Aussi, la possibilité reconnue aux juges du fond, en droit commun, de requalifier les faits soumis à leur examen leur est retirée par la jurisprudence interprétant la loi du 29 juillet 1881²⁰⁰², et l'acte introductif d'instance, par cette « *cristallisation de la qualification juridique* »²⁰⁰³, fixe donc irrévocablement l'objet des poursuites²⁰⁰⁴. Or, à la distinction fondamentale entre injure et diffamation, qui n'est pas toujours aisée, s'ajoute parfois la distinction entre propos visant un particulier ou une personnification de l'Etat²⁰⁰⁵. En ce sens, la rigueur est de mise, car des

¹⁹⁹⁶ Cass. Crim., 16 septembre 2003, Bull. crim. 2003 n° 162 (3 arrêts); 1^{er} septembre 2010, n° 09-88.005, Comm. com. Electr. 2011, chron. 3, n° 5, obs. C. Bigot.

¹⁹⁹⁷ P. Guerder, Rép. Pén. Dalloz, V° *Presse (procédure)*, étude préc., n° 428. Les termes peuvent être mis en gras et soulignés au sein de l'extrait reproduit : v. Cass. Crim., 24 mai 2016, n° 15-82.945.

¹⁹⁹⁸ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. p. 255.

¹⁹⁹⁹ Cass. Crim., 26 juin 1919, Bull. crim. n° 147

²⁰⁰⁰ Sur l'erreur découlant de la qualification de propos diffamatoires comme étant seulement injurieux, v. Cass. Crim., 16 juillet 1992, n° 91-86.775 ; sur l'absence de qualification au sein d'un réquisitoire introductif, v. Cass. Crim., 22 janvier 1985, Bull. crim. 1985 n° 34; sur la nullité tirée de qualifications alternatives ou cumulatives, v. Cass. Crim., 30 octobre 2012, Bull. crim. 2012 n° 232; 21 juin 2016, n° 15-82.967, Gaz. Pal. 28 octobre 2016, p. 37, obs. F. Fourment.

²⁰⁰¹ Cass. Crim., 10 mars 1882, D. 1882.1.190 ; 15 janvier 1998, Bull. crim. 1998 n° 21, Dr. Pén. 1998, comm. 62, obs. M. Véron ; Cass. 2^{ème} civ., 26 octobre 2000, Bull. II 2000 n° 147.

²⁰⁰² G. Stefani, G. Levasseur, B. Boulloc, *Procédure pénale*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2015, sp. p. 543, n° 642. A noter toutefois que cette règle a été écartée par la loi « égalité et citoyenneté » du 27 janvier 2017 à raison des infractions constitutives de discours de haine prévues par la loi du 29 juillet 1881 (art. 54-1).

²⁰⁰³ J. Dechepey-Tellier, RSC 2017, p. 677 préc.

²⁰⁰⁴ Cass. Crim., 30 octobre 1989 Bull. crim. 1989, n°388; 22 mai 1990, n° 87-81.287.

²⁰⁰⁵ Cette dernière, réprimée par l'article 31 de la loi du 29 juillet 1881, doit être commise à raison des fonctions ou de la qualité du Président de la République, d'un ministre, d'un parlementaire, d'un fonctionnaire public, d'un

qualifications cumulatives entraînent la nullité de l'acte si celles-ci s'avèrent inconciliables entre elles²⁰⁰⁶.

Plus spécifiquement, l'article 53 impose, au-delà du formalisme emprunté à l'article 50, que la citation contienne élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie, et qu'elle soit notifiée tant au ministère public qu'à la personne poursuivie. Ces formalités supplémentaires, qui sont également sanctionnées par la nullité de l'acte de citation ou d'assignation²⁰⁰⁷, sont une survivance du régime antérieur à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 6 mai 1944 qui a aboli la compétence des Cours d'assises en matière d'infractions de presse. Ces dispositions permettaient ainsi de pallier l'absence de dispositions propres à réglementer la saisine par citation directe de la juridiction populaire en présence d'infractions de nature délictuelle, sans recours préalable à la juridiction d'instruction²⁰⁰⁸. Aujourd'hui toutefois, l'élection de domicile, qui permet la désignation d'un lieu unique où « *les significations, demandes et poursuites relatives à cet acte pourront être faites* »²⁰⁰⁹, se justifie par les nécessités inhérentes à la mise en œuvre du mécanisme de l'exception de vérité dans les conditions de l'article 55 de la loi de 1881. C'est en effet « *au domicile élu que le prévenu doit effectuer dans les dix jours de la citation les significations prescrites par l'article 55 s'il veut être admis à prouver la vérité des faits diffamatoires* »²⁰¹⁰. La notification au ministère public permet, quant à elle, d'associer le parquet en tant que partie à la poursuite et à la procédure de l'*exceptio veritatis*²⁰¹¹.

466. L'accumulation de ces formalités, auxquelles il doit être procédé avec une grande précision, tend à faire de l'exercice des poursuites un véritable chemin de croix pour la victime.

dépositaire ou agent de l'autorité publique, d'un ministre des cultes salarié par l'Etat, d'un citoyen chargé d'un mandat public, et à raison de la déposition d'un juré ou d'un témoin lors d'un procès.

²⁰⁰⁶ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 465, n° 918.

²⁰⁰⁷ Sur l'absence de notification au ministère public ou au prévenu/défendeur, v. Cass. Crim., 11 mai 1946, Bull. crim. n° 86 ; Cass. 2^{ème} civ., 26 octobre 2000 *préc.* ; sur l'absence d'élection de domicile dans la ville du tribunal saisi, v. Cass. Crim., 9 décembre 1949, Bull. crim. n° 340 ; 10 juin 1959, Bull. crim. n° 309 ; 25 février 1980, Bull. crim. 1980 n° 70 ; 2 novembre 2016, n° 15-86.665 ; Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 1999, Bull. II 1999 n° 90 ; 10 juin 2004, Bull. II 2004 n° 288.

²⁰⁰⁸ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, *op. cit.* p. 278, n° 228 ; E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 473, n° 935.

²⁰⁰⁹ Code civil, art. 111.

²⁰¹⁰ Cass. Crim., 15 octobre 1985, Bull. crim. 1985 n° 316.

²⁰¹¹ Le parquet, « *gardien de l'ordre public est intéressé par toute infraction relevant de l'application de la loi sur la presse* » (TGI Paris, 1^{ère} ch., 4 mars 1998, *Légipresse* 1998, n° 153.I.85). En ce sens, v. P. Guerder, *Rép. Pén. Dalloz*, V° *Presse (procédure)*, étude *préc.*, n° 554 ; E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 478, n° 948.

Si certains auteurs estiment que l'on « *ne saurait considérer qu'exiger l'exécution rigoureuse de cette opération de qualification a un quelconque caractère inéquitable* »²⁰¹², d'autres dénoncent le fait que les particularités procédurales de la loi de 1881 « *sont bien connues des spécialistes de ce droit... mais souvent d'eux seuls* », et que « *les procès en la matière se gagnent ou se perdent essentiellement sur le terrain de la procédure* »²⁰¹³. Un auteur a souligné que la nullité des actes, enfermés dans le court délai prescriptif de trois mois de l'article 65, non interrompu de ce fait, est bien souvent synonyme de l'échec de l'action toute entière : « *il est en fait rarissime qu'un demandeur voie la nullité prononcée dans un délai suffisant pour lui permettre d'introduire une nouvelle instance [...]. On ne se relève pas, dans un procès de presse, d'une nullité de procédure* »²⁰¹⁴. Le prononcé de la nullité de l'acte introductif d'instance entraîne ainsi rétroactivement celle de tous les actes d'instance subséquents. On peut alors légitimement se demander, au regard de la reconnaissance acquise par le droit à la liberté d'expression et de la place qu'il occupe désormais en société, si cette extrême rigueur se justifie encore de nos jours. Cette interrogation vaut *a fortiori* en matière civile, où le calquage sur la responsabilité civile des règles procédurales de 1881 tend à opérer une confusion malheureuse des objets respectifs de l'action civile et de l'action pénale²⁰¹⁵.

L'argument tiré de l'avantage disproportionné conféré par les règles procédurales intransigeantes du droit de la presse à la partie poursuivie par rapport à la victime de propos diffamatoires ou injurieux, s'il permet de nourrir la réflexion sur l'interprétation jurisprudentielle des règles de forme prescrites par la loi sur la presse, ne saurait cependant justifier une dépénalisation des délits de presse. Il convient d'ailleurs de relever que la proposition n° 12 de la « commission Guinchard » n'a fait l'objet d'aucune mise en oeuvre, et l'idée qui la fonde semble – temporairement du moins – abandonnée à l'heure actuelle. Mais le problème de fond subsiste, et nécessite un effort de légitimation du régime pénal des délits de presse.

²⁰¹² C. Bigot, note ss. Cass. 2^{ème} civ., 7 mai 2002, *Légipresse* 2002, n° 193.III.123, cité in G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, op. cit. p. 268, n° 220.

²⁰¹³ E. Derieux, *Comm. com. Electr.* 2006, étude n° 4 *prés.*, n°4.

²⁰¹⁴ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, op. cit. pp. 275-276, n° 223-224.

²⁰¹⁵ E. Dreyer, *JCP G* 2010, ap. rap. p. 833 *prés.*, in *fine*.

§ 2 - Un régime légal à conforter

467. Le régime des infractions de presse établi par la loi du 29 juillet 1881 ne saurait trouver sa solution dans l'extraction pure et simple des délits qui en constituent la principale utilisation. Le procès pénal, par son adéquation à la difficile tâche de conciliation d'intérêts contradictoires en droit de la presse, est le meilleur garant de l'équilibre du débat public (A). La solution au conflit entre droit de la presse et droit de la responsabilité civile ne passe pas par la déconstruction du premier mais, plutôt, par un rééquilibrage du contentieux par la jurisprudence (B).

A - Le procès pénal, garant de l'équilibre du débat public

468. Le moins que l'on puisse dire, c'est que la proposition formulée par la « commission Guinchard » tendant à dépénaliser la diffamation et l'injure a reçu un accueil plutôt défavorable en doctrine ; et si d'aucuns semblent avancer que l'attachement à l'économie de la loi de 1881 est surtout le fait de ceux qui en tirent les bénéfices²⁰¹⁶, parmi les détracteurs du projet figuraient tant des journalistes²⁰¹⁷ que des avocats et magistrats spécialisés en droit de la presse²⁰¹⁸ ou des universitaires²⁰¹⁹. Sans toutefois nier que la procédure stricte de la loi sur la presse emporte des inconvénients, il fut néanmoins insisté sur ses avantages. Ces derniers peuvent ainsi s'observer à l'endroit des victimes, de la liberté de la presse et de la société démocratique.

469. S'agissant de la victime, il a pu être notamment affirmé que la loi du 29 juillet 1881 est tournée contre celle-ci plutôt que contre le coupable, et que, parvenue à franchir les nombreux obstacles procéduraux posés par le législateur, elle voit souvent son offenseur

²⁰¹⁶ E. Derieux, Comm. com. Electr. 2006, étude n° 4 préc., n° 3.

²⁰¹⁷ Le Monde.fr, *Dépénaliser la diffamation, du « sur mesure pour condamner la presse »*, 5 décembre 2008 ; Le Monde.fr, *Dépénaliser la diffamation, une fausse bonne idée*, par Xavier Ternisien, 12 janvier 2009.

²⁰¹⁸ Mediapart.fr, *Dépénaliser la diffamation : le nouveau miroir aux alouettes*, tribune de J.-P. Mignard, 8 décembre 2008 ; B. Ader, N. Bonnal, A. Filipetti, D. Olivennes, P. Val, C. Chaillou, *Il ne faut pas dépénaliser la diffamation*, art. préc. ; C. Bigot, *Contentieux de presse : les errements de la commission Guinchard*, Légipresse n° 254, septembre 2008, p. 109 ; v. également les avis de J.-Y. Dupeux et J.-Y. Monfort, consultés par la commission Guinchard (*L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rapp. Préc. p. 291).

²⁰¹⁹ P. Malaurie, *Ne dépénalisons pas la diffamation et l'injure. Contre la proposition n° 12, alinéa 1 du rapport Guinchard*, JCP G 2008, act. 566 ; T. Massis, *Faut-il dépénaliser la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ?* Gaz. Pal. 4 septembre 2008, p. 2 ; B. de Lamy, *Droit de la presse et des médias*, JCP G 2008.I.209 préc. ; O. Mouysset, *Un an de droit pénal de la presse*, Dr. Pén. 2009, chron. 6, n° 21 ; A. Lepage, *Un an de droit pénal des nouvelles technologies*, Dr. Pén. 2008, chron. 10, n° 33-35 ; B. Bouloc, *Vers un déclin de la sanction pénale des atteintes à la dignité ?*, D. 2009, p. 1373.

sanctionné de façon dérisoire²⁰²⁰. Cependant, il convient de rappeler que « *les pratiques judiciaires évoluent de manière cyclique et font parfois preuve d'une grande sévérité* », et que l'insuffisance résiduelle de la répression en la matière est davantage imputable au manque de pouvoir des juges en fait de peines complémentaires qu'à un prétendu laxisme en termes de peines principales²⁰²¹. A ce titre, il est à regretter qu'une peine complémentaire de publication de la décision de condamnation, aux frais du condamné, ne puisse être ordonnée par les juridictions du fond dès lors qu'une telle peine n'est pas prévue par l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881²⁰²².

Ensuite, s'il est exact que les raisons qui ont conduit le législateur de 1881 à faire pencher délibérément la balance du côté des journalistes ont aujourd'hui une force amoindrie par plus d'un siècle de légitimation du rôle de la presse en tant que « *chien de garde* » de la démocratie²⁰²³, on ne saurait affirmer que la procédure instituée par la loi sur la liberté de la presse est anachronique au regard des besoins actuels de la victime. En particulier, la naissance d'un contentieux de la presse lié à l'utilisation des nouvelles technologies par un nombre croissant d'utilisateurs, et dans lequel les journalistes ne sont plus les seuls prévenus potentiels, est de nature à conférer à la poursuite pénale des délits de presse un regain d'intérêt non négligeable²⁰²⁴. En effet, l'anonymat omniprésent sur les réseaux en ligne prive bien souvent les victimes de la possibilité d'identifier les auteurs des propos les visant, sauf à s'investir dans des procédures coûteuses en référé ou par le biais d'avocats, là où la constitution de partie civile et la saisine du juge d'instruction usant de ses prérogatives d'enquête exorbitantes allègent la charge probatoire de la victime et lui offrent des garanties supplémentaires pour la répression des auteurs et la réparation subséquente de son préjudice²⁰²⁵. Par ailleurs, l'impact de la divulgation de faits portant atteinte à l'honneur ou à la considération, qui constitue pour certains la raison d'être des infractions pénales de diffamation et d'injure²⁰²⁶, se trouve démultiplié sur Internet en vertu d'une accessibilité illimitée dans le temps et l'espace. Il apparaît donc pour le

²⁰²⁰ B. Beignier, *L'honneur et le droit*, op. cit. pp. 152-153.

²⁰²¹ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 541, n° 1074.

²⁰²² Cass. Crim., 12 janvier 2016, n° 14-87.749, Comm. com. Electr. 2016, comm. 27, obs. A. Lepage. En ce sens, suggérant une application plus fréquente des peines complémentaires telles que l'affichage et la diffusion de la décision de condamnation, v. E. Raschel, « Les sanctions pénales sont-elles appropriées à la répression des délits de presse ? », in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), op. cit. p. 221, sp. pp. 229-230.

²⁰²³ CEDH, *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, n° 13585/88, § 59 ; *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c/ France* préc., § 62 ; *Von Hannover c/ Allemagne*, 24 juin 2004, n° 59320/00, § 63.

²⁰²⁴ A ce sujet, v. *infra*, n° 490 s.

²⁰²⁵ D. Rebut, *Pouvoirs* 2009/1, n° 128 p. 49 *préc.*, n° 7 et s. ; B. Ader et al., *Le Monde.fr*, art. *préc.*

²⁰²⁶ B. Bouloc, D. 2009, p. 1373 *préc.*

moins « *paradoxal qu'à l'heure où la diffamation et l'injure n'ont jamais été aussi faciles à commettre et donc nombreuses, et leur portée jamais aussi redoutable, il soit question de les dépénaliser* »²⁰²⁷.

470. Le second bénéficiaire du régime procédural de la loi de 1881 est la *liberté de la presse*. Il est indéniable que les rigueurs procédurales de la loi du 29 juillet 1881 remplissent le rôle pour lequel elles ont été conçues. Il s'agit évidemment de favoriser la liberté de la presse en dissuadant le plus possible les actions dirigées contre ceux qui débattent, dénoncent et éveillent le peuple par le verbe ou par l'image. Or, en dépit de la démocratisation du débat public, lequel n'est désormais plus réservé aux professionnels de la communication, il convient de se demander si la « porosité répressive » délibérément instituée par le législateur de 1881 ne conserve pas, aujourd'hui encore, une fonction bénéfique pour la liberté d'expression de chacun. Serait-il opportun de sacrifier un système qui garantit l'exercice d'une liberté acquise au plus haut degré normatif pour la seule raison que certains faits trouvent accèdent à l'impunité par la négligence des parties poursuivantes ? Un resserrement des mailles du filet répressif ne conduirait-il pas à entraîner certains professionnels consciencieux dans la chute de ceux qui font du maigre scandale leur source de revenus ? Un avocat rappelle qu'il « *existe un droit de nuire consubstantiel aux libertés de l'esprit en général, et à la liberté de la presse en particulier. C'est précisément une liberté reconnue pour permettre à la presse de critiquer, de porter des jugements même acerbes, de mettre en lumière des faits répréhensibles, etc...[...]. Au risque de provoquer, il nous semble que la prudence ne fait pas nécessairement partie des qualités exigées d'un bon professionnel de la presse, et les plus grands journalistes ne sont pas forcément les plus prudents* »²⁰²⁸.

Il est dès lors assez inquiétant de constater que les tenants de la dépénalisation plaident souvent en faveur de celle-ci dans le seul but d'accentuer la répression dont ils déplorent l'insuffisance en droit pénal. On peut légitimement craindre que la banalisation des « dommages-intérêts punitifs » n'entraîne, vis-à-vis des médias, le même effet dissuasif pourtant dénoncé par le Conseil de l'Europe vis-à-vis des sanctions pénales²⁰²⁹. Ce « *retour de*

²⁰²⁷ A. Lepage, Dr. Pén. 2008, chron. 10 *préc.*

²⁰²⁸ C. Bigot, art. *préc.* in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* pp. 68-69.

²⁰²⁹ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, rapport n° 11305 du 25 juin 2007 *préc.*, § 59. En ce sens, « *le locuteur se trouverait plus facilement exposé au prononcé d'une sanction civile dont la logique hésite d'ailleurs entre réparation et rétribution* » (C. Sourzat, « Le parallélisme des formes est-il justifié ? », in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.* p. 181, *sp.* p. 183.

la peine privée »²⁰³⁰ se heurterait par ailleurs, dans l'hypothèse où il viendrait à être consacré, aux mêmes principes qui ont pour objectif de restreindre l'intensité de la répression pénale à proprement parler, limitant dès lors l'intérêt d'une telle substitution²⁰³¹.

C'est ainsi par cet « *équilibre subtil entre la protection de la liberté d'expression et le droit des personnes* »²⁰³² que le procès pénal de la presse donne toute sa portée à un contentieux dont les enjeux dépassent de loin le rapport classique de la victime à son agresseur. À cet égard, les opposants à la dépénalisation de la diffamation et de l'injure ont pu souligner que l'oralité des débats, se déroulant dans le respect du principe du contradictoire, et au cours desquels peuvent être auditionnés des témoins, paraît plus adaptée aux exigences du contentieux de la liberté d'expression, par opposition aux règles de la procédure civile²⁰³³. Le jugement de l'expression infamante par la juridiction répressive emporte des conséquences autrement plus retentissantes que la simple punition ou relaxe de ses auteurs. Il agit en instance déontologique de la presse par l'examen de la bonne foi, dissipe les doutes par l'admission de la preuve des faits diffamatoires, et, plus récemment, définit les contours du débat public à travers la notion de débat d'intérêt général²⁰³⁴.

471. Enfin, un troisième bénéficiaire de la répression pénale de la diffamation et de l'injure est indubitablement la *société démocratique* qui, à travers le verdict du juge, énonce ce qui est tolérable et ce qui ne l'est pas en son sein. S'il est indéniable que l'enjeu, pour les victimes de ces comportements, réside essentiellement dans la réparation du préjudice qu'elles en retirent²⁰³⁵, cela ne saurait pour autant occulter toute la symbolique qui s'attache à la condamnation pénale et la satisfaction que peut tirer la victime de l'infamie qui s'abat sur le diffamateur ou l'injuriant. Si la responsabilité des condamnations pécuniaires prononcées contre les parties poursuivies incombe principalement aux propriétaires des journaux ou écrits périodiques au sein desquels les faits ont été commis, en vertu de l'article 44 de la loi de 1881,

²⁰³⁰ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 6, n° 8.

²⁰³¹ *Ibidem*, pp. 559-560, n° 1105.

²⁰³² T. Massis, *Gaz. Pal.* 4 septembre 2008, p. 2 préc.

²⁰³³ « *Le débat public est au centre du procès de presse. Devant quelles juridictions, sinon le juge de presse, a-t-on évoqué, sans censure ni frilosité, des questions aussi graves pour notre démocratie que la vérité dans l'affaire Dreyfus, la torture en Algérie, la réalité du système soviétique avec Kravtchenko ?* » (B. Ader et al., *Le Monde.fr*, art. préc.). Dans le même sens, v. les observations de J.-Y. Monfort au titre de sa consultation par la « commission Guinchard » (*L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, rapp. Préc., p. 291) ; v. également T. Massis, *Gaz. Pal.* 4 septembre 2008, p. 2 préc.

²⁰³⁴ V. *supra*, n° 411 s.

²⁰³⁵ E. Derieux, *La responsabilité des médias. Responsables, coupables, condamnables, punissables ?* JCP G 1999.I.153, n° 37 ; *Comm. com. Electr.* 2006, étude n°4 préc., n° 1.

c'est contre les seuls auteurs intellectuels du délit (auteur et directeur de publication), comparaissant à titre personnel, que la condamnation pénale est prononcée. L'honneur et la considération des personnes constituent, bien plus que de simples intérêts privés, des valeurs à l'atteinte desquelles le corps social est entièrement légitime à exprimer sa réprobation²⁰³⁶ : le « trait empoisonné » de la diffamation, que Chateaubriand comparait à un assassinat²⁰³⁷, est depuis ses origines « *un délit grave susceptible d'entraîner une très grande souffrance, même de bouleverser et d'annuler des vies* »²⁰³⁸, a fortiori à une époque où sa diffusion peut être immédiate, universelle et permanente. Ramener le procès de la diffamation à un « *simple conflit entre particuliers* »²⁰³⁹ reviendrait dès lors à nier une partie significative du caractère gravement répréhensible de ce comportement, en privant l'Etat du contrôle qu'il lui appartient d'exercer sur la santé des rapports entre ses citoyens.

Le maintien du traitement pénal des délits de presse apparaît bien nécessaire au sein d'une société démocratique, par les garanties qu'il confère au déroulement harmonieux du débat public. L'évidence du constat ne saurait toutefois remettre en cause la pertinence de certaines critiques émises à l'égard de sa procédure. Aussi la matière pourrait-elle bénéficier de certains aménagements salutaires, principalement à la charge du juge.

B - Le juge, restaurateur de l'équilibre du contentieux

472. Les écueils de la répression pénale des délits de presse sont moins imputables à la logique protectrice des règles processuelles de 1881 qu'à leur interprétation parfois rigide par les juridictions. Il s'agirait alors de procéder à une application corrigée de celles-ci (1). Additionnellement, il nous semble nécessaire de procéder à une réhabilitation « contrôlée » de la fonction complétive de l'action civile en matière d'abus de la liberté d'expression (2).

1 - Une application corrigée des règles processuelles de 1881

473. Comme l'observe un auteur, deux siècles d'expérience jurisprudentielle fondée sur une interprétation stricte des règles de fond et de forme entourant la répression de l'expression infamante constituent un « *trousseau de clefs inusable* » pour les citoyens comme pour le

²⁰³⁶ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 6, n° 9.

²⁰³⁷ T. Grellet-Dumazeau, *op. cit.* p. 54, n° 73.

²⁰³⁸ T. Massis, *Gaz. Pal.* 4 septembre 2008, p. 2 préc.

²⁰³⁹ Syndicat national des journalistes (SNJ), art. préc.

juge²⁰⁴⁰. Plutôt qu'une déconstruction de la matière, Guillaume Lécuyer a proposé des perspectives de rééquilibrage du droit de la presse²⁰⁴¹. De l'étude de ces propositions, on peut relever qu'une intervention législative serait d'une efficacité modérée (a), la jurisprudence étant à même de rétablir durablement l'équilibre qu'elle a elle-même contribué à rompre (b).

a - L'efficacité modérée d'un rééquilibrage par la loi

474. Une réforme législative du régime procédural de 1881 pourrait d'abord consister dans un allongement du délai de prescription de l'article 65. Guillaume Lécuyer suggère à ce titre qu'il soit institué un délai « *au moins annuel* », bien qu'à ce sujet l'auteur soit plus convaincu de l'efficacité d'un délai de dix-huit mois²⁰⁴². Cependant, une seconde proposition, consistant à instituer un système de double-délai calqué sur l'exemple de la loi du 26 mai 1819 apparaît plus séduisante. En effet, l'article 29 de ladite loi prévoyait que l'action publique, se prescrivant par six mois à compter du fait de la publication, était portée à un an « *s'il a été fait, dans cet intervalle, un acte de poursuite ou d'instruction* ». Une telle solution aurait le mérite de conserver l'esprit de l'article 65 de la loi de 1881, dans le sens où il s'agirait toujours de considérer que la répression des infractions de publication doit demeurer aussi volatile que leur apparition dans l'espace public, tout en gratifiant la partie poursuivante pour sa réactivité. Néanmoins, et en dépit d'un mouvement général d'allongement des délais de prescription, récemment consacré par la loi du 27 février 2017²⁰⁴³, une modification du délai de prescription édicté par la loi sur la presse paraît peu probable à l'heure actuelle : les jurisprudences judiciaire²⁰⁴⁴, constitutionnelle²⁰⁴⁵ et strasbourgeoise²⁰⁴⁶ ont récemment réfuté l'hypothèse d'une inconstitutionnalité de l'article 65 sur le fondement du droit à un recours effectif.

Comme le souligne Guillaume Lécuyer, c'est la conjugaison du délai de prescription avec les obstacles posés par les articles 50 et 53 de la même loi qui conduisent à des situations

²⁰⁴⁰ J.-P. Mignard, Mediapart.fr, art. préc.

²⁰⁴¹ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, op. cit. pp. 276-290, n° 225 s.

²⁰⁴² *Ibidem*, pp. 276-277, n° 227.

²⁰⁴³ Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

²⁰⁴⁴ Cass. 1^{ère} civ., 5 avril 2012, Bull. I 2012 n° 87; 1^{er} mars 2017, n° 16-12.490 (à paraître au *Bulletin*); Cass. Crim., 12 avril 2016, n° 15-85.561. Récemment, la Chambre criminelle a également estimé que le délai de trois mois institué par l'article 65 n'est pas incompatible avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Cass. Crim., 28 mars 2017, n° 16-82.428).

²⁰⁴⁵ Conseil constitutionnel, décision n°2013-311 QPC du 17 mai 2013.

²⁰⁴⁶ CEDH, *Debray c/ France*, 2 mars 2017, n° 52733/13, § 40.

injustes pour certaines victimes²⁰⁴⁷. Est alors dénoncé l'anachronisme des formalités particulières de l'article 53 (notification de la citation au prévenu ainsi qu'au ministère public, et élection de domicile dans la ville où siège la juridiction saisie), « *survivance d'un passé révolu* »²⁰⁴⁸, et dont la surabondance vis-à-vis des règles procédurales du droit commun se justifie mal de nos jours. Cependant, s'agissant de formalités qui ne présentent pas d'autre difficulté qu'une lecture attentive des dispositions du deuxième alinéa de l'article 53 et qui s'apparentent plus à une contrainte qu'à un véritable obstacle, à la différence du travail de qualification imposé par l'alinéa premier, cette abrogation ne paraît pas constituer une priorité absolue.

S'agissant enfin des difficultés relatives à la qualification des faits, posées par les articles 50 et 53, on pourrait être tenté de suggérer que la loi prévoie, tout en maintenant cette exigence, que le juge peut, lorsque cette qualification est erronée, recouvrer un pouvoir de requalifier les faits. Une telle modification s'inscrirait *a priori* dans la suite logique de l'insertion, par la loi « égalité et citoyenneté » de 2017, d'un article 54-1 permettant à la juridiction de jugement, lors de poursuites engagées pour des propos constitutifs de discours de haine, de requalifier les faits « *dans le respect du principe du contradictoire* ». Toutefois, il ne faut pas oublier que cet article procède d'une volonté du législateur, déjà exprimée en 2004 avec l'allongement du délai de prescription de ces délits, de singulariser ces derniers dans le *corpus* des infractions de presse pour en faciliter la poursuite. Un élargissement aussi radical de cette possibilité de requalification au contentieux général des délits de presse présenterait le risque d'une multiplication des poursuites fantaisistes ou mal engagées, où la surenchère dans les qualifications choisies serait de nature à compliquer davantage le contentieux.

L'intervention par la voie législative paraît ainsi présenter l'avantage d'opérer une modification substantielle de l'ordonnancement juridique de 1881 pour l'adapter aux exigences de notre temps. Cependant, hormis la question spécifique du caractère réduit de la prescription, qui demeure un des « piliers » de l'équilibre du droit de la presse, le cœur du problème se situe davantage dans l'application cumulée et intransigeante, *par les juges*, des dispositions « prescriptives » et « qualificatoires » du chapitre V de la loi. En ce sens, les propositions de

²⁰⁴⁷ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, op. cit. p. 274, n° 223.

²⁰⁴⁸ *Ibidem*, p. 278, n° 228. A ce sujet, v. *supra*, n° 465.

Guillaume Lécuyer tendant à opérer un infléchissement de l'interprétation jurisprudentielle dudit chapitre apparaissent plus convaincantes.

b - L'efficacité durable d'un rééquilibrage par la jurisprudence

475. Conscient des difficultés qui s'attachent à la modification d'une loi, dont la préservation de l'équilibre impose de n'y toucher « *que d'une main tremblante* »²⁰⁴⁹. Guillaume Lécuyer a également proposé que le rééquilibrage s'effectue par la voie jurisprudentielle.

476. En premier lieu, il est proposé que le juge fasse une lecture plus favorable à la partie poursuivante de l'effet rétroactif de la nullité du premier acte de poursuite²⁰⁵⁰. En effet, si l'échec d'une procédure en droit de la presse est souvent le résultat d'une nullité de l'acte introductif, c'est que celle-ci entraîne la rupture de la chaîne des actes procéduraux qui en découlaient, privant l'acte initial de tout effet futur et, bien souvent, l'extinction de l'action en l'absence d'effet interruptif de l'acte nul. C'est pourquoi il est proposé que la nullité de l'acte initial ne constitue plus une *sanction* au défaut de validité, mais le moyen d'assurer un « *retour à la légalité* »²⁰⁵¹, permettant ainsi à l'acte dont la nullité est constatée de conserver certains effets juridiques et assurant une interruption du délai de prescription par les actes consécutifs démontrant une « *volonté univoque du demandeur d'exercer ses droits* »²⁰⁵². Guillaume Lécuyer propose également que le prononcé de la nullité des actes initiaux soit soumis, comme en droit commun²⁰⁵³, à la démonstration par la partie qui en fait la demande d'un grief qui découle de l'irrégularité invoquée, ce qui aurait pour effet de « *contenir l'effet nuisible de l'article 53 alinéa 2* ». Par exemple, l'absence de notification de la citation au parquet, « *de toute manière averti par des voies propres en cas d'instance pénale* » et dont la présence « *n'apparaît pas impérieuse au civil* » peut difficilement constituer un grief pour le défendeur, tandis qu'en « *n'observant pas l'obligation d'élire domicile, le plaignant se sanctionnerait lui-même et lui seul, en étant déchu du droit de faire entendre la preuve contraire, comme le prévoit l'article 56* »²⁰⁵⁴.

²⁰⁴⁹ Montesquieu, lettre CXXIX, *Usbek à Rhédi, à Venise*, in *Lettres persanes*, op. cit. p. 173.

²⁰⁵⁰ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, op. cit. pp. 280-283, n° 230 s.

²⁰⁵¹ *Ibidem*, p. 281, n° 231.

²⁰⁵² *Ibidem*, pp. 282-283, n° 232.

²⁰⁵³ Art. 114 du nouveau Code de procédure civile ; art. 802 du Code de procédure pénale.

²⁰⁵⁴ *Ibidem*, p. 289, n° 236.

477. L'assouplissement du régime des nullités pourrait s'accompagner d'une atténuation des exigences « qualificatoires » des articles 50 et 53 dans leurs dispositions communes, qui consisterait en réalité en un retour à la lecture originellement opérée par les juges en la matière²⁰⁵⁵. La nullité d'un acte introductif d'instance résulte en effet bien souvent de qualifications imprécises ou de visas alternatifs ou cumulatifs. Or, il s'avère que la jurisprudence, à l'origine, admettait qu'une citation vise alternativement les délits de diffamation et d'injure²⁰⁵⁶, voire ceux de diffamation envers les particuliers et envers une personne publique²⁰⁵⁷. Il appartenait ainsi au juge de « *restituer à la demande [...] son véritable caractère* »²⁰⁵⁸ et de « *rechercher, d'après les faits de la cause, quel [était] le délit dont la partie civile [avait] entendu demander réparation* »²⁰⁵⁹. De même, l'erreur de visa ou les visas alternatifs n'étaient pas considérés comme fatals à la régularité d'une citation dès lors qu'aucun doute ne pouvait être soulevé quant au fait poursuivi²⁰⁶⁰. A l'inverse, l'application rigoriste des dispositions communes des articles 50 et 53 révèle, de nos jours, une tendance regrettable des tribunaux à « *"sauver" des procédures mal engagées* » en dénaturant parfois la qualification de diffamation de façon peu convaincante pour l'appliquer à des propos visés comme injurieux²⁰⁶¹. Il serait donc préférable d'agir en amont en assouplissant le formalisme des actes introductifs d'instance. En ce sens, des arrêts récents semblent avoir opéré un « *reflux sur la forme* »²⁰⁶² en validant des citations effectuant une élection de domicile dans une ville autre que celle où siégeait la juridiction saisie²⁰⁶³, ou ne précisant pas lesquels des faits visés correspondent à la qualification d'injure ou à celle de diffamation²⁰⁶⁴.

²⁰⁵⁵ *Ibidem*, pp. 283-290, n° 233 s.

²⁰⁵⁶ Cass. Crim., 13 mai 1898, Bull. crim. n° 187 ; 20 novembre 1909, Bull. crim. n° 547.

²⁰⁵⁷ Cass. Crim., 3 août 1883, Bull. crim. n° 198 ; 16 août 1883, Bull. crim. n° 212, S. 1886.1.389, DP 1886, p. 1936 ; 4 mai 1893, S. 1893.1.392.

²⁰⁵⁸ Cass. Crim., 3 août 1883 *préc.*, cité par G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, *op. cit.*, p. 284, n°234.

²⁰⁵⁹ Cass. Crim., 3 août 1883, *Lois nouvelles* 1883.3.104238, cité *Ibidem*.

²⁰⁶⁰ Cass. Crim., 11 décembre 1913, Bull. crim. n° 543 ; 11 mars 1958, Bull. crim. n° 237 ; 20 mai 1958, Bull. crim. n° 410 ; 27 janvier 1960, Bull. crim. n° 51 ; 24 juillet 1961, Bull. crim. n° 354 ; 24 octobre 1962, Bull. crim. n° 289, cités *Ibidem*.

²⁰⁶¹ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 97, n° 167.

²⁰⁶² E. Dreyer, JCP G 2010, n°35, p. 833 *préc.*

²⁰⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, Bull. civ. I, n° 179.

²⁰⁶⁴ Cass. 1^{ère} civ., 8 avril 2010, Bull. I 2010 n° 87; Cass. Crim., 21 juin 2016, n° 15-84.325. Notons toutefois que la Cour européenne des droits de l'Homme a considéré, dernièrement, que l'annulation de l'intégralité d'une assignation en raison de visas alternatifs, ne constitue pas une violation du droit du requérant à un tribunal au sens de l'art. 6 Conv. EDH (CEDH, 2^{ème} sect., *Debray c/ France*, 2 mars 2017, n° 52733/13).

478. Le rééquilibrage jurisprudentiel proposé par Guillaume Lécuyer en faveur d'un retour aux sources de la jurisprudence relative au contentieux de la loi de 1881 mérite d'être approuvé. La plasticité naturelle des règles de la loi sur la presse apparaît comme un atout bien plus avantageux qu'une réforme législative génératrice de nouveaux déséquilibres. En effet, l'invalidation de l'acte introductif d'instance est devenue une véritable sanction à l'encontre de la partie poursuivante, qui se voit injustement privée de son droit d'action pour des raisons qui dépassent de loin la seule garantie en faveur des droits de la défense qu'elle devait constituer au départ. Les visas et qualifications alternatifs ou cumulatifs, lorsqu'ils n'impliquent pas une contradiction totale et une équivoque dommageable à la partie poursuivie, ne devraient pas aboutir à un rejet de l'acte introductif d'instance dès lors que l'expression litigieuse a été correctement identifiée et qu'une qualification générique s'y applique sans difficulté. La rigueur actuelle des tribunaux donne l'impression qu'est sanctionnée la seule performance de la partie poursuivante à un jeu d'adresse, ce qui revient à noyer des actions parfaitement fondées dans leur principe pour des vices ne remettant pas en cause une juste compréhension du litige par le défendeur. Ainsi, seul un examen au fond, avec un rétablissement du pouvoir de requalification du juge, devrait permettre d'exclure les actions abusives sans pénaliser injustement les victimes.

Reste toutefois que, en dehors du domaine d'application de la loi de 1881, une « zone grise » de comportements demeure, depuis le début du XXI^e siècle, hors d'atteinte du Droit. Il conviendrait alors de rétablir, sous conditions, la fonction complétive de l'action civile en matière de liberté d'expression.

2 - Une réhabilitation contrôlée de la fonction complétive de l'action civile

479. La confortation du rôle du droit pénal en matière de presse ne saurait passer par une éviction totale de la responsabilité civile du domaine de la liberté d'expression. C'est pourtant l'erreur qui fut commise par la jurisprudence au début du XXI^e siècle. La logique inspirant cette solution semble résider dans une interprétation malheureuse de l'interrogation formulée par Jean Carbonnier en 1951 quant à la possible soustraction par le législateur de 1881 d'une partie de la compétence diffuse de l'article 1240 du Code civil dans le contentieux de la liberté d'expression²⁰⁶⁵. Cette question, que le Doyen s'était pourtant contenté de laisser en suspens, a acquis une valeur quasi invocatoire sous la plume de ceux qui se sont opposés à

²⁰⁶⁵ J. Carbonnier, D. 1951, chron. 119 *préc.*

l'empire grandissant de la responsabilité civile en droit de la presse. Une partie de la doctrine a cependant mis en exergue la situation d'injustice qui pouvait résulter d'une telle extension du domaine d'application exclusif de la loi de 1881, les propos fautifs, mais non constitutifs d'infractions au sens de cette loi, étant insusceptibles de toute action en responsabilité civile ou pénale²⁰⁶⁶.

480. Il faut bien admettre qu'un excès s'est mué en un autre. L'abandon du prétoire pénal et de ses rigueurs au profit de la souplesse et de la discrétion des juridictions civiles ne pouvait perdurer sans susciter des réactions vives dans l'intérêt de la liberté d'expression²⁰⁶⁷ : « *il ne s'agit donc pas de restaurer l'article 1382 du Code civil dans sa plénitude* »²⁰⁶⁸. Certains ont ainsi suggéré que la définition par le juge civil des « abus » de la liberté d'expression soit débarrassée de toute référence à la *clausula generalis* : la vocation générale de cette disposition, dont l'effet réparateur est fondé sur « *tout fait quelconque de l'homme* », ne permet en effet pas de distinguer selon que l'on se trouve en présence d'une faute légère ou d'une faute lourde, ce qui fait problème s'agissant de l'appréciation des limites à apporter à une liberté fondamentale²⁰⁶⁹. Cependant, et en l'absence d'un texte délimitant de façon précise la possibilité de conduire une action en responsabilité civile pour faute découlant de l'expression d'autrui²⁰⁷⁰, il semble que le doute doit bénéficier à une application subsidiaire de la *clausula generalis*²⁰⁷¹, à la condition, toutefois, que soient consacrés des critères jurisprudentiels visant à soumettre cette application à la présence d'une faute lourde de la part du locuteur.

En ce sens, il semble que la solution à laquelle étaient parvenus les arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 12 juillet 2000, autant s'agissant de l'exclusion de l'article 1240 du Code civil du domaine d'application de la loi du 29 juillet 1881²⁰⁷², que de la préservation d'une compétence résiduelle de la *clausula generalis* pour des fautes distinctes

²⁰⁶⁶ E. Derieux, JCP G 2006, étude 4 *préc.* ; G. Lécuyer, D. 2006, p. 768 *préc.* ; E. Dreyer, D. 2006, p. 1337 ; P. Jourdain, RTD civ. 2007, p. 354 *préc.* ; J. Morange, *La liberté d'expression*, *op. cit.* pp. 223-224, n° 100.

²⁰⁶⁷ G. Lécuyer, *Liberté d'expression et responsabilité*, *op. cit.* p. 151, n° 123.

²⁰⁶⁸ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.*, p. 23, n° 25. En ce sens, l'article 37 de la loi « égalité et citoyenneté » du 27 janvier 2017, dans sa version adoptée par le Sénat qui prévoyait une modification de l'article 46 de la loi du 29 juillet 1881 afin de permettre la poursuite des infractions de presse sur le fondement de l'article 1240 du Code civil, fut finalement rejetée par la commission spéciale de l'Assemblée nationale le mardi 8 novembre 2016.

²⁰⁶⁹ P. Chemithe, Gaz. Pal. 19 juin 2001, p. 17, concl. ss. Cass. 2^{ème} civ., 8 mars 2001, Bull. II 2001 n° 47.

²⁰⁷⁰ P. Chemithe, Gaz. Pal. 19 juin 2001 p. 17 *préc.*, *in fine*.

²⁰⁷¹ J. Traullé, *op. cit.*, p. 347, n° 416.

²⁰⁷² Cass. Ass. Plén., 12 juillet 2000, Bull. A. P. 2000 n° 8, n° 98-11.155 *préc.*

de ce domaine²⁰⁷³, réalise le meilleur équilibre dans le conflit pouvant survenir entre les régimes spéciaux et celui du droit commun en matière de liberté d'expression. Cette solution consacrait une théorie « aménagée » du « fait distinct », propre à assurer « *une protection graduée des intérêts confrontés à la liberté d'expression* » en vertu de « *l'aspect "protéiforme" de la faute* »²⁰⁷⁴. La première Chambre civile paraît avoir dernièrement souhaité redonner vie à cette solution de bon sens²⁰⁷⁵.

481. Néanmoins, la fonction *complétive* de l'article 1240, par opposition à la fonction *substitutive* qui a entraîné son éviction du contentieux de la liberté d'expression²⁰⁷⁶ ne saurait consister, sans aboutir à une nouvelle privatisation excessive des poursuites, à accorder à la *clausula generalis* une compétence entière sur toute forme d'expression dommageable s'inscrivant hors des dispositions de fond de la loi de 1881. Il appartiendrait dès lors à la jurisprudence d'établir une véritable théorie de la faute d'expression réparable, qui n'emprunterait à l'article 1240 « *que sa sanction, c'est-à-dire l'obligation de réparer qui en découle* »²⁰⁷⁷. La faute d'expression réparable ne devrait pas être uniquement la faute causant un dommage à autrui, mais celle qui le fait sans justification impérieuse vis-à-vis du droit à la liberté d'expression. Bonne foi, honnêteté intellectuelle, mais aussi droit de critique ou à la satire et débat d'intérêt général pourraient constituer autant de critères hors desquels la jurisprudence peut déceler l'intention malveillante de la partie poursuivie en tant qu'élément déclencheur de responsabilité. En ce sens, l'ancienne jurisprudence de la Cour d'appel de Paris, retenue à la même période par la première Chambre civile²⁰⁷⁸ et soumettant la réparation sur le fondement de l'article 1382 (devenu 1240) à « *une dénaturation, une déformation des faits ou une négligence manifeste dans la vérification de l'information* »²⁰⁷⁹, voire à une « *atteinte aux droits fondamentaux de la personne* »²⁰⁸⁰, paraissait tout à fait opportune. Il ne s'agissait pas,

²⁰⁷³ Cass. Ass. Plén., 12 juillet 2000, Bull. A.P. 2000 n° 7 *préc.*

²⁰⁷⁴ G. Lécuyer, D. 2006, p. 768 *préc.*, n° 12.

²⁰⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juin 2016, n° 15-13.238, JCP 2016.I.1225, n° 10, obs. E. Dreyer ; 6 septembre 2017, n° 16-26.459, D. 2018 p. 208, obs. E. Dreyer.

²⁰⁷⁶ C. Bigot, art. *préc.* in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 63.

²⁰⁷⁷ E. Dreyer, citant P. Morvan, *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, 1999, p. 561, n° 601, in *Responsabilités civile et pénale des médias*, *op. cit.* p. 20, n° 22, note 134.

²⁰⁷⁸ « *Mais attendu que [...] l'auteur d'une oeuvre relatant des faits historiques engage sa responsabilité à l'égard des personnes concernées lorsque la présentation des thèses soutenues manifeste, par dénaturation, falsification ou négligence grave, un mépris flagrant pour la recherche de la vérité* » ; Cass. 1^{ère} civ., 15 juin 1994, Bull I 1994 n° 218.

²⁰⁷⁹ CA Paris, 23 février 1993 *préc.* ; 27 avril 1993 *préc.*

²⁰⁸⁰ CA Paris, 1^{ère} ch., 19 novembre 1990 *préc.*

contrairement à ce qu'a pu affirmer la deuxième Chambre civile dans ses arrêts de censure²⁰⁸¹, de limiter la portée générale de l'article 1240, qui consiste dans la réparation de toute faute civile, mais plutôt de *reculer le seuil d'appréciation d'une telle faute* en matière de liberté d'expression. Le retour à une telle construction jurisprudentielle reviendrait à conférer à cet article un gage de conformité au droit européen des droits de l'Homme en consacrant, dans sa mise en œuvre, le critère d'un « *besoin social impérieux* » au sens de l'article 10 § 2 de la Convention EDH²⁰⁸².

482. A ce titre, dans des arrêts récents²⁰⁸³, la première Chambre civile a jugé 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* ». Si cet attendu maintient, par sa formulation, l'éviction de la responsabilité civile hors du champ d'application de la loi de 1881 et du Code pénal, certains auteurs ont noté que la Haute juridiction, s'est prononcée au visa de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁰⁸⁴. Il serait envisageable, à ce titre, que la jurisprudence, tout en réhabilitant la responsabilité civile au sein du contentieux de la liberté d'expression, vienne à traiter l'action en responsabilité civile du fait de l'expression d'autrui à l'aune de la notion d'*abus* en lieu et place de celle de *faute*. La première voit en effet son acception significativement liée à l'intention de nuire ou à l'absence de motifs légitimes²⁰⁸⁵, là où la seconde apparaît beaucoup plus large en incluant les fautes non intentionnelles. Le visa de l'article 10 CEDH permettrait ainsi aux juridictions du fond d'apprécier l'existence d'un abus, hors du cadre de la loi de 1881, au regard de l'utilité sociale de l'information, du genre de publication, des circonstances de temps et de lieu de nature à rendre difficile la transcription d'une information sensible, le tout sous le contrôle de la Cour de cassation²⁰⁸⁶.

Ainsi cantonnée, la responsabilité civile du fait de l'expression d'autrui serait moins susceptible de priver le droit pénal de la presse de son champ légitime d'action, tout en réouvrant un droit d'action aux victimes d'abus *caractérisés* de la liberté d'expression hors de

²⁰⁸¹ Cass. 2^{ème} civ., 5 mai 1993, *préc.*; 24 janvier 1996 *préc.*

²⁰⁸² C. Bigot, art. *préc.* in J.-Y. Dupeux, A. Lacabarats, *op. cit.* p. 75.

²⁰⁸³ Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 2013, Bull. I 2013 n° 67; v. aussi 27 novembre 2013, Bull. I 2013 n° 232, D. 2013, p. 2850 ; 11 mars 2014, Bull. I 2014 n° 34, D. 2014, p. 726.

²⁰⁸⁴ G. Viney, *La sanction des abus de la liberté d'expression*, D. 2014, p. 787.

²⁰⁸⁵ G. Courtieu, Jcl. Civil Code, V° Art. 1382 à 1386, fasc. 131-10, *Droit à réparation – Abus de droit. Notion*, 2005, n° 23 s.

²⁰⁸⁶ G. Viney, D. 2014 p. 787 *préc.* Dans le même sens, v. E. Dreyer, *Droit de la presse et des médias*, JCP 2016.I.1225, n° 10 ; A. Latil, *Les fautes d'expression ou la renaissance de l'article 1382 du Code civil en matière de liberté d'expression*, LÉGIPRESS 2014, n° 318 p. 409.

ce champ²⁰⁸⁷. La difficile conciliation de cette liberté avec les droits d'autrui implique en effet, comme l'insinuait Carbonnier, que la première soit garantie « *au regard des actions en dommages-intérêts autant que de la répression pénale* »²⁰⁸⁸. La responsabilité du fait de l'expression, conditionnée au pénal par la réunion des éléments constitutifs d'une infraction, doit également l'être au civil par la caractérisation d'éléments tendant à faire la démonstration de l'intention de nuire du locuteur. Ce critère fondamental de l'action, déjà identifié en Droit Romain²⁰⁸⁹, demeure aujourd'hui la clef de voûte d'un équilibre dont la fragilité est proportionnelle à sa portée dans une société démocratique.

²⁰⁸⁷ N. Droin, *Les limitations de la liberté d'expression dans la loi du 29 juillet 1881*, op. cit. p. 86, n° 104.

²⁰⁸⁸ J. Carbonnier, D. 1951, chron. 19 préc. sp. p. 120.

²⁰⁸⁹ V. *supra*, n° 379.

Conclusion du Chapitre 2

483. En augmentant les hypothèses de diffusion, dans la sphère publique, de propos susceptibles de porter atteinte à des intérêts privés, la médiatisation de notre société amplifie considérablement le contentieux judiciaire de l'expression publique. Ce faisant, elle met à jour un déséquilibre qui, insoupçonné par le législateur de 1881, s'est progressivement instauré, au cours du XX^e siècle, relativement à la place respective des responsabilités civile et pénale en matière de délits de presse dans notre société moderne.

484. C'est principalement à l'égard des infractions de diffamation et d'injure, qui constituent dès leurs origines des délits *privés* de par l'atteinte qu'ils réalisent à l'encontre de victimes individuelles, que ce déséquilibre s'est manifesté. En effet, la logique complémentaire des actions civile et publique, tirée de la réprobation par le corps social du comportement incriminé pour la première, et de l'objectif de réparation du préjudice subi par la partie lésée par ce même comportement pour la seconde, a pris une tournure conflictuelle dans le domaine du droit de la presse. Tout en faisant le choix du régime répressif pour régir le contentieux de presse, le législateur de 1881 n'avait néanmoins pas souhaité exclure le recours au droit de la responsabilité civile au profit des particuliers aux fins de l'obtention de la réparation du préjudice moral susceptible de découler de telles infractions. Toutefois, le régime processuel de l'action civile, porté par les évolutions techniques et contentieuses, déborda progressivement celui du droit de la presse délimité par la loi du 29 juillet 1881, entraînant un délaissement progressif du droit de la presse au profit du régime, plus souple, de la responsabilité civile. La plasticité de la *clausula generalis* de l'ancien article 1382 du Code civil, la consécration législative des droits de la personnalité et l'essor du contentieux du référé ont en effet procuré des avantages qui trouvèrent grâce auprès de nombreux plaideurs dans une matière où la rigueur procédurale est traditionnellement de mise. Craignant une disparition du contentieux pénal de la presse, la jurisprudence a entrepris, à la fin du XX^e siècle, d'écarter progressivement la responsabilité civile du domaine d'application de la loi de 1881, voire du contentieux général de la liberté d'expression, suscitant un climat d'incertitude quant au rôle de la responsabilité civile en la matière.

485. L'issue de ce conflit traduit en réalité une crise du droit de la presse. Loin d'apaiser les tensions qui caractérisent les rapports entre ce dernier et le droit de la responsabilité civile, cette jurisprudence tend à les exacerber, favorisant des prises de position radicales. Ainsi, il fut

récemment proposé de procéder à une dépénalisation de la diffamation et de l'injure, dont le traitement judiciaire aurait été confié à un pôle civil spécialisé. Ce projet, maladroitement fondé sur une nécessité de mise en conformité du droit français aux exigences du Conseil de l'Europe en matière de protection du droit de la presse, ne fut pas adopté. Toutefois, il présente le mérite d'avoir rappelé les raisons qui ont précipité le droit de la presse vers son délaissement au profit du droit de la responsabilité civile au siècle précédent : les « chausse-trappes » procéduraux de la loi du 29 juillet 1881, consistant notamment dans le court délai trimestriel de prescription des délits de presse et la rigueur excessive des formalités de leur poursuite, sont régulièrement pointés du doigt par la doctrine et par certains praticiens pour ce qu'ils sanctionnent trop sévèrement l'erreur des parties poursuivantes novices en la matière. Régulièrement contesté, le régime légal du droit de la presse n'en doit pas moins être conforté. En effet, le procès pénal des délits d'expression publique apparaît comme le seul à même d'offrir l'ensemble des garanties qui confèrent à la matière son « identité juridique ». Par ailleurs, la rigueur procédurale du régime de 1881 provient moins de ce que disent les textes que de ce que les juges lui font dire, comme en témoigne l'évolution de la jurisprudence relative aux articles 50 et 53 de la loi sur la presse. Un assouplissement jurisprudentiel des formalités de poursuite n'est donc pas à exclure. Aussi, la légitimité du droit pénal à capter l'expression publique ne saurait occulter celle du droit de la responsabilité civile à s'emparer d'une catégorie résiduelle d'expressions qui, bien que non incriminées, se caractérisent par une intention de nuire manifeste. La jurisprudence pourrait dès lors, à l'inverse, envisager un « resserrement » des critères par lesquels elle admet la réparation d'un propos abusif.

Conclusion du Titre 1

486. La modernité affecte en premier lieu la façon dont l'expression publique circule, et est perçue dans notre environnement social. Certaines mutations récentes de la société démocratique, en particulier le phénomène de sa médiatisation, affectent particulièrement les paramètres et la conduite du débat public de sorte qu'il convient aujourd'hui de remettre en perspective le rôle de la norme pénale dans sa régulation.

487. En premier lieu, la médiatisation de l'expression publique implique une continuité et une amplification des flux d'information, aboutissant à un accroissement, sinon souhaité, du moins inévitable de la transparence de la vie publique. Tandis que les formes d'expression portant atteinte à l'honneur ou à la considération des personnes ont été pénalisées de façon constante à travers l'histoire, démontrant ainsi l'importance de la protection de la réputation d'autrui dans nos sociétés romano-germaniques, un net recul des restrictions apportées par le droit pénal à l'expression infamante est observable depuis le début du XXI^e siècle dans les domaines pour lesquels le public a le plus de légitimité à être informé. L'opacité ou l'étendue du champ d'incrimination de certaines infractions sont ainsi apparus comme incompatibles avec les exigences de la jurisprudence strasbourgeoise en matière de liberté de la presse, entraînant, sinon leur abrogation, du moins la limitation de leur portée. De même, le droit du public à être informé sur des sujets intéressant la vie de la cité constitue le moteur principal de l'expansion, en France, des effets justificatifs de la Convention européenne des droits de l'Homme à travers l'élargissement du domaine de l'exception de vérité en matière de diffamation ainsi que la réception par les juridictions françaises du critère d'appréciation tiré de l'intérêt général du débat dans lequel les propos s'inscrivent. Le droit à l'information des citoyens apparaît dès lors comme une limite objective à l'étendue de la pénalisation de l'expression publique.

488. En second lieu, la médiatisation de l'expression publique favorise, avec la diffusion de propos portant atteinte aux droits d'autrui, l'alimentation du contentieux des infractions de presse. Il en découle, depuis la seconde moitié du XX^e siècle, un déséquilibre dans le rôle respectif du droit de la presse et du droit de la responsabilité civile au sein du contentieux. Le succès rencontré par le droit de la responsabilité civile, dont le régime procédural s'est avéré plus favorable et moins contraignant à l'égard des victimes d'infractions de presse, a suscité la crainte d'un abandon par les plaideurs du régime plus libéral de la loi du 29 juillet 1881. La réaction de la jurisprudence fut de procéder à l'éviction progressive de l'ancien article 1382 du

Code civil hors du contentieux de presse, créant dès lors une « zone grise » de comportements insusceptibles de poursuites judiciaires. Parallèlement, un projet avorté de dépénalisation de la diffamation et de l'injure voyait le jour, suscitant une double prise de conscience : d'une part, le régime répressif des infractions de presse demeure le seul à même, dans une société démocratique, de garantir une régulation équilibrée du débat public ; d'autre part, sa légitimation doit néanmoins passer par un rééquilibrage jurisprudentiel de son régime procédural, et par une réhabilitation du droit de la responsabilité civile dans sa fonction « complétive » du régime répressif du droit de la presse en matière d'abus de la liberté d'expression.

Outre le phénomène de médiatisation, qui impose à la pénalisation une certaine retenue dans ses moyens comme dans ses fins, il est d'autres avatars de la modernité qui, par leurs aspects techniques, posent un véritable défi d'adaptation de la pénalisation à une expression publique dématérialisée.

Titre 2 - La dématérialisation de l'expression publique

489. Depuis le début du XXI^e siècle, l'expression publique se trouve au cœur de ce que certains comparent volontiers à une nouvelle révolution technologique opérée à travers la formation du concept de *société de l'information*, qui désigne le rôle prépondérant qui est joué par les nouvelles technologies de l'information et de la communication dans les évolutions sociétales²⁰⁹⁰. Dans ce contexte, « *la marque la plus visible de l'avènement de la société de l'information est très certainement le développement explosif qu'a connu l'Internet* » entre la fin des années 1990 et le début des années 2000²⁰⁹¹. Apparue dans les années 1970 aux Etats-Unis en tant qu'outil inter-universitaire de transmission de données, ce « réseau de réseaux » s'est par la suite démocratisé et mondialisé pour devenir le vecteur de nombreux aspects de la communication, et en particulier de la communication au public²⁰⁹², qui a, en ce début de siècle, connu d'importantes mutations techniques. Celles-ci se caractérisent notamment par une dématérialisation de l'expression publique, dont la diffusion se joue désormais tout autant des contraintes liées à ses supports physiques que des frontières internationales.

La question de la pénalisation de l'expression publique doit dès lors être posée relativement aux difficultés qu'elle rencontre dans son adaptation à une expression désormais numérique (Chapitre 1) et transnationale (Chapitre 2).

Chapitre 1 - Les difficultés d'adaptation de la pénalisation à l'expression numérique

490. L'Internet, outre l'évolution technologique majeure qu'il constitue, doit également s'analyser en un facteur crucial de l'évolution des sociétés humaines depuis plus de deux décennies. A l'accessibilité sans frontières de l'information, principale fonctionnalité du réseau sous sa forme « domestiquée » dans le courant des années 1990, s'ajoute désormais celle de la communication instantanée, à laquelle peut prendre part la totalité des utilisateurs d'Internet à travers le monde entier. La mutation du réseau, outil jadis réservé à de rares initiés et devenu aujourd'hui un véritable espace public « parallèle », devait nécessairement s'accompagner d'une « juridicisation » de son fonctionnement. L'immatérialité du *web* a longtemps servi de

²⁰⁹⁰ N. Curien, P.-A. Muet, *La société de l'information*, Doc. fr. 2004, *sp.* pp. 11 s.

²⁰⁹¹ *Ibidem*, p. 73.

²⁰⁹² D. de Bellescize, L. Franceschini, *Droit de la communication*, 2^{ème} éd., Thémis, 2011, *sp.* p. 467.

fondement à l'idée selon laquelle il devait demeurer un lieu où le Droit était dépourvu de toute emprise, l'autorégulation de ses acteurs étant la règle implicite supposée en diriger l'harmonie générale²⁰⁹³. Comme le note un auteur, « *des pratiques telles que la conduite d'une automobile ou la consommation de l'opium, tant qu'elles ne concernaient qu'une poignée de riches excentriques, pouvaient ne faire l'objet d'aucune réglementation spécifique* »²⁰⁹⁴. Aussi la démocratisation de l'Internet et l'explosion du nombre de ses utilisateurs²⁰⁹⁵ ont-elles logiquement conduit à une augmentation considérable des abus commis sur le réseau, favorisant l'apparition et le développement d'un contentieux spécifique.

L'expression publique, en tant que fonctionnalité incontournable d'Internet, n'a pas manqué de nourrir la problématique de l'adaptation du droit pénal aux formes numériques de la délinquance, la communication électronique ayant une incidence, tant sur la façon de commettre des infractions (Section 1), que sur la façon de les poursuivre (Section 2).

Section 1 - Une évolution des modes de commission

491. La communication par Internet, envisagée par le droit positif moderne sous l'appellation de « *communication au public en ligne* » ou de « *communication au public par voie électronique* », est définie par la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN)²⁰⁹⁶ comme « *toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur* ». L'utilisation de ces procédés n'est pas sans conséquence sur le phénomène infractionnel de l'expression publique ; outre son amplification (§ 1), elle entraîne également sa diversification (§ 2).

²⁰⁹³ A. Lepage, *Droit pénal et internet : la part de la tradition, l'œuvre de l'innovation*, AJ Pénal 2005 p. 217.

²⁰⁹⁴ P.-X. Boyer, « La judiciarisation de l'Internet », in F. Rouvillois (dir.), *op. cit.* p. 55.

²⁰⁹⁵ Le nombre d'internautes, estimé à 0,4 milliards en l'an 2000, s'élevait à 3,2 milliards à la fin de l'année 2015, soit 42% de la population mondiale, d'après le rapport annuel de l'Union internationale des télécommunications ; la France compterait aujourd'hui environ 55,4 millions d'utilisateurs d'Internet (*Internet World Stats*, 2015).

²⁰⁹⁶ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

§ 1 - La communication électronique, facteur d'amplification de l'expression punissable

492. La communication à un public indéterminé n'a jamais été aussi simple qu'elle l'est devenue avec l'Internet, en particulier sous sa forme actuelle. Il est donc parfaitement logique que les infractions d'expression publique qui, hier, étaient majoritairement le fait des professionnels de la communication, voient désormais leur commission accessible à l'ensemble de la population (A). Le législateur a dès lors souhaité tirer les conséquences de ce phénomène dans sa façon de concevoir la répression de ces comportements (B).

A - Une prolifération du comportement infractionnel

493. Le contentieux de l'expression publique n'est, avec l'Internet, plus le fait majoritaire des professionnels de la communication, mais également des particuliers utilisateurs du réseau, les internautes (1). Toutefois, l'Internet est appréhendé, par le droit pénal, comme n'importe quel autre moyen de communication au public, tel que la presse écrite ou audiovisuelle, et demeure soumis à ce titre à la législation applicable en la matière (2).

1 - L'internaute, nouvel acteur de la communication au public

494. Un consensus général s'est formé, ces dernières années autour d'une caractérisation de l'évolution des utilisations d'Internet selon deux phases successives, appelées respectivement « Web 1.0 » et « Web 2.0 »²⁰⁹⁷. La première, qui correspond à la forme « primitive » du réseau, voyait celui-ci conçu « *comme un outil de classement, de consultation et de traitement des données. L'utilisateur était cantonné dans un rôle passif : il se contentait de recevoir des informations et les partager avec d'autres* »²⁰⁹⁸. Le Web 2.0 se caractérise, au contraire, par sa nature participative : « *l'internaute est alors devenu, grâce aux outils mis à sa disposition, une personne active sur la toile, un acteur privilégié de la communication, puissant vecteur d'une intelligence collective* »²⁰⁹⁹. Cette évolution, qui a débuté timidement au début du XXI^e siècle par la mise à disposition, par les fournisseurs d'accès à Internet, d'outils permettant la création par les usagers de leurs propres sites web, s'est poursuivie par

²⁰⁹⁷ Les chiffres 1.0 et 2.0 sont une référence à la terminologie des développeurs d'applications informatiques qui, lors de la mise à jour de celles-ci, identifient les différentes versions mises à disposition des utilisateurs par l'attribution d'un numéro.

²⁰⁹⁸ CNCDH, Ass. Plén., *Avis sur la lutte contre les discours de haine sur Internet*, 12 février 2015, § 3.

²⁰⁹⁹ *Idem*.

l'apparition d'espaces contributifs entièrement consacrés au partage de contenus proposés par les internautes : encyclopédies gratuites et participatives, plates-formes de partage de fichiers audiovisuels et, plus récemment, les réseaux sociaux²¹⁰⁰. Ces derniers constituent d'ailleurs, avec les *blogs*²¹⁰¹, l'apogée de la démocratisation de l'expression publique sur Internet. Ce phénomène voit son impact particulièrement renforcé par l'essor mondial de la « connectivité », favorisé par l'apparition des *smartphones* et tablettes tactiles permettant l'accès au *World Wide Web* à (presque) n'importe quel endroit de la planète²¹⁰². Agathe Lepage voit ainsi dans l'Internet moderne « *un changement de paradigme dans l'expression publique en ce qu'il permet à tout un chacun de s'exprimer sans le filtrage, la sélection qui sont de rigueur dans l'accès aux modes traditionnels d'expression publique, comme l'édition, la télévision, la radio [...]* »²¹⁰³.

495. Il est incontestable que l'apparition de l'Internet, et particulièrement du *Web 2.0*, constitue une innovation d'un impact comparable à ce que fut celui de l'imprimerie²¹⁰⁴. Nathalie Mallet-Poujol rappelle ainsi que Pierre Bayle, à la veille du XVIII^e siècle, s'inquiétait des ravages potentiels rendus possibles par l'invention de Gutenberg, qui « *a fourni aux Satiriques et aux Séditieux mille moyens de répandre promptement leur venin par toute la terre* ». C'est probablement le même sentiment qui s'est emparé du pénaliste à la veille du XXI^e siècle²¹⁰⁵. Le caractère « criminogène » de l'Internet est désormais bien connu, et ne se limite pas au contentieux de l'expression publique²¹⁰⁶. La Cour européenne des droits de l'Homme, rappelant que ce réseau dessert « *des milliards d'utilisateurs partout dans le monde* », a ainsi reconnu que « *les communications en ligne et leur contenu risquent bien plus que la presse de porter atteinte à l'exercice et à la jouissance des droits et libertés fondamentaux, en particulier du droit au*

²¹⁰⁰ En ce sens, v. B. Auroy, E. Stella, *La liberté d'expression face aux réseaux sociaux*, Dr. Pén. 2017, étude 13.

²¹⁰¹ Contraction du vocable « *web log* », le *blog* est, dans son sens premier, un journal personnel en ligne « *sur lequel un internaute rédige des billets d'humeur sur des sujets aussi divers que vrieés et sur lesquels les lecteurs peuvent rebondir en y inscrivant leurs commentaires* » (V. Fauchoux, P. Deprez, J.-M. Bruguière, *Le droit de l'Internet*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2017, p. 49, n° 49).

²¹⁰² J. Francillon, *Messages racistes ou antisémites postés sur le réseau social Twitter*, RSC 2013 p. 566.

²¹⁰³ A. Lepage, « Internet pour le meilleur et pour le pire ? », in A. Lepage (dir.), *L'opinion numérique. Internet : un nouvel esprit public*, Dalloz, 2006, p. 95.

²¹⁰⁴ P. Riché, « Internet a rendue concrète la liberté d'expression, gare au retour en arrière ! », in H. Pauliat, E. Négron, L. Berthier (dir.), *Justice et liberté d'expression*, actes du colloque organisé à Limoges le 15 mars 2013 par l'association des Entrepreneurs d'Aguesseau, Pulim, 2014, sp. p. 150.

²¹⁰⁵ N. Mallet-Poujol, *La liberté d'expression sur l'Internet : aspects de droit interne*, D. 2007 p. 591.

²¹⁰⁶ La Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001 répertorie quatre catégories d'infractions commises sur les réseaux informatiques : les infractions contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des données et systèmes informatiques ; les infractions informatiques ; les infractions se rapportant au contenu ; les infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle et les droits connexes.

respect de la vie privée »²¹⁰⁷. Aussi, au facteur du nombre d'utilisateurs, souvent peu au fait de la législation en matière de communication au public, s'ajoute celui du relatif anonymat des contributeurs, lequel semble de nature à favoriser chez eux un sentiment d'impunité largement partagé²¹⁰⁸. De même, les fonctions de « partage » de publications, aujourd'hui proposées par la plupart des réseaux sociaux et sites communautaires, sont susceptibles de démultiplier la visibilité d'un contenu litigieux. Alors que l'imputation diffamatoire rédigée par un obscur auteur ou publiée dans un journal à tirage réduit était condamnée à un oubli certain, celle qui est relayée par moult utilisateurs, au gré des partages et parfois de l'effervescence de l'opinion publique, est bien souvent promise à une diffusion prolongée.

496. Les évolutions technologiques ont donc fait des utilisateurs d'Internet de nouveaux acteurs à part entière de la communication au public. L'augmentation du nombre de communicants s'accompagne naturellement d'une augmentation du contentieux relatif à l'expression publique, dont les « foyers traditionnels » s'accompagnent désormais de celui généré par l'Internet. En 2003, alors que le *Web 2.0* n'en était qu'à ses balbutiements, le taux de commission des infractions à la loi sur la presse en ligne enregistrait une hausse de 6% par rapport à 2002, avec 156 délits recensés²¹⁰⁹. En 2014, après une intégration durable des nouveaux moyens de communication au public aux usages habituels de l'Internet, ce taux avait augmenté de 20,7% par rapport à 2013, avec 10 399 délits recensés²¹¹⁰. Et si, comme en matière de contentieux de presse « classique », « *la diffamation se taille la part du lion* »²¹¹¹, les discours de haine semblent dernièrement constituer une part préoccupante des comportements litigieux en ce domaine²¹¹².

Quoique permettant l'accès, par des profanes, à la communication au public, auparavant réservée à des professionnels, l'Internet n'en demeure pas moins un support parmi d'autres de celle-ci, et demeure soumis, de ce fait, au droit applicable en la matière.

²¹⁰⁷ CEDH, *Editorial Board of Pravoye Delo and Shtekel c/ Ukraine*, 5 mai 2011, n° 33014/05, § 63.

²¹⁰⁸ CNCDH, Ass. Plén., Avis du 12 février 2015 préc.

²¹⁰⁹ Source : état 4001 / OCLCTIC / Ministère de l'Intérieur, cité in A. Lepage, AJ Pénal 2005 p. 217 préc.

²¹¹⁰ Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales (ONDRP), rapport annuel 2015 sur *La cybercriminalité et les infractions liées à l'utilisation frauduleuse d'internet*, p. 9.

²¹¹¹ A. Lepage, *Un an de droit pénal des nouvelles technologies*, Dr. Pén. 2016, chron. 11, n° 21.

²¹¹² G. Péronne, E. Daoud, *Discriminations et réseaux sociaux*, AJ Pénal 2014 p. 570 ; v. aussi CNCDH, Ass. Plén., avis du 12 février 2015 préc.

2 - L'Internet, moyen de communication au public soumis au droit applicable

497. A mesure que les activités liées à l'Internet se développaient, se posait la question de l'application au réseau mondial d'un droit spécifique. Cette hypothèse fut assez rapidement écartée, notamment par le Conseil d'Etat lorsqu'il estima, dès 1998, que « *l'ensemble de la législation existante s'applique aux acteurs d'Internet [...]. Il n'existe pas et il n'est nul besoin d'un droit spécifique de l'Internet et des réseaux* »²¹¹³. Quoique virtuelles, les activités de l'Internet sont susceptibles de porter des atteintes bien réelles à l'ordre public, justifiant ainsi son encadrement par la règle de droit, et *a fortiori* par la norme pénale²¹¹⁴. C'est donc initialement au régime de la communication audiovisuelle qu'a été rattaché l'Internet, notamment par l'effet de la loi du 1^{er} août 2000²¹¹⁵ qui a inséré des articles 43-7 à 43-10 au sein de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Les formes d'expression diffusées en ligne et constitutives de délits se voient donc aussi bien soumises aux dispositions répressives de la loi du 29 juillet 1881, du Code pénal et des autres textes qui les incriminent²¹¹⁶. La loi LCEN du 21 juin 2004 a par ailleurs intégré, parmi les moyens de publication énoncés par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, la mention « *par tout moyen de communication au public par voie électronique* ». Enfin, la jurisprudence de la Cour EDH a, dès l'introduction d'un contentieux impliquant l'utilisation du réseau, trouvé à s'appliquer à celui-ci indépendamment de ses spécificités, et Internet y apparaît « *comme un moyen de communication associé aux autres* »²¹¹⁷. Dès lors, « *si, comme l'affirme l'article 11 de la Déclaration de 1789, "la liberté de communication des pensées et des opinions est l'un des droits les plus précieux de l'homme", alors l'Internet est aujourd'hui l'un des instruments les plus précieux de l'un des droits de l'homme les plus précieux* »²¹¹⁸.

498. De la même façon que dans le contentieux de presse « ordinaire », la publicité des expressions diffusées sur l'Internet conditionne leur répression en tant que délits. Cette publicité s'entend, selon la Chambre criminelle, de la « *mise à disposition des utilisateurs du réseau* »

²¹¹³ Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, Doc. fr., 1998, pp. 7-8.

²¹¹⁴ J. Bossan, *Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'Internet*, RSC 2013 p. 295.

²¹¹⁵ Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

²¹¹⁶ P. Auvret, *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, JCP 1999.I.108.

²¹¹⁷ P. Auvret, *Internet dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Comm. com. Electr. 2010, étude 23. En ce sens, s'agissant de la publication de symboles nazis sur un blog, v. not. CEDH, *Nix c/ Allemagne*, 5 avril 2018 préc.

²¹¹⁸ CNCDH, Ass. Plén., avis du 12 février 2015 préc., § 3.

de l'expression en cause²¹¹⁹. Mais si la caractérisation de cette publicité n'est guère problématique s'agissant de « *la diffusion de propos diffamatoires sur le réseau Internet, à destination d'un nombre indéterminé de personnes nullement liées par une communauté d'intérêts* »²¹²⁰, des difficultés ont pu naître avec l'apparition des réseaux sociaux²¹²¹, en particulier de *Facebook* qui comporte la particularité d'offrir à ses utilisateurs la possibilité de paramétrer la confidentialité des propos et contenus qu'ils diffusent sur leurs pages personnelles et celles de leurs amis²¹²². C'est à l'occasion d'un contentieux abondant en droit social que la jurisprudence a pu déterminer les conditions dans lesquelles la publicité de l'expression était acquise. Le fait « *de partager sa page Facebook avec ses amis et leurs amis, permettant ainsi un accès ouvert, notamment par les salariés de la société* » est de nature à exclure celle-ci de la sphère privée, rendant alors caractérisable un abus du droit à la liberté d'expression tel qu'il est visé à l'article L. 1121-1 du Code du travail²¹²³. Un réseau social en ligne est ainsi présumé être « *un espace public* », dans lequel « *il appartient en conséquence à celui qui souhaite conserver la confidentialité de ses propos [...], soit d'adopter les fonctionnalités idoines offertes par ce site, soit de s'assurer préalablement auprès de son interlocuteur qu'il a limité l'accès à son "mur"* »²¹²⁴. En revanche, la Cour de cassation a considéré que des propos qui, bien que diffusés sur des réseaux sociaux, « *n'étaient en l'espèce accessibles qu'aux seules personnes agréées par l'intéressée, en nombre très restreint* », doivent être considérés comme dépourvus de caractère public²¹²⁵. Ainsi, l'« *agrément* » conféré par un utilisateur à un cercle sélectif d'amis confère à ce groupe de personnes l'appartenance à une communauté d'intérêts privant le contenu diffusé de caractère délictuel²¹²⁶. L'utilisateur n'ayant pas pris cette

²¹¹⁹ Cass. Crim., 27 novembre 2001, Bull. crim. 2001 n° 246, Gaz. Pal. 2002, 119, note Monnet ; D. 2001, IR 3330, note X. ; D. 2002, somm. 2770, obs. Bigot ; JCP 2002.II.10028, note Blanchetier.

²¹²⁰ TGI Paris, réf., 30 avril 1997, Gaz. Pal. 19 octobre 1997 p. 41, note C. Rozinsky. A l'inverse, des propos diffamatoires publiés sur un *forum* de discussion en ligne dont l'accès suppose une identification par nom d'utilisateur et mot de passe permet de considérer que ceux-ci ne sont pas publics (TI Strasbourg, 9 juin 2006).

²¹²¹ Les réseaux sociaux, ou « services de réseautage social (SRS) », peuvent être définis comme « *des plateformes de communication en ligne permettent à des personnes de créer des réseaux d'utilisateurs partageant des intérêts communs* » (Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, avis n° 5/2009 du 12 juin 2009).

²¹²² A. Lepage, *La notion de communauté d'intérêts à l'épreuve des réseaux sociaux*, Comm. com. Electr. 2013, comm. 81.

²¹²³ Cons. Prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, RLDI 2010/66, n° 2177, note L.C.

²¹²⁴ CA Besançon, 15 novembre 2011, n° 10/02642, Comm. com. Electr. 2012, comm. 44, obs. E. Caprioli. Dans le même sens, v. CA Lyon, ch. soc., 22 novembre 2012, n° 11/05140, Comm. com. Electr. 2013, comm. 61, obs. E. Caprioli.

²¹²⁵ Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 2013, Bull. I 2013 n° 70, D. Actu. 24 avril 2013, note C. Manara ; JCP 2013, 466, obs. L. Marino.

²¹²⁶ A. Lepage, Comm. com. Electr. 2013, comm. 81 préc.

précaution, à l'inverse, se rend « *responsable de la teneur des propos publiés* », y compris par ceux qui partagent des contenus sur sa page personnelle²¹²⁷. Cette solution, qui tranche *a priori* la question de la publicité des contenus partagés sur les réseaux sociaux, n'est cependant pas dépourvue de fragilité : comme le note un auteur, la société exploitant le réseau social conserve, *in fine*, la maîtrise des conditions d'utilisation du site et peut modifier ou abolir le paramétrage de la confidentialité des publications, et rien ne garantit à l'utilisateur diffusant un contenu sur la page personnelle à accès restreint d'un autre utilisateur que cette dernière restera indéfiniment configurée ainsi²¹²⁸.

C'est en ce que, simple moyen de communication parmi d'autres, l'Internet est un facteur d'accroissement de la délinquance en matière d'expression publique, qu'il appelait une adaptation de ses formes de répression.

B - Une adaptation de la répression aux spécificités de l'expression en ligne

499. Quoique soumise aux mêmes incriminations que ses formes traditionnelles, la communication au public par le biais de l'Internet nécessite une adaptation de certains mécanismes propres à leur répression. Si elle tend à généraliser l'atténuation jurisprudentielle des critères de la bonne foi reconnue aux non-professionnels (1), elle est néanmoins prise en compte pour aggraver la répression de certaines infractions (2).

1 - L'assouplissement par la jurisprudence des critères de la bonne foi

500. S'il n'est aujourd'hui plus contestable – ni guère contesté – que le Droit dispose d'une légitimité à intervenir dans la régulation de l'Internet²¹²⁹, on pouvait cependant se demander si l'arrivée, dans cet espace public virtuel, d'une foule de nouveaux utilisateurs, cumulant à leur ignorance de la « *netiquette* » leur ignorance du droit de la presse, n'était pas de nature à emporter une certaine clémence des juges. Comme le note un avocat, « *avant l'avènement de l'ère Internet et en particulier de ce qu'on appelle le Web 2.0, les litiges relatifs à des moyens d'expression utilisés par les particuliers étaient pour l'essentiel relatifs à des tracts* »²¹³⁰. C'est en particulier s'agissant de l'appréciation de la bonne foi des non-

²¹²⁷ CA Nîmes, 3^{ème} ch., 18 octobre 2013, n° 13/00447, Comm. com. Electr. 2014, comm. 23, obs. E. Caprioli.

²¹²⁸ E. Caprioli, *Faute grave du salarié ayant tenu des propos dénigrants sur son « mur public » Facebook*, Comm. com. Electr. 2013, comm. 61.

²¹²⁹ A. Lepage, AJ Pénal 2005 p. 217 préc.

²¹³⁰ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. pp. 136-137.

professionnels de la communication se rendant coupables de diffamation que se posait alors la question²¹³¹. Si, en toute hypothèse, l'« amateurisme » ne saurait conférer aux prévenus un régime d'exonération de responsabilité, la jurisprudence semble faire preuve d'une certaine tolérance en la matière²¹³². A l'occasion d'une affaire dans laquelle l'auteur d'un *blog* avait accusé la mairie d'une commune de faits constitutifs de licenciement abusif et de menaces, le Tribunal de grande instance de Paris – confirmé en cela par la Cour d'Appel parisienne²¹³³ – a estimé que la direction d'un site « à titre purement privé et bénévole » pouvait dispenser le prévenu de se livrer « à une enquête complète et la plus objective possible sur les faits qu'il évoquait »²¹³⁴. La solution a de quoi déstabiliser lorsque l'on constate qu'il est ici fait abstraction de la qualité de journaliste professionnel du prévenu²¹³⁵ ; mais sa portée doit bien s'analyser comme faisant des caractères bénévole et privé du site des critères de l'amateurisme, susceptibles de faire bénéficier quiconque, quelle que soit sa profession²¹³⁶, de la mansuétude des juges. La jurisprudence ultérieure des mêmes juridictions du fond semble ainsi confirmer que l'auteur d'un *blog* « n'est pas tenu d'avoir procédé préalablement à une enquête sérieuse empreinte d'un effort d'objectivité, telle qu'elle est attendue d'un journaliste professionnel participant à l'information du public »²¹³⁷. Cette solution a été par ailleurs récemment approuvée par la Chambre criminelle²¹³⁸.

Il a pu être craint que cette atténuation n'ouvre « une brèche d'une portée redoutable dans l'édifice de la bonne foi », de nature à favoriser « le pullulement sur l'Internet des informations non fiables »²¹³⁹. On peut en effet se demander si cette bienveillance ne contribue pas à renforcer le sentiment d'impunité qui semble animer la « blogosphère », empreinte d'une culture communautaire érigeant la liberté de parole en tant que valeur supérieure²¹⁴⁰. Deux nuances peuvent cependant être apportées. D'une part, le « blogueur » n'est pas exonéré de

²¹³¹ E. Dreyer, *L'amateur sur Internet, ou le blog rattrapé par le droit...*, Légicom 2008/1, n° 41 p. 17.

²¹³² E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. pp. 298-299, n° 588.

²¹³³ CA Paris, 6 juin 2007, *Légipresse* 2007, n° 243-I p. 98.

²¹³⁴ TGI Paris, 17 mars 2006, *Légipresse* 2006, n° 233-III p. 138, note B. Sarfati.

²¹³⁵ A. Lepage, *Diffamation commise sur un blog : appréciation de la bonne foi*, *Comm. com. Electr.* 2006, comm. 84.

²¹³⁶ A l'inverse, le blog tenu par un journaliste s'exprimant ès qualité ne saurait bénéficier de cette atténuation : TGI Paris, 17^{ème} ch., 13 décembre 2011, *Légipresse* 2012, n° 291-02 p. 71.

²¹³⁷ CA Paris, 11^{ème} ch., sect. B, 6 avril 2006, *Comm. com. Electr.* 2007, comm. 11 (1^{ère} esp.), obs. A. Lepage. Dans le même sens, v. CA Paris, ch. 2-7, 15 décembre 2010, n° 10/01722 ; TGI Paris, 17^{ème} ch., 2 mai 2006, *Légipresse* 2006-I p. 115.

²¹³⁸ Cass. Crim., 5 juin 2012, n° 11-80.866.

²¹³⁹ A. Lepage, *Comm. com. Electr.* 2006, comm. 84 préc.

²¹⁴⁰ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 299, n° 589.

toute obligation vis-à-vis des critères traditionnels de la bonne foi : les juridictions du fond exigent du prévenu qu'il ait effectué un « *minimum d'enquête* »²¹⁴¹, et qu'il « *ne saurait se dispenser [...] de justifier qu'il détenait des éléments sérieux donnant quelque crédit à ses informations* »²¹⁴². Un degré minimal de base factuelle est ainsi requis. D'autre part, comme le souligne Emmanuel Dreyer, il serait erroné de voir dans cette tendance jurisprudentielle « *une solution propre au droit de l'Internet* »²¹⁴³ : les juridictions admettent de façon générale que les critères de la bonne foi « *s'apprécient différemment dans l'hypothèse où leur auteur ne fait pas profession d'informer et avec plus de tolérance encore quand il se trouve mêlé à une controverse dont il est l'un des protagonistes* »²¹⁴⁴. Ainsi, des propos contenus dans un livre de confessions²¹⁴⁵ ou dans un témoignage apporté par un particulier au cours d'une émission de radio²¹⁴⁶ demandent un examen moins rigoureux de la bonne foi de leur auteur.

Cette jurisprudence, auparavant limitée dans sa portée du fait de la rareté des espèces, trouve donc avec le *Web 2.0* une occasion de se développer. Certains ont par ailleurs émis l'idée que cette atténuation se trouve encore renforcée à l'égard des messages (limités à un nombre de 140 caractères) diffusés sur le réseau social *Twitter*, « *sans qu'il soit possible [...] d'écarter toute exigence de base factuelle* »²¹⁴⁷. La concision des propos diffusés sous cette forme rendrait en effet l'appréciation de la prudence et de l'absence d'animosité particulièrement délicate. Il reste néanmoins que les conditions dans lesquelles cette base factuelle serait appréciée demeurent assez floues, et peuvent faire douter de l'applicabilité de ce fait justificatif dans de telles circonstances.

Facteur d'atténuation de responsabilité dans le domaine strictement délimité de la diffamation publique, l'Internet est néanmoins, dans certains cas, perçu par le législateur comme un facteur d'aggravation de l'infraction.

²¹⁴¹ CA Paris, 6 avril 2006 préc.

²¹⁴² TGI Paris, 17^{ème} ch., 16 octobre 2006, Comm. com. Electr. 2007, comm. 11 (2^{ème} esp.), obs. A. Lepage. Dans le même sens, v. TGI Paris, 17^{ème} ch., 13 mai 2008, Légipresse n° 254-I p. 116.

²¹⁴³ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 301, n° 591.

²¹⁴⁴ TGI Paris, 17^{ème} ch., 12 septembre 2007, Légipresse 2007, n° 246-03.

²¹⁴⁵ TGI Paris, 16 mars 2006, Légipresse 2006, n° 231-I p. 61.

²¹⁴⁶ Cass. 2^{ème} civ., 15 mars 2001, Bull. II 2001 n° 57, Gaz. Pal. 2002.1.642.

²¹⁴⁷ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. p. 138.

2 - L'aggravation par le législateur de certaines infractions

501. Le caractère dématérialisé et transfrontalier de l'Internet a très rapidement servi les desseins de personnes mal intentionnées, qui s'en servirent pour s'adonner à des activités illicites. De nombreuses infractions virent dès lors leur commission grandement facilitée par l'utilisation des réseaux électroniques, et la prise de conscience par le législateur des effets pervers de l'Internet sur la criminalité s'est effectuée relativement tôt. La loi du 17 juin 1998²¹⁴⁸ a, la première, fait de l'utilisation d'un « *réseau de télécommunications* »²¹⁴⁹ une circonstance aggravante de plusieurs infractions sexuelles²¹⁵⁰ et du proxénétisme (art. 225-7, 10° C. pén.) lorsqu'elle a servi à mettre en relation la victime avec l'auteur des faits. De façon plus étroitement liée à la diffusion de contenus, cette même loi aggravait, dans ces conditions, la peine du délit de diffusion de l'image ou de la représentation d'un mineur présentant un caractère pornographique (art. 227-23, al. 3 C. pén.) ; cette peine fut encore davantage aggravée par une loi du 4 avril 2006²¹⁵¹, et s'élève désormais à sept ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende.

502. Toutefois, la première véritable prise en compte du caractère criminogène de la communication au public par voie électronique est intervenue très récemment avec la loi du 13 novembre 2014 précitée, renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme. Outre l'exclusion des délits de provocation et d'apologie publique d'actes terroristes de la loi du 29 juillet 1881 au profit de leur insertion au sein du Code pénal²¹⁵², le nouvel article 421-2-5 dudit Code porte les peines de ces délits de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende à sept ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende « *lorsque les faits ont été commis en utilisant un service de communication au public en ligne* ». Le projet de loi, dès l'origine, motivait ces dispositions par « *l'effet démultiplicateur de ce moyen de communication* »²¹⁵³, tandis que l'étude d'impact se référait au fait que les groupes terroristes

²¹⁴⁸ Loi n° 98-468 du 17 juin 2008 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

²¹⁴⁹ Fut par la suite substitué à ce vocable celui de « *réseau de communications électroniques* » par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

²¹⁵⁰ Ainsi du viol (art. 222-24, 8° C. pén.), des agressions sexuelles autres que le viol (art. 222-28, 6° C. pén.), de la corruption de mineur (art. 227-22 C. pén.) et de l'atteinte sexuelle sans violence sur la personne d'un mineur de quinze ans (art. 227-26, 4° C. pén.).

²¹⁵¹ Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs.

²¹⁵² A ce sujet, v. *supra*, n° 90 s.

²¹⁵³ Assemblée Nationale, projet de loi n° 2110 du 9 juillet 2004.

ont, ces dernières années, très largement investi le réseau Internet, faisant de celui-ci un « *outil de menace et de propagande* »²¹⁵⁴. Toujours d'après cette étude, le signalement de faits constitutifs de ces infractions auprès de l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC), au nombre de 13 pour l'année 2011, s'élevaient à 360 pour l'année 2013, « *soit près d'un signalement pour provocation ou apologie du terrorisme par jour* », concernant principalement les réseaux sociaux et *blogs*²¹⁵⁵. Les nouvelles technologies de communication offertes par le *Web 2.0* sont ainsi devenues des outils privilégiés du « *Djihad médiatique* »²¹⁵⁶, dénoncé comme un facteur prépondérant du processus d'« autoradicalisation » des individus²¹⁵⁷.

503. Dernièrement, dressant le triste constat d'une propagation des discours de haine sur les réseaux sociaux, des auteurs, sûrement inspirés par la récente promulgation de l'article 421-2-5 du Code pénal, ont notamment suggéré d'« *ériger l'utilisation des réseaux sociaux et plus généralement d'Internet comme circonstance aggravante du délit de provocation à la discrimination* », afin de « *donner davantage de force à la répression de cette infraction* »²¹⁵⁸. Une telle proposition, séduisante par ses aspects symboliques, appelle cependant une mise en perspective : si le terrorisme se modernise incontestablement dans ses méthodes de recrutement, les idéologies racistes, elles, n'ont pas attendu l'avènement de la communication en ligne pour proliférer ; et la trivialisation du racisme ainsi que de la haine sur les réseaux sociaux, loin d'être le fait majoritaire de groupuscules organisés préconisant un passage à l'acte imminent, ne constitue hélas que le pendant visible de celle qui a lieu quotidiennement en dehors du monde « virtuel ». Par ailleurs, l'édification d'Internet comme circonstance aggravante par le législateur n'est pas sans susciter certaines réserves. En 1998, le Conseil d'Etat, prenant acte de l'établissement de circonstances aggravantes liées à l'utilisation de services de communication au public par la loi du 17 juin 1998, avait clairement indiqué qu'une telle approche, qui n'était « *pas souhaitable* », « *ne saurait se généraliser ; en effet, cette disposition, de par le caractère large des termes utilisés, est de nature à jeter le discrédit sur Internet en assimilant le réseau à*

²¹⁵⁴ Projet de loi n° 2110, étude d'impact préc.

²¹⁵⁵ *Idem.*

²¹⁵⁶ Assemblée Nationale, rapport n° 2173 de M. Sébastien Pietrasanta du 22 juillet 2014.

²¹⁵⁷ Sénat, rapport n° 9 de MM. Jean-Jacques Hyest et Alain Richard du 9 octobre 2014.

²¹⁵⁸ G. Péronne, E. Daoud, AJ Pénal 2014 p. 570.

l'utilisation d'une arme alors même qu'il constitue un espace neutre dans lequel toute forme d'activité humaine, positive ou négative, peut se développer »²¹⁵⁹.

Outre l'évidente atteinte au principe d'égalité que constituerait une généralisation de cette pratique législative, celle-ci pose certaines interrogations quant à sa cohérence. A propos de l'article 421-2-5 du Code pénal relatif aux délits de provocation et d'apologie d'actes terroristes, il a pu être souligné qu'il résulte de ces dispositions que des propos diffusés par un particulier sur un *medium* en ligne à faible audience font encourir à leur auteur une peine plus élevée que des propos prononcés par un personnage public sur une chaîne de télévision nationale à une heure de grande écoute²¹⁶⁰.

En dépit de ces réserves, force est de constater que la communication au public par le biais d'Internet est un facteur d'amplification de l'expression punissable. Le législateur se voit, en outre, confronté à une diversification de ses formes.

§ 2 - La communication électronique, facteur de diversification de l'expression punissable

504. Bien davantage que la seule facilitation des comportements infractionnels existants, la communication au public en ligne transforme la délinquance de l'expression : le champ d'application des incriminations est parfois dépassé (A), rendant nécessaire l'intervention du législateur (B).

A - Un dépassement des incriminations par la modernisation des moyens d'expression

505. Corollaire primordial de la légalité criminelle, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale montre ses limites en matière de communication au public en ligne. Celle-ci tend à briser les frontières dans lesquelles ce principe s'est contenté de circonscrire la portée dommageable de certains comportements, révélant l'insuffisance (1) ou l'inadéquation (2) de certains textes d'incrimination.

²¹⁵⁹ Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, rapp. préc., p. 190.

²¹⁶⁰ C. Godeberge, E. Daoud, *AJ Pénal* 2014, p. 563 *préc.*

1 - L'insuffisance des champs d'incrimination

506. Certaines infractions, pourtant préexistantes à l'ère d'Internet et en principe étrangères au contentieux de l'expression publique, pourraient bien connaître prochainement une seconde jeunesse. On en veut pour exemple le délit de menaces. Tout à la fois adminicule de la complicité par provocation, élément constitutif de certaines infractions et circonstance aggravante pour d'autres, la menace est également réprimée à titre autonome en droit pénal²¹⁶¹, en raison de l'atteinte qu'elle porte à la tranquillité individuelle. Entendue de « *l'annonce qu'on fait à une personne du mal qu'on lui prépare ou qu'on est censé lui préparer* »²¹⁶², elle constitue bien un délit d'expression. Celui-ci revêt cependant un caractère relativement marginal au regard de la présente étude dans la mesure où la publicité, qui ne compte pas parmi ses éléments constitutifs, est un fait dont la présence s'avère totalement fortuite quant à sa commission²¹⁶³. La jurisprudence estime toutefois qu'il importe peu « *que la menace soit adressée directement à la victime, ou qu'elle ait été proférée devant un tiers ou écrite à la main, sachant qu'elle parviendrait nécessairement à celui qu'elle vise* »²¹⁶⁴.

L'utilisation de l'Internet n'est donc pas sans incidence sur l'acception traditionnellement retenue des menaces : délit contre les personnes, elles sont commises principalement au cours d'échanges privés et qui auraient vocation à le rester. Mais l'espace public que constitue, dans sa majeure partie, le réseau Internet, est de nature à donner aux menaces une portée s'étendant au-delà de la prise de connaissance par la seule victime des propos litigieux. La prise à témoin d'un public indéterminé peut ainsi ajouter au caractère intimidant des menaces une charge d'humiliation. Cette donnée pourrait dès lors être prise en compte par le législateur au titre de la sévérité de la répression. Surtout, la communication au public par voie électronique est susceptible de changer la donne s'agissant du caractère punissable de certaines menaces verbales. L'article 222-17 du Code pénal exige en effet que la menace soit *réitérée* lorsqu'elle n'a pas été « *matérialisée par un écrit, une image ou tout autre objet* ». Cette exigence a pour objet de « *distinguer les simples mouvements d'humeur spontanés des comportements*

²¹⁶¹ J. Pradel, M. Danti-Juan, *op. cit.* p. 139, n° 144.

²¹⁶² Citant Garraud, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 2, *op. cit.* p. 1475, n° 1823.

²¹⁶³ S'agissant de menaces proférées par un chef d'Etat étranger à l'encontre d'un avocat français au cours d'une conférence de presse retransmise par les médias audiovisuels, v. Cass. Crim., 8 décembre 2009, Bull. crim. 2009 n° 206 (deux arrêts), RSC 2010 p. 133, note Y. Mayaud.

²¹⁶⁴ Cass. Crim., 20 juillet 1882, D. 1883.1.46 ; 28 mars 1935, Gaz. Pal. 1935.1.920.

réfléchis »²¹⁶⁵, et tandis que l'ancien Code pénal en faisait un élément d'appréciation de la gravité de l'infraction, le nouveau en fait une condition de sa réalisation sous sa forme verbale²¹⁶⁶. Or, si l'écrit est, sur l'Internet, la forme d'expression privilégiée, les contenus audiovisuels y ont acquis une présence accrue, avec le développement notable des plateformes de partage de sons et d'images. Qu'en serait-il alors d'une menace verbale, préenregistrée au format audio ou vidéo, puis diffusée sous forme de contenu public sur Internet ? André Vitu estimait qu' « *il faudrait tenir pour une menace verbale, et non une menace écrite, celle qui serait enregistrée sur un disque ou sur une bande magnétique* »²¹⁶⁷. L'expression sur l'Internet est de nature à remettre cette thèse en cause, dans la mesure où elle consiste dans un acte de publication à part entière, impliquant un caractère réfléchi identique à celui qui serait revêtu par une menace matérialisée par un écrit ou une image.

Par ailleurs, l'utilisation des moyens de communication au public en ligne pour diffuser des menaces pose la question de la culpabilité des auteurs, non pas des menaces en elles-mêmes, mais de leur publication sur l'Internet. Dans une affaire récente, l'administrateur d'un *blog* a diffusé sur celui-ci un lien hypertexte renvoyant à une vidéo traitant d'une manifestation, et dans laquelle étaient visibles des graffitis exprimant des menaces de mort à l'encontre d'un directeur départemental de la sécurité publique, menaces qui étaient également audibles sur la bande sonore de la vidéo. A l'issue des poursuites, la Cour d'appel a considéré que par la publication de ce lien, le « blogueur » avait « *nécessairement, facilité la divulgation des menaces de mort contre Y...* », se rendant dès lors coupable « *de diffusion du message contenant des menaces de mort* »²¹⁶⁸. Au nombre des moyens formulés par le prévenu au soutien de son pourvoi en cassation était avancée l'impossibilité de poursuivre les faits au titre de la complicité à raison d'un fait postérieur à l'infraction principalement commise, ainsi que son absence de culpabilité sur le fondement de la responsabilité du fait personnel. La Chambre criminelle a accueilli favorablement cette argumentation, en estimant que « *le renvoi par un lien hypertexte*

²¹⁶⁵ D. Dechenaud, Jcl. Pénal Code, fasc. 20, *Menaces*, 2010, n° 24. Notons que cette exigence n'est cependant pas requise s'agissant des menaces faites avec l'ordre de remplir une condition visées par l'art. 222-18 C. pén.

²¹⁶⁶ Cass. Crim., 22 septembre 2015, Bull. crim. 2015 n° 202; CA Aix-en-Provence, 7^{ème} ch., 11 juin 2001, Dr. Pén. 2001, comm. 138, obs. M. Véron. Notons toutefois que cette réitération peut être acquise en l'absence d'une *répétition* de la menace, lorsqu'un geste suffisamment univoque accompagne le propos (Cass. Crim., 26 février 2002, Bull. crim. 2002 n° 43, Dr. Pén. 2002, comm. 67, obs. M. Véron ; 1^{er} février 2012, n° 11-82.161, Dr. Pén. 2012, comm. 66, obs. M. Véron) : cela s'explique par le fait que « *la réitération est le produit de l'insistance* » et ne saurait être confondue avec l'habitude, « *produit de la constance* » (Y. Mayaud, *La notion de réitération en droit pénal spécial : l'exemple des menaces*, RSC 2002 p. 591).

²¹⁶⁷ A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 2, op. cit. p. 1478, n° 1827.

²¹⁶⁸ CA Poitiers, 19 mars 2015.

à une vidéo contenant des menaces de mort proférées par des tiers n'est pas susceptible de constituer, à lui seul, la commission par le prévenu de l'infraction prévue par l'article 433-3 du Code pénal »²¹⁶⁹. L'identité des auteurs du message et de sa diffusion est une condition de la répression des menaces. A ce titre, la mention « à lui seul » est lourde de sens : à défaut d'éléments supplémentaires « permettant de démontrer la matérialité et l'intention de la menace »²¹⁷⁰, tel que l'apposition d'un commentaire personnel du diffuseur approuvant le contenu de la vidéo²¹⁷¹, l'interprétation stricte de la loi pénale doit faire obstacle à la répression. Mais si l'état actuel du droit positif permet de retenir une telle solution, il est permis de penser que l'absence de commentaire approbateur ne saurait suffire à écarter toute intention malveillante. Dans l'hypothèse où un délit de diffusion de menaces proférées par soi-même ou par autrui viendrait à être créé, il ne serait pas inutile de l'assortir d'une condition tenant à la caractérisation de la mauvaise foi de l'auteur.

Lorsqu'elle ne rend pas souhaitable un « dépoussiérage » d'infractions anciennes, la communication au public en ligne peut favoriser des pratiques dont l'illicéité manifeste n'a pas encore été appréhendée par la loi.

2 - L'inadéquation des champs d'incrimination

507. Les réseaux sociaux, par la mise en relation de personnes au gré de leurs affinités, sont l'occasion pour certains de faire preuve d'un admirable esprit de solidarité. Parfois cependant, l'entraide se fait au mépris, si ce n'est des lois, du sens commun et de la sécurité d'autrui. Modernisant la pratique populaire consistant, pour les automobilistes, à signaler aux autres usagers de la route la présence de contrôles routiers par un appel de phares, certains utilisateurs de *Facebook* ont, par la création de groupes de discussion publics, entrepris de signaler à leurs membres la présence de tels contrôles ou de radars au sein d'un département donné. Interpellées par la présence de messages injurieux à l'égard des forces de l'ordre, les autorités ont entrepris de poursuivre certains membres de l'un de ces groupes pour le délit d'outrage à personne dépositaire de l'autorité publique (art. 433-5 C. pén.), ainsi que pour la contravention d'utilisation d'un appareil, dispositif ou produit permettant de se soustraire à la constatation des infractions routières (art. R. 413-15 Code de la route). Condamnés en première

²¹⁶⁹ Cass. Crim., 31 mars 2016, Bull. crim. 2016 n° 117 (souligné par nous).

²¹⁷⁰ J.-B. Thierry, *Lien hypertexte vers une vidéo contenant des menaces*, AJ Pénal 2016, p. 329.

²¹⁷¹ Ph. Conte, *Diffusion d'un message contenant des menaces de mort proférées par autrui*, Dr. Pén. 2016, comm. 90.

instance²¹⁷², les prévenus furent cependant relaxés en appel²¹⁷³. Les seconds juges ont en effet estimé que l'utilisation d'un réseau social, lequel ne saurait être considéré comme l'un des dispositifs visés par le texte précité, ne saurait davantage être assimilée à celle d'un tel dispositif. De façon incidente, les juges ont relevé que les forces de l'ordre elles-mêmes signalent certains de leurs contrôles par le biais des réseaux sociaux. La Chambre criminelle, à l'encontre des conclusions du ministère public, a confirmé cette solution le 6 septembre 2016²¹⁷⁴, laissant demeurer cette pratique dans une licéité de fortune.

Parfaitement conforme au principe d'interprétation stricte de la loi pénale²¹⁷⁵, cette solution était quelque peu prévisible. Le Conseil d'Etat, saisi par une entreprise fabriquant des appareils de géolocalisation par GPS contestant la légalité du décret créant l'infraction, a en effet affirmé que « *les dispositions du V de l'article 413-15 du Code de la route ne prohibent pas le fait d'avertir ou d'informer de la localisation d'appareils, instruments ou systèmes servant à la constatation des infractions à la législation ou à la réglementation de la circulation routière mais uniquement la détention, le transport et l'usage des dispositifs et produits ayant spécifiquement cette fonction* »²¹⁷⁶. Dès lors que les réseaux sociaux n'ont pas pour fonction exclusive de permettre aux usagers de signaler la présence de radars routiers, ils ne sauraient, comme l'a affirmé la Cour d'appel dans l'affaire précitée, être assimilés à de tels dispositifs, quand bien même les membres de ces groupes de discussion accèderaient à l'application via leurs téléphones ou ordinateurs personnels. Il résulte néanmoins de cette pratique, outre une possible incitation des usagers à consulter leur téléphone au volant, un contournement regrettable de prescriptions ayant pour objet d'assurer la sécurité routière. La création d'une contravention de signalement, par un moyen de communication au public par voie électronique, de la localisation d'appareils servant à la constatation d'infractions routières pourrait être envisagée. Son application risquerait cependant d'être, dans la pratique, très limitée, ce qui la priverait d'une réelle utilité : les groupes de discussion en question peuvent en effet soumettre

²¹⁷² Trib. Corr. Rodez, 3 décembre 2014, n° 1035/2014, Gaz. Pal. 29 janvier 2015 p. 11, obs. R. Josseume et C. Galandrin.

²¹⁷³ CA Montpellier, 3^{ème} ch. corr., 21 septembre 2015, n° 15/00413, Dr. Pén. 2015 chron. 10, obs. A. Lepage ; *ibidem*, chron. 7, obs. F. Gauvin.

²¹⁷⁴ Cass. Crim., 6 septembre 2016, n° 15-86.412, JCP 2016, 1246, note L. Desessard ; AJ Pénal 2016 p. 534, obs. J.-B. Thierry.

²¹⁷⁵ A. Lepage, Dr. Pén. 2016, chron. 11 préc., n° 17 ; J.-H. Robert, *L'entraide entre chauffards*, *ibidem*, comm. 172 ; L. Desessard, *Signaler des radars sur Facebook n'est pas interdit* JCP 2016, 1246.

²¹⁷⁶ Conseil d'Etat, 5^{ème} et 4^{ème} ss. sect., 6 mars 2013, n° 355815.

la visibilité des publications à l'admission par un administrateur ou un « parrain » au sein du groupe, ou, dans le cas d'un forum, à l'enregistrement préalable de l'utilisateur.

508. Une autre problématique liée à l'utilisation des réseaux sociaux réside dans l'assimilation de certaines de leurs fonctionnalités à des formes d'expression punissable. En ce sens, l'interprétation récemment retenue par le Tribunal correctionnel de Meaux relativement au délit d'apologie publique d'actes terroristes interroge, dans une affaire où un homme avait, pour choquer ses « amis » sur le réseau social *Facebook*, apposé une mention « *like* » (« *J'aime* ») sur plusieurs images de nature politiquement incorrecte, parmi lesquelles une photographie de propagande de l'organisation terroriste *Etat Islamique*²¹⁷⁷. La fonction « *J'aime* » du réseau était initialement limitée dans ses effets : elle permettait uniquement de comptabiliser le nombre de « *likes* » qu'une publication était susceptible de recevoir sur le réseau, et éventuellement d'identifier ceux qui l'avaient « aimée » par un simple clic. Plus récemment, cette fonction fait apparaître l'information selon laquelle un utilisateur du réseau a « *liké* » une publication dans le « fil d'actualités » des personnes figurant parmi ses « amis », agissant comme un acte de publication à part entière, ce dont la plupart des utilisateurs ne se doutent pas toujours... En l'espèce, c'est pourtant en connaissance de cause que l'utilisateur avait apposé cette mention sur les photographies litigieuses.

Il n'en reste pas moins qu'en dépit du fait qu'elle est désormais enrichie d'un panel d'émotions variables (le rire, la tristesse, l'étonnement ou la colère), la fonction « *like* » du réseau *Facebook* suscite le doute quant à sa portée réelle. Tous les utilisateurs du réseau ne l'utilisent pas pour les mêmes raisons, celle-ci pouvant être un moyen d'approuver le contenu de la publication en question, de « remercier » son auteur de l'avoir publiée (parfois seulement pour le fait d'avoir signalé aux autres utilisateurs l'existence d'un tel contenu), ou parfois encore de signifier simplement que l'on a pris connaissance de celle-ci. Selon le substitut du Procureur de la République de Meaux dans l'affaire précitée, « *quand on met "J'aime", c'est que l'on considère que ce n'est pas choquant ou que l'on adhère* ». Une telle interprétation est doublement contestable. D'une part, l'assimilation de l'absence de caractère choquant à une approbation entre en contradiction avec l'esprit dans lequel l'incrimination d'apologie a été instituée en 1883, lequel tend vers la répression de propos visant, sinon à glorifier, du moins à justifier la commission d'un crime²¹⁷⁸ ; et si la jurisprudence française a pu étendre

²¹⁷⁷ Le Parisien.fr, *Seine-et-Marne : condamné pour avoir « liké » une photo de Daesh*, 22 août 2017.

²¹⁷⁸ V. *supra*, n° 85 s.

l'interprétation du délit à des propos présentant un caractère apologétique indirect, il convient de rappeler que la jurisprudence strasbourgeoise entend maintenir son champ d'incrimination dans des limites tenant à une justification « *sans équivoque* » dudit crime²¹⁷⁹, ce qui s'applique difficilement au cas d'espèce. D'autre part, si les réseaux sociaux sont incontestablement un espace public, il est à retenir que l'auteur des faits avait paramétré la confidentialité de son compte d'utilisateur pour ne montrer ses « activités » qu'à ses seuls contacts, accréditant ainsi la thèse d'une « communauté d'intérêts » privant celles-ci du caractère public nécessaire à la constitution de l'infraction. En toute hypothèse, les juges auront probablement, à l'avenir, à se pencher sur les difficultés posées par les mentions « *J'aime* », dont la simplicité et la rapidité d'utilisation sur les réseaux sociaux apparaît difficilement conciliable avec les éléments constitutifs de délits d'expression publique, qui exigent une volonté caractérisée de la publication d'un contenu litigieux²¹⁸⁰.

Au travers de ces exemples, on peut observer que la communication au public en ligne est de nature à faire sortir la matérialité réelle de certains comportements infractionnels hors de leur cadre légal. Dans plusieurs cas, le législateur s'est saisi de la situation pour créer de nouvelles incriminations.

B - Une adaptation de la pénalisation à la modernisation des atteintes

509. Certaines utilisations abusives de l'Internet ont pris une ampleur alarmante, justifiant la création de nouvelles incriminations visant des comportements favorisés, sinon rendus possibles, par les outils de communication au public par voie électronique. Les atteintes à la personne, facilitées par les fonctionnalités de partage de contenus audiovisuels sur l'Internet, sont inexorablement liées à une utilisation malveillante des réseaux de communication au public en ligne. La démocratisation et le développement de l'Internet moderne, en particulier des réseaux sociaux, a entraîné une modification du rapport de l'utilisateur au Web : désormais, chacun « existe » individuellement dans cet espace public, favorisant ainsi la commission d'atteintes à la « réputation numérique » des personnes, ou « *e-réputation* », nécessitant dans certains cas l'adaptation de l'arsenal répressif.

510. La loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure a d'abord inséré, au sein du Code pénal, un article 226-4-

²¹⁷⁹ CEDH, *Orban et autres c/ France*, 15 janvier 2009 préc. En ce sens, v. *supra*, n° 211.

²¹⁸⁰ A ce sujet, v. E. Dreyer, « *Liker* » un contenu injurieux revient-il à injurier autrui ?, D. 2017, p. 1464.

1, réprimant « *le fait d'usurper l'identité d'un tiers ou de faire usage d'une ou plusieurs données de toute nature permettant de l'identifier* », étant précisé que ce fait doit avoir été commis, pour emporter la répression, « *en vue de troubler sa tranquillité ou celle d'autrui, ou de porter atteinte à son honneur ou à sa considération* ». Une telle rédaction permet ainsi de retenir des faits d'expression publique, prenant pour cible la victime de l'usurpation litigieuse. En effet, le Code pénal incriminait déjà l'usurpation d'identité en son article 434-23, mais celui-ci, réprimé au titre des entraves à l'exercice de la Justice, limite son champ d'application aux usurpations commises « *dans des circonstances qui ont déterminé ou qui auraient pu déterminer contre [la victime] des poursuites pénales* ». Dès lors, le législateur de 2011 avait initialement souhaité viser expressément et exclusivement ces comportements lorsqu'ils étaient adoptés « *sur un réseau de communication électronique* », en invoquant le fait que la jurisprudence n'avait pu retenir la qualification de l'article 434-23 dans des affaires où l'adresse électronique de tiers avait été utilisée sans qu'aucune conséquence juridique ou économique n'ait pu être encourue par la victime²¹⁸¹. C'était donc un délit d'usurpation d'identité « numérique » qui était souhaité, ce qui n'a pas manqué de soulever des réserves dans l'opposition, soulignant les dangers d'une assimilation systématique d'Internet aux comportements infractionnels²¹⁸².

De cette discussion, il est ressorti un élargissement du délit nouveau à tout fait d'usurpation d'identité de la vie usuelle, avec l'assortiment d'un second alinéa dépourvu de réelle utilité, vestige du texte original, disposant que « *cette infraction est punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne* ». Il n'en reste pas moins que le texte répond à des préoccupations bien réelles : la facilité avec laquelle les profils et comptes d'utilisateurs peuvent être créés a rendu possible de multiples atteintes aux personnes²¹⁸³, ce qui explique la familiarité de certains termes contenus dans le texte d'incrimination, en particulier s'agissant du dol spécial qu'il requiert aux fins de la répression : outre l'atteinte à la tranquillité d'autrui, inspirée de l'article 222-16 réprimant les appels téléphoniques malveillants et agressions sonores, l'article 226-4-1 vise l'atteinte à l'honneur ou à la considération d'autrui, termes dérivés de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 définissant

²¹⁸¹ Assemblée nationale, rapport n° 2271 de M. Eric Ciotti du 27 janvier 2010.

²¹⁸² J.O.A.N., 1^{ère} séance publique du mercredi 10 février 2010, intervention de M. Patrick Bloche.

²¹⁸³ En ce sens, v. F. Mattatia, *L'usurpation d'identité sur Internet dans tous ses états*, RSC 2014 p. 331 ; V. aussi E. Caprioli, *Une usurpation d'identité sanctionnée en référé*, Comm. com. Electr. 2016, comm. 105 ; J. Francillon, *De quelques atteintes à la réputation des personnes : e-réputation, cyberharcèlement, usurpation d'identité numérique, menace de révélation diffamatoire...*, RSC 2016 p. 544.

le délit de diffamation. Ce texte permet ainsi, de manière incidente, de réprimer la publication sur Internet de propos qui, sans être constitutifs en eux-mêmes d'une infraction pénale, seraient de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime par l'image déplorable qu'ils peuvent donner d'elle²¹⁸⁴. En somme, ce délit permet la répression d'une nouvelle sorte de diffamation, plus insidieuse car de nature à rendre davantage crédibles les imputations faites par leur auteur²¹⁸⁵.

511. Plus récemment, la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a introduit, à la suite des articles 222-33-2 et 222-33-2-1 réprimant respectivement le harcèlement moral sur le lieu de travail et dans la vie de couple, un article 222-33-2-2 punissant d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende les faits de harcèlement moral commis hors de ces deux cadres spécifiques. L'intention première du législateur était bien de réprimer une autre forme spécifique du harcèlement moral, qui est le « cyberharcèlement ». C'est en effet la multiplication alarmante de suicides chez les adolescents, faisant suite à des humiliations répétées commises par leurs camarades sur les réseaux sociaux et perpétuant les brimades auparavant réservées aux cours d'écoles, qui ont encouragé la création de cette infraction²¹⁸⁶. Il ressort ainsi des travaux parlementaires, comme pour la création du délit d'usurpation d'identité, que les craintes d'une stigmatisation trop forte de l'Internet ont conduit le législateur à opter pour une infraction plus générale²¹⁸⁷. Ainsi, « *le fait de harceler une personne par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale [...] lorsque ces faits ont causé une incapacité totale de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ont entraîné aucune incapacité de travail* » est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende « *lorsqu'ils ont été commis par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne* » (alinéa 2, 4°) ; la peine s'élevant par ailleurs à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque deux des circonstances aggravantes prévues (dont des faits commis sur un mineur de quinze ans) sont réunies.

²¹⁸⁴ TGI Paris, 24^{ème} ch. corr. 1, 21 novembre 2014, Comm. com. Electr. 2015, comm. 85, obs. E. Caprioli.

²¹⁸⁵ En ce sens, v. A. Lepage, « Entre Code pénal et loi du 29 juillet 1881, la protection pénale de l'honneur », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint, Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 399, sp. p. 408 ; Cass. Crim., 16 novembre 2016, n° 16-80.207, Comm. com. Electr. 2017, comm. 6, obs. A. Lepage.

²¹⁸⁶ Le Monde.fr, *Le cyberharcèlement est un délit*, 5 février 2014. P. Léger, *Le cyberharcèlement, une infraction adaptée à la protection de la jeunesse en ligne*, Dalloz IP/IT 2018, p. 346.

²¹⁸⁷ Assemblée nationale, rapport n° 1663 de M. Sébastien Denaja du 18 décembre 2013.

Cette volonté de réprimer un harcèlement « numérique » emporte certaines conséquences. C'est ainsi que le vocable d'« *agissements répétés* », figurant dans les articles relatifs au harcèlement moral spécifique au lieu de travail et à la vie de couple, a été remplacé par ceux de « *propos ou comportements répétés* ». Probable précaution visant à prévenir les risques de censure du Conseil constitutionnel quant à l'imprécision du texte²¹⁸⁸, on peut également penser qu'il s'agit bien, par cette précision, d'appréhender la particularité des faits propres au « *cyberharcèlement* », qui relèvent en majorité de l'expression publique. Ces agissements consistent, non plus seulement dans la persécution, le plus souvent privée, de la victime par le seul auteur des faits, mais, ici encore, dans la fréquente prise à témoin du public, sur les réseaux sociaux, dans l'accomplissement de cette humiliation. Cette infraction d'habitude est en réalité commise par la réalisation répétée d'autres infractions instantanées entrant en concours avec elle : injures, diffamations, mais aussi usurpation d'identité par la création de faux profils, atteinte à l'intimité de la vie privée... ce qui est pris en compte est alors moins la qualification donnée aux propos que l'objectif poursuivi par l'auteur des faits.

En définitive, si l'adaptation de fond du droit pénal à l'évolution des comportements représente un défi relativement surmontable, plus délicat est celui posé, sur la forme, par l'Internet en matière de poursuites de ces faits.

Section 2 - Une évolution des modes de poursuite

512. Evoquant une « *judiciarisation de l'Internet* », Pierre-Xavier Boyer rappelle que c'est dans les prétoires que se sont constituées les formes primitives d'un « droit de l'Internet »²¹⁸⁹. Les premières affaires ont rapidement révélé les insuffisances du droit positif en la matière²¹⁹⁰. Les évolutions des modes de publication suscitées par l'apparition d'Internet ont en effet entraîné une remise en cause des solutions acquises de longue date relativement aux poursuites.

Les défis auxquels se trouve confronté le législateur se rapportent principalement au délai de prescription applicable à une expression pérennisée par l'immatérialité du Web (§ 1),

²¹⁸⁸ D. Chauvet, *Mérites ou démérites du délit général de harcèlement moral créé par la loi du 4 août 2014 ?*, D. 2015 p. 174.

²¹⁸⁹ P.-X. Boyer, *La judiciarisation de l'Internet*, in F. Rouvillois (dir.), *op. cit.* p. 55.

²¹⁹⁰ J.-Y. Lassalle, *Réseaux de communication électronique et détermination des agents pénalement responsables*, JCP 1999.II.10135, n° 1.

ainsi qu'à la détermination des personnes responsables en raison de la multiplicité des acteurs de la diffusion de l'expression (§ 2).

§ 1 - La communication électronique, facteur de pérennisation de l'infraction

513. Très tôt, la doctrine s'est aperçue des difficultés que pouvait poser l'exercice de computation des délais de prescription en matière de délits de presse prévus par la loi du 29 juillet 1881 et commis sur l'Internet²¹⁹¹. Très largement imputables à la nature d'infractions permanentes de ces délits (A), ces difficultés peuvent être surmontées par l'action conjointe du juge et du législateur (B).

A - Une permanence des délits de presse en ligne

514. A l'instar de toute infraction résultant d'un acte de publication, les délits d'expression commis sur l'Internet sont des infractions permanentes. Telle est la solution retenue par une jurisprudence récente (2) en marge des débats doctrinaux (1).

1 - La discussion doctrinale

515. La détermination de la nature d'une infraction emporte diverses conséquences non négligeables quant à sa répression. Deux grandes catégories d'infractions ont alors été distinguées par la doctrine. Les infractions sont dites *instantanées* lorsqu'elles sont réalisées « *en un trait de temps* »²¹⁹², par l'exécution d'un acte matériel qui consomme instantanément et définitivement l'infraction. Elles sont en revanche qualifiées de *continues* lorsque les faits qui les consomment se prolongent dans le temps « *par la réitération constante de la volonté coupable de l'auteur après l'acte initial* »²¹⁹³. Dans ce dernier cas, la situation infractionnelle se caractérise par la *continuité* du comportement qui lui a donné naissance. Outre la compétence des juridictions françaises, l'application du principe *ne bis in idem* et l'application de la loi pénale dans le temps, la distinction entre infractions instantanées et continues permet notamment d'identifier le point de départ du délai de prescription²¹⁹⁴. Celui-ci, s'agissant d'une infraction instantanée, court au jour de la commission de l'infraction, tandis que celui d'une

²¹⁹¹ B. Ader, *La loi de 1881 à l'épreuve d'Internet*, LÉGIPRESSE 1997, II.66.

²¹⁹² B. Boulloc, *Droit pénal général*, op. cit. p. 226, n° 235.

²¹⁹³ *Ibidem*, p. 218 n° 232.

²¹⁹⁴ D. Roets, Jcl. Pénal Code, fasc. 20, *Classification des infractions*, étude préc., n° 48.

infraction continue court au jour où le comportement infractionnel a pris fin²¹⁹⁵. C'est au regard de ces considérations que la question de la prescription des infractions d'expression publique commises par le biais de moyens de communication en ligne est régulièrement posée depuis quelques années.

516. La jurisprudence a, très tôt²¹⁹⁶, et de façon constante²¹⁹⁷, considéré les infractions de presse comme relevant de la catégorie des infractions instantanées, consommées dès la mise à disposition du public du message incriminé. Une telle solution n'est pas douteuse s'agissant de paroles proférées dans un lieu public²¹⁹⁸. Toutefois, les délits d'expression dont la consommation suppose un acte de publication, quoiqu'instantanés, tendent à faire produire leurs effets sur une certaine durée. En effet, l'acte de publication tend à prolonger dans le temps la visibilité, et donc les *effets* des propos litigieux. Est ainsi née, parallèlement à la jurisprudence en la matière, une controverse doctrinale relative à la nature des délits d'expression commis par le biais d'un moyen de communication au public en ligne²¹⁹⁹. A ce titre, Emmanuel Derieux soutient en effet que les délits de presse sont, dès l'origine, des infractions continues qui se prolongent dans le temps, et que l'assimilation opérée par la loi du 29 juillet 1881 (ou plutôt par son interprétation jurisprudentielle) n'est qu'artificielle²²⁰⁰. Emmanuel Dreyer considère, pour sa part, cette solution comme étant « *difficilement admissible* »²²⁰¹.

517. La question du rattachement des infractions d'expression publique à l'une ou l'autre de ces catégories ne saurait toutefois être tranchée par la seule observation de l'acte qui a consommé l'infraction. Outre cette distinction primordiale entre infractions instantanées et continues, la doctrine a conçu une sous-distinction entre des infractions dites *permanentes*, perpétuant la situation illicite qu'elles causent quoique commises instantanément, et obéissant dès lors au régime des infractions instantanées, par opposition aux infractions dites *successives* qui, comportant « *une culpabilité durable sous-jacente aux conséquences matérielles du fait initial* », sont soumises au régime des infractions continues²²⁰². Le fondement de cette

²¹⁹⁵ F. Desportes, F. Le Gunehec, *op. cit.* p. 404, n° 443.

²¹⁹⁶ Cass. Crim., 18 septembre 1820, D. 1820 p. 620 ; 11 juillet 1889, D. 1890.1.237 ; 28 mars 1890, *ibid.* p. 453.

²¹⁹⁷ Cass. Crim., 14 mai 1991, Bull. crim. 1991 n° 203, Gaz. Pal. 1991, 2, somm. 479.

²¹⁹⁸ A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1, *op. cit.* p. 1250, n° 1583.

²¹⁹⁹ M. Manseur-Rivet, *Droit de la presse et Internet : observations sur la prescription*, Gaz. Pal. 14 mai 2002, p. 13.

²²⁰⁰ E. Derieux, *Droit des médias*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2015, p. 415, n° 1520.

²²⁰¹ E. Dreyer, *Point de départ de la réflexion : la prescription sur Internet*, D. 2001 p. 1833.

²²⁰² A. Légal, *Chronique de jurisprudence*, RSC 1956, chron. 99, *sp.* p. 103 s. (n° 3).

distinction réside dans le fait que « *l'on ne peut imputer la continuité de l'infraction au délinquant que dans la mesure où celui-ci l'a provoquée par des actes de volonté réitérés* »²²⁰³. Dès lors, la prolongation des effets néfastes d'une publication ne saurait logiquement, selon Vitu, suffire à transformer les délits de presse, infractions permanentes, en infractions successives²²⁰⁴. C'est en effet par le seul acte de publication que l'infraction, indépendamment de ses effets, se trouve consommée.

Cette théorie de l'infraction permanente n'est toutefois pas sans limites : certains auteurs lui prêtent un caractère inutile, en raison de son alignement sur le régime de l'infraction instantanée²²⁰⁵, ou bien du fait que toute infraction instantanée comporte des effets durables²²⁰⁶. Par ailleurs, il est permis de s'interroger sur la pertinence de la distinction ainsi opérée, dès lors que dans beaucoup de cas, la prolongation des effets de l'infraction peut résulter d'une abstention délibérée de l'agent, celui-ci étant en mesure d'y mettre fin. L'inaction consciente de l'auteur doit-elle alors être assimilée à une volonté réitérée de commettre les faits ? En principe, il ne pourrait en être ainsi « *car un délit d'action ne peut se transformer en délit d'omission lorsque le législateur ne le précise pas expressément* »²²⁰⁷. Il est pourtant arrivé que la jurisprudence se prononce dans un tel sens, notamment en matière d'affichage publicitaire illicite²²⁰⁸. Aussi, la jurisprudence est parfois, dans certains secteurs du droit pénal, passée outre la distinction fondamentale entre infractions instantanées et continues en faisant courir le délai de prescription d'actes relevant de cette première catégorie à compter de la constatation du comportement incriminé²²⁰⁹. Certains auteurs justifient ces écarts jurisprudentiels par les besoins d'une répression mise à l'épreuve par la clandestinité des agissements litigieux²²¹⁰, ou par une impossibilité relative de leur découverte dans le délai imparti par la loi²²¹¹. Dans le cas de délits d'expression commis sur Internet, leur visibilité et leur prise de connaissance par les parties poursuivantes n'est pas toujours consécutive à leur diffusion, ce qui pourrait justifier l'application d'une telle solution. Ce sont de telles considérations qui ont conduit certains

²²⁰³ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t.1, *Droit pénal général*, op. cit. p. 622, n° 490.

²²⁰⁴ A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1, op. cit. p. 1250, n° 1583.

²²⁰⁵ B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit. p. 226, n° 235.

²²⁰⁶ J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit. p. 345, n° 404.

²²⁰⁷ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, *Droit pénal général*, op. cit. p. 623, n° 491.

²²⁰⁸ Cass. Crim., 2 juillet 1980, Bull. Crim. 1980 n° 211, Gaz. Pal. 1981.I.232, obs. Larguier.

²²⁰⁹ Ainsi de l'abus de confiance (Cass. Crim., 4 janvier 1935, Gaz. Pal. 1935.I.353 ; 28 janvier 1959, Bull. crim. n° 71), de l'abus de biens sociaux (CA Paris, 30 juin 1961, D. 1962 p. 393, note Touffait et Herzog) et du détournement de gage (CA Bordeaux, 9 octobre 1962, JCP 1963.II.13128, note Larguier).

²²¹⁰ J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit. p. 346, n° 408.

²²¹¹ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t.1, *Droit pénal général*, op. cit. p. 625, n° 492.

auteurs à plaider en faveur de la reconnaissance du caractère continu, ou du moins successif, des délits résultant de l'expression en ligne, plus adapté aux spécificités de celle-ci et plus propice à la protection des victimes²²¹². Toutefois, cette solution, juridiquement contestable, aboutirait à vider de son sens, sinon la distinction entre infractions permanentes et successives, du moins celle opposant les infractions instantanées aux infractions continues, en l'absence de démonstration d'une manifestation matérielle de la volonté réitérée de l'auteur. Serait également privé de fondement le régime protecteur établi par la loi du 29 juillet 1881 à l'égard des délits de presse.

Une conclusion – provisoire ? – à cette discussion doctrinale semble résulter de la solution retenue par la jurisprudence en matière de délits de presse commis sur l'Internet, allant dans le sens d'une réhabilitation, souhaitée par certains²²¹³, de la théorie de l'infraction permanente.

2 - La position jurisprudentielle

518. Les juridictions du fond ont, dans un premier temps, appliqué la jurisprudence traditionnelle aux délits d'expression commis sur Internet, le point de départ du délai trimestriel prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 ne courant pas à compter de la date du constat des faits incriminés²²¹⁴, mais bien à compter de la mise à disposition du public des informations, « *que celui-ci fasse ou non le choix de les consulter et quelle que soit la forme de ces informations* »²²¹⁵.

519. Etait ainsi fait le choix d'une assimilation de l'acte de publication par Internet à l'acte de publication « classique » de la presse écrite ou audiovisuelle, considéré comme un acte instantané²²¹⁶. Néanmoins, l'Internet, outil de communication parmi d'autres, n'est pas sans présenter certaines spécificités : « *la traçabilité, l'accès, l'effet et la permanence de l'information ne sont pas identiques par rapport à la presse écrite* »²²¹⁷. C'est la raison qui a

²²¹² Ph. Blanchetier, *Point de départ du délai de prescription des délits de presse sur Internet : les classiques contre les modernes*, JCP 2002.II.10028.

²²¹³ D. Mayer, *Plaidoyer pour la réhabilitation de la notion d'infraction permanente*, D. 1979, chron. 23.

²²¹⁴ TGI Paris, réf., 30 avril 1997, Gaz. Pal. 1997, 2, somm. p. 393, note C. Rojinsky ; D. 1998 somm. p. 79, obs. J.-Y. Dupeux.

²²¹⁵ TGI Paris, 17^{ème} ch. corr., 28 janvier 1999, Comm. com. Electr. 2000, comm. 58, obs. A. Lepage.

²²¹⁶ M. Manseur-Rivet, Gaz. Pal. 14 mai 2002, p. 13 préc.

²²¹⁷ J. Frayssinet, *Diffamation et injure par Internet : un droit inadapté à la protection des fonctionnaires*, AJFP 2002 p. 33.

conduit la Cour d'appel de Paris, le 15 décembre 1999, à opérer un revirement retentissant en affirmant que la qualification traditionnelle d'infraction instantanée, « *aisément applicable à des messages périssables, voire furtifs, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une publication sur support papier ou audiovisuel* », ne saurait être retenue « *lorsque le message a été publié par Internet qui constitue un mode de communication dont les caractéristiques techniques spécifiques obligent à adapter les principes posés par la loi sur la presse* »²²¹⁸. Estimant que « *dans une telle hypothèse, la publication résulte de la volonté renouvelée de l'émetteur qui place le message sur un site et choisit de l'y maintenir ou de l'en retirer quand bon lui semble* », la Cour affirme que l'acte de publication, sur Internet, devient continu. Cette solution fut par la suite reprise par le Tribunal de grande instance de Paris, considérant que le point de départ du délai de prescription d'une diffamation commise sur Internet devait être situé au jour où le comportement infractionnel a cessé²²¹⁹.

520. Approuvée par certains²²²⁰, cette solution fut cependant largement critiquée²²²¹. Bien qu'elle rende possible une meilleure répression des délits de presse commis sur l'Internet, elle aboutit en effet à une interprétation extensive de la loi de 1881 en substituant à une clémence jugée excessive une sévérité qui l'est tout autant²²²². L'acte de publication sur Internet, non dépourvu de spécificités relativement à ses effets, ne diffère pas radicalement de celui qui, en matière de presse traditionnelle, consiste matériellement à mettre, par un acte instantané, à une information à disposition du public. La position de la Chambre criminelle sur la question était donc très attendue.

L'occasion fut manquée par la Haute juridiction de la trancher clairement dans un arrêt du 30 janvier 2001 où il fut simplement reproché à une Cour d'appel d'avoir, face à l'impossibilité de déterminer la date d'une publication litigieuse sur Internet, procédé par hypothèse en estimant que celle-ci *pouvait* avoir eu lieu plus de trois mois avant les

²²¹⁸ CA Paris, 11^{ème} ch. corr., sect. A, 15 décembre 1999, D. 2000, somm. p. 403, obs. J.-Y. Dupeux ; JCP 1999.II.10281, note A. Schmidt, V. Facchina ; RSC. 2000 p. 644, obs. J. Francillon.

²²¹⁹ TGI Paris, 17^{ème} ch., 6 décembre 2000, D. 2001, IR p. 180 ; Comm. com. Electr. 2001, comm. 8, obs. J.-C. Galloux ; 16 janvier 2001, AJFP 2002 p. 33, note C. Rojinsky.

²²²⁰ Ph. Blanchetier, JCP 2002.II.10028 préc.

²²²¹ J.-C. Galloux, *Calcul de la prescription pour les délits d'injures publiques raciales, diffamation publique raciale et autres délits de presse commis sur Internet*, Comm. com. Electr. 2000, comm. 67 ; A. Lepage, AJ Pénal 2005 p. 217 préc. ; E. Dreyer, D. 2001 p. 1833 préc. ; M. Manseur-Rivet, Gaz. Pal. 14 mai 2002 p. 13 préc.

²²²² A. Lepage, *Détermination du point de départ de la prescription de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 : valse-hésitation entre le critère de mise à disposition du public et celui du maintien à disposition du public*, Comm. com. Electr. 2000, comm. 58.

poursuites²²²³. La Cour de cassation s'est finalement prononcée, le 16 octobre de la même année, contre le revirement précédemment opéré par la Cour d'appel de Paris : « *le point de départ du délai de prescription de l'action publique prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 doit être fixé à la date du premier acte de publication, laquelle s'entend de la date à laquelle le message a été mis pour la première fois à la disposition des utilisateurs du réseau* »²²²⁴. La solution, confirmée par la suite, est depuis restée constante²²²⁵. Ce « *retour à l'orthodoxie juridique* »²²²⁶ doit être approuvé : en faisant des délits d'expression en ligne des infractions continues, la Cour d'appel de Paris avait sciemment confondu cause et conséquences.

Comme le souligne Emmanuel Dreyer, « *le plus grand mérite d'Internet est de nous inviter à réfléchir sur les solutions les mieux acquises ; il entraîne moins d'innovations qu'il n'éveille de consciences* »²²²⁷. Cet épisode jurisprudentiel apparaît dès lors comme une occasion idéale de procéder à la réhabilitation de la notion d'infraction permanente : celle-ci retrouve ici toute sa pertinence, tant la frontière entre infraction instantanée et continue semble tenue en droit de la presse appliqué aux nouvelles technologies. Elle permet ainsi de ne pas assimiler le maintien passif de l'expression litigieuse en ligne à la consommation de l'infraction qui, en tout état de cause, est devenue définitive dès sa publication. Son éventuelle suppression ultérieure, qui ne met pas fin au comportement infractionnel mais bien à ses seuls effets, doit alors s'analyser uniquement comme un repentif actif dépourvu d'effet juridique²²²⁸.

Cette solution laisse subsister cependant certaines difficultés découlant des spécificités de la communication au public en ligne. Leur dénouement pourrait résider dans l'utilisation modernisée de principes jurisprudentiels anciens et, peut-être, une modification raisonnée de la législation en vigueur.

²²²³ Cass. Crim., 30 janvier 2001, Bull. crim. 2001 n° 28, Gaz. Pal. 2001 p. 661, note Monnet ; *ibidem*, somm. p. 591, note X ; somm. p. 983, note X ; LPA 15 août 2002, p. 7, note Raynouard ; D. 2001 p. 1833, note Dreyer.

²²²⁴ Cass. Crim., 27 novembre 2001, Bull. crim. 2001 n° 246, Gaz. Pal. 2002 p. 119, note Monet ; D. 2002, somm. 2770, obs. Bigot.

²²²⁵ Cass. Crim., 27 novembre 2001, Bull. crim. 2001 n° 246 préc., 6 janvier 2009, Bull. crim. 2009 n° 4. Cass. Crim., 19 juin 2018, n° 15-85.073 et 17-85.742 (à paraître au *Bulletin*).

²²²⁶ M. Manseur-Rivet, Gaz. Pal. 14 mai 2002 p. 13 préc.

²²²⁷ E. Dreyer, *Complicité de l'auteur de propos rendus accessibles sur Internet*, D. 2003 p. 2192.

²²²⁸ E. Dreyer, D. 2001 p. 1833 préc.

B - Des aménagements envisageables

521. La répression efficace des délits de presse commis en ligne se heurte à la prescription fréquemment acquise de délits commis dans un espace où leur visibilité, quoique prolongée, n'en est pas moins aléatoire, privant les victimes de leur droit d'agir en Justice. Nonobstant les solutions pouvant être retenues en jurisprudence (1), une intervention législative apparaît envisageable, à condition toutefois qu'elle soit pondérée (2).

1 - L'application modernisée de la notion de « nouvelle publication »

522. La nature instantanée des infractions de presse et la brièveté du délai de prescription prévu par l'article 65 de la loi de 1881 sont de nature à entraîner une acquisition fréquente de la prescription des délits de presse commis sur l'Internet. En effet, ce délai court, selon l'article précité, « à compter du jour où ils auront été commis ». Si la presse « traditionnelle » présente l'avantage d'offrir aux parties poursuivantes des indices sur la date à partir de laquelle le public a été mis en mesure de prendre connaissance de l'expression incriminée²²²⁹, ce n'est pas toujours le cas d'Internet, en particulier s'agissant de sites entièrement édités par des particuliers et dont l'affichage de la date et de l'heure d'une mise à jour n'est pas automatiquement affichée. De même, l'instantanéité de la publicité de l'expression sur Internet n'équivaut pas à une instantanéité de sa visibilité, comme c'est plus fréquemment le cas dans les secteurs traditionnels de la communication au public.

523. Cette situation, tirée d'une application stricte de règles du droit positif, n'est pas entièrement irrémédiable. Nathalie Mallet-Poujol souligne ainsi l'existence d'une « soupape de sécurité » résidant dans la notion de « nouvelle publication »²²³⁰. Celle-ci, tirée de la jurisprudence du droit de la presse « traditionnelle », tend à atténuer les effets pervers du délai dérogatoire institué par l'article 65 de la loi de 1881 dans certaines hypothèses de visibilité prolongée de l'expression litigieuse. La Chambre criminelle rappelle ainsi de façon constante « *qu'en matière d'infractions à la loi sur la presse, le point de départ de la prescription est le jour de la publication de l'écrit incriminé puisque c'est par cette publication seule que se consomment les délits que peut renfermer cet écrit ; qu'il suit de là que, lorsqu'il s'agit d'une publication nouvelle ou d'une réimpression, la prescription ne remonte pas au jour de la*

²²²⁹ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. pp. 240-242.

²²³⁰ N. Mallet-Poujol, *La notion de publication sur l'Internet et son incidence concernant la prescription des délits en ligne*, Légicom 2006/1, n° 35 p. 53.

première publication mais au jour de chacune des publications nouvelles »²²³¹, celles-ci pouvant être constituées tant par la publication de la réédition d'un ouvrage modifié²²³² que par celle de la réimpression à l'identique de cet ouvrage²²³³.

Ainsi, si l'Internet a pour effet de dématérialiser l'écrit et d'y ajouter une dimension interactive, cette jurisprudence traditionnelle devrait trouver à s'y appliquer dans certaines hypothèses, notamment lors de la modification *a posteriori* et substantielle du message par son auteur²²³⁴ et lors de la reproduction, sur l'Internet, par son auteur, d'un contenu déjà publié sur un autre *medium*²²³⁵, la rediffusion par un autre internaute étant en toute hypothèse de nature à constituer une nouvelle infraction. La question fut par ailleurs posée de savoir si l'insertion, dans un article mis en ligne, d'un lien hypertexte renvoyant à un contenu déjà diffusé était de nature à constituer un nouvel acte de publication du texte initial ou s'il devait être assimilé à une simple « note de bas de page ». La Chambre criminelle s'est finalement prononcée le 2 novembre 2016, estimant « *que l'insertion, sur Internet, par l'auteur d'un écrit, d'un lien hypertexte renvoyant directement audit écrit, précédemment publié, caractérise une telle reproduction* »²²³⁶. Il importe ainsi d'analyser comme une nouvelle publication tout comportement qui tend à manifester une réitération de la volonté de mise à disposition du propos : ainsi, dernièrement, de la réactivation d'un site préalablement fermé²²³⁷, ou de la réactivation d'un contenu après qu'il eût été temporairement retiré²²³⁸. Ne doit, en revanche, pas être considérée comme une publication nouvelle la seule modification formelle, par l'auteur du message, du site Internet contenant celui-ci²²³⁹. Toute la difficulté est en effet de ne pas instaurer, par une extension excessive de la notion de nouvelle publication, une

²²³¹ Cass. Crim., 13 décembre 1855, D. 1856.1.159 ;

²²³² Cass. Crim., 2 mars 1954, Bull. Crim. n° 94.

²²³³ Cass. Crim., 27 avril 1982, Bull. crim. 1982 n° 102 ; 8 janvier 1991, Bull. crim. 1991 n° 13 ; v. cependant, considérant la réimpression comme un accessoire de l'acte initial de publication, CA Paris, 26 octobre 1915, cité par J. Pradel, *En matière de presse, la réédition de l'écrit incriminé fait courir une nouvelle prescription*, D. 1992, somm. p. 97.

²²³⁴ N. Mallet-Poujol, *Légicom* 2006/1 n° 35 p. 53 préc. V. également N. Verly, *Diffamations et injures publiques sur les réseaux sociaux : définitions, responsabilités et sanctions*, AJCT 2014, p. 589.

²²³⁵ TGI Paris, réf., 30 avril 1997 préc.

²²³⁶ Cass. Crim., 2 novembre 2006, n° 15-87.163 (à paraître au *Bulletin*), Comm. com. Electr. 2017, comm. 5, obs. A. Lepage ; *ibid.* 2017, *ibid.* chron. 5, n° 14, obs. C. Bigot ; Dalloz IP/IT 2017 p. 61, obs. E. Derieux ; Légipresse 2017, n° 348, p. 200, note B. Ader.

²²³⁷ Cass. Crim., 7 février 2017, n° 15-83.439 (à paraître au *Bulletin*), AJ Pénal 2017, p. 234, note N. Verly ; Dr. Pén. 2017, chron. 6, obs. O. Mouysset, n° 9.

²²³⁸ Cass. crim., 10 avril 2018, n° 17-82.814, à paraître au *Bulletin*, Légipresse 2018, n° 361 p. 332, obs. G. Beaussonie.

²²³⁹ Cass. Crim., 19 septembre 2006, n° 05-87.230.

imprescriptibilité du délit par le maintien de son support en ligne, ce qui aurait pour effet de l'assimiler à une infraction continue. En ce sens, la Chambre criminelle a jugé que « *la simple adjonction d'une seconde adresse pour accéder à un site existant ne saurait caractériser un nouvel acte de publication de textes figurant déjà à l'identique sur ce site* »²²⁴⁰.

Salutaire lorsque l'expression litigieuse s'inscrit dans une démarche de communication active de son auteur, cette jurisprudence n'est malheureusement d'aucune aide lorsque le propos a été publié sans bénéficier *a posteriori* d'aucun acte de nature à promouvoir sa visibilité. Une intervention législative parcimonieuse doit pouvoir être envisagée.

2 - L'intervention pondérée du législateur

524. L'instantanéité de l'acte de publication, sur l'Internet, tend incontestablement à étendre les effets dérogatoires du régime des infractions de presse au-delà des objectifs légitimes poursuivis par le législateur de 1881. Cependant, la jurisprudence, usant de son rôle d'interprétation, ne saurait davantage outrepasser l'esprit de la loi. C'est alors qu'il devient utile de légiférer, en usant toutefois de la plus grande des précautions.

525. La solution la plus évidente consisterait, pour le législateur, à « légaliser » la solution adoptée par la Cour d'appel de Paris le 15 décembre 1999, faisant des délits d'expression en ligne des infractions continues. Cette évolution est préconisée par certains auteurs afin d'établir « *une voie médiane entre imprescriptibilité et impunité* »²²⁴¹. En ce sens, la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, telle qu'elle fut adoptée par le Parlement, comportait un article 6-V, issu d'un amendement déposé par M. Trégouët, qui disposait qu'à l'exception des reproductions à l'identique des faits constitutifs d'une infraction commise sur le support papier, la prescription trimestrielle de l'article 65 de la loi de 1881 ne courrait, pour des faits commis *via* un outil de communication au public en ligne, qu'« *à compter de la date à laquelle cesse la mise à disposition du public du message susceptible de déclencher [l'action publique ou l'action civile]* ». Le Conseil constitutionnel, saisi de ce texte de loi, a estimé que l'instauration d'un régime différencié entre délits de presse selon leur mode de publication n'était pas, contrairement à ce qu'invoquaient les requérants, « *en elle-même* » de nature à porter atteinte au principe constitutionnel d'égalité. Il a toutefois considéré qu'elle

²²⁴⁰ Cass. Crim., 6 janvier 2009, Bull. crim. 2009 n° 4.

²²⁴¹ Ph. Blanchetier, *Point de départ du délai de prescription des délits de presse sur Internet : vers une solution libertaire et contraire au bon sens*, D. 2001 p. 2056. Dans le même sens, v. P. Auvret, JCP 1999.I.108 préc.

dépassait « *manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique* »²²⁴². L'article 6-V, dans sa version promulguée après le censure du Conseil Constitutionnel, se contente dès lors de perpétuer la jurisprudence de la Chambre criminelle, en affirmant que « *les dispositions des chapitres IV et V de la loi du 29 juillet 1881 précitée sont applicables aux services de communication au public en ligne et la prescription acquise dans les conditions prévues à l'article 65 de ladite loi* ».

Cette assimilation des délits de presse commis sur internet à des infractions continues ne paraît pas souhaitable. Elle tendrait en effet à instaurer une quasi-imprescriptibilité des délits d'expression en ligne et porterait une atteinte démesurée à la liberté d'expression en incitant les internautes à retirer suffisamment tôt tout propos acerbe, de crainte qu'il ne soit constitutif d'une infraction indéfiniment passible de poursuites²²⁴³. Plus récemment, le projet de loi « égalité et citoyenneté » fut l'occasion pour les sénateurs d'adopter un amendement visant de nouveau à reconnaître un caractère continu aux infractions de presse en ligne, en avançant « *l'évolution des circonstances de fait, notamment par le développement massif de réseaux sociaux et technologies de l'information accessibles à tous qui n'existaient pas en 2004* »²²⁴⁴. Mais la Commission spéciale chargée d'examiner le projet, estimant que ces progrès n'étaient « *pas de nature à bouleverser fondamentalement la portée* » de la décision du Conseil constitutionnel, a finalement supprimé cet article. On peut même se demander si les évolutions du réseau, en démocratisant l'expression au public, n'ont pas contribué à compliquer davantage les paramètres du problème en consacrant l'existence de deux types d'expression en ligne : la première, de type éditorial, préexiste à ces réseaux et se fait plus rare, car elle nécessite une connaissance des outils d'édition de sites Internet, supposant dès lors une intention plus réfléchie de la part de son auteur ; la seconde, de type populaire, est apparue avec les *blogs* et réseaux sociaux et prolifère dans la plus grande des facilités, interrogeant sur la capacité de son auteur à prendre véritablement conscience des retombées de ses propos. Si le droit pénal remplit assurément une fonction pédagogique, celle-ci ne saurait être exercée au détriment de ceux qui peuvent raisonnablement être considérés comme profanes dans un domaine où la loi intéresse, *à l'origine*, essentiellement des initiés.

²²⁴² Conseil Constitutionnel, décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, cons. n° 14.

²²⁴³ En ce sens, v. S. Lavric, « La question du délai de prescription des infractions de presse », in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.* p. 167, *sp. p.* 172.

²²⁴⁴ Sénat, rapport n° 827 de Mmes Dominique Estrosi-Sassone et François Gatel du 14 septembre 2016, p. 493.

526. Une alternative préférable serait alors celle d'un allongement du délai de prescription pour les infractions de presse commises par le biais d'Internet. Cette solution a également été envisagée à plusieurs reprises, toujours en vain²²⁴⁵. A chaque fois, il était alors question de prolonger, toujours à l'exception des faits s'analysant dans la reproduction d'un contenu déjà publié sur un support papier, le délai de prescription des délits commis sur l'Internet, en le portant à un an. Cette mesure constituerait une saine précaution, de nature à prévenir la pénalisation excessive des sociétés de presse et d'édition qui doublent leur activité classique d'une activité numérique. Il convient par ailleurs d'observer que la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 ne saurait s'interpréter comme rejetant toute différence de traitement entre les supports informatique et papier d'un message sur le fondement du principe d'égalité. La disposition censurée l'a été davantage sur le fondement du principe de proportionnalité, celle-ci établissant une distinction démesurée entre les deux supports. En outre, le régime de la prescription des délits de presse a déjà fait l'objet d'aménagements dans le sens de son allongement à raison des infractions du discours de haine²²⁴⁶. Enfin, cette mesure serait de nature à endiguer la récente tendance, dont des exemples ont été précédemment évoqués²²⁴⁷, à une « déspecialisation » du droit de la presse : il s'agit d'éviter que le législateur ne « rapatrie », comme cela a déjà été le cas avec les délits de provocation et d'apologie du terrorisme, davantage de délits de presse vers le droit commun pour les priver des avantages procéduraux procurés par la loi du 29 juillet 1881. Cet allongement circonstancié du délai de prescription réaliserait un compromis équilibré entre la nécessité d'adapter le droit de la presse aux spécificités de l'Internet et le maintien de l'expression en ligne dans le régime dérogatoire de ce secteur du droit pénal.

Une autre spécificité de la communication au public en ligne, génératrice de déséquilibres, est la multiplicité des acteurs susceptibles d'avoir joué un rôle dans la commission d'une infraction d'expression sur l'Internet.

²²⁴⁵ Cette mesure fut débattue lors des débats précédant l'adoption de la LCEN, à l'occasion de l'adoption de la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, et, plus récemment, de la loi sur l'égalité et la citoyenneté du 27 janvier 2017 et de la loi réformant la prescription pénale du 27 février 2017.

²²⁴⁶ Un inconvénient pourrait être l'amoindrissement de la portée symbolique de l'article 65-3 de la loi de 1881, mais ne serait toutefois pas atteint son objectif premier qui demeure le renforcement de l'efficacité de la répression.

²²⁴⁷ V. *supra*, n° 92 s ; n° 160 s.

§ 2 - La communication électronique, facteur de démultiplication des responsabilités

527. La pénalisation de l'expression sur Internet se trouve confrontée « à la multiplicité des acteurs et à l'enchevêtrement de leurs fonctions »²²⁴⁸, a fortiori depuis l'avènement du Web 2.0, qui confère à certains de multiples rôles²²⁴⁹. La détermination de ces différents acteurs est cruciale dans la mesure où le régime de responsabilité applicable à chacun est susceptible de varier. Il convient ainsi de distinguer ceux qui, par leur rôle purement technique dans la diffusion, doivent voir leur responsabilité limitée (A), de ceux qui, fournissant directement le contenu litigieux, obéissent à des régimes de responsabilité adaptés aux circonstances (B).

A - Une responsabilisation limitée des intermédiaires techniques

528. Entre la personne publiant sur l'Internet un contenu litigieux et les internautes susceptibles d'en prendre connaissance, un certain nombre d'intermédiaires techniques contribuent, à des degrés divers, à la mise en ligne de ce contenu²²⁵⁰. Si le critère de *neutralité* sur lequel se fonde la limitation de leur responsabilité n'est guère contesté s'agissant des prestataires assurant la circulation des contenus (1), plus problématique est celle reconnue à ceux qui en permettent le stockage (2).

1 - La neutralité acquise des prestataires de circulation

529. Les prestataires assurant la circulation de l'information sur le réseau Internet sont les opérateurs de télécommunication, définis par l'article L. 32, 15° du Code des postes et communications électroniques (CPCE) comme « toute personne physique ou morale exploitant un réseau de communications électroniques ouvert au public ou fournissant au public un service de communications électroniques, ainsi que les fournisseurs d'accès à Internet (FAI), définis par l'article 6, I, 1° de la LCEN comme « les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne ». En somme, les premiers mettent le réseau à disposition des usagers qui, pour l'utiliser, payent une prestation aux seconds. Ces activités

²²⁴⁸ N. Mallet-Poujol, *Internet et la responsabilité du fournisseur d'hébergement*, D. 1999 p. 389.

²²⁴⁹ D. de Bellescize, L. Franceschini, *op. cit.*, p. 489 ; dans le même sens, v. J.-A. Bénazéraf, *Qualification et responsabilité des sites contributifs*, Dalloz IP/IT 2016 p. 173.

²²⁵⁰ Pour un aperçu global, v. J. Bossan, *Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'Internet*, RSC 2013 p. 295.

peuvent-elles être assimilées à une fourniture de moyens favorisant la commission d'une infraction d'expression par un internaute au sens de l'article 121-7, alinéa 1^{er} du Code pénal ?

C'est la directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique dans le marché intérieur, qui a établi le premier cadre normatif de responsabilité des différents acteurs de l'Internet. Dans le but de favoriser le développement du réseau Internet et l'investissement entrepreneurial dans ce secteur²²⁵¹, elle prévoit un régime dérogatoire au bénéfice des intermédiaires dont l'activité est « *limitée au processus technique d'exploitation et de fourniture d'accès à un réseau de communication sur lequel les informations fournies par des tiers sont transmises ou stockées temporairement, dans le seul but d'améliorer l'efficacité de la transmission* » (considérant n° 42). En France, la transposition de cette directive fut d'abord assurée par la loi du 1^{er} août 2000 modifiant la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication, puis par la LCEN du 21 juin 2004. Celle-ci a modifié le Code des postes et communications électroniques pour y inclure, en son article L. 32-3-3, le régime dérogatoire prévu par la directive de 2000. D'après cet article, la responsabilité civile ou pénale des opérateurs et FAI ne peut être engagée que lorsque ces intermédiaires sont à l'origine de la demande de transmission litigieuse, lorsqu'ils sélectionnent le destinataire de la transmission, et lorsqu'ils sélectionnent ou modifient les contenus faisant l'objet de la transmission. C'est dès lors la neutralité de leur intervention sur le réseau Internet, qui « *revêt un caractère purement technique, automatique et passif* »²²⁵², qui conditionne la limitation de la responsabilité de ces prestataires en vertu des articles 12 et 13 de la directive visant respectivement le transport de l'information et son stockage transitoire, dit *caching*. En outre, l'article 6, I, 6° de la LCEN dispose expressément que les intermédiaires techniques ne sont pas des producteurs au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, écartant ainsi l'application de la « cascade » prévue par ce dernier. C'est donc bien à l'aune du droit commun que doit être engagée la responsabilité des intermédiaires lorsque, par une prise de contrôle sur l'information transmise ou stockée temporairement, ils se seraient mis en situation d'en connaître le contenu, participant ainsi délibérément à la commission d'une infraction sur le Web²²⁵³.

²²⁵¹ J. Larrieu, *Droit de l'Internet*, 2^{ème} éd., Ellipses, 2010, p. 156.

²²⁵² Directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000, cons. n° 42.

²²⁵³ V. Fauchoux, P. Deprez, J.-M. Bruguière, *Le droit de l'Internet*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013, p. 381, n° 513.

S'il résulte de ce régime que les opérateurs et fournisseurs d'accès à Internet n'ont pas d'obligation générale de surveillance des contenus qui transitent par leur biais, ces prestataires ne sont toutefois pas entièrement exonérés de toute responsabilité pénale dans l'exercice le plus neutre de leur activité. L'article 6, I, 7° de la LCEN, tout en consacrant ce principe, l'assortit d'exceptions, tenant d'une part à une activité de surveillance ciblée et temporaire demandée par l'autorité judiciaire, et d'autre part à une participation de ces intermédiaires à la lutte contre certains comportements spécifiques relatifs à la diffusion de contenus constitutifs pour leur grande majorité d'infractions d'expression telles que l'apologie de crimes contre l'humanité, la provocation aux actes terroristes et leur apologie et les discours de haine. Cette participation se limite toutefois, d'après ce texte, à la mise en place d'un dispositif accessible et visible permettant à leurs utilisateurs de leur signaler ces contenus, et à la prompte transmission de ces signalements aux autorités compétentes. En outre, le concours devant être apporté par les intermédiaires techniques à la lutte contre la cybercriminalité se traduit dans l'obligation de conserver, aux fins de leur communication sur requête de l'autorité judiciaire, les données permettant l'identification de l'auteur d'une infraction commise par l'utilisation de leurs services. Un décret n° 2011-19 du 25 février 2011 est venu – plus de six ans après l'entrée en vigueur de la LCEN – préciser la liste des informations devant être conservées, pour une durée d'un an, par les opérateurs et fournisseurs d'accès aux fins de leur communication sur requête de l'autorité judiciaire. Enfin, l'article 6, VI, 1° fait encourir la peine d'un an d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende, aux prestataires ne respectant pas l'ensemble des obligations précitées.

En dépit de ces exceptions, lesquelles peinent souvent à être mises en œuvre²²⁵⁴, le régime de responsabilité des opérateurs de télécommunication et fournisseurs d'accès à Internet ne laisse que peu de place à leur mise en cause²²⁵⁵. Mais alors que cette irresponsabilité était déjà présumée antérieurement à la directive du 8 juin 2000, c'est vis-à-vis des prestataires de stockage qu'a été opéré un allègement du régime de responsabilité à raison des contenus diffusés sur l'Internet²²⁵⁶.

²²⁵⁴ M. Robert, *Cybercriminalité : les nouvelles réponses législatives*, AJ Pénal 2016, p. 412.

²²⁵⁵ J. Bossan, RSC 2013 p. 295 préc., n° 12.

²²⁵⁶ J. Huet, E. Dreyer, *Droit de la communication numérique*, Lextenso, 2011, p. 120, n° 111.

2 - La neutralité discutée des prestataires de stockage

530. Egalemeut visée par la directive du 8 juin 2000 aux fins d'un allègement de son régime de responsabilité, la catégorie des prestataires de stockage (ou *fournisseurs d'hébergement*) est à distinguer de celle des opérateurs et fournisseurs d'accès. D'emblée, leur rôle ne réside pas dans la transmission et l'accessibilité de l'information, mais dans le stockage durable « *de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services* » (art. 6, I, 2° LCEN). Leur activité comporte ainsi une proximité plus importante avec le comportement infractionnel, dès lors que c'est par leur intermédiaire qu'est effectué l'acte de publication d'une forme d'expression en ligne. C'est probablement pour cette raison que l'atténuation de responsabilité qui leur est accordée (a) est soumise à davantage de réserves, ce qui leur confère un statut aux contours incertains (b).

a - Un régime de responsabilité atténuée

531. Antérieurement à l'intervention des législateurs européen et français, les fournisseurs d'hébergement ne jouissaient pas d'un régime aussi favorable que celui accordé aux fournisseurs d'accès, comme l'a démontré l'émblématique affaire ayant opposé le mannequin Estelle Halliday à l'hébergeur *Altern.org*. Apprenant que des photos d'elle, dénudée, extraites d'un magazine d'actualité mondaine, étaient diffusées sur un site hébergé par cette société, Mme Halliday a saisi le juge des référés parisien en invoquant une atteinte à l'intimité de sa vie privée ainsi qu'à son droit à l'image. A l'issue de l'affaire, la Cour d'appel de Paris a estimé, le 10 février 1999, « *qu'en offrant [...] d'héberger et en hébergeant de façon anonyme [...], toute personne qui, sous quelque dénomination que ce soit, en fait la demande aux fins de mise à disposition du public ou de catégories de publics, de signes ou de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère de correspondances privées, [le propriétaire] excède manifestement le rôle technique d'un simple transmetteur d'informations et doit, d'évidence, assumer à l'égard des tiers aux droits desquels il serait porté atteinte dans de telles circonstances, les conséquences d'une activité qu'il a, de propos délibérés, entrepris d'exercer et qui [...] est rémunératrice [...]* »²²⁵⁷. Cette solution a constitué, à une époque où le Web était encore peu « juridicisé », « *un avertissement cinglant à toute revendication de l'Internet comme "zone de non-droit"* »²²⁵⁸. Elle n'en demeurait pas

²²⁵⁷ CA Paris, 14^{ème} ch., réf., 10 février 1999, JCP E 1999, 953, obs. Vivant et le Stanc ; JCP 1999.II.10101, note Olivier et Barbry.

²²⁵⁸ N. Mallet-Poujol, D. 1999 p. 389 préc.

moins contestable, certains auteurs ayant souligné le coup fatal qu'elle était de nature à porter à un secteur d'activités en développement en raison du risque trop important qu'elle faisait peser sur les investisseurs potentiels, de même qu'à la liberté d'expression des internautes²²⁵⁹. En l'état, les fournisseurs d'hébergement étaient astreints à l'obligation générale de prudence et de diligence de droit commun²²⁶⁰, difficile à mettre en œuvre en raison de la quantité des contenus hébergés²²⁶¹.

532. Face à cette responsabilisation excessive des hébergeurs, la directive du 8 juin 2000 avait alors opté pour un régime de responsabilité atténuée, posant pour condition à son application que le fournisseur d'hébergement « *doit, dès qu'il prend effectivement connaissance ou conscience du caractère illicite des activités, agir promptement pour retirer les informations concernées ou rendre l'accès à celles-ci impossible* » (considérant n° 46). Palliant l'échec de sa transposition en droit français par la loi du 1^{er} août 2000, dont les dispositions avaient été partiellement censurées par le Conseil constitutionnel²²⁶², c'est désormais l'article 6, I, 3° de la LCEN qui régit la responsabilité des prestataires d'hébergement. A l'instar des opérateurs et fournisseurs d'accès à Internet, ceux-ci ne sont pas soumis à une obligation générale de surveillance des contenus hébergés, mais sont soumis aux mêmes exceptions de surveillance ciblée et temporaire sur requête de l'autorité judiciaire, de mise à disposition du public d'un dispositif de signalement et de conservation des données relatives à l'identification des utilisateurs (art. 6, I, 7°). La différence essentielle avec le régime des autres prestataires techniques réside dans la présomption simple de connaissance du caractère illicite des contenus notifiés par les utilisateurs, à travers le dispositif de notification pour retrait (*notice and take down*) institué par l'article 6, I, 5°. L'article précise la liste des mentions que doit comporter la notification adressée à l'hébergeur, que la jurisprudence a interprétées comme étant cumulatives, privant ainsi d'effet la présomption posée par l'article à raison d'une notification incomplète²²⁶³. La promptitude du retrait, exonératrice de responsabilité, est appréciée de façon sévère par les juges, celle-ci devant avoir lieu dans la journée suivant réception de la

²²⁵⁹ M. Vivant, *La responsabilité des intermédiaires de l'Internet*, JCP 1999, doct. 180 ; J. Larrieu, *op. cit.* p. 164.

²²⁶⁰ V. Fauchoux, P. Deprez, J.-M. Bruguière, 2^{ème} éd., *op. cit.* p. 390, n° 520.

²²⁶¹ Limitant toutefois cette obligation à une vérification induite par des faits objectifs tels que la réclamation d'un tiers ou l'augmentation du trafic d'un site, CA Versailles, 8 juin 2000, cité par P. de Candé, *La responsabilité des intermédiaires de l'Internet ou ISP*, D. 2001 p. 1934.

²²⁶² Conseil constitutionnel, décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, cons. n° 61.

²²⁶³ Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2011, Bull I 2011 n° 30, D. 2011 p. 1113, note C. Manara et obs. L. Grynbaum ; JCP 2011, 520, note A. Debet ; Comm. com. Electr. 2011, comm. 32, note C. Caron.

notification²²⁶⁴. Il devrait cependant être possible à l'hébergeur de justifier le dépassement de ce délai²²⁶⁵.

Ce mécanisme, en instituant « *un nouveau mode de participation à l'infraction d'autrui* »²²⁶⁶, crée une « distorsion » dans l'appréciation des infractions de presse qui, instantanées pour leur auteur, deviennent en quelque sorte continues pour l'hébergeur qui faillit à son obligation de les faire cesser²²⁶⁷. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs émis une réserve sur l'interprétation de l'article 6, I, 3° de la LCEN, estimant que la responsabilité des fournisseurs d'hébergement ne doit être engagée que lorsque le contenu qu'il n'a pas promptement rendu inaccessible présente un caractère *manifestement* illicite ou, en l'absence d'un tel caractère, si son retrait a été préalablement ordonné par un juge²²⁶⁸. Se pose alors la question de la détermination de ce que doit constituer un contenu manifestement illicite. Plusieurs auteurs envisagent les exemples de la pédopornographie et des infractions tirées de la catégorie des discours de haine²²⁶⁹, laissant supposer que les secteurs visés par l'article 6, I, 7° de la LCEN pourraient servir de base interprétative. Enfin, il semblerait que l'application de ce régime de responsabilité, déjà fortement conditionnée, ait désormais acquis un caractère très subsidiaire depuis que la loi du 13 juin 2009 a calqué le régime des directeurs de publication d'espaces contributifs sur celui des hébergeurs²²⁷⁰.

Le statut d'hébergeur, conférant à son titulaire une atténuation de sa responsabilité pénale, est l'objet de nombreux débats consécutifs aux récentes évolutions du *Web*.

b - Un statut aux contours incertains

533. Une problématique récurrente au cours des dernières années, et en particulier avec le mélange des genres opéré par le *Web 2.0*, est celui de l'identification des acteurs de l'Internet qui, par le jeu de leurs caractéristiques, sont susceptibles de bénéficier du régime applicable aux fournisseurs d'hébergement²²⁷¹.

²²⁶⁴ TGI Toulouse, réf., 13 mars 2008 ; TGI Paris, 3^{ème} ch., 1^{ère} sect., 29 mai 2011, Légipresse 2012 n° 296 p. 145.

²²⁶⁵ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. p. 225.

²²⁶⁶ E. Dreyer, *Les nouvelles responsabilités sur Internet*, AJ Pénal 2013 p. 15.

²²⁶⁷ J. Francillon, RSC 2013 p. 566 préc.

²²⁶⁸ Conseil constitutionnel, décision n°2004-496 DC préc., cons. n° 9.

²²⁶⁹ J. Huet, E. Dreyer, op. cit. p. 121, n° 113 ; J. Bossan, RSC 2013 p. 295 préc., n° 15.

²²⁷⁰ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. p. 225. A ce sujet, v. *infra*, n° 538 s.

²²⁷¹ D. de Bellescize, L. Franceschini, op. cit. p. 504.

En effet, « les frontières se sont estompées entre des catégories qui paraissaient jusqu'alors étanches, les prestataires cumulant des activités autrefois réservées à des acteurs distincts ou, au contraire, les partageant avec d'autres et, notamment, avec le public utilisateur de leurs services »²²⁷². Nombreux sont ceux qui, ne pouvant raisonnablement revendiquer le statut d'opérateurs ou de fournisseurs d'accès, s'approprient néanmoins celui, très convoité, de fournisseurs d'hébergement, avec plus ou moins de succès²²⁷³. Si les « centres serveurs » dont la fonction est précisément une prestation de location d'espace de stockage de données doivent incontestablement revêtir la qualité de fournisseurs d'hébergement²²⁷⁴, toute la question est de savoir quelle qualification appliquer aux services qui, tout en proposant aux utilisateurs des fonctionnalités de stockage (d'images, de sons, voire de simple texte), ne limitent pas leur activité à celles-ci et les proposent gratuitement en tirant leurs revenus d'une exploitation commerciale des contenus hébergés, sur la présentation desquels ils effectuent diverses opérations. C'est notamment le cas d'un certain nombre de sites Internet originaires du *Web 2.0* comme les *blogs*, réseaux sociaux et sites de partage de contenus audiovisuels, qui permettent à leurs utilisateurs de diffuser des contenus par le biais de leur enregistrement sur les serveurs de ces prestataires²²⁷⁵.

A l'instar des opérateurs et FAI, les hébergeurs jouissent d'une atténuation de responsabilité en raison d'une présomption simple de neutralité technique de l'activité qu'ils exercent, consistant ici à stocker des contenus sans procéder à leur sélection ou à leur modification. Dès lors, certains auteurs soutiennent que la diversification des services proposés par certains fournisseurs, de même que par les « sites contributifs » assimilés qui accueillent le contenu des tiers, peut être de nature à leur faire perdre leur statut privilégié d'hébergeur²²⁷⁶ : beaucoup de ces sites proposent en effet de véritables outils de « promotion » du contenu diffusé par sa catégorisation selon des mots-clés, voire sa mise en avant au moyen d'algorithmes basés sur sa popularité ou sur les contenus précédemment visionnés par les utilisateurs, et se rémunèrent par le biais d'espaces publicitaires²²⁷⁷.

²²⁷² J.-A. Bénazéraf, *Qualification et responsabilité des sites contributifs*, Dalloz IP/IT 2016 p. 173.

²²⁷³ L. Grynbaum, *Dailymotion : une immunité imméritée*, D. 2011 p. 1113.

²²⁷⁴ J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.* pp. 125-126, n° 118.

²²⁷⁵ Le statut d'hébergeur a ainsi été reconnu au réseau social *Facebook* (TGI Paris, réf., 20 avril 2010, RLDI 2010/61, n° 2019), ainsi qu'à l'encyclopédie participative *Wikipedia* (TGI Paris, réf., 20 octobre 2007).

²²⁷⁶ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 408, n° 816 ; J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.* pp. 129-130, n°119 ; L. Grynbaum, D. 2011 p. 1113 préc.

²²⁷⁷ J.-A. Bénazéraf, Dalloz IP/IT 2016 p. 173 préc.

Aussi, la jurisprudence a, dans un premier temps, opté pour une mise à l'écart du régime dérogatoire vis-à-vis de ces intermédiaires²²⁷⁸, la Cour de cassation ayant considéré que les sites contributifs assurant la gestion d'espaces publicitaires sur les contenus diffusés « *excédaient les simples fonctions techniques de stockage, visées par l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 dans sa rédaction issue de la loi du 1^{er} août 2000 applicable aux faits dénoncés* »²²⁷⁹. Faisant cependant suite à une tendance largement initiée par les juridictions du fond, la Haute juridiction a opéré, un an plus tard, un revirement radical en la matière, estimant que les diverses opérations de formatage et de présentation effectuées par les sites proposant le stockage, en vue de leur diffusion, de contenu fournis par des tiers « *sont des opérations techniques qui participent de l'essence du prestataire d'hébergement et qui n'induisent en rien une sélection par ce dernier des contenus mis en ligne* », et que « *l'exploitation du site par la commercialisation d'espaces publicitaires n'induit pas une capacité d'action du service sur les contenus mis en ligne* »²²⁸⁰.

534. Il semblerait dès lors que le critère retenu pour l'évincement de la qualification de fournisseur d'hébergement soit sa capacité d'action sur le seul *contenu*, à défaut de sa capacité d'action sur sa présentation et sa visibilité²²⁸¹. Cette solution peut s'expliquer par le fait que la Cour de justice de l'Union européenne, en 2010, a rappelé que le caractère « *purement technique, automatique et passif* » de l'hébergeur, au sens du quarante-deuxième considérant de la directive du 8 juin 2000, implique que celui-ci « *n'a pas la connaissance ni le contrôle des informations transmises ou stockées* »²²⁸², ce qui semble être le cas dès lors que les opérations effectuées hors de l'accueil du contenu sur les serveurs est parfaitement automatisé. La contestation est cependant de mise dès lors que, comme le souligne un auteur, « *l'exploitation de ces contenus, substance dont les sites contributifs se nourrissent, est au cœur de leur modèle économique* »²²⁸³. Pourtant, cette solution apparaît justifiable au regard du droit positif, du fait que la condition de neutralité imposée aux hébergeurs se trouve quelque peu biaisée par la

²²⁷⁸ TGI Paris, réf., 22 juin 2007, Comm. com. Electr. 2007, comm. 143, note C. Caron ; Comm. com. Electr. 2008, chron. 6, obs. B. Montels.

²²⁷⁹ Cass. 1^{ère} civ., 14 janvier 2010, Bull. I 2010 n° 8, JCP 2010, act. 112, obs. E. Derieux ; Comm. com. Electr. 2010, comm. 25, obs. P. Stoffel-Munck ; D. 2010 p. 260, note C. Manara ; *ibidem* p. 837, étude L. Thoumyre.

²²⁸⁰ Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2011, D. 2011 p. 1113, note L. Grynbaum ; Comm. com. Electr. 2011, comm. 32, obs. C. Caron.

²²⁸¹ A. Debet, *Affaire Dailymotion : les sites de partage de vidéos sont des hébergeurs*, JCP 2011, 520.

²²⁸² CJUE, *Google France SARL et Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA, Google France SARL c/ Viaticum SA et Luteciel SARL, Google France SARL c/ CNRRH SARL et autres*, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, n° 113.

²²⁸³ J.-A. Bénazéraf, *Dalloz IP/IT* 2016 p. 173 préc. Dans le même sens, v. J. Larrieu, *op. cit.* p. 169.

rédaction de l'article 6, I, 2° de la LCEN, qui inclut dans la définition des hébergeurs les personnes qui exercent cette activité « *même à titre gratuit* ». Il semble dès lors déraisonnable d'exiger de ces prestataires, dans de telles conditions, qu'ils ne déploient pas une telle activité « parallèle » d'édition et d'exploitation commerciale²²⁸⁴, en dépit de leur impossibilité matérielle de surveiller l'abondant contenu diffusé quotidiennement *via* leur plate-forme.

Il paraît ainsi nécessaire de faire évoluer la définition légale du fournisseur d'hébergement, peut-être dans le sens d'une distinction entre les prestataires techniques assurant le simple stockage de l'information, qui devraient alors bénéficier du régime dérogatoire institué par la directive du 8 juin 2000, et ceux qui, assumant une exploitation commerciale des contenus hébergés gratuitement, deviendraient des éditeurs de services responsables selon les règles du droit commun et débiteurs, à ce titre, d'une obligation de surveillance des contenus selon certaines critères restrictifs, tels que l'importance du trafic généré par le contenu ou la présence de certains mots-clés y étant associés.

Si les prestataires techniques de l'Internet jouissent, en raison d'une neutralité avérée ou présumée, d'un régime de responsabilité allégé du fait des contenus diffusés sur le réseau, tel ne saurait être le cas de ceux qui sont à l'origine même de cette diffusion.

B - Une responsabilisation circonstanciée des éditeurs de services

535. Les propriétaires de sites Internet, visés par la LCEN sous le vocable d'*éditeurs de services*, sont définis laconiquement par son article 6, III, 1° comme « *les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne* ». L'automaticité classique de leur responsabilité au titre de leur activité éditoriale (1) a néanmoins montré ses limites à raison de l'activité des tiers s'exprimant par le biais sur leurs services (2).

1 - Une responsabilité automatique à raison du contenu éditorial

536. Les infractions d'expression publique, quoique commises sur l'Internet, conservent en principe leurs cadres normatifs traditionnels. La question des règles applicables à la poursuite des fournisseurs de contenus a, dès lors, suscité d'importants débats aux débuts de la judiciarisation du *Web*. Les lois du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (art. 42) et du 29

²²⁸⁴ C. Romano, *Quel avenir pour les sites de contenus générés par les utilisateurs ?*, Légipresse 2007, n° 244-II p. 105 ; P. Stoffel-Munck, *La notion d'hébergeur à la lumière de l'affaire Google AdWords*, Comm. com. Electr. 2010, comm. 88.

juillet 1982 relative à la liberté de communication (art. 93-3) prévoient un régime de responsabilité automatique et hiérarchisé, établissant l'ordre dans lequel les diverses personnes intervenant dans la « confection » et la publication de l'expression litigieuse doivent être poursuivies. Outre les quelques incriminations qui n'opèrent pas de renvoi à des règles spécifiques, la poursuite des délits d'expression commis par les utilisateurs d'Internet est-elle soumise au mécanisme de la responsabilité « en cascade » établi par le droit de la presse et de la communication audiovisuelle ?

La solution ne s'imposait pas avec la force de l'évidence tant sa mise en œuvre était rendue délicate par les spécificités du réseau et la diversité de ses acteurs²²⁸⁵. De même, la raison d'être de cette « cascade », adaptée à l'activité des professionnels de la communication qui peuvent avoir à répondre du comportement de leurs collaborateurs, s'applique difficilement à l'Internet où l'anonymat et le nombre de communicants tendent à faire peser sur certaines personnes une responsabilité démesurée. C'est la raison pour laquelle certaines juridictions se sont montrées réticentes à l'application de ces règles²²⁸⁶.

C'est pourtant bien en faveur d'un tel système que le législateur s'est prononcé, en intégrant parmi les modes de publicité visés à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, la « *communication au public par voie électronique* ». Une autre question était alors de savoir laquelle des « cascades », entre celle instaurée par la loi de 1881 sur la presse (art. 42 et 43) et celle de 1982 sur la communication audiovisuelle (art. 93-3), trouvait à s'appliquer sur l'Internet. La première étant circonscrite à la seule presse écrite²²⁸⁷, le législateur a d'abord fait de la communication électronique une sous-catégorie de la communication audiovisuelle avec la loi du 1^{er} août 2000, avant, finalement, de faire de cette dernière un sous-ensemble de la communication électronique avec la LCEN du 21 juin 2004. C'est donc bien la « cascade » de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 qui est applicable aux délits d'expression commis sur l'Internet²²⁸⁸. Celle-ci présente quelques caractéristiques la distinguant de son aînée de 1881 : à l'inverse de la presse écrite, où le directeur de publication est poursuivi, selon le schéma classique, à titre principal et l'auteur en tant que complice, cette situation n'est possible, dans

²²⁸⁵ D. de Bellescize, L. Franceschini, *op. cit.* p. 510.

²²⁸⁶ Estimant que « *un site Internet, mode de diffusion permanent et non pas périodique, ne peut être regardé comme une entreprise éditrice soumise, comme telle, à l'exigence d'un directeur de publication* », v. CA Paris, 11^{ème} ch., sect. B, 24 janvier 2002, Comm. com. Electr. 2003, comm. 19, obs. A. Lepage.

²²⁸⁷ Cass. Crim., 2 décembre 1980, Bull. crim. 1980 n° 328.

²²⁸⁸ Cass. Crim., 6 mai 2003, Bull. crim. 2003 n° 94, D. 2003 p. 2192, note E. Dreyer ; 10 mai 2005, Bull. crim. 2005. n° 144.

l'audiovisuel et désormais sur Internet, que lorsque le directeur (ou codirecteur) de la publication a été en mesure d'approuver la diffusion de l'expression litigieuse, c'est-à-dire lorsque celle-ci a fait l'objet d'une *fixation préalable*. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque l'émission ou l'œuvre est diffusée « en direct », l'auteur principal et unique responsable de l'infraction est l'auteur du propos, et à défaut de celui-ci, le producteur de l'émission ou de l'œuvre.

537. L'application de ces règles au réseau Internet n'a pas été sans susciter certaines difficultés. Il fallait en effet identifier les différents maillons de la « chaîne » établie par l'article 93-3, la même personne étant susceptible, selon les cas, de revêtir plusieurs, voire la totalité des fonctions envisagées. Le directeur de publication, dont l'existence est obligatoire pour tout service de communication électronique selon l'article 93-2, est désigné par celui-ci comme étant « *le président du directoire ou du conseil d'administration, le gérant ou le représentant légal* » lorsque le service est fourni par une personne morale, tandis que le service fourni par une personne physique a pour directeur de publication cette même personne. L'auteur de l'expression litigieuse peut dès lors être la personne ayant créé et fourni celle-ci avant de la transmettre à l'éditeur d'un site Internet, tout autant que ce même éditeur publiant son propre contenu²²⁸⁹. Le schéma est, dans ces circonstances, assez classique et ne fait guère problème, si ce n'est que la distinction malheureuse établie par l'article 6, III, 2° de la LCEN entre éditeurs professionnels et non-professionnels n'oblige que les premiers à s'identifier publiquement, laissant aux victimes des seconds le soin de s'enquérir laborieusement d'informations potentiellement falsifiées auprès des hébergeurs²²⁹⁰...

C'est donc s'agissant du producteur que la transposition de la « cascade » a été le plus problématique. D'emblée, le terme, désignant dans l'audiovisuel « *la personne physique ou morale qui prend l'initiative et la responsabilité de la réalisation de l'œuvre* » (art. L. 132-23 du Code de la propriété intellectuelle) peut surprendre dans le cadre des activités du Web²²⁹¹. En réalité, le producteur s'y confond, dans la plupart des cas, avec le directeur de publication. C'est alors seulement dans l'hypothèse où l'expression litigieuse n'a pas fait l'objet d'une fixation préalable, écartant la responsabilité du second au profit de l'auteur, que la possibilité

²²⁸⁹ Est ainsi considérée comme auteur principal de propos litigieux la personne qui, « *en qualité de directeur de la publication du site, a [elle]-même procédé à la mise en ligne des textes incriminés, lesquels avaient donc fait l'objet d'une fixation préalable à leur communication au public* » (Cass. crim., 14 mars 2017, n° 15-87.319).

²²⁹⁰ E. Dreyer, *Légicom* 2008/1 p. 17 préc., n° 16 s.

²²⁹¹ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* pp. 402-403, n° 811.

de poursuivre le producteur devait trouver une utilité renouvelée sur l'Internet. Dans l'audiovisuel, cette responsabilité n'était que peu recherchée car « *l'antenne n'est pas confiée à des personnes sans identité* » ; mais le fréquent anonymat des personnes s'exprimant sur des forums de discussion dépourvus d'un service de modération *a priori* tend à priver la chaîne de l'article 93-3 de ses deux principaux maillons²²⁹², ne laissant pour responsable des propos publiés que la personne qui a pris l'initiative de mettre ce moyen de communication à la disposition du public.

Cette hypothèse avait déjà été appliquée par la Chambre criminelle en matière de télématique, qui était également soumise au régime de l'audiovisuel. Le créateur d'un service *minitel* avait été condamné en tant que producteur dudit service à raison de délits de provocation à des crimes et d'apologie de crimes contre l'humanité diffusés dans une rubrique dédiée à la discussion, « *sans pouvoir opposer un défaut de surveillance des messages incriminés* »²²⁹³. Cette interprétation de l'article 93-3, d'abord considérée comme étant obsolète sur Internet par le Tribunal de grande instance de Lyon, qui considérait que la LCEN avait assimilé les gestionnaires de forums de discussion à des hébergeurs²²⁹⁴, fut néanmoins confirmée par la Haute juridiction dans deux arrêts rendus le 16 février 2010²²⁹⁵.

La solution fut critiquée, certains auteurs dénonçant le caractère « *quasi-automatique* » de la responsabilité endossée dans ces conditions par le producteur²²⁹⁶, et l'assimilation, qui en découle, du producteur d'un service à un producteur de contenu, conforme à la lettre de l'article 93-3 mais contraire à son esprit²²⁹⁷. Consécutivement à ces arrêts, le Conseil constitutionnel fut saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité visant l'article 93-3 à raison de la possible atteinte portée par ses dispositions au principe de présomption d'innocence à l'égard des producteurs sur l'Internet²²⁹⁸. Le Conseil, sans censurer l'article, a néanmoins émis une réserve quant à son interprétation, celui-ci ne pouvant, « *sans instaurer une présomption irréfractable de responsabilité pénale* », permettre d'engager la responsabilité pénale du producteur « à

²²⁹² E. Dreyer, *Réserve sur la responsabilité pénale du producteur en ligne*, JCP 2011, 1247.

²²⁹³ Cass. Crim., 8 décembre 1998, Bull. crim. 1998 n° 335.

²²⁹⁴ TGI Lyon, 21 juillet 2005, Légipresse 2006, n° 230-I p. 47. V. cependant, retenant la responsabilité du producteur, CA Paris, 11^{ème} ch., sect. B, 10 mars 2005, Comm. com. Electr. 2005, comm. 177, obs. A. Lepage.

²²⁹⁵ Cass. Crim., 16 février 2010, Bull. crim. 2010 n° 31 et Bull. crim. 2010 n° 30.

²²⁹⁶ J.-Y. Lassalle, *Réseaux de communication électronique et détermination des agents pénalement responsables*, JCP 1999.II.10135.

²²⁹⁷ J. Francillon, *Application à la télématique et à l'Internet des règles de responsabilité propres au droit de la presse et de la communication audiovisuelle*, RSC 1999 p. 607.

²²⁹⁸ Cass. Crim., 21 juin 2011, Bull. crim. 2011 n° 148, Comm. com. Electr. 2011, comm. 80, obs. A. Lepage.

raison du seul contenu d'un message dont il n'avait pas la connaissance avant la mise en ligne »²²⁹⁹. Il s'ensuit que la responsabilité pénale du producteur ne peut être engagée que s'il est établi qu'il avait connaissance dudit message avant sa mise à disposition du public ou que, dans le cas contraire, il s'est abstenu d'agir promptement pour le retirer dès qu'il en a eu connaissance²³⁰⁰, réduisant les hypothèses de sa condamnation à une peau de chagrin²³⁰¹.

Il est incontestable que cette responsabilité automatique des producteurs de moyens de communication au public en ligne constituait une « soupape » de la répression dans les espaces contributifs non modérés. Néanmoins, le développement fulgurant de tels espaces par le truchement du *Web 2.0* a démontré l'inefficacité relative, sur l'Internet, du mécanisme de la responsabilité en « cascade », appelant son adaptation par le législateur.

2 - Une responsabilité atténuée à raison du contenu contributif

538. Si le vocable d'*éditeur de services* était parfaitement pertinent au moment de la promulgation de la LCEN, le terme « fournisseur de contenus » permet aujourd'hui une définition plus exhaustive et actuelle des acteurs « directs » de l'Internet en y incluant ceux qui, indépendamment de toute activité éditoriale, contribuent plus que jamais à « faire l'Internet ».

En effet, par le développement des plates-formes entièrement consacrées à l'expression publique instantanée (forums non modérés, réseaux sociaux, *blogs*, et surtout, espaces de commentaires), le *Web 2.0* « a conduit à mettre en exergue la différence devant exister entre le fournisseur réel de contenus, la personne qui contrôle la diffusion et celle qui met en place un simple support d'expression sans contrôle »²³⁰². Il est désormais évident que l'automaticité d'une responsabilité engagée « en raison des fonctions exercées et non des comportements adoptés »²³⁰³ n'est plus adaptée aux espaces dédiés aux contributions des internautes. C'est pour cette raison que la loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet, dite « Hadopi I », a modifié l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 pour y insérer un cinquième alinéa, qui dispose que « *lorsque l'infraction résulte du contenu d'un message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles*

²²⁹⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011, cons. n° 7.

²³⁰⁰ Cass. Crim., 30 octobre 2012, Bull. crim. 2012 n° 233, AJ Pénal 2013 p. 157, obs. G. Royer.

²³⁰¹ E. Dreyer, JCP 2011, 1247 préc.

²³⁰² J. Bossan, RSC 2013 p. 295 préc.

²³⁰³ J. Francillon, RSC 1999 p. 607 préc.

identifié comme tel, le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message ».

539. C'est donc sur le modèle du régime de responsabilité applicable aux fournisseurs d'hébergement que le directeur de la publication peut être désormais poursuivi à raison des messages diffusés sur un espace contributif, et ce, quel que soit le degré – *a priori* ou *a posteriori* – de sa modération²³⁰⁴. La fixation préalable du message n'est plus, dans cette hypothèse précise, une condition de l'engagement de sa responsabilité mais devient « *le point de bascule entre deux régimes de responsabilité* »²³⁰⁵. Cette interprétation du texte, qui n'était pas évidente²³⁰⁶, est celle qui fut retenue, de façon incidente, par le Conseil constitutionnel dans sa décision relative à la question prioritaire de constitutionnalité posée en 2011 et qui portait sur la responsabilité du producteur établie par l'article 93-3 de la loi de 1982²³⁰⁷. Le Conseil a souligné que le producteur ne pouvait s'exonérer de sa responsabilité pénale, engagée en l'absence de fixation préalable, « *qu'en désignant l'auteur du message ou en démontrant que la responsabilité pénale du directeur de la publication est encourue* ». Il en résulte la même distorsion précédemment observée pour le cas des hébergeurs²³⁰⁸ quant à l'appréciation de l'infraction qui, malgré son caractère instantané pour l'auteur réel, devient cependant continue pour l'auteur principal désigné par la loi. Cette situation est particulièrement choquante dans le cas du directeur de publication, dont la fonction est pourtant bien d'approuver le contenu d'une forme d'expression avant sa diffusion au public, engageant automatiquement sa responsabilité par l'acte de publication qu'il est en principe le seul à effectuer²³⁰⁹. Il eût été préférable, sans que cela ne change véritablement les paramètres de la répression, de substituer, au directeur de publication, le producteur dans la rédaction de ce cinquième alinéa de l'article 93-3, ce qui aurait permis de consacrer légalement la portée de la décision précitée du Conseil constitutionnel et de conserver une certaine cohérence avec le régime initialement établi par cet article en matière d'audiovisuel.

²³⁰⁴ TGI Paris, 17^{ème} ch., 9 octobre 2009, Comm. com. Electr. 2010, comm. 6, obs. A. Lepage.

²³⁰⁵ J. Bossan, RSC 2013 p. 295 préc.

²³⁰⁶ E. Dreyer, JCP 2011, 1247 préc.

²³⁰⁷ Conseil constitutionnel, décision n° 2011-164 QPC préc., cons. n° 7.

²³⁰⁸ V. *supra*, n° 532.

²³⁰⁹ A. Lepage, *Responsabilité pénale du directeur de la publication sur Internet*, Comm. com. Electr. 2010, comm. 6.

Les conditions d'appréciation de la prise de connaissance engageant cette nouvelle responsabilité *a posteriori* n'ont pas été précisées par le législateur de 2009. On peut supposer que les juges s'inspireront du régime des fournisseurs d'hébergement duquel il tire ses fondations, en exigeant que l'infraction soit notifiée au directeur de la publication dans des conditions similaires à celles prévues par l'article 6, I, 5° de la LCEN²³¹⁰. Les juges doivent donc, semble-t-il, s'assurer de la prise de connaissance effective du texte litigieux par le directeur de publication « *dans des conditions qui lui permettent d'en connaître l'entier texte, de l'identifier personnellement et de vérifier sa présence sur le site* », et qu'il a bien été « *averti des griefs qui étaient adressés à ce message par le requérant, et s'il a effectivement été saisi d'une demande de retrait* »²³¹¹. Depuis quelques années, la plupart des sites Internet comportant des espaces contributifs ont pris les devants en faisant figurer, sur ces mêmes espaces, des modules de signalement permettant de leur adresser une demande de retrait motivée. Cette automatisation du processus, garante de son efficacité, ne dispense toutefois pas le directeur de la publication de toute vigilance. La Chambre criminelle a estimé récemment que lorsqu'a été donnée aux utilisateurs d'un site Internet la possibilité d'alerter en temps réel un service de modération sur le contenu des messages déposés dans un espace de contributions personnelles, le directeur de publication dudit site ne peut invoquer l'absence de connaissance d'un contenu susceptible d'engager sa responsabilité pénale²³¹².

Il faut toutefois signaler que la Cour européenne des droits de l'Homme a, dernièrement, eu l'occasion de se prononcer sur l'identification des personnes judiciairement responsables pour des propos tenus au sein des espaces contributifs figurant dans des articles de presse publiés en ligne. Dans une affaire *Delfi A.S. c/ Estonie*, les juges strasbourgeois ont, dans deux arrêts de chambre²³¹³ et de Grande chambre²³¹⁴, conclu à l'absence de violation de l'article 10, par les juridictions estoniennes, du fait de la condamnation du plus important portail d'information national à indemniser l'actionnaire d'une compagnie de navigation pour les commentaires haineux publiés à son encontre par les visiteurs du site. La société requérante avait plaidé en faveur de l'application, à son bénéfice, de la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 8 juin 2000 précitée, laquelle exclut la responsabilité des

²³¹⁰ C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. p. 223.

²³¹¹ TGI Paris, 17^{ème} ch., 3 novembre 2009, Légipresse 2010, n° 270-III p. 58.

²³¹² Cass. Crim., 3 novembre 2015, Bull. crim. 2015 n° 239, Dr. Pén. 2016, comm. 27, obs. P. Conte.

²³¹³ CEDH, *Delfi A.S. c/ Estonie*, 10 octobre 2013, n° 64569/09.

²³¹⁴ CEDH (Gde ch.), *Delfi A.S. c/ Estonie*, 16 juin 2015, n° 64569/09.

prestataires de stockage pour les contenus litigieux dont ils n'auraient pas eu la connaissance effective et, qu'en cas de notification, ils n'auraient pas pris l'initiative de supprimer. En l'espèce, le portail, qui faisait figurer sur son site une « charte des commentaires » interdisant les propos « *contraires aux bonnes pratiques* » et mettait un système de signalement pour retrait à la disposition des utilisateurs, avait supprimé les commentaires litigieux dès sa prise de connaissance de l'action engagée par les avocats de la victime, soit six semaines après la publication de l'article. La Cour EDH a cependant estimé, eu égard à la faculté dont disposait la société éditrice de modifier ou supprimer les commentaires, à l'invitation expresse qu'elle adressait aux lecteurs de commenter les articles, à l'absence d'obligation pour ceux-ci de s'identifier par une inscription préalable, et à l'exploitation commerciale qu'elle tirait de la lecture et du commentaire de ses articles, que cette société, loin d'exercer un rôle purement technique et passif, avait accepté d'endosser une part de responsabilité pour les propos qui étaient tenus dans ces espaces contributifs.

Cette solution, diversement appréciée au sein même de la Cour²³¹⁵, demeure « *très circonstanciée* » dans la mesure où elle semble spécifiquement adaptée aux circonstances de l'affaire²³¹⁶ : en témoigne la sensible distinction que les juges de Strasbourg ont estimé nécessaire de souligner entre cette espèce et celle de l'arrêt *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu zrt c/ Hongrie*, rendu quelques mois plus tard²³¹⁷. En l'espèce, la Cour a, à l'inverse, conclu à la violation du droit à la liberté d'expression d'éditeurs de sites Internet du fait de leur condamnation pour des commentaires injurieux publiés par des internautes, tandis ces éditeurs avaient pris des mesures propres à assurer leur signalement en vue de leur suppression. Ce qui distinguait cette espèce de la précédente, selon la Cour, résidait tout d'abord dans le fait que les commentaires publiés, quoiqu'injurieux envers la victime, n'étaient pas en l'occurrence constitutifs de discours de haine ; puis, dans le fait que l'une des sociétés requérantes était une organisation à but non lucratif qui n'exerçait aucune exploitation commerciale de la publication de commentaires par ses visiteurs ; enfin, que la victime était, en l'espèce, une personne morale dont les agissements dénoncés dans les articles commentés

²³¹⁵ En ce sens, v. l'opinion dissidente commune aux juges Sajó et Tsotsoria, craignant qu'une telle solution ne conduise, par une responsabilisation excessive des « intermédiaires actifs », à une « censure collatérale » consistant, pour ces derniers, à supprimer trop promptement tout propos acerbe, voire à interdire la publication de commentaires par les utilisateurs.

²³¹⁶ S. Lavric, *CEDH : responsabilité d'un portail d'informations pour des commentaires publiés par des visiteurs*, Dalloz Actualité, 30 juin 2015.

²³¹⁷ CEDH, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu zrt v/ Hungary*, 2 février 2016, n° 22947/13, Dalloz IP/IT 2016 p. 216, note E. Derieux.

faisaient l'objet de procédures judiciaires pour pratiques illicites, conférant ainsi aux commentaires litigieux une base factuelle conduisant à les inscrire dans le débat d'intérêt général que suscitaient les faits dénoncés (§ 64). L'ensemble de ces éléments, appréciés à l'aune des critères précédemment dégagés dans l'affaire *Delfi*, était de nature à empêcher les juridictions nationales d'engager, comme elles l'avaient fait, une responsabilité « objective » des groupements éditeurs des publications commentées, à moins d'« *exiger une anticipation excessive et irréalisable* [des comportements préjudiciables], *à même de diminuer la liberté de communiquer des informations sur Internet* »²³¹⁸ (§ 82). Il semblerait, en définitive, que cette jurisprudence, vouée à gagner en précision au fil des espèces, ne dévoile pas encore tous ses contours s'agissant de la responsabilité des propriétaires d'espaces contributifs en ligne.

Bon gré mal gré, la responsabilité pénale des acteurs de l'Internet, initialement axée sur ceux, facilement identifiables, qui exercent la participation la plus lointaine à l'infraction, tend à se resserrer toujours plus autour de ceux qui, plus difficiles à identifier, sont les auteurs principaux de l'expression délictuelle en ligne. L'anonymat demeure toutefois le principal obstacle auquel les parties poursuivantes sont confrontées à l'heure actuelle, rendant obligatoire le maintien d'une responsabilité des intermédiaires. Dans cette perspective, il fut dernièrement proposé que soit créée une nouvelle catégorie d'intermédiaires, situés à mi-chemin entre prestataires purement techniques et éditeurs de contenus, permettant d'appréhender au mieux la poursuite de propos publiés dans les espaces contributifs²³¹⁹. On peut également noter que le Premier ministre Edouard Philippe a dévoilé, le 19 mars 2018, un nouveau plan de lutte contre le racisme et l'antisémitisme pour les années 2018 à 2020, dont les premières lignes semblent s'orienter vers une responsabilisation accrue des plateformes contributives, en particulier des réseaux sociaux. Sont notamment envisagées une généralisation et une visibilité accrue des dispositifs de signalement, et l'obligation de fermeture des comptes ayant diffusé « *de manière massive et répétée* » des contenus haineux, contenus qui devront être supprimés, une fois portés à la connaissance des équipes de modération, dans les vingt-quatre heures sous peine de fortes amendes²³²⁰.

²³¹⁸ Traduit de l'anglais par C. Bigot, *La liberté d'expression en Europe*, Légipresse, 2018, sp. p. 64.

²³¹⁹ Conseil d'Etat, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Doc. fr., septembre 2014, cité par A. Capello, « L'adaptation du régime de responsabilité pénale au support d'Internet », in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.* p. 195, sp. p. 204.

²³²⁰ *Le Premier ministre dévoile un nouveau plan contre le racisme et l'antisémitisme destiné à lutter plus efficacement contre la haine sur Internet*, Légipresse, 20 mars 2018, n° 358.

Conclusion du Chapitre 1

540. Avancée technologique discrète de la fin du XX^e siècle, le réseau Internet est devenu un vecteur incontournable des rapports économiques, démocratiques et sociaux du début du XXI^e. L'avènement du *Web* a ainsi contribué à l'apparition d'un espace public numérique coexistant, voire, de plus en plus, interférant avec l'espace public « naturel », pour le meilleur mais également pour le pire. L'expression publique, au cœur des dernières évolutions du réseau, voit sa pénalisation confrontée à un défi permanent et délicat d'adaptation.

541. C'est en premier lieu l'appréhension du comportement infractionnel lui-même qui se trouve bouleversée par les fonctionnalités de l'Internet. En mettant à la disposition de chacun un véritable moyen d'expression publique à grande échelle, le *Web* tend à favoriser la prolifération de l'expression délictuelle, longtemps restée l'apanage des professionnels, et à faire du citoyen lambda un acteur à part entière de la communication au public. L'utilisation d'Internet devient tout autant un facteur d'atténuation de la répression pour ceux qui, de bonne foi, sous-estiment l'impact de leurs propos, qu'un facteur de son aggravation pour ceux qui exploitent le potentiel démultiplicateur de l'Internet quant à la portée de leurs discours. Facilitée, l'infraction d'expression est également diversifiée par le *Web*, qui en renouvelle les modes de commission ou en modifie les formes jusqu'à les rendre insaisissables par la norme pénale. Tandis que certaines incriminations déjà existantes pourraient bénéficier, à l'avenir, d'une « mise à jour » en vue de leur adaptation aux réalités du réseau, d'autres doivent être créées par le législateur pour faire face à l'apparition de nouveaux comportements dommageables aux personnes.

542. C'est également l'appréhension de la répression du comportement infractionnel qui se trouve affectée par les spécificités techniques de l'Internet. Substituant à la périodicité, classiquement attachée aux médias traditionnels, une potentielle permanence de l'expression publique, la communication en ligne interroge quant à la nature des délits d'expression commis par son biais. L'instantanéité, pourtant difficilement contestable, qui caractérise l'acte de publication, ébranle la cohérence du régime de prescription abrégée établi par le législateur de 1881. En outre, l'Internet démultiplie le nombre de participants à l'infraction d'expression, nécessitant une adaptation des mécanismes de poursuite. Nonobstant la difficulté à punir les fournisseurs de contenus, auteurs directs de l'expression délictueuse, en raison de leur fréquent anonymat, les dernières évolutions législatives et jurisprudentielles en matière de responsabilité

pénale des acteurs d'Internet semblent faire état d'une amère prise de conscience du monde juridique quant à sa capacité à réguler cet espace de rapports numérisés : la – nécessaire – responsabilisation des intermédiaires, des plus directs (éditeurs de services) aux plus lointains (intermédiaires techniques), véritables « coupables de fortune » poursuivis pour leur implication rarement intentionnelle dans le fait d'autrui, ne saurait dépasser ce qui leur est raisonnablement reprochable dans le développement de cette délinquance largement anonyme.

543. Si la nécessité d'une adaptation de la pénalisation de l'expression aux spécificités de l'Internet n'est aujourd'hui plus discutée, c'est néanmoins son intensité qu'il reste à apprécier avec circonspection. La mise en adéquation des textes d'incrimination, irrémédiablement appelée à se généraliser, doit s'effectuer, conformément aux solutions qui ressortent des débats parlementaires récents, avec le souci de ne pas stigmatiser injustement le moteur qu'est Internet dans la promotion d'une liberté d'expression tout autant professionnelle que citoyenne. Plus délicate est la mise en adéquation des textes relatifs aux poursuites. Plus justes vis-à-vis des acteurs qui se font, souvent malgré eux, les intermédiaires de l'expression délictueuse sur le réseau Internet, les évolutions récentes de la pénalisation de l'expression en ligne peuvent s'avérer plus sévères pour les parties poursuivantes, fréquemment privées de la possibilité d'agir contre celui qui est le véritable auteur matériel et intellectuel de l'infraction, et dont l'identification se heurte à des obstacles plus souvent techniques que juridiques. Tant que ces difficultés n'auront pas été surmontées, il convient, comme Michel Vivant a pu l'affirmer aux prémices de la judiciarisation de l'Internet, de se contenter « *non point [d']un improbable juste milieu, mais [d']une réponse de raison, une réponse qui permette raisonnablement d'envisager la responsabilité de tel ou tel intermédiaire, c'est-à-dire aussi de l'écarter lorsque cela paraît juste* »²³²¹.

Outre les obstacles liés au caractère numérique, donc immatériel, de l'expression en ligne, la pénalisation de l'expression est confrontée à ceux qui découlent de son caractère transnational.

²³²¹ M. Vivant, JCP 1999, doct. 180 préc.

Chapitre 2 - Les difficultés d'adaptation de la pénalisation à l'expression transnationale

544. Outre le bouleversement que constitue la numérisation des formes d'expression publique à l'intérieur même des frontières nationales, l'Internet a entraîné une mondialisation de la communication au public, confrontant la pénalisation aux obstacles posés par une expression désormais transnationale. Si la question n'est pas entièrement neuve, l'expression publique survolant régulièrement les frontières sous sa forme écrite et, plus récemment et fréquemment, par le prisme de l'audiovisuel²³²², il est incontestable que l'Internet a considérablement amplifié le phénomène et suscite un renouvellement de l'intérêt pour des secteurs tels que le droit international privé²³²³, mais aussi le droit pénal international et notamment l'entraide répressive internationale²³²⁴. En effet, la diffusion de l'expression publique au-delà des frontières, débarrassée par la communication électronique des contraintes matérielles qui en limitaient auparavant la portée, est désormais universelle. Cela signifie dès lors qu'une forme d'expression peut causer un trouble d'un bout à l'autre du monde, mais aussi qu'elle y sera incriminée de façon variable en fonction des systèmes juridiques concernés.

Se pose alors la question de l'effectivité des critères de la pénalisation de l'expression publique qui, irrémédiablement liés au contexte national, sont désormais appelés à agir dans un contexte mondial. A ce titre, la pénalisation transnationale de l'expression publique est, s'agissant d'infractions comportant des éléments d'extranéité, particulièrement étendue en théorie (Section 1) mais s'avère, dans la pratique, considérablement limitée (Section 2).

Section 1 - La pénalisation transnationale étendue dans la théorie

545. La question de la détermination de la loi applicable et du juge compétent pour connaître d'une infraction comportant des éléments d'extranéité se présente, en droit pénal international, plus simplement qu'en droit international privé²³²⁵ : on ne retrouve pas, dans le premier, les conflits de lois et de juridictions propres au second²³²⁶, en vertu du principe de solidarité des compétences législative et juridictionnelle consacré par la jurisprudence de la

²³²² E. Derieux, *Droit des médias*, op. cit., note 1 ss. p. 852, n° 3364.

²³²³ F. Marchadier, *Le for du délit virtuel*, Légipresse 2006, n° 228-II, p. 7.

²³²⁴ L. Pech, Jcl. Communication, fasc. 3000, *Conflit de lois et compétence internationale des juridictions françaises*, n° 6 ; C. Bigot, *Pratique du droit de la presse*, op. cit. p. 249.

²³²⁵ J. Huet, E. Dreyer, op. cit. p. 205, n° 207.

²³²⁶ Sur ces difficultés, v. F. Marchadier, Légipresse 2006, n° 228-II p. 7 préc.

Chambre criminelle sur le fondement de l'article 689 du Code de procédure pénale, d'après lequel l'applicabilité de la loi française entraîne automatiquement la compétence des juridictions répressives françaises²³²⁷.

Le législateur et la jurisprudence ont conféré à l'applicabilité dans l'espace de la loi pénale française un caractère ubiquitaire en matière d'infractions d'expression publique (§ 1), caractère poussé à son paroxysme par la transnationalité de l'expression en ligne (§ 2).

§ 1 - L'ubiquité de la compétence pénale française en matière d'infractions d'expression publique

546. En matière de délits d'expression publique, la loi pénale française doit son caractère ubiquitaire à la portée extensive de ses règles d'applicabilité dans l'espace prévues par le Code pénal (A), ainsi qu'au choix du critère du lieu de publication en tant que lieu de commission de ces infractions (B).

A - Une portée extensive de la loi pénale française dans l'espace

547. Paradoxalement, dans le domaine des infractions d'expression à caractère transnational, la loi pénale française trouve une applicabilité particulièrement limitée à l'aune des règles restrictives relatives aux infractions commises hors du territoire de la République (1), tandis que la territorialité de l'infraction fait l'objet d'une interprétation particulièrement large (2).

1 - Le rayonnement limité des règles de compétence extraterritoriale

548. En toute logique, la loi applicable à une infraction commise devrait être la seule loi de l'Etat sur le territoire duquel les faits ont été commis, dès lors que cet Etat est le seul en mesure d'apprécier si l'ordre public qu'il défend souverainement par l'exercice de son droit de punir a été atteint. La territorialité de cette infraction, dès lors qu'elle emporte la compétence de la loi pénale et des juridictions répressives nationales, devrait, en principe, écarter toute applicabilité d'une loi étrangère. Toutefois, plusieurs Etats, au nombre desquels figure la France, se sont dotés de règles rattachant leur loi pénale à des infractions pourtant commises hors de leur territoire selon certaines conditions précises, censées témoigner d'une atteinte de

²³²⁷ Cass. crim., 23 octobre 2002, Bull. crim. 2002, n° 195, Rev. Crit. DIP 2003, p. 309, note H. Matsopoulou.

leur ordre public²³²⁸. Ces principes subsidiaires de l'application de la loi pénale française dans l'espace existent sous diverses formes, qui ne présentent toutefois qu'un intérêt limité en matière d'infractions d'expression publique, en dépit même de possibles éléments d'extranéité.

549. Les principales variétés de l'exportation de la loi pénale française à des infractions commises à l'étranger résultent du principe de personnalité qui fait de la nationalité française de l'auteur (personnalité dite *active*, art. 113-6 C. pén.) ou de la victime (personnalité dite *passive*, art. 113-7) le critère de rattachement à la loi française. Traduisant la volonté du législateur d'optimiser la protection des intérêts français indépendamment de la localisation des atteintes qui y sont portées, le principe de personnalité est néanmoins soumis à certaines conditions qui, dans le domaine de la délinquance d'expression, sont de nature à le priver d'une part significative de son efficacité.

En effet, l'article 113-6 du Code pénal répute la loi française applicable « *à tout crime commis par un Français hors du territoire de la République* », ainsi qu' « *aux délits commis par des Français hors du territoire de la République si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis* ». Hormis la provocation suivie d'effet à la commission d'un crime, assimilée par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 à une hypothèse de complicité dudit crime, et quelques formes aiguës de provocation à la commission de faits extrêmement graves²³²⁹, la plupart des infractions d'expression publique sont, en France, des délits. Dès lors, les critères de la pénalisation étant susceptibles de varier d'un pays à l'autre, il n'est pas garanti que les faits reprochés au ressortissant français puissent revêtir une qualification pénale à l'étranger, en particulier dans certains Etats retenant une conception particulièrement extensive de la protection du droit à la liberté d'expression, tels que les Etats-Unis²³³⁰. L'article 113-7, quant à lui, dispose que « *la loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction* ». Ici encore, à la rareté des hypothèses de criminalité d'expression s'ajoute une limite induite par les effets de la loi du 15 juin 2000 ayant supprimé les peines d'emprisonnement de la plupart des

²³²⁸ L. Desessard, Jcl. Pénal Code, fasc. 20, *Infractions commises ou réputées commises hors le territoire de la République*, n° 1.

²³²⁹ V. not. C. pén., art. 211-2, punissant de la réclusion criminelle à perpétuité la provocation directe et suivie d'effet à commettre un génocide.

²³³⁰ En ce sens, v. *infra*, n° 585 s.

délits de presse prévus par la loi du 29 juillet 1881²³³¹ ; et si les délits d'expression les plus graves, de même que ceux qui figurent au sein du Code pénal, ont conservé leurs sanctions privatives de liberté, seules quelques d'entre eux sont susceptibles de comporter une ou plusieurs victimes directes.

A ces conditions spécifiques aux formes active et passive du principe de personnalité, doit être ajoutée une condition supplémentaire qui leur est commune : l'article 113-8 du Code pénal impose en effet, dans ces deux hypothèses, que l'action publique soit exercée à la requête du Ministère public, précédée d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou d'une dénonciation officielle de l'Etat sur le territoire duquel les faits ont eu lieu. Justifiée par le souci de protection, face à d'éventuelles actions intempestives initiées par de simples particuliers, des relations diplomatiques entretenues par la France avec les autres Etats souverains, cette condition n'en demeure pas moins de nature à limiter encore davantage le contentieux en matière de délits de presse où sont en jeu des intérêts essentiellement privés²³³².

550. Au titre du rattachement extraterritorial à la loi pénale française, le législateur a également prévu un principe de compétence dite « réelle » des juridictions pénales françaises (C. pén., art. 113-10), pour connaître d'infractions portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation, au nombre desquels son existence, sa sûreté ou son crédit²³³³. Toutefois, la portée de ce principe se limite, outre les infractions énumérées par l'article 113-10, à celles qui sont prévues par le titre 1^{er} du livre IV du Code pénal. Cela conduit dès lors à réduire drastiquement les hypothèses de son application, en matière d'expression publique, à des faits de propagande étrangère aujourd'hui assimilables à des cas d'école : seraient ainsi visées les provocations à des rassemblements d'insurgés de l'article 412-4, les provocations à s'armer contre l'autorité de l'Etat ou contre une partie de la population de l'article 412-8, ou encore les provocations des militaires français à passer au service d'une puissance étrangère (art. 413-1) ou à la désobéissance (art. 413-3).

551. Enfin, le principe de compétence universelle, instauré en France par les articles 689 et suivants du Code de procédure pénale, n'a pour objet que les infractions portant une atteinte grave aux intérêts de la communauté internationale, conformément aux engagements

²³³¹ E. Derieux, *Droit des médias*, op. cit. p. 859, n° 3399.

²³³² J. Huet, E. Dreyer, op. cit. p. 226, n° 229.

²³³³ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t.1, *Droit pénal général*, op. cit. p. 393, n° 290.

internationaux de la France²³³⁴, ce qui semble devoir exclure la quasi-totalité des infractions d'expression publique. Une hypothèse possible serait, à cet égard, celle de la provocation publique et directe à commettre un génocide, réprimée par l'article 211-2 du Code pénal, lorsqu'elle est commise sur le territoire d'un Etat étranger. L'article 689-11 du Code de procédure pénale donne en effet compétence aux juridictions françaises pour juger des faits commis à l'étranger et constitutifs de « *l'un des crimes relevant de la Cour pénale internationale* » en application de la convention portant statut de ladite Cour signée à Rome le 18 juillet 1998. L'article 5, a) du Statut de Rome pour la Cour pénale internationale prévoit ainsi une compétence de ladite Cour pour juger du crime de génocide, tandis qu'il s'évince de son article 25, 3, e) que : « *aux termes du présent Statut, une personne est pénalement responsable et peut être punie pour un crime relevant de la compétence de la Cour si : [...] S'agissant du crime de génocide, elle incite directement et publiquement autrui à le commettre* ». Toutefois, un tel cas de figure est d'une application relativement réduite. En effet, l'article 689-11 du Code de procédure pénale pose, pour sa mise en œuvre, les conditions suivantes : les faits doivent avoir été commis, en toute hypothèse, par une personne résidant habituellement sur le territoire de la République ; ils doivent en outre être « *punis par la législation de l'Etat où ils ont été commis* », à défaut de quoi « *cet Etat ou l'Etat dont elle a la nationalité [doit être] partie à la convention précitée* ».

En raison de ces nombreuses limites, il est frappant de constater que l'extension la plus efficace de la compétence des juridictions françaises aux délits d'expression publique comportant un caractère extraterritorial se réalise par le biais du principe de territorialité.

2 - Le rayonnement étendu des règles de compétence territoriale

552. La souveraineté qui s'attache aux Etats commande qu'ils soient en mesure de protéger leur ordre public contre les atteintes qui y sont portées sur leur territoire même, indépendamment de la nationalité des auteurs et de leurs possibles victimes. De cette considération est tiré le principe de territorialité en vertu duquel les actes commis sur le territoire d'un Etat, constitutifs d'infractions pénales selon ses propres lois, doivent se voir appliquer cette loi afin d'être jugés par ses juridictions répressives²³³⁵. Il est ainsi considéré, à

²³³⁴ L. Desessard, Jcl. Pénal Code, fasc. 20, étude préc., n° 85 s.

²³³⁵ L. Desessard, Jcl. Pénal Code, fasc. 10, *Infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République*, 2011, n° 15.

l'aune du principe de légalité criminelle, que l'auteur des faits est présumé connaître la loi de l'Etat dans lequel il commet son forfait²³³⁶.

553. Le principe est d'application relativement aisée s'agissant de faits entièrement commis sur le territoire national, lequel s'entend évidemment des terres françaises (métropole, départements d'outre-mer, territoires d'outre-mer, collectivités territoriales à statut particulier et quelques îles de l'Océan indien²³³⁷), mais également, au sens de l'article 113-1 du Code pénal, des « *espaces maritime et aérien qui lui sont liés* ». Plus complexe est, cependant, la situation des infractions qui, quoique commises hors du territoire de la République, prolongent leurs effets jusque dans ce même territoire, ce qui constitue une hypothèse fréquente en matière de délits d'expression publique, *a fortiori* avec l'avènement d'Internet.

Consommées par l'acte de publication, celles-ci constituent des infractions « simples », comprenant « *un élément matériel unique, se réalisant de façon instantanée* »²³³⁸, pour lesquelles la question qui se pose est celle de savoir si la loi pénale applicable est celle de l'Etat de commission des faits ou celle de l'Etat où l'infraction produit son résultat. Jérôme Huet et Emmanuel Dreyer énumèrent trois réponses envisageables²³³⁹. Selon la théorie dite de l'*émission*, l'infraction doit être localisée au lieu où son auteur a agi, et qui, en vertu du principe de légalité criminelle, ne saurait prétendre avoir ignoré la loi en vigueur en ce même lieu. L'inconvénient est alors que l'éventuelle victime se voit privée du bénéfice de la répression sur son territoire. La théorie dite de la *réception*, qui localise l'infraction sur le territoire où celle-ci produit son résultat, inverse le schéma répressif sans pleinement résoudre le problème : la poursuite de l'infraction sur le territoire de réception n'offre pas la garantie d'une répression effective de l'auteur sur le territoire d'émission, lequel n'incrimine peut-être pas les faits. Enfin, la théorie dite de l'*ubiquité* combine les paramètres des deux précédentes, localisant l'infraction indifféremment aux lieux de sa commission et de son résultat. Cette dernière tend, pour ces auteurs, à « *inciter à un émiettement de l'infraction au risque de multiplier les conflits positifs de compétence, voire de permettre la sanction d'un même délinquant plusieurs fois à raison d'une infraction unique* », en violation du principe *non bis in idem*²³⁴⁰. Pourtant, faisant suite à

²³³⁶ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t.1, *Droit pénal général*, op. cit. p. 391, n° 289 ; F. Desportes, F. Le Gunehec, op. cit. p. 347, n° 377.

²³³⁷ J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit. p. 174, n° 204.

²³³⁸ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t.1, *Droit pénal général*, op. cit. p. 404, n° 299.

²³³⁹ J. Huet, E. Dreyer, op. cit. pp. 208-209, n° 211.

²³⁴⁰ *Ibidem*, p. 209, n° 211.

une période d'incertitude jurisprudentielle, l'article 693 du Code de procédure pénale, sous sa mouture initiale promulguée en 1959, indiquait qu' « *est réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France* ». Ce faisant, « *le législateur [...] avait entendu donner aux tribunaux français la possibilité de se reconnaître compétents, soit à travers le lieu de l'action, soit à travers celui du résultat* »²³⁴¹ ; « *[...] par cette solution on maintient à l'infraction son unité foncière, en refusant de dissocier arbitrairement l'acte délictueux de ses conséquences* »²³⁴².

554. Cette théorie de l'ubiquité est désormais consacrée au sein du nouveau Code pénal de 1992, dans un article 113-2 régissant le principe de territorialité de la loi pénale française, laquelle s'applique, sinon aux infractions commises sur le territoire de la République, à toute infraction « *réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire* ». Toutefois, la notion de « fait constitutif » apparaît confuse, et ne peut être simplement confondue avec celle de l'« élément constitutif » d'une infraction²³⁴³.

En effet, selon les cas, le fait constitutif d'une infraction paraît tout autant pouvoir constituer un simple démembrement de l'élément constitutif que l'entière de ce dernier. C'est ce qui ressort de l'interprétation particulièrement extensive de cette notion opérée par la jurisprudence qui, au lieu de s'en tenir à une acception incluant les seuls éléments matériels distincts d'infractions complexes ou d'habitude²³⁴⁴, y a associé les conditions préalables²³⁴⁵ ainsi que les actes préparatoires²³⁴⁶ de l'infraction, en principe exclus de la répression. Appliquée au domaine de la délinquance d'expression publique, cette interprétation faisant de l'*iter criminis* un fait constitutif de l'infraction tendrait à y associer la simple rédaction d'un message. Toutefois, une telle solution, particulièrement sévère, apparaît heureusement

²³⁴¹ A noter toutefois que des faits de menaces de mort proférées lors d'une conférence publique sur un territoire étranger à l'encontre d'un ressortissant français, ne sauraient être considérés comme ayant été commis sur le territoire de la République lorsque la victime en aura pris connaissance par la voie télévisée ou par la presse écrite ou électronique (Cass. crim., 8 décembre 2009 préc.).

²³⁴² R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t.1, *Droit pénal général*, op. cit. pp. 405-406, n° 299.

²³⁴³ B. Auroy, *La localisation des infractions commises sur Internet ou la délicate rencontre entre la loi du 29 juillet 1881 et les nouvelles technologies*, Dalloz IP/IT 2016 p. 618.

²³⁴⁴ J. Huet, E. Dreyer, op. cit. p. 209, n° 213.

²³⁴⁵ Sur la remise d'une chose à titre précaire à l'auteur d'un abus de confiance, v. Cass. Crim., 12 février 1979, n° 78-91.482, D. 1979, IR. 177, obs. Roujou de Boubée.

²³⁴⁶ Sur les actes préparatoires, exécutés en France, d'une tentative d'escroquerie commise en Angleterre, v. Cass. Crim., 11 avril 1988, Bull. crim. 1988 n° 144.

impossible à mettre en œuvre sur le plan probatoire²³⁴⁷. Par ailleurs, la jurisprudence intègre également parmi les faits constitutifs les effets du comportement infractionnel, dès lors qu'ils apparaissent indivisibles de celui-ci²³⁴⁸, ce qui permet alors l'application de la loi française à toute infraction de presse dont la publication, entièrement effectuée à l'étranger, voit son support rendu accessible sur le territoire français²³⁴⁹.

Une telle solution est rendue possible par le choix, opéré tant par le législateur que par les juges, du lieu de publication en tant que critère de détermination du lieu de commission des infractions d'expression.

B - Une portée amplifiée par le droit de la presse

555. Le choix de la loi applicable à une infraction de presse suppose que soit d'abord identifié l'acte par lequel celle-ci est consommée, qui devra en principe seul être retenu pour déterminer le territoire sur lequel elle a été commise. Selon Emmanuel Dreyer, « *une saine analyse de la structure des infractions de presse invite à penser qu'elles se consomment par la décision de publier l'information litigieuse* »²³⁵⁰. Bien avant, Chassan avait souligné l'intérêt de ne pas appliquer le droit commun s'agissant de la détermination de la compétence territoriale des juridictions répressives en matière d'infractions de l'écriture et de la presse : « *si on en peut poursuivre la répression devant chaque juridiction du lieu où l'écrit a été distribué, il s'ensuivra qu'un nombre infini de tribunaux pourront être saisis du délit et que l'auteur de l'écrit sera obligé d'aller se défendre souvent à deux cents lieues de sa résidence et de l'endroit où il avait voulu faire la publication* »²³⁵¹.

C'est pourquoi le législateur de 1819, dans sa loi du 26 mai relative à la poursuite et au jugement des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication, avait choisi, au sein de l'article 12 (à raison toutefois des seuls délits commis par la voie de la presse), de ne rendre possibles les poursuites à l'initiative du Ministère public « *que devant les juges du lieu où le dépôt aura été opéré, ou de celui de la résidence du*

²³⁴⁷ J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.* p. 210, n° 214.

²³⁴⁸ Sur l'applicabilité de la loi française à des faits de fourniture frauduleuse de visas commis en Bulgarie à raison du recel de ces mêmes visas en France, v. Cass. Crim., 15 mars 2006, Bull. crim. 2006 n° 78 ; dans le même sens, v. 26 septembre 2007, Bull. crim. 2007 n° 224.

²³⁴⁹ Cass. Crim., 30 avril 1908, S. 1908.I.553, note Roux.

²³⁵⁰ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, *op. cit.* p. 453, n° 898.

²³⁵¹ J.-P. Chassan, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 2, *op. cit.* p. 100.

prévenu » et, à défaut dudit dépôt, « soit devant le juge de la résidence du prévenu, soit dans les lieux où les écrits et autres instruments de la publication auront été saisis ». En présence d'un dépôt des écrits objets du délit, celui-ci était alors assimilé au fait de la publication, ceci présentant « l'avantage d'avoir un point fixe servant à déterminer la compétence »²³⁵².

556. Pourtant, le législateur de 1881 n'a pas souhaité reprendre cette solution. Le ministre de la Justice Gustave Humbert en prit acte dans sa circulaire du 9 novembre 1881, lorsqu'il affirma que « la loi ne s'explique pas sur la compétence ; c'est donc celle du droit commun ». Actuellement, c'est alors aux articles 43 (compétence du Parquet), 52 (juge d'instruction), et 382 (tribunal correctionnel) du Code de procédure pénale qu'il convient de se reporter pour la détermination de la compétence territoriale en matière de délits d'expression, ces dispositions renvoyant au lieu de l'infraction ainsi qu'à celui de la résidence du prévenu. « La juridiction compétente, précise ensuite la circulaire, est, avec celle de la résidence de l'inculpé, celle du lieu du délit, c'est-à-dire de tous les lieux dans lesquels l'ouvrage délictueux a été publié ».

C'est en effet la publication qui fait le délit, jusque dans le choix du juge ; et la jurisprudence a, dans le silence de la loi, appliqué les prescriptions de la circulaire de façon constante²³⁵³, en indiquant « qu'aucune disposition de la loi n'oblige en ce cas le plaignant à s'adresser exclusivement au tribunal du lieu de la résidence du prévenu »²³⁵⁴, et que les poursuites pouvaient être portées « devant tout tribunal dans le ressort duquel l'écrit a été publié, à moins qu'une disposition légale n'en ait ordonné autrement »²³⁵⁵. Cela ne fut pas sans créer une certaine confusion relativement à la potentielle multiplicité des poursuites exercées à l'encontre d'un même prévenu pouvant découler d'une telle solution²³⁵⁶. En effet, après avoir affirmé « qu'il y a [...] autant de délits distincts que de juridictions dans le ressort desquelles la publication a été faite »²³⁵⁷, la Chambre criminelle dût approuver qu'il soit procédé à règlement de juges dans l'hypothèse où la même publication, issue du même support, est le fait

²³⁵² Ibidem, p. 104.

²³⁵³ Cass. Crim., 10 juillet 1909, Bull. crim. n° 368 ; 8 août 1949, Bull. crim. n° 285 ; 1^{er} juillet 1953, Bull. crim. n° 228 ; 8 octobre 1979, Bull. crim. 1979 n° 272 ; 14 mai 1991, Bull. crim. 1991 n° 203 ; 3 février 2009, Bull. crim. 2009 n° 26.

²³⁵⁴ Cass. Crim., 10 novembre 1883, D. 1884.1.370, concl. Ronjat.

²³⁵⁵ Cass. Crim., 5 janvier 1894, D. 1897.1.42, note L. Sarrut.

²³⁵⁶ E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 454, n° 900 ; A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1, op. cit. p. 1248, n° 1580.

²³⁵⁷ Cass. Crim., 4 juillet 1896, D. 1897.1.84, S. 1897.1.201, note Roux, et 10 juillet 1909, cités par E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., op. cit. p. 454, n° 900.

du même auteur²³⁵⁸. La solution s'avère davantage conforme au principe *non bis in idem*, d'autant plus que le choix du lieu de publication comme critère de détermination de la compétence territoriale des juridictions répressives s'étend aux expressions litigieuses publiées par radiodiffusion²³⁵⁹ ou télévision²³⁶⁰, qui assurent de façon plus instantanée leur diffusion à l'échelle nationale, voire internationale.

557. On peut néanmoins souligner l'incohérence, sur le plan strictement logique, du choix implicitement opéré par le législateur et consacré par la jurisprudence. En effet, si l'on considère que l'acte de publication est instantané, ce devrait être en principe le lieu où celui-ci a été *décidé* par l'auteur ou le directeur de publication qui détermine la loi applicable. Or, par l'effet de la solution finalement retenue, « *sont ainsi rattachés à l'infraction des actes qui sont, en réalité, accomplis par des tiers (libraires, distributeurs, dépositaires de presse, etc.) et qui n'ont pas à être les premiers réalisés* »²³⁶¹. Cette remarque est toutefois relativisée par le fait que « *la notion de "premier acte" n'a guère de sens lorsqu'il s'agit de localiser une infraction dans l'espace* »²³⁶², *a fortiori* lorsque la décision de publier intègre au préalable une portée géographiquement large, s'étendant même, en principe, à l'ensemble du territoire français en matière de presse écrite et audiovisuelle.

On le voit, l'Etat français a doté sa législation d'un rayonnement international particulièrement large, en particulier lorsqu'il s'agit de considérer un délit d'expression comme étant commis sur son territoire dès lors qu'il y a été rendu accessible. La portée de cette solution atteint, avec la communication au public en ligne, son apogée.

§ 2 - L'ubiquité portée à son paroxysme par la communication au public en ligne

558. L'expression diffusée par le biais de l'Internet, encore davantage que par le truchement des médias qui l'ont précédé, n'a que faire des frontières établies par l'Homme sur la planète. Par la seule accessibilité sur le territoire de propos délictueux, la compétence législative et juridictionnelle française est susceptible de s'évaluer, en la matière, à l'échelle du

²³⁵⁸ Cass. Crim., 16 mai 1936, Gaz. Pal. 1936.2.314. A l'inverse, la diffusion effectuée en des temps et lieux distincts, par une même personne ou des personnes distinctes doit pouvoir être poursuivie à plusieurs reprises (Cass. Crim., 29 octobre 1953, D. 1954 p. 381, rapp. Patin).

²³⁵⁹ Cass. Crim., 8 octobre 1979 préc.

²³⁶⁰ Cass. Crim., 5 décembre 2000, n° 99-85.361, Dr. Pén. 2001, comm. 44, obs. M. Véron ; Comm. com. Electr. 2001, comm. 104, obs. A. Lepage.

²³⁶¹ J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.* p. 212, n° 214.

²³⁶² E. Dreyer, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 453, n° 899.

monde entier (A). Les difficultés générées par cette situation pourraient cependant être atténuées par le choix du critère, plus restrictif, du public visé par les propos (B).

A - Le critère d'accessibilité sur le territoire, facteur d'

« omnijuridictionnalité » de l'expression en ligne

559. La France, à l'instar d'autres Etats, a très tôt fait le choix du critère d'accessibilité sur son territoire pour amplifier sa compétence législative – et donc juridictionnelle – en matière d'infractions d'expression publique commises sur un territoire étranger (1). Ce choix n'est pas sans susciter certaines critiques (2).

1 - Un critère amplificateur de compétence

560. Plusieurs auteurs ont qualifié, à l'égard des infractions commises sur l'Internet, et en particulier en matière d'infractions d'expression, la compétence juridictionnelle française comme étant « universelle »²³⁶³. Toutefois, en raison de la spécificité de la notion de compétence universelle, propre à la répression d'infractions « *heurtant l'ordre public de plusieurs Etats (pour ne pas dire l'ordre public « international »)*, en permettant aux juridictions répressives d'un Etat de statuer par application de leur loi nationale à l'égard de l'auteur des faits [...], alors qu'aucun titre de compétence n'est applicable »²³⁶⁴, il est préférable, en inversant sujet et objet de la problématique, d'évoquer l'« omnijuridictionnalité » de l'expression en ligne.

En effet, la compétence territoriale n'est pas l'apanage de l'Etat français, et chaque Etat souverain est en mesure de s'estimer compétent pour juger d'un contenu diffusé sur le Web et considéré comme susceptible de porter atteinte à son ordre public, de telle sorte qu'« *alors qu'il a longtemps été prétendu, à tort, que le Web avait créé un inquiétant vide juridique en raison du caractère insaisissable des flux transfrontaliers d'information, c'est plutôt d'un encombrant trop-plein qu'il s'agit désormais, du fait précisément de l'ubiquité des échanges via les réseaux numériques* »²³⁶⁵. Cette situation résulte du choix opéré par la plupart des

²³⁶³ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginaires du droit*, t. 1, *Le relatif et l'universel*, Seuil, 2004, p. 342, cité par J. Francillon, *Le droit pénal face à la cyberdélinquance et à la cybercriminalité*, RLDI 2012, n° 81 p. 99 ; J.-P. Hugot, *La compétence universelle des juridictions françaises en matière délictuelle : vers des « enfers numériques » ?*, Légipresse 2007, n° 185 p. 119.

²³⁶⁴ E. Dreyer, *Compétence territoriale réduite de la loi pénale française en matière de diffamation*, D. 2016 p. 1848.

²³⁶⁵ J. Francillon, RLDI 2012, n° 81 p. 99 préc.

juridictions nationales du critère de l'accessibilité, sur le territoire, du contenu litigieux en tant qu'élément de rattachement à la territorialité de l'infraction²³⁶⁶.

561. En France, ce critère fut rapidement adopté à l'occasion d'une affaire où des propos constitutifs du délit de contestation de crimes contre l'humanité, publiés sur un site Internet hébergé aux Etats-Unis, avaient été rendus accessibles sur le territoire français²³⁶⁷. Le Tribunal de grande instance parisien a considéré que « *dès lors que le texte incriminé, diffusé depuis un site étranger, a été reçu et vu dans le ressort territorial du Tribunal de Paris, ainsi qu'il ressort de l'enquête, celui-ci est compétent pour connaître de la poursuite* ». De même, « *la circonstance suivant laquelle l'accès à [un] site a été facilitée par l'utilisation d'un moteur de recherche est sans incidence sur le fait que les informations considérées ont été diffusées sur le site, mises à la disposition d'utilisateurs qu'aucune communauté d'intérêts ne réunit, et ont par conséquent bien été publiées* »²³⁶⁸.

Mais l'affaire la plus emblématique, qui a entériné le choix du critère de l'accessibilité sur le territoire national, est celle qui a opposé des associations de lutte contre le racisme au géant de l'Internet *Yahoo !*. En l'espèce, le portail américain mettait à la disposition de ses utilisateurs un service de vente aux enchères, sur lequel des objets nazis avaient été proposés aux plus offrants. Dans le volet pénal de cette affaire, la société *Yahoo !* et son président ont été poursuivis en France pour le délit d'apologie de crimes de guerre, contre l'humanité et de collaboration avec l'ennemi et pour la contravention d'exhibition publique d'uniformes, d'insignes ou d'emblèmes portés ou exhibés par une organisation criminelle, prévue par l'article R. 645-1 du Code pénal. Les prévenus, dont le siège social se situe sur le sol américain, avaient argué de l'incompétence des juridictions françaises à raison de l'administration du site de la société dont les serveurs étaient localisés en Californie. La 17^{ème} chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Paris a cependant rejeté l'exception soulevée par les mis en cause, en estimant « *qu'aucun texte, accord ou convention internationale ne désigne la compétence du tribunal et la législation applicable aux délits de presse commis à partir ou grâce au réseau Internet* » ; « *[...] le juge français demeure donc libre d'adopter les principes de compétence pénale internationale qui sont les siens, pour sanctionner certaines infractions commises toutes ou pour partie à l'étranger et qui sont susceptibles de porter atteinte aux*

²³⁶⁶ L. Pech, Jcl. Communication, fasc. 3000, étude préc., n° 73.

²³⁶⁷ TGI Paris, 17^{ème} ch., 13 novembre 1998, *Unadif c/ Faurisson*, cité par D. de Bellescize, L. Franceschini, *op. cit.* p. 483.

²³⁶⁸ CA Paris, 11^{ème} ch., 14 février 2002, Comm. com. Electr. 2003, comm. 20, obs. A. Lepage.

intérêts nationaux, dans la mesure où, comme en l'espèce, les messages ou le contenu du site sont rendus accessibles, par l'Internet, sur le territoire français »²³⁶⁹. La solution fut confirmée en appel²³⁷⁰. La possibilité d'accès, depuis un territoire donné, à des propos litigieux diffusés sur l'Internet est dès lors assimilée à sa publication sur ce même territoire, emportant la compétence territoriale des juridictions nationales, ce qui constitue incontestablement une fiction dès lors que la consultation depuis la France du contenu litigieux émane d'un tiers à l'infraction²³⁷¹.

562. D'autres Etats que la France s'octroient, en matière d'infractions d'expression commises à l'étranger par le biais d'Internet, une compétence juridictionnelle étendue. Laurent Pech cite notamment l'exemple de l'Allemagne qui, dans une affaire où il était question de contenus négationnistes diffusés par un ressortissant australien, par l'intermédiaire d'un site édité en Australie (en langue anglaise), et rendus accessibles sur le territoire germanique²³⁷². La Cour fédérale allemande a confirmé l'applicabilité de la loi allemande à de tels faits en raison des effets potentiels, sur le territoire allemand, de propos de cette nature, et du fait que leur auteur, « *en prenant parti sur l'histoire de l'Allemagne et les crimes commis par les nazis, a intentionnellement visé une audience allemande* »²³⁷³. L'Australie, quant à elle, s'est jugée compétente pour connaître de propos diffamatoires publiés sur un site Internet américain visant un notable australien : la Haute Cour de ce pays a notamment estimé que la publication litigieuse ne pouvait être considérée comme étant disponible sous une forme intelligible avant son téléchargement sur l'ordinateur d'une personne souhaitant la consulter, faisant du lieu où le contenu est rendu accessible le lieu de sa publication²³⁷⁴.

Permettant aux Etats souverains un rayonnement international, voire mondial de leur ordre public, le critère de l'accessibilité de l'expression en ligne sur le territoire des Etats n'est pas sans susciter quelques réserves.

²³⁶⁹ TGI Paris, 17^{ème} ch., 26 février 2002, Comm. com. Electr. 2002, comm. 77, obs. A. Lepage.

²³⁷⁰ CA Paris, 11^{ème} ch., 17 mars 2004, Comm. com. Electr. 2005, comm. 72, obs. A. Lepage.

²³⁷¹ E. Dreyer, D. 2016 p. 1848 préc.

²³⁷² Bundesgerichtshof, 12 décembre 2000, n° 1 StR 184/00.

²³⁷³ L. Pech, Jcl. Communication, fasc. 3000, étude préc., n° 74.

²³⁷⁴ High Court of Australia, *Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick* (2003) 210 CLR 575 (HCA), § 44.

2 - Un critère générateur de difficultés

563. Le critère de compétence des juridictions répressives nationales tiré de l'accessibilité de l'expression en ligne sur le territoire d'un Etat soulève en premier lieu des difficultés évidentes, tenant au risque de prolifération des conflits positifs de juridiction entre divers Etats²³⁷⁵, de même qu'à l'obstacle majeur que constitue l'engagement de l'action publique sur le fondement de la compétence territoriale eu égard au principe *non bis in idem*²³⁷⁶. Cependant, le choix d'un tel critère engendre des problèmes beaucoup plus importants encore, tenant au bien-fondé d'une compétence juridictionnelle potentiellement illimitée en matière de liberté d'expression.

564. Tout d'abord, il est incontestable que ce critère permet d'imposer, au sein de l'espace de relations mondialisées et dématérialisées qu'est le réseau Internet, le respect de certaines valeurs sociales qui, en dépit de leur adoption variable sur l'ensemble du globe, n'en demeurent pas moins universelles. En ce sens, Michel Vivant explique notamment que la défense décomplexée par les Etats de leur ordre public sur l'Internet doit constituer le tribut d'une société démocratique, allant jusqu'à estimer que « *l'hésitation à utiliser l'arme pénale existante relèverait tout simplement [...] de la complicité* »²³⁷⁷. L'irrigation par des ordres publics particulièrement restrictifs de l'ensemble des foyers d'expression en ligne permettrait ainsi une « *harmonisation par le haut* » des législations pénales²³⁷⁸. On peut aussi considérer que l'abandon par l'Etat « de réception », à raison d'une forme d'expression accessible sur son territoire et constitutive d'une infraction selon le droit national, de sa compétence à l'Etat « d'émission » en dépit d'une possible absence d'incrimination du comportement, constitue un abandon de souveraineté dont la conséquence la plus dommageable serait une délocalisation massive de la délinquance d'expression à l'étranger²³⁷⁹. On verra plus loin que ce risque est

²³⁷⁵ J. Francillon, RLDI 2012, n° 81 p. 99 préc.

²³⁷⁶ En effet, l'article 692 du Code de procédure pénale ne s'applique pas à des faits commis entièrement ou partiellement sur le territoire de la République (Cass. Crim., 26 juin 1963, Bull. crim. n° 231 ; 24 novembre 1965, *ibid.* n° 249 ; 26 janvier 1966, *ibid.* n° 23 ; 3 novembre 1970, n° 70-90.953). La solution fut par ailleurs implicitement légalisée au sein de l'article 113-9 du Code pénal, qui n'empêche les poursuites contre une personne déjà jugée à raison des mêmes faits que dans les cas où l'action publique est engagée sur le fondement de la compétence personnelle (Cass. Crim., 26 septembre 2007, Bull. crim. 2007 n° 224, Dr. Pén. 2007, comm. 150, obs. M. Véron).

²³⁷⁷ M. Vivant, *Cybermonde : Droit et droits des réseaux*, JCP 1996.I.3969, n° 23.

²³⁷⁸ J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.* p. 215, n° 215.

²³⁷⁹ E. Derieux, *Droit des médias*, *op. cit.* p. 856, n° 3384.

loin d'être hypothétique²³⁸⁰. Enfin, certains auteurs estiment qu'une personne publiant sur l'Internet est supposée savoir que son expression est susceptible d'être rendue disponible de par le monde, et qu'elle est dès lors censée s'être informée au préalable des diverses lois qui lui seront potentiellement applicables²³⁸¹. Cependant, si cette dernière idée est acceptable s'agissant de propos expressément dirigés contre une ou plusieurs victimes individuelles²³⁸² ou intéressant expressément l'ordre public d'un Etat étranger, un tel postulat apparaît beaucoup plus contestable s'agissant de propos constitutifs, ailleurs, d'infractions en raison de l'opinion qu'ils expriment.

565. C'est en effet la confrontation, non pas seulement de divers ordres publics nationaux, mais bien de conceptions plus diverses encore de la liberté d'expression qui provoque une certaine perplexité quant à la pertinence, voire la légitimité, d'une compétence territoriale ubiquitaire en matière d'expression en ligne. Une telle compétence, qui se justifierait par l'idée selon laquelle la loi pénale nationale est plus protectrice pour certains intérêts supérieurs, est ainsi qualifiée par un auteur d' « *exorbitante* » et pétrie d'ethnocentrisme²³⁸³. S'il faut relativiser toute aspiration à une hégémonie axiologique de la part du législateur français, il est nécessaire de s'interroger sur les effets possibles d'une compétence répressive généralisée des Etats en matière de liberté d'expression. Emmanuel Derieux évoque une possible « *asphyxie des médias, dont la liberté deviendrait assez fictive, par l'addition des contraintes et des contrôles, par l'obligation d'avoir à respecter la totalité des législations nationales, et notamment celles qui sont les plus restrictives, et la menace d'être poursuivis devant les juridictions de chacun des Etats* »²³⁸⁴. Est ici directement menacé le principe de légalité criminelle, qui suppose, afin que nul ne soit censé ignorer la loi, que cette dernière soit suffisamment claire et prévisible. Si l'auteur d'une publication en ligne n'est pas censé ignorer qu'elle traversera les frontières, est-il toutefois raisonnable d'exiger de lui qu'il s'acquitte d'une étude – même sommaire – des législations du monde entier ?²³⁸⁵

Des auteurs soulignent, en ce sens, que le critère d'accessibilité sur le territoire national ne permet pas de caractériser suffisamment, en matière de communication électronique,

²³⁸⁰ V. *infra*, n° 598.

²³⁸¹ A. Huet, *Le droit pénal international et Internet*, LPA 10 novembre 1999, n° 224 p. 39.

²³⁸² J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.* pp. 215-216, n° 215.

²³⁸³ L. Pech, *Jcl. Communication*, fasc. 3000, étude préc., n° 75.

²³⁸⁴ E. Derieux, *Droit des médias*, *op. cit.* p. 853, n° 3368. Dans le même sens, v. P. Auvret, *JCP* 1999.I.108 préc., n° 24.

²³⁸⁵ J. Francillon, *RLDI* 2012, n° 81 p. 99 préc.

l'élément intentionnel des délits transnationaux d'expression. C'est notamment sur ce dernier argument que se fonde la proposition du critère du *public visé*, plus restrictif, et visant à légitimer davantage l'action répressive d'un Etat à raison de délits d'expression comportant un élément d'extranéité et commis sur l'Internet.

B - Le critère du public visé, facteur d'une compétence légitime du juge national

566. Le critère du public visé, dont les contours demeurent encore incertains, semble avoir récemment fait l'objet d'une consécration dans la jurisprudence française (1), reconnaissance dont la portée se trouve cependant amoindrie par un élargissement législatif récent de la compétence territoriale française en matière de cybercriminalité (2).

1 - Un critère consacré par la jurisprudence

567. Certains auteurs ont mis en évidence une distinction fondamentale existant entre les infractions d'expression à caractère transnational commises par le biais de la presse classique et celles réalisées au moyen de l'Internet.

Dans le premier cas, l'intention de l'auteur de rendre son expression accessible en France résulte d'un processus décisionnel et matériel impliquant des démarches positives visant pour leur auteur à rendre accessible l'expression litigieuse sur un territoire étranger. Dans le second cas, cette accessibilité est automatique et indépendante de la volonté de l'auteur²³⁸⁶. Cette particularité rend nécessaire, dans cette dernière hypothèse, la démonstration d'une telle intention, laquelle pourrait obéir à l'identification d'un certain nombre de sous-critères permettant au juge d'établir que le public français était bien visé par l'expression litigieuse. Plusieurs auteurs ont dès lors souligné l'intérêt d'adopter des critères restrictifs de la compétence territoriale française. Emmanuel Derieux évoque la possibilité de prendre en compte « *l'intensité du lien entre le message délictueux et le territoire d'un Etat* »²³⁸⁷. Laurent Pech suggère, quant à lui, que soit recherché un « *centre de gravité du délit* », conduisant le juge français à caractériser « *in concreto la commission de l'un des faits constitutifs du délit sur le territoire français, c'est-à-dire établir que le prévenu a démontré par son comportement ou la réalisation d'un fait quelconque qu'il vise effectivement à toucher le public français* »²³⁸⁸.

²³⁸⁶ J.-P. Hugot, *Légipresse* 2001, n° 185 p. 119 préc., *sp.* p. 122 ; L. Pech, *Jcl. Communication*, fasc. 3000, étude préc., n° 75.

²³⁸⁷ E. Derieux, *Droit des médias*, *op. cit.* p. 875, n° 3463.

²³⁸⁸ L. Pech, *Jcl. Communication*, fasc. 3000, étude préc., n° 4.

Jérôme Huet et Emmanuel Dreyer, enfin, souhaitent que le juge pénal fasse « *une interprétation large de l'erreur sur le droit* » en accordant le bénéfice de celle-ci aux prévenus démontrant qu'ils n'ont jamais eu l'intention de s'adresser à un public français²³⁸⁹. En somme, il s'agirait, sans l'y substituer, d'ajouter au critère de l'accessibilité sur le territoire, celui du public visé, la loi pénale française devenant compétente à l'égard de tout contenu présentant un rattachement objectif, de par son contenu ou le contexte de sa diffusion, avec le territoire de la République.

568. Le critère du public visé tire son origine de la doctrine anglo-saxonne du *forum non conveniens* en droit international privé, qui « *permet, en principe, à un tribunal de se déclarer incompétent lorsque des considérations manifestes de justice ou d'opportunités procédurales rendent sa saisine inappropriée et qu'il existe un autre tribunal compétent mieux placé pour connaître du litige* »²³⁹⁰. Partant de ce principe, « *il paraît possible de poser la règle suivante pour les litiges qui ont pour vecteur l'Internet : le tribunal saisi ne doit se déclarer compétent que lorsqu'il est démontré que le contenu litigieux diffusé par le défendeur étranger vise le for du demandeur* »²³⁹¹. Une telle règle semble ainsi correspondre à ce que certains auteurs nomment la « théorie de la focalisation », fondant une compétence limitée, pour connaître du litige, des juridictions dans le ressort desquelles le contenu litigieux est transmis de par sa seule accessibilité mondiale, et une compétence globale des juridictions vers le ressort desquelles ledit contenu était volontairement dirigé par l'auteur de sa diffusion : « *alors que la localisation d'un fait renvoie à un ancrage territorial, la focalisation intéresse en premier lieu l'idée de mouvement, de trajet* »²³⁹².

Ce critère semble avoir d'abord trouvé une consécration en matière de concurrence déloyale et de contrefaçon. La Cour d'appel de Paris a, pour la première, considéré que « *sauf à vouloir conférer systématiquement, dès lors que les faits ou actes incriminés ont pour support technique le réseau Internet, une compétence territoriale aux juridictions françaises, il convient de rechercher et de caractériser, dans chaque cas particulier, un lien suffisant, substantiel ou significatif, entre ces faits ou actes et le dommage allégué* »²³⁹³. En matière de contrefaçon ensuite, la Chambre criminelle a considéré à deux reprises que les faits réalisés par le biais de sites Internet édités à l'étranger ne pouvaient emporter la compétence de la loi pénale et des

²³⁸⁹ J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.* p. 216, n° 215.

²³⁹⁰ L. Pech, Jcl. Communication, fasc. 3000, étude préc., n° 64.

²³⁹¹ *Idem.*

²³⁹² En ce sens, v. F. Marchadier, Légipresse 2006, n° 228-II, p. 7 préc., *sp.* p. 12.

²³⁹³ CA Paris, 4^{ème} ch., sect. A, 6 juin 2007, Comm. com. Electr. 2007, comm. 119, obs. C. Caron.

juridictions répressives françaises dès lors que, commis sur des sites non orientés vers un public français, ils ne pouvaient être considérés comme perpétrés sur le territoire français²³⁹⁴. Cette solution, immanquablement réductrice de la compétence territoriale française en matière d'infractions commises sur l'Internet, pouvait-elle trouver à s'appliquer en matière d'infractions d'expression ? Rien n'était moins sûr, la perpétration sur le territoire français étant un élément constitutif spécifique aux infractions de contrefaçon prévues par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

La solution n'était pourtant pas dénuée de tout précédent dans le contentieux de la presse. Ainsi, dans un arrêt isolé, la Cour d'appel de Paris a considéré que « *la publication d'un texte sur un site Internet rend celui-ci consultable depuis tous les pays du monde sans pour autant être adressé à un destinataire précis. Il ne saurait cependant en résulter une applicabilité de tous les droits existants au contenu du texte, ce qui aboutirait à créer une totale insécurité juridique dans l'exercice de la liberté d'expression [...]. Il convient de créer une prévisibilité pour l'auteur des propos. Celle-ci ne peut naître que du rattachement de la loi à un principe objectif et non à ce que chaque ordre juridique national prétend se donner comme compétence* »²³⁹⁵. On peut également relever que la même Cour, bien que retenant la compétence territoriale du Tribunal parisien dans l'affaire Yahoo !, avait néanmoins pris le soin de préciser que « *lorsqu'une connexion à son site d'enchères litigieux était faite à partir d'un poste situé en France, la société répondait par l'envoi de bandeaux rédigés en langue française, ce qui confirme que l'information n'est pas délivrée sur son site mais sur le poste de l'internaute* »²³⁹⁶.

Finalement, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, le 12 juillet 2016, rendu un arrêt qui semble consacrer l'adoption du critère du public visé en matière de délits d'expression commis à l'étranger via l'Internet²³⁹⁷. Dans cette affaire pour le moins bigarrée, des propos diffamatoires, rédigés en langue anglaise, et publiés par un auteur sud-africain sur un site américain accessible sur le territoire français, visaient deux personnes de nationalité japonaise ne résidant pas en France à propos d'événements survenus au Japon. Selon la Chambre criminelle, « *en l'absence de tout critère rattachant au territoire de la République les*

²³⁹⁴ Cass. Crim., 9 septembre 2008, n° 07-87.281, D. 2009 p. 1992, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; 14 décembre 2010, n° 10-80.088, D. 2011 p. 1055, obs. E. Dreyer.

²³⁹⁵ CA Paris, 11^{ème} ch., 10 novembre 1999, Légipresse 2000, I p. 154.

²³⁹⁶ CA Paris, 11^{ème} ch., 17 mars 2004 préc.

²³⁹⁷ Cass. Crim., 12 juillet 2016, n° 15-86.645 (à paraître au *Bulletin*).

propos incriminés, la circonstance que ceux-ci, du fait de leur diffusion sur le réseau Internet, aient été accessibles depuis ledit territoire ne caractérisait pas, à elle seule, un acte de publication sur ce territoire rendant le juge français compétent pour en connaître ».

Rompant avec la « *conception maximaliste de la compétence française* »²³⁹⁸, cet arrêt semble également consacrer une solution propre au *medium* de la communication au public par voie électronique. Comme le note un auteur, « *sur Internet, "publier en France" ne serait pas "prendre en France la décision de transmettre un message" mais "prendre la décision de transmettre en France un message"* »²³⁹⁹. Digne d'approbation, cette nouvelle position n'est cependant pas exempte de faiblesses. En effet, supposée lutter contre l'insécurité juridique résultant d'une applicabilité potentielle de toutes les législations mondiales, elle « *introduit en matière pénale une casuistique qui est source d'incertitude (d'où ici aussi le risque d'atteinte au principe de la légalité criminelle)* »²⁴⁰⁰. Il semble ainsi que soit laissée aux juges du fond la lourde tâche d'identifier les éléments permettant de caractériser un lien de rattachement suffisant des propos litigieux au territoire français. Parmi les critères fournis par la doctrine, il est bien entendu que « *l'utilisation de la langue française jouera certainement un rôle de premier plan* »²⁴⁰¹. On pourrait également retenir des références substantielles à l'actualité ou à l'Histoire françaises ou éventuellement la monnaie utilisée pour la facturation des services proposés²⁴⁰², la résidence habituelle de l'auteur en France ou les fonctions ou professions qu'il y exerce²⁴⁰³, mais encore la présence d'une extension d'adresse URL comprenant une marque géographique (l'adresse se terminant par « *.fr* ») ou la possibilité offerte à l'internaute de sélectionner un affichage de la page en langue française²⁴⁰⁴. La nationalité de l'auteur ou des éventuelles victimes pourraient également être prises en compte. En tout état de cause, si les

²³⁹⁸ A. Lepage, *Compétence territoriale de la loi pénale française en matière d'infraction de presse commise sur Internet*, Comm. com. Electr. 2016, comm. 83.

²³⁹⁹ B. Auroy, Dalloz IP/IT 2016 p. 618 préc.

²⁴⁰⁰ J. Francillon, *Incompétence des juridictions pénales françaises pour des propos diffamatoires diffusés à partir d'un site Internet localisé à l'étranger*, RSC 2016 p. 535.

²⁴⁰¹ B. Auroy, Dalloz IP/IT 2016 p. 618 préc.

²⁴⁰² J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.* pp. 214-216, n° 215 ; dans le même sens, v. J.-P. Hugot, Légipresse 2001, n° 185 p. 119 préc., *sp.* p. 122.

²⁴⁰³ L. Pech, Jcl. Communication, fasc. 3000, étude préc., n° 73.

²⁴⁰⁴ F. Marchadier, Légipresse 2006, n° 228-II, p. 7 préc., *sp.* p. 13.

critères ne manquent pas, ils sont indubitablement cumulatifs, ce qui devrait permettre de trancher plus aisément certains cas complexes²⁴⁰⁵.

La portée de cette jurisprudence pourrait toutefois être significativement amoindrie du fait de l'élargissement récent, par le législateur, de la compétence territoriale française en matière de cybercriminalité.

2 - Un critère mis en péril par le législateur

569. L'arrêt de la Chambre criminelle le 12 juillet 2016, consacrant une atténuation de la compétence territoriale française en matière d'infractions d'expression commises depuis un site Internet étranger à raison de sa seule accessibilité sur le territoire français, fut rendu peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

Cette dernière est de nature à amoindrir la portée de l'arrêt précité, dans la mesure où son article 28 a inséré, à la suite de l'article 113-2 du Code pénal, un article 113-2-1 qui dispose que « *tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République* ». A l'origine de ce texte, un rapport conduit dans le cadre d'un groupe de travail interministériel sur la cybercriminalité par le procureur général près la Cour d'appel de Versailles, Marc Robert, déplorait en février 2014 les difficultés rencontrées par les Parquets français pour localiser les auteurs de « cyber-infractions », notamment lorsque celles-ci étaient commises au moyen d' « ordinateurs "rebonds" [...] donnant dans un premier temps une fausse indication quant à l'adresse IP²⁴⁰⁶ de l'ordinateur responsable de l'attaque »²⁴⁰⁷. La proposition n° 30 de ce rapport, de laquelle est tiré le nouvel article 113-2-1, s'explique par un évident souci de répression de comportements graves commis sur l'Internet depuis l'étranger à l'encontre de citoyens français,

²⁴⁰⁵ Considérant toutefois que cette solution « ouvre inévitablement une période d'insécurité juridique », v. C. Bigot, *Un an de droit processuel de la presse*, Comm. com. Electr. 2017, chron. 5, n° 1.

²⁴⁰⁶ Pour « Internet Protocol ». L'adresse IP est « l'adresse du réseau local de la machine d'un utilisateur connectée au réseau Internet » (S. Lalande, *L'adresse IP de votre ordinateur : une donnée personnelle relevant du régime de protection communautaire ?*, sp. p. 4, document consultable à l'adresse <http://www.droit-tic.com>).

²⁴⁰⁷ M. Robert, *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, février 2014, sp. pp. 210-211 (rapport téléchargeable à l'adresse <https://cdn2.nextinpact.com/medias/cybercriminalite---definitif.pdf>).

pour lesquels la plainte préalable exigée par l'article 113-8 aux fins de l'engagement des poursuites n'est pas systématique et les liens de rattachement au territoire français peu évidents, voire inexistants.

570. Toutefois, ces nouvelles dispositions, font, pour l'application du principe de territorialité, de la localisation du dommage subi par les victimes, critère propre aux règles de compétence personnelle, un fait constitutif de tout délit commis en ligne. Elles procèdent dès lors à « *un mélange des genres (le dommage n'étant pas un "fait constitutif" des délits de presse) dans le but évident d'échapper aux contraintes inhérentes* » aux principes de compétence personnelle de la loi pénale française des articles 113-6 et 113-7²⁴⁰⁸. Certainement bénéfiques à la répression d'une cybercriminalité et d'une cyberdélinquance sérieuses (vols de données personnelles, piratages, ...), les dispositions de l'article 113-2-1 du Code pénal apparaissent cependant critiquables dans leur possible impact sur la pénalisation de l'expression publique en ligne.

En effet, si, en matière de délits privés tels que des propos injurieux ou diffamatoires par exemple, la nationalité française des victimes paraît être un critère valable de rattachement de l'infraction au territoire français, il en est autrement de leur simple résidence – le texte n'exigeant pas qu'elle soit habituelle – sur le territoire français, qui est de nature à favoriser certaines pratiques de *forum shopping*. Et si, par sa lettre, l'article semble permettre une limitation de son champ d'application à l'exemple topique de ces délits privés dès lors qu'ils visent une ou plusieurs victimes individuelles, nombreux sont, désormais, les délits dont le régime permet à des associations d'exercer les pouvoirs reconnus à la partie civile concurremment à l'action publique en vertu des articles 48-1 et suivants de la loi du 29 juillet 1881. Serait-il alors possible, dans ces hypothèses et par une interprétation quelque peu extensive de la lettre de l'article 113-2-1 du Code pénal, de considérer qu'une infraction commise « *au préjudice [...] d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République* » l'est également au préjudice d'une personne morale à raison des intérêts collectifs qu'elle défend ? Une telle solution constituerait une suite logique de l'assimilation par le législateur, théoriquement exceptionnelle mais désormais largement répandue²⁴⁰⁹, du trouble causé à l'ordre public par une infraction de presse à un préjudice personnel causé à des groupements associatifs par leur habilitation à exercer l'action civile. Elle n'est cependant pas

²⁴⁰⁸ E. Dreyer, D. 2016 p. 1848 préc.

²⁴⁰⁹ En ce sens, v. *supra*, n° 249.

souhaitable dès lors qu'elle tendrait à saturer le contentieux en actions dirigées contre des propos publiés de part et d'autre du globe.

En définitive, la jurisprudence accordant un rôle au critère du public visé dans l'attribution de la compétence territoriale française pourrait bien devenir une « victime collatérale » des ambitions – autrement louables – répressives du législateur en matière de cybercriminalité. L'arrêt du 12 juillet 2016, destiné à publication au *Bulletin* et rendu après l'entrée en vigueur de l'article 113-2-1 du Code pénal pouvait, en ce sens, apparaître comme « un désaveu de la position adoptée quelques jours plus tôt par le législateur »²⁴¹⁰. Notons cependant que la Haute juridiction, dans un arrêt rendu le 6 mars 2018, a confirmé sa position dans une affaire où des propos injurieux visant deux ressortissants britanniques et résidents monégasques avaient été publiés par le directeur de publication, de nationalité américaine, sur cinq *blogs* rédigés en langue anglaise. La Chambre criminelle a approuvé, en l'espèce, la Cour d'appel de Paris pour avoir estimé que « la notoriété alléguée par les intéressés dans le seul domaine des affaires était [...] insuffisante » à emporter la compétence du juge français « en l'absence de tout critère rattachant les propos incriminés au territoire de la République »²⁴¹¹.

La portée conférée par le juge et le législateur français à la compétence de la loi pénale et des juridictions répressives françaises apparaît donc particulièrement extensive dans le domaine de la délinquance d'expression commise à l'étranger par le biais d'Internet. Mais la démesure affichée se trouve contrebalancée par le manque d'effectivité pratique de la répression.

Section 2 - La pénalisation transnationale limitée dans la pratique

571. Le rayonnement international considérable conféré à la loi pénale française en matière de délinquance d'expression publique contraste nettement avec la relative impuissance de l'appareil répressif à assurer son application concrète lorsqu'une expression litigieuse est publiée depuis un territoire étranger pour être diffusée sur le territoire national. La communication au public en ligne, en assurant à l'information un transport universel, instantané et continu, démultiplie les hypothèses d'une délinquance transnationale de l'expression, mettant en évidence les faiblesses d'une pénalisation trop ambitieuse.

²⁴¹⁰ E. Dreyer, D. 2016 p. 1848 préc.

²⁴¹¹ Cass. crim., 6 mars 2018, n° 16-87.533.

La répression voit alors son effectivité mise à l'épreuve des réflexes souverainistes des Etats (§ 1), qui contribuent à l'instauration de véritables « paradis médiatiques » (§ 2).

§ 1 - L'effectivité de la répression à l'épreuve du souverainisme étatique

572. Sans que la problématique ne soit propre à la délinquance d'expression publique, la communication au public par voie électronique donne une résonance particulière aux inconvénients tirés des nombreuses réserves formulées par les Etats en matière de coopération répressive (A) et d'harmonisation législative (B).

A - Une coopération frileuse des Etats

573. L'entraide répressive internationale dépend de mécanismes peu adaptés à la délinquance d'expression (1). Il en résulte une large ineffectivité de la répression pour les hypothèses de délits transfrontaliers (2).

1 - L'inadaptation de l'entraide répressive internationale à la délinquance d'expression publique

574. Il n'existe pas, en matière pénale, de procédure d'*exequatur*, comme il en existe en droit international privé, permettant à un juge national d'appliquer sur son territoire un jugement issu d'une juridiction étrangère. Pour combler cette lacune, des mécanismes d'entraide répressive internationale peuvent alors être employés, mais leur mise en œuvre, en ce qu'elle consiste en une délégation de souveraineté par l'Etat apportant son concours à celui qui requiert son assistance, est extrêmement conditionnée et largement soumise à ce que prévoit chaque législation nationale.

575. En ce sens, la forme principale de cette entraide réside dans la procédure d'extradition²⁴¹². Objet de nombreuses conventions internationales, l'extradition se trouve par ailleurs régie par le droit commun de nombreux Etats, dont la France qui, avec la loi du 10 mars 1927, modifiée par la loi du 9 mars 2004 portant adaptation de la Justice aux évolutions de la criminalité, a fixé un certain nombre de principes auxquels il ne peut être dérogé en la matière. La plus fameuse de ces règles, consacrée par la majorité des Etats, est celle de la non-extradition

²⁴¹² Cette procédure est définie comme celle « *par laquelle un Etat souverain, l'Etat requis, accepte de livrer un individu se trouvant sur son territoire à un autre Etat, l'Etat requérant, pour permettre à ce dernier de juger l'individu dont il s'agit où, s'il a déjà été jugé et condamné, de lui faire exécuter sa peine* » (R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, op. cit. p. 426, n° 317).

de ses propres ressortissants, aujourd'hui consacrée à l'article 696-4, 1° du Code de procédure pénale. Ce même article renferme les motifs de refus d'extradition dont peut se prévaloir l'Etat français en tant qu'Etat requis, ce qui pose inévitablement la question de l'éventuelle présence, chez d'autres Etats souverains, de conditions similaires lorsque l'Etat français devient requérant.

A ce titre, les motifs de refus susceptibles de poser le plus grand nombre de difficultés en matière d'infractions d'expression publique commises par le biais d'Internet sont ceux relatifs à la commission des faits sur le territoire national et le caractère définitif des poursuites et du jugement de ces faits sur ce même territoire. Dans le premier cas en particulier, si l'article 696-4 du Code de procédure pénale français ne mentionne pas les faits « réputés commis sur le territoire de la République » au sens de l'article 113-2 du Code pénal, on peut supposer que la jurisprudence, qui intègre dans le champ d'application de l'article les faits formant un tout indivisible avec des infractions dont les juridictions françaises sont saisies²⁴¹³, sera prompt à y assimiler les publications accessibles sur le territoire national en vertu de la compétence territoriale. En ce sens, la Convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957 donne la possibilité à un Etat signataire de refuser l'extradition à raison de faits commis « *en tout ou en partie sur son territoire* »²⁴¹⁴. Un autre obstacle possible à l'approbation d'une extradition est la condition, posée en France par l'article 696-3 du Code de procédure pénale, d'une double incrimination des faits par les Etats requis et requérant, assortie, en matière délictuelle, d'une condition relative à la gravité des faits, qui doivent être punis par l'Etat requérant d'un minimum de deux ans d'emprisonnement.

Au regard de ces conditions restrictives, si la France, envisagée comme Etat requérant, souhaite obtenir l'extradition de l'auteur d'une infraction d'expression commise sur Internet à partir d'un poste situé à l'étranger, la procédure est vouée à l'échec si les conditions retenues par la législation étrangère en la matière sont tout autant, voire plus restrictives que celles retenues par la législation française. Le principe est en effet, en ce domaine, que « *l'extradition est une procédure lourde et coûteuse et donc ne serait pas appropriée pour des infractions mineures* »²⁴¹⁵.

²⁴¹³ CE, 5 juillet 1992, JCP 1993.IV.2075.

²⁴¹⁴ Précisant toutefois que ce motif de refus ne constitue qu'une possibilité, v. CE, 14 décembre 2005, n° 276589.

²⁴¹⁵ E. Servidio-Delabre, Jcl. Proc. Pén., fasc. 20, *Extradition*, 2007, n° 70.

576. L'internationalisation de la criminalité et de la délinquance, largement favorisée par les nouvelles technologies et notamment l'Internet, a récemment entraîné le constat d'une inadaptation des mécanismes relatifs à l'extradition aux besoins modernes de l'entraide répressive internationale. Outre les conventions bilatérales ou multilatérales librement conclues entre Etats, des initiatives régionales peuvent être adoptées aux fins de favoriser la coopération en matière répressive. C'est le cas notamment de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen (MAE), qui institue au sein de l'Union européenne un mécanisme de remise facilitée pour les auteurs d'infractions commises sur le territoire de l'Union²⁴¹⁶. Le mandat d'arrêt européen se substitue ainsi, dans ce cadre, à la procédure d'extradition et se caractérise par son caractère exclusivement judiciaire, contrairement à cette dernière qui, mêlant des processus administratifs, judiciaires et diplomatiques, voit sa réussite subordonnée à l'approbation finale du Gouvernement²⁴¹⁷.

La procédure se trouve ainsi débarrassée de la plupart des conditions faisant traditionnellement obstacle à une telle reconnaissance, telles que la qualité de ressortissant de l'auteur des faits résidant dans l'Etat dit « d'exécution » et la double incrimination des faits, à raison toutefois d'une liste de 32 catégories d'infractions reconnues pour leur singulière gravité, lorsque celles-ci sont punies dans l'Etat membre dit « d'émission » d'un minimum de trois ans d'emprisonnement (art. 2, § 2 de la décision-cadre). Parmi celles-ci figurent les infractions en relation avec le terrorisme, le racisme et la xénophobie, les homicides volontaires et les vols. Dès lors, si la France ne pourra pas obtenir l'exécution d'un MAE pour des faits constitutifs de discours de haine (lesquels ne sont punis « que » d'une peine d'emprisonnement d'un an en France), elle devrait néanmoins obtenir la remise d'auteurs de provocations ou d'apologie de crimes prévues par le Code pénal et par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881, punies de cinq ans d'emprisonnement.

Pour toute autre infraction, le mandat doit être exécuté pour tout fait réciproquement incriminé par les deux Etats, et puni par la loi de l'Etat d'émission d'une peine minimum d'un an d'emprisonnement ou, en cas de condamnation, lorsque la peine prononcée s'élève à quatre mois de privation de liberté (art. 2, § 1). Une fois encore, on observera que la répression des

²⁴¹⁶ Décision-cadre n° 2002/584/JAI du 13 juin 2002. Cette initiative résulte des engagements formulés par le Conseil européen de Tampere de 1999, qui font de la reconnaissance mutuelle des décisions répressives « *la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière civile tant que pénale au sein de l'Union* » (Conseil européen de Tampère, 15 et 16 octobre 1999, conclusions de la Présidence, § 33. Doc. disponible à l'adresse http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_fr.htm).

²⁴¹⁷ L. de Gentili-Picard, *La mise en œuvre du mandat d'arrêt européen en France*, JCP 2004.I.168, n° 26 s.

infractions de presse « classiques » (injure, diffamation) pâtit des conditions restrictives imposées, *a fortiori* au regard des recommandations de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du 4 octobre 2007 tendant vers une abolition des peines privatives de liberté en la matière²⁴¹⁸. Plus souple, le MAE voit dès lors ses ambitions altérées par de persistants réflexes souverainistes²⁴¹⁹, observables dans les motifs de refus facultatifs établis par l'article 4 de la décision-cadre, parmi lesquels on retrouve notamment la commission des faits « *en tout ou en partie sur le territoire de l'Etat membre d'exécution ou en un lieu considéré comme tel* » (§ 7, a)), qui risque de constituer une obstacle majeur en matière de répression d'infractions d'expression publique commises à l'étranger par le biais d'Internet.

577. Enfin, toujours dans l'espace de l'Union européenne, la décision-cadre du 24 février 2005 est venue consacrer l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires²⁴²⁰, permettant ainsi l'exécution, sur le territoire d'un autre Etat membre, de toute peine pécuniaire prononcée à titre définitif contre une personne physique ou morale y résidant, « *sans qu'aucune autre formalité ne soit requise* » (art. 6). Une fois encore, le champ d'application de cette mesure est largement amoindri par son cadre normatif²⁴²¹ : hormis une liste d'infractions inspirée de celles prévues par la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen, le principe de double-incrimination trouve de nouveau à s'appliquer (art. 5). La liste des motifs de non-exécution de l'article 7, qui comporte le motif tiré de la commission des faits « *en tout ou en partie sur le territoire de l'Etat d'exécution ou en un lieu considéré comme tel* » (§ 2, d), i)), s'inspire également de la décision-cadre du 13 juin 2002 précitée.

En définitive, les mécanismes d'entraide répressive internationale, encore trop imprégnés de considérations souverainistes, sont peu adaptés au contentieux de la communication au public en ligne transfrontalière, privant les condamnations nationales des objectifs qu'elles poursuivent.

²⁴¹⁸ Conseil de l'Europe, Assemblée parlementaire, *Vers une dépénalisation de la diffamation*, résolution 1577 (2007) du 4 octobre 2007 préc.

²⁴¹⁹ V. Malabat, *Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen*, Dr. Pén. 2004, étude 17, n° 3 ; G. Taupiac, *Etude sur l'expérience et la pertinence du mandat d'arrêt européen*, Dr. Pén. 2006, étude 15, n° 15.

²⁴²⁰ Décision-cadre n°2005/214/JAI du 24 février 2005.

²⁴²¹ M. Poelemans, *L'exécution des décisions de sanctions pécuniaires : un pas vers la reconnaissance mutuelle*, revue Europe 2005, étude 7, n° 30.

2 - La privation d'effet extraterritorial des condamnations nationales

578. L'exercice d'une action répressive à raison de faits troublant l'ordre public est un droit souverain des Etats, qui sont en principe seuls à même d'assurer l'exécution d'une condamnation pénale sur leur territoire²⁴²². Il en résulte que c'est sur ce seul et même territoire que ladite condamnation aura une force exécutoire, et ce en vertu des seules lois sur le fondement desquelles elle aura été prononcée²⁴²³. A titre d'exemple, on peut rappeler que la jurisprudence française refuse de manière constante que les jugements répressifs étrangers puissent être exécutés en France²⁴²⁴.

Dès lors, la doctrine se montre pour le moins résignée lorsqu'il s'agit d'évoquer l'effectivité de la répression en France de délits d'expression publique commis depuis l'étranger par le biais du réseau Internet et visibles sur le territoire français : « *les décisions ainsi rendues ne servent à rien. Leur portée s'avère purement symbolique puisqu'elles ne sont pas exécutoires sur le territoire de la République [...]. En effet, on sait qu'il n'existe pas d'exequatur en matière pénale de sorte que la portée des condamnations rendues reste territorialement limitée [...]. Ajoutons que, compte tenu de la faiblesse des sanctions encourues, il n'est même pas possible de mettre en œuvre les mécanismes d'entraide judiciaire (extradition, échanges d'information, etc.) que le droit pénal international prévoit* »²⁴²⁵. Ce constat est presque unanimement partagé²⁴²⁶ : l'importante extension de la compétence territoriale française est, en fait d'infractions d'expression, « *relativement vaine* »²⁴²⁷, et ce d'autant plus qu'il est ici question d'une liberté fondamentale dont la restriction par un Etat autre que celui ayant prononcé la condamnation suppose une « *forte communauté de pensée* »²⁴²⁸.

On peut toutefois trouver une certaine utilité – à défaut d'une utilité certaine – aux décisions de condamnation prononcées en France contre les auteurs étrangers de délits d'expression diffusés par la voie électronique sur le territoire de la République. Michel Vivant y perçoit d'abord « *un intérêt de principe* », permettant, pour l'Etat de condamnation, de

²⁴²² F. Desportes, F. Le Guehec, *op. cit.* p. 16, n° 37.

²⁴²³ C. Lombois, *Droit pénal international*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1979, p. 536, n° 414.

²⁴²⁴ Cass. Crim., 21 mars 1862, S. 1862.1.541 ; Cass. Civ., 30 avril 1885, S. 1886.1.32 ; TGI Seine, 4 juin 1964, JDI 1965 p. 415, obs. J.-B. Siatelli.

²⁴²⁵ E. Dreyer, D. 2016 p. 1848 préc.

²⁴²⁶ En ce sens, v. E. Derieux, *Droit des médias*, *op. cit.* p. 858, n° 393 ; V. Fauchoux, P. Deprez, J.-M. Bruguière, 2^{ème} éd., *op. cit.* p. 77, n° 104 ; A. Huet, LPA 10 novembre 1999 p. 39 préc.

²⁴²⁷ J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.* p. 206, n° 207.

²⁴²⁸ M. Vivant, JCP 1996.I.3969, n° 25.

revendiquer à la face des ordres juridiques étrangers la défense de valeurs qui définissent sa conception de l'ordre public et d'une société démocratique. Un intérêt plus politique, ensuite, résiderait dans la menace que constituerait ainsi, pour les personnes condamnées, une sanction pendante les dissuadant de se rendre sur le territoire où elle a été prononcée²⁴²⁹. Eminemment louable d'un point de vue axiologique, cette dernière position se heurte potentiellement à des considérations tenant au respect du principe de légalité criminelle : qu'un message heurte l'ordre public français est une chose ; que son auteur s'attende légitimement à devoir répondre d'une législation qu'il n'est pas supposé connaître en est une autre.

Néanmoins, s'il est permis de douter de la mise en œuvre prochaine d'une coopération interétatique destinée à assurer une répression efficace des comportements diffamatoires et injurieux traversant les frontières au gré des réseaux informatiques, il n'en va pas nécessairement de même s'agissant des infractions plus graves, telles que les discours de haine qui portent atteinte à des valeurs quasi universellement défendues²⁴³⁰. En effet, comme le souligne Emmanuel Derieux, la réalité technique, économique et médiatique de la mondialisation emporte une nécessaire remise en cause des réflexes souverainistes les plus discutables en matière d'entraide répressive internationale²⁴³¹. Davantage que l'ordre public de plusieurs Etats pris individuellement, certains messages peuvent être considérés comme étant de nature à porter atteinte à un ordre public international, nécessitant, outre une coopération efficace, une prise de position ferme par l'ensemble des Etats concernés afin d'empêcher leurs auteurs de se réfugier derrière des législations moins restrictives. En ce sens, une compétence universelle des Etats pour poursuivre les formes les plus aiguës des discours de haine, quoique difficilement envisageable dans un avenir proche au regard du manque de consensus sur leur répression pénale²⁴³², pourrait-elle être un jour envisagée ?

Il conviendrait alors, en amont de l'encouragement à un alignement des droits procéduraux, d'inciter à un alignement du droit pénal substantiel²⁴³³.

²⁴²⁹ M. Vivant, JCP 1996.I.3969, n° 27.

²⁴³⁰ J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.* p. 229, n° 234.

²⁴³¹ E. Derieux, *Droit des médias, op. cit.* p. 868, n° 3433.

²⁴³² En ce sens, v. *infra*, n° 579 s.

²⁴³³ E. Derieux, *Droit des médias, op. cit.* p. 875, n° 3464.

B - Une harmonisation insuffisante des législations : l'exemple des discours de haine

579. Si le problème de l'effectivité de la répression de la délinquance d'expression publique transnationale emporte des enjeux pour l'ensemble des comportements susceptibles de porter atteinte à l'ordre public d'un Etat, la question d'une harmonisation des législations pénales en matière de limitation de la liberté d'expression ne saurait être étendue à un ensemble aussi varié que variable de faits dont le préjudice ne s'évalue pas à la même hauteur selon l'ordre juridique dans lequel ils sont commis. Symptôme commun à une majorité d'Etats dans leur lutte contre l'impunité des infractions d'expression commises par le biais d'Internet, ce sont les discours de haine qui cristallisent le plus les difficultés éprouvées par les Etats dans la mise en oeuvre de leurs efforts de rapprochement²⁴³⁴. Déjà rencontrées avant l'avènement de la communication au public en ligne (1), ces difficultés persistent à l'ère de la cyberdélinquance (2).

1 - Une insuffisance ancienne

580. C'est, bien avant l'avènement de l'Internet sous sa forme actuelle, dans le cadre de l'ONU que des traités ont été rédigés avec, entre autres objectifs, celui d'inciter les Etats signataires à s'équiper d'un *corpus* commun en matière de lutte contre les discours de haine. La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée le 21 décembre 1965, dispose, en son article 4, a), que les Etats parties s'engagent « à déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement ». Un an plus tard, fut adopté le Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, dont l'article 20, § 2 dispose que « tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi ». Ainsi, les Etats signataires de ces conventions sont, en principe, liés par leurs dispositions. Mais la force contraignante de ces

²⁴³⁴ En France, la CNCDH estime à ce titre que « la prolifération des contenus haineux sur la toile, qui se nourrissent régulièrement des tensions sociales et de la crise de la citoyenneté, devient un phénomène très inquiétant. Elle constitue le terreau de conflits croissants entre groupes et communautés remettant en cause le "vivre ensemble" démocratique » (Ass. Plén., avis du 12 février 2015 préc., § 1).

textes, et par conséquent, leur portée pratique, se trouvent largement amoindris par certains facteurs relatifs à leur mise en application.

581. En particulier, plusieurs Etats ont assorti leur signature ou leur ratification de réserves ou de déclarations interprétatives conditionnant leur adhésion aux traités à l'absence ou à l'atténuation des effets de certaines de leurs prescriptions. S'agissant de la Convention de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, plusieurs Etats ont déclaré interpréter les dispositions de son article 4 comme ne les obligeant à adopter une législation incriminant les discours racistes ou xénophobes que s'ils le jugent nécessaire²⁴³⁵. Plus directement, les Etats-Unis d'Amérique ont émis une réserve d'après laquelle ils n'acceptent « aucune obligation en vertu de la présente Convention, en particulier ses articles 4 à 7, de nature à restreindre [la liberté de parole, d'expression et d'association des individus] par l'adoption d'une législation ou de toute autre mesure, pour autant que ces derniers sont protégés par la Constitution et les lois des Etats-Unis ». S'agissant, ensuite, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, une réserve similaire a été de nouveau formulée par les Etats-Unis en raison de la protection accordée à la liberté d'expression par le Premier amendement du *Bill of Rights*²⁴³⁶, ainsi que par l'Etat de Malte.

Bien qu'autorisées, « les réserves licites formulées par les Etats vont compliquer les relations juridiques entre les parties contractantes du traité multilatéral concerné : le régime juridique posé perdra de son uniformité et relèvera de la géométrie variable »²⁴³⁷, et cela d'autant plus lorsque, comme c'est le cas s'agissant de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale²⁴³⁸ et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques²⁴³⁹, les Etats parties ont la faculté de refuser que les litiges interétatiques naissant du non-respect par ceux-ci des prescriptions conventionnelles puissent faire l'objet de requêtes

²⁴³⁵ Ce fut notamment le cas d'Antigua-et-Barbuda, des Bahamas, de Barbade, Grenade, du Népal, de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, du Royaume-Uni,

²⁴³⁶ Sur la conception américaine des restrictions apportées au droit à la liberté d'expression, v. *infra*, n° 585 s.

²⁴³⁷ D. Carreau, Rép. Dr. Int. Dalloz, V° *Traité international*, 2010, n° 64 ; v. aussi J. Dehaussy, Jcl. Dr. Int., fasc. 11, étude préc., n° 87.

²⁴³⁸ Ont formulé une réserve quant aux dispositions de l'article 22, portant les différends entre Etats parties devant la Cour internationale de Justice : l'Afghanistan, l'Arabie Saoudite, Bahreïn, la Chine, Cuba, l'Egypte, les Etats-Unis, la Guinée équatoriale, l'Inde, l'Indonésie, l'Irak, Israël, le Koweït, le Liban, la Libye, Madagascar, le Maroc, le Mozambique, le Népal, la Syrie, la Roumanie, Singapour, la Thaïlande, la Turquie, l'Ukraine, le Viet Nam et le Yémen.

²⁴³⁹ Une cinquantaine d'Etats sur les 74 signataires, dont les Etats-Unis mais non la France, ont accepté la compétence du Comité des droits de l'Homme pour connaître des communications par lesquelles un Etat partie soutient qu'un autre Etat partie n'exécute pas ses obligations conventionnelles, en vertu de l'article 41 du Pacte.

devant les organes établis à cette fin. C'est la portée même des principes édictés par le traité qui se trouve menacée, *a fortiori* lorsqu'ils consistent dans la promotion, à l'échelle universelle, de valeurs fondamentales telles que la lutte contre le racisme et la xénophobie.

Force est de constater que cette lacune dans la démarche d'harmonisation des législations en matière de lutte contre les discours de haine n'a guère connu d'améliorations, à l'heure de la communication au public en ligne où ses conséquences sont pourtant les plus néfastes²⁴⁴⁰.

2 - Une insuffisance persistante

582. Le développement de la cybercriminalité, porté par l'avènement de l'Internet moderne, a conduit les Etats à s'engager dans une démarche de coopération accrue aux fins de favoriser la répression des comportements infractionnels transfrontières. A ce titre, le sommet du G-8 qui s'est tenu en 1998 à Birmingham a constitué le départ d'une réflexion commune sur la question d'une harmonisation des législations en matière de lutte contre la cybercriminalité²⁴⁴¹. Le Conseil de l'Europe, quant à lui, a, dès 1997, mis en place un comité d'experts chargés de poser les fondations d'un instrument international contraignant en la matière, aboutissant à l'adoption, le 8 novembre 2001 à Budapest, de la Convention sur la cybercriminalité²⁴⁴², ouvert aux Etats membres comme non membres du Conseil²⁴⁴³. Signé par 56 Etats et ratifié par 52, dont la France et les Etats-Unis, cet outil conventionnel, participant selon des auteurs de l'« "internationalisation" du droit européen »²⁴⁴⁴, est le « *premier traité international sur les infractions pénales commises via Internet et d'autres réseaux informatiques* »²⁴⁴⁵.

²⁴⁴⁰ Notons toutefois que dans le cadre de l'Union européenne, la décision-cadre n° 2008/913/JAI du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal a entrepris une harmonisation des législations nationales des Etats membres en matière de discours de haine, étendant la compétence de ces Etats « *aux cas dans lesquels l'acte est commis au moyen d'un système d'information* » (art. 9, 2 a) et b)).

²⁴⁴¹ P. Arrigo, *La cybercriminalité : vers une régulation internationale de l'Internet ?*, Gaz. Pal. 16 octobre 2001, n° 289 p. 35.

²⁴⁴² Convention sur la cybercriminalité, traité STE n° 185 du Conseil de l'Europe, ouvert à la signature le 23 novembre 2001.

²⁴⁴³ J.-F. Forgeron, V. Prat, *Le projet de loi portant approbation de la Convention sur la cybercriminalité*, Gaz. Pal. 22 janvier 2004, n° 22, p. 8.

²⁴⁴⁴ J. Auvret-Finck, P. Auvret, « Concrétisation et aménagement de la liberté d'expression sur Internet en droit européen », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruylant, 2004, p. 99, sp. p. 115.

²⁴⁴⁵ V. Fauchoux, P. Deprez, J.-M. Bruguière, 3^{ème} éd., *op. cit.* p. 410, n° 506.

Cette convention organise son action autour de trois axes distincts²⁴⁴⁶ : une harmonisation du droit pénal procédural aux fins d'une amélioration de l'instruction et de la poursuite de ces infractions²⁴⁴⁷ ; la mise en place d'un régime rapide et efficace de coopération internationale²⁴⁴⁸ ; enfin, et surtout, une harmonisation du droit pénal substantiel, par l'identification d'infractions que les Etats signataires sont tenus de réprimer par leur législation nationale.

583. Le volet relatif à l'harmonisation du droit pénal matériel identifie quatre catégories d'infractions devant être réprimées par la législation nationale des Etats signataires : les infractions contre la confidentialité, l'intégrité et la disponibilité des données et systèmes informatiques (art. 2 à 6), les infractions dites « informatiques » consistant dans les fraudes et falsifications informatiques (art. 7 et 8), les infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle et aux droits connexes (art. 10) et, retenant plus particulièrement l'attention dans le cadre de la présente étude, les infractions se rapportant au contenu (art. 9). Toutefois, cette catégorie n'inclut que les infractions relatives à la pornographie infantile, ayant, seules, pu faire l'objet d'un consensus suffisant entre les Etats parties à la négociation du traité, qui devait initialement y faire figurer les contenus de propagande raciste ou xénophobe²⁴⁴⁹.

C'est pour cette raison que les dispositions relatives à l'incrimination de ces contenus par les Etats parties ont été évacuées au sein d'un Protocole additionnel, ouvert à la signature le 28 janvier 2003²⁴⁵⁰. En vertu de celui-ci, les Etats signataires sont invités à incriminer la

²⁴⁴⁶ Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité, p. 4, § 16.

²⁴⁴⁷ Ce volet procédural, visant à conférer aux autorités de poursuite nationales les pouvoirs nécessaires tenant à la perquisition, la collecte, la conservation et à la communication des données relatives au trafic et à l'identification des divers acteurs de l'Internet a été transposé, en France, par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure ainsi que par la LCEN du 21 juin 2004 précitée.

²⁴⁴⁸ Le volet relatif à l'entraide répressive internationale établit les principes d'une coopération « *la plus large possible, aux fins d'investigations ou de procédures concernant les infractions pénales liées à des systèmes et des données informatiques ou pour recueillir les preuves, sous forme électronique, d'une infraction pénale* » (art. 23). Ceux-ci trouvent leur mise en oeuvre à travers l'aménagement de règles relatives à l'extradition des auteurs, aux demandes d'information, de conservation, de transmission et d'accès aux données, ainsi que la création d'un « *réseau 24/7* », consistant pour les Etats dans la désignation d'un point de contact joignable 24 heures sur 24 et 7 jours sur 7 « *afin d'assurer une assistance immédiate pour des investigations concernant les infractions pénales liées à des systèmes et à des données informatiques* » (art. 35) ; en France, c'est l'OCLCTIC qui fut désigné pour remplir cette mission. On peut alors regretter que l'article 22, invitant les Etats signataires à doter leur législation d'une compétence territoriale et personnelle active étendues, affirme de façon quelque peu laconique que « *lorsque plusieurs Parties revendiquent une compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente Convention, les Parties concernées se concertent, lorsque cela est opportun, afin de déterminer la mieux à même d'exercer les poursuites* » (§ 5)...

²⁴⁴⁹ Rapport explicatif préc., p. 8, § 35.

²⁴⁵⁰ Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, traité STE n° 189 du Conseil de l'Europe.

diffusion, par le biais de systèmes informatiques, de « matériels racistes ou xénophobes » (art. 3), définis comme « *tout matériel écrit, toute image ou toute représentation d'idées ou de théories qui préconise et encourage la haine, la discrimination ou la violence, contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de sa race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments, ou qui incite à de tels actes* » (art. 2, § 1). Doivent également faire l'objet d'une incrimination les faits, commis par le même moyen et à raison des mêmes mobiles, de menaces (art. 4, § 1) et d'insultes (art. 5, § 1), ainsi que les faits de négation, de minimisation grossière, d'approbation ou de justification d'actes constitutifs de génocide ou de crimes contre l'humanité « *tels que définis par le droit international et reconnus comme tels par une décision finale et définitive du Tribunal militaire international, établi par l'accord de Londres du 8 mai 1945, ou par tout autre tribunal international établi par des instruments internationaux pertinents et dont la juridiction a été reconnue par cette Partie* » (art. 6, § 1).

Malgré ce cadre exhaustif, chacun des articles précités – excepté l'article 4 relatif aux menaces – autorise expressément les Etats signataires à formuler des réserves sur leur application, leur permettant de restreindre l'incrimination de la diffusion de matériels racistes aux incitations à des formes de discrimination non associées à la violence « *à condition que d'autres recours efficaces soient disponibles* » (art. 3, § 2), voire de ne pas incriminer les incitations aux discriminations pour lesquelles ces recours, à la lumière des principes établis dans l'ordre juridique national relatifs à la liberté d'expression, ne sont pas disponibles (art. 3, § 3) ; de restreindre les incriminations d'insulte aux faits exposant les victimes au mépris ou au ridicule (art. 5, § 2, a), voire de ne pas incriminer ces faits (art. 5, § 2, b) ; et enfin, de restreindre l'incrimination du négationnisme aux faits commis avec l'intention d'inciter à la haine, à la discrimination ou à la violence à l'encontre d'un groupe de personnes (art. 6, § 2, a), voire de ne pas incriminer ces faits (art. 6, § 2, b). Le Protocole fut signé par 40 Etats, mais ratifié par seulement 27 d'entre eux, dont la France, pour qui « *l'objectif n'était pas de faire évoluer son propre droit mais d'inciter les Etats étrangers dotés en la matière d'un arsenal juridique inférieur à se mettre à niveau pour faciliter, dans un second temps, la coopération internationale* »²⁴⁵¹. Cette coopération risque néanmoins d'être fortement perturbée : douze des Etats ayant ratifié le Protocole additionnel ont fait usage des réserves autorisées par le texte²⁴⁵²,

²⁴⁵¹ J. Huet, E. Dreyer, *op. cit.* p. 235, n° 242.

²⁴⁵² Ont émis des réserves, majoritairement s'agissant de l'incrimination de faits négationnistes : la Croatie, le Danemark, la Finlande, la Grèce, la Lituanie, le Monténégro, la Norvège, les Pays-Bas, la Pologne, la Roumanie,

et les Etats-Unis n'ont, malgré ce large éventail de possibilités, pas signé le Protocole, conformément aux souhaits de l'Administration *Bush*²⁴⁵³.

Ainsi qu'on peut l'observer avec l'exemple des discours de haine, les efforts d'harmonisation des législations pénales voient encore leur succès largement subordonné au bon vouloir d'Etats qui, attachés à leur souveraineté, le sont tout autant à leur conception nationale du droit à la liberté d'expression. Jugeable partout, la délinquance d'expression en ligne bénéficie cependant de la géométrie variable de la pénalisation de l'expression à travers les ordres juridiques, permettant aux auteurs les plus avertis de se réfugier dans ce qu'il est désormais convenu d'appeler des « paradis médiatiques ».

§ 2 - L'effectivité de la répression à l'épreuve des paradis médiatiques

584. Avec la naissance des problématiques liées à la détermination des compétences législative et juridictionnelle des Etats et à l'efficacité de la répression de la cybercriminalité, est progressivement apparue la notion de « paradis médiatiques »²⁴⁵⁴ (également nommés « paradis numériques »²⁴⁵⁵, « paradis du Web »²⁴⁵⁶ ou encore « paradis informationnels »²⁴⁵⁷). Dérivée de celle, déjà bien connue, de « paradis fiscal »²⁴⁵⁸, cette notion désigne, dans le domaine qui intéresse la présente étude, les Etats sur le territoire desquels la législation en matière de délinquance d'expression s'avère plus permissive que dans la majorité des autres Etats, attirant dès lors les personnes qui, soucieuses de leur impunité, souhaitent néanmoins diffuser, sur leur territoire national (mais pas exclusivement), des formes d'expression qui s'y trouvent pénalement incriminées.

Si plusieurs Etats sont susceptibles de remplir ces critères, le présent paragraphe s'intéressera uniquement au cas des Etats-Unis d'Amérique dans la mesure où c'est à l'égard de cet acteur majeur du monde démocratique occidental que l'acquisition du statut de paradis médiatique, imputable à une conception culturelle et juridique exorbitante de la liberté

et l'Ukraine ; la France a, pour sa part, réservé l'incrimination de négationnisme au cadre déjà fixé par l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881.

²⁴⁵³ CNet News.com, 15 novembre 2002, *U.S. Won't Support "Hate Speech" Ban*.

²⁴⁵⁴ E. Derieux, *Droit des médias*, op. cit. p. 856, n° 3384.

²⁴⁵⁵ J.-P. Hugot, *Légipresse* 2001, n° 185 p. 119 préc. ; A. Robitaille-Froidure, *La liberté d'expression face au racisme. Etude de droit comparé franco-américain*, L'Harmattan, 2011, sp. p. 215.

²⁴⁵⁶ CNCDH, Ass. Pén., avis du 12 février 2015 préc., § 7.

²⁴⁵⁷ D. de Bellescize, L. Franceschini, op. cit. p. 485 ; L. Pech, *Jcl. Communication*, fasc. 3000, étude préc., n° 78.

²⁴⁵⁸ Marianne.fr, *Les paradis numériques, nouvelle forme de paradis fiscal*, 5 mai 2011.

d'expression (A), est le plus documentée, et exerce la plus forte influence sur l'affaiblissement de la répression en matière de délinquance d'expression publique en ligne (B).

A - Une conception exorbitante de la liberté d'expression en droit américain

585. Le droit à la liberté d'expression aux Etats-Unis tire son caractère exorbitant, au regard de celui consacré par les autres démocraties occidentales, du particularisme qui imprègne les fondements de sa conception (1). Une illustration éclatante de cette exorbitance est observable à travers la protection accordée par la jurisprudence constitutionnelle à l'expression d'opinions haineuses (2).

1 - La conception particulariste de la liberté d'expression aux Etats-Unis

586. La conception américaine du droit à la liberté d'expression se distingue par une consécration évolutive du dogme qui la sous-tend (a), ainsi que par une représentation métaphorique de ses principes fondateurs (b).

a - Une consécration dogmatique et évolutive de la liberté d'expression

587. L'étude comparative de la limitation de la liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe a conduit Laurent Pech à faire le constat, tout en soulignant sa relativité, d'une divergence fondamentale dans les modalités de la consécration du droit à la liberté d'expression par les systèmes juridiques de ces deux régions²⁴⁵⁹. Celui-ci est ainsi consacré *positivement* dans les démocraties européennes à travers l'affirmation de son principe, pour lequel la possibilité d'y apporter des restrictions légales est expressément formulée par les textes qui le garantissent (on songe ainsi à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 opérant une délimitation de ce droit à l'aune des « *abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi* », ou encore à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'Homme dont le second paragraphe énumère les domaines dans lesquels les « devoirs et responsabilités » qui accompagnent son exercice constituent les clefs de sa régulation par le législateur). A l'inverse, ce droit est consacré *négativement* au sein de la Déclaration des droits (*Bill of Rights*) adjointe le 15 décembre 1791 à la Constitution américaine de 1787, dont le Premier amendement dispose que « *le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant*

²⁴⁵⁹ L. Pech, *La liberté d'expression et sa limitation. Les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes (Allemagne, France et Convention européenne des droits de l'homme)*, P.U. Clermont-Ferrand, LGDJ, Fondation Varenne, 2003, sp. pp. 2-11, n° 4-14.

*l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice, restreignant la liberté de parole ou de la presse, ou touchant au droit des citoyens de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au Gouvernement pour le redressement de leurs griefs »*²⁴⁶⁰.

Cette interdiction, absolue en apparence, conduit, de prime abord, à se demander si, « *quand les révolutionnaires français font de la liberté d'expression un "bien précieux", les Américains veulent en faire dès le départ un "bien sacré", donnant à penser [...] que cette liberté aurait outre-Atlantique un caractère plus fondamental qu'en Europe* »²⁴⁶¹. Il convient de rappeler ici que ces choix différents dans la formulation des textes consacrant la liberté d'expression en Europe et aux Etats-Unis découlent largement de leur contexte historique : « *alors que les Américains pouvaient logiquement se méfier de la loi qui, à l'instar des lois britanniques dont ils avaient souffert à l'époque coloniale, pouvait restreindre un principe de liberté, les Français faisaient confiance, a priori, à la "loi" que la pensée du XVIII^e siècle avait idéalisée et qui, selon Jean-Jacques Rousseau, ne pouvait être que libératrice parce qu' "expression de la volonté générale" »*²⁴⁶².

L'interdit posé par le Premier amendement de la Constitution américaine renvoie alors à l'image d'une digue infranchissable pour le législateur. Certains juges de la Cour suprême des Etats-Unis ont d'ailleurs pu défendre une vision absolutiste du texte, à l'instar d'Hugo Black et William O. Douglas, pour qui la lettre du Premier amendement montre que toute la recherche d'équilibre nécessaire avait déjà été réalisée par ceux qui furent chargés de la rédaction, dépourvue de toute équivoque, du *Bill of Rights*²⁴⁶³. Cette vision se trouve évidemment contredite par la Cour suprême elle-même lorsqu'elle affirme que le Premier amendement n'a jamais eu pour objectif de conférer une immunité à toutes les formes de propos²⁴⁶⁴. Il est toutefois indéniable que la jurisprudence américaine a pris le parti de conférer au droit à la

²⁴⁶⁰ « Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof ; or abridging the freedom of speech, or of the press ; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances ».

²⁴⁶¹ E. Zoller, « La liberté d'expression : « bien précieux » en Europe, « bien sacré » aux Etats-Unis ? », in E. Zoller (dir.), *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, Dalloz, 2008, p. 1, sp. p. 2.

²⁴⁶² J. Morange, « La conception française de la liberté d'expression », *ibidem* p. 157, sp. p. 159.

²⁴⁶³ « *The First Amendment's unequivocal command that there shall be no abridgment of the right of free speech and assembly shows that the men who drafted the Bill of Rights did all the "balancing" that was to be done in this field* » (USSC, *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961), opinion dissidente des juges Black et Douglas p. 56).

²⁴⁶⁴ « *The First Amendment, while prohibiting legislation against free speech as such, cannot have been, and obviously was not, intended to give immunity to every form of language* » (USSC, *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919) p. 249).

liberté d'expression une portée extrêmement large, portée dont la symbolique largement répandue dans l'opinion porte à croire qu'elle fut, dès le départ, souhaitée par les Pères fondateurs des Etats-Unis.

588. Pourtant, le dogme d'une protection intemporelle et invariable du Premier amendement par la Cour suprême au bénéfice de la liberté de parole des citoyens américains semble bien relever de ce que Jean-François Gaudreault-Desbiens qualifie de « *fétichisation juridico-identitaire* » présentant comme un donné immémorial ce qui est en réalité le fruit d'une longue évolution jurisprudentielle²⁴⁶⁵.

Il convient, à ce titre, d'observer en premier lieu que le Premier amendement ne s'appliquait initialement qu'au Gouvernement fédéral²⁴⁶⁶, les Etats demeurant ainsi libres de légiférer en la matière²⁴⁶⁷. Ce n'est qu'en 1925 que la Cour suprême, sur le fondement du Quatorzième amendement consacrant les protections dues par le droit (*due process of law*), a intégré le *Bill of Rights* aux dispositions constitutionnelles opposables par les citoyens aux Etats fédérés²⁴⁶⁸. Le droit à la liberté d'expression, qui tirait alors ses racines originelles de la *Common Law* anglaise, ne fit d'ailleurs l'objet d'une interprétation extensive qu'à compter des années 1930, alors que l'adoption de la politique interventionniste du *New Deal* de Roosevelt avait laissé craindre une trop forte ingérence de l'Etat dans l'exercice des libertés individuelles²⁴⁶⁹. C'est ainsi dans un arrêt *Whitney v. California* que le juge Louis Brandeis se fit, dans une opinion individuelle, le précurseur de l'interprétation moderne du Premier amendement, en affirmant que « *ceux qui ont gagné notre indépendance croyaient que la finalité de l'Etat était de rendre les hommes libres de développer leur facultés, et que dans son gouvernement les forces délibératives devaient prévaloir sur l'arbitraire [...]. Reconnaissant la tyrannie occasionnelle des majorités gouvernantes, ils amendèrent la Constitution de façon à ce que la liberté de parole et la liberté de réunion soient garanties* »²⁴⁷⁰. Cette référence à

²⁴⁶⁵ J.-F. Gaudreault-DesBiens, « Du droit et des talismans : mythologies, métaphores et liberté d'expression », *Les Cahiers de droit*, vol. 39, n° 4, 1998, pp. 717-752, sp. p. 718.

²⁴⁶⁶ L. Pech, *La liberté d'expression et sa limitation*, op. cit. p. 9, n° 13 ;

²⁴⁶⁷ E. Zoller, in E. Zoller (dir.), p. 1 préc., sp. p. 3.

²⁴⁶⁸ USSC, *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

²⁴⁶⁹ J.-F. Gaudreault-DesBiens, *Les Cahiers de droit* 1998 p. 717 préc., sp. pp. 726-729.

²⁴⁷⁰ USSC, *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), pp. 375-376 (traduction de L. Pech, Jcl. Communication, fasc. 1250, *Liberté d'expression : aperçus de droit comparé*, 2010, n° 17).

l'intention des pères fondateurs, observe un auteur, permet au juge d'invoquer « *un argument quasi irréfragable* » en faveur de la liberté d'expression²⁴⁷¹.

Cette interprétation moderne du Premier amendement trouve une part substantielle de ses fondements dans des concepts exprimés sous la forme de métaphores.

b - Une représentation métaphorique des fondements de la liberté d'expression

589. Une première métaphore à travers laquelle s'exprime l'interprétation extensive du Premier amendement est celle du « libre marché des idées ». Celle-ci, inspirée de la théorie du « choc des idées » exprimée par John Milton et John Stuart Mill dans leurs ouvrages respectifs *Aeropagitica* et *De la liberté*²⁴⁷², fut formulée par le juge Oliver Wendell Holmes dans une opinion dissidente à l'arrêt *Abrams v. United States* de 1919. Selon lui, « *le bien ultime désiré est mieux atteint par un libre échange des idées* », et « *la meilleure mise à l'épreuve de la vérité est le pouvoir de la pensée d'être elle-même acceptée dans la compétition du marché* »²⁴⁷³. Ainsi, la Cour suprême américaine adopte une « *éthique de tolérance unique* »²⁴⁷⁴ en refusant de reconnaître qu'il puisse exister de « fausses idées », y compris lorsque celles-ci sont pernicieuses, la correction de celles-ci ne pouvant découler de la conscience des juges mais bien de la compétition d'autres idées²⁴⁷⁵. La recherche de la vérité, moteur de ce « marché des idées », ne doit dès lors souffrir aucune intervention du législateur qui serait de nature à priver les opinions minoritaires d'une possible confrontation avec les opinions majoritaires.

Pour solidement ancrée qu'elle fût dans la doctrine majoritaire et la jurisprudence constitutionnelle américaine²⁴⁷⁶, cette métaphore n'en est pas moins soumise à la critique. En effet, son fonctionnement repose sur deux présupposés : la liberté d'accès de chacun à un tel « marché », pour n'y exprimer que leurs opinions propres ou des informations qu'ils croient

²⁴⁷¹ A. Robitaille-Froidure, *op. cit.* p. 81.

²⁴⁷² J.-F. Gaudreault-DesBiens, *Les cahiers de droit* 1998 p. 717 préc., *sp.* p. 736.

²⁴⁷³ « [...] *the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas* » ; « [...] *the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market* » (USSC, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), opinion dissidente du juge Holmes, p. 630).

²⁴⁷⁴ L. Pech, *Jcl. Communication*, fasc. 1250, étude préc., n° 104.

²⁴⁷⁵ « *Under the First Amendment, there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries, but on the competition of other ideas* » (USSC, *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323 (1974), pp. 339-340).

²⁴⁷⁶ L. Pech, *Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information*, *Comm. com. Electr.* 2004, étude 20, n° 7.

être vraies, et une analyse systématiquement rationnelle de ces idées par ceux qui en prennent connaissance²⁴⁷⁷. Or, certains auteurs estiment que la logique autonomiste d'un tel modèle, calqué sur l'autorégulation des marchés économiques, est de nature à occulter les facteurs extrinsèques susceptibles d'en perturber le fonctionnement, tels que le statut social de ceux qui s'expriment, le degré de visibilité subséquent de leurs idées, les éventuelles alliances stratégiques entre plusieurs groupes de pensée influents ou le *medium* employé²⁴⁷⁸. On peut surtout insister sur « *la capacité des gens de croire en des idées qui sont déjà socialement dominantes ou qui satisfont des besoins inconscients ou irrationnels* »²⁴⁷⁹.

590. Une seconde métaphore fonde la conception extensive du droit à la liberté d'expression aux Etats-Unis, à travers la théorie dite de la « pente glissante » (*slippery slope*) : celle-ci consiste dans l'idée qu'« *il est peu probable qu'une exception à la liberté d'expression demeure un cas isolé. Celle-ci risque, au contraire, d'être invoquée comme un précédent afin de justifier davantage de limitations* »²⁴⁸⁰. Il est ainsi craint que la restriction apportée à l'introduction d'une opinion impopulaire au sein du marché des idées ne conduise, par analogie, à multiplier ces restrictions à l'égard d'autres opinions, entraînant peu à peu un « court-circuitage » du débat public. A cette théorie américaine de la « pente glissante » s'oppose celle, plus européenne, de la « pente fatale », selon laquelle l'absence de restriction apportée aux opinions néfastes ou haineuses est susceptible de conduire à leur banalisation et leur légitimation progressive, pouvant aller jusqu'à leur mise en application²⁴⁸¹.

L'opposition de ces deux théories est caractéristique des contextes historiques qui ont façonné les conceptions modernes de la liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe : « *alors que l'Histoire du continent européen explique pleinement la forte méfiance à l'égard des partis ou mouvements anti-démocratiques [...], la consécration américaine de la libre*

²⁴⁷⁷ *Idem.*

²⁴⁷⁸ Jean-François Gaudreault-DesBiens, *Les Cahiers de droit* 1998 p. 717 préc., *sp.* p. 737.

²⁴⁷⁹ L. Pech, *Comm. com. Electr.* 2004, étude 20 préc., n° 11 ; dans le même sens, v. J. Morange, *La liberté d'expression*, *op. cit.* p. 27, n° 14.

²⁴⁸⁰ A. Robitaille-Froidure, *op. cit.* p. 48.

²⁴⁸¹ B. Frydman, *Comment les pouvoirs publics peuvent-ils lutter efficacement contre l'incitation à la haine tout en garantissant la liberté d'expression ?* Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit, 2012/03, *sp.* pp. 4-5.

*compétition des idées comme seul arbitre de leur légitimité s'inscrit dans une exaltation des vertus d'indépendance et de liberté qui participe au mythe national »*²⁴⁸².

C'est à la lumière du contentieux relatif aux discours de haine que l'illustration jurisprudentielle de l'ampleur du droit à la liberté d'expression aux Etats-Unis est la plus éclatante.

2 - L'ample protection jurisprudentielle des discours de haine aux Etats-Unis

591. L'exigence, dans la jurisprudence de la Cour suprême américaine, de la neutralité des restrictions législatives à l'égard du contenu de l'expression litigieuse (a), entraîne une quasi-impossibilité de réprimer les discours haineux aux Etats-Unis (b).

a - Une neutralité exigée de la loi à l'égard du contenu de l'expression

592. Une conséquence de l'opposition formalisée par les approches « positive » en Europe, et « négative » aux Etats-Unis, des textes proclamant le droit à la liberté d'expression, est que les conditions de sa limitation, apanage du législateur sur le Vieux Continent, sont l'œuvre exclusive, aux Etats-Unis, du juge, la Cour suprême étant à l'origine d'une véritable « *législation jurisprudentielle* » en la matière²⁴⁸³. A ce titre, on peut identifier « *trois voies d'analyse d'un litige relatif à la liberté d'expression* »²⁴⁸⁴.

D'abord, la qualité de la réglementation elle-même peut être examinée par la Cour, une législation rédigée en des termes trop vagues (*vagueness*) ou faisant rayonner trop largement son champ d'application (*overbreadth*) étant alors susceptible d'encourir la censure²⁴⁸⁵ : « *il y a de la sorte une exigence de clarté et de prévisibilité de la règle qui n'est pas fondamentalement différente de la condition de légalité du second paragraphe de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme* »²⁴⁸⁶. Ainsi, une loi prohibant la réunion de trois personnes ou plus sur les trottoirs, les coins de rues, les terrains vacants ou embouchures de ruelles, se comportant de manière gênante pour les passants ou occupants des bâtiments adjacents, doit être considérée tout à la fois comme « *vague* » dès lors qu'elle soumet l'exercice

²⁴⁸² P.-F. Docquir, *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux Etats-Unis*, Bruylant, 2007, *sp.* pp. 99-100, n° 121.

²⁴⁸³ L. Pech, *La liberté d'expression et sa limitation*, *op. cit.* p. 101, n° 176.

²⁴⁸⁴ P.-F. Docquir, *op. cit.* p. 57, n° 57.

²⁴⁸⁵ L. Pech, *La liberté d'expression et sa limitation*, *op. cit.* p. 119, n° 205.

²⁴⁸⁶ P.-F. Docquir, *op. cit.* p. 57, n° 58.

du droit de réunion à des circonstances difficilement déterminables, et comme « *overbroad* » dès lors qu'elle autorise la répression d'une conduite protégée par la Constitution (la liberté de manifestation)²⁴⁸⁷.

Ensuite, la Cour peut déterminer si l'expression litigieuse peut être intégrée parmi les catégories de discours ne bénéficiant pas, *per se*, d'une protection constitutionnelle au sens de la décision *Chaplinsky v. New Hampshire* de 1942. Dans cet arrêt, la Cour suprême a en effet affirmé qu'« *il existe des catégories d'expression bien définies et étroitement limitées dont la prévention et la répression n'ont jamais soulevé de problème constitutionnel. Celles-ci incluent les paroles obscènes, profanes, diffamatoires, insultantes ou belliqueuses – qui par leur seule prononciation, infligent une blessure ou tendent à perturber immédiatement la paix publique* »²⁴⁸⁸. L'absence de protection du Premier amendement ne signifie pas alors une interdiction absolue de ces catégories d'expression, mais uniquement qu'il est possible d'y apporter des limitations lorsqu'elles deviennent directement préjudiciables aux catégories protégées²⁴⁸⁹.

Enfin, bien que la Cour suprême fasse encore occasionnellement référence à ces « catégories de discours non protégées »²⁴⁹⁰, il semblerait que cette classification, vestige de la *Common Law*, ait été progressivement vidée de sa substance au profit de l'analyse de la *neutralité* de la réglementation vis-à-vis du *contenu* de l'expression²⁴⁹¹. Ainsi, l'examen de la constitutionnalité d'une restriction à la liberté d'expression au regard de sa neutralité vis-à-vis du contenu constitue la conséquence logique des principes établis par les métaphores du libre marché des idées et de la pente glissante. Lorsqu'une restriction vise une forme d'expression pour l'idée ou l'opinion qu'elle renferme (*content-based*), la détermination de sa constitutionnalité sera soumise à la plus sévère analyse (*strict scrutiny*), devant répondre aux critères cumulatifs suivants : un intérêt impérieux des pouvoirs publics (*compelling interest*),

²⁴⁸⁷ USSC, *Coates v. Cincinnati* 402 U.S. 611 (1971) ; dans un sens similaire, *v. Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*, 472 U.S. 491 (1985).

²⁴⁸⁸ « *There are certain well defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which have never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or « fighting » words – those which, by their very utterance, inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace* » (USSC, *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568, pp. 571-572).

²⁴⁸⁹ D.-A. Farber, « L'approche de la liberté d'expression par catégories d'expression en droit constitutionnel américain », in E. Zoller (dir.), *op. cit.* p. 71, sp. pp. 72-73.

²⁴⁹⁰ V. par ex. USSC, *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), pp. 245-246.

²⁴⁹¹ E. Zoller, *La Cour suprême des Etats-Unis et la liberté d'expression*, in E. Zoller (dir.), *op. cit.* p. 253, sp. pp. 275-276.

auquel répond une formulation soigneuse (*narrowly-tailored means*) et l'absence totale de moyens moins restrictifs (*least restrictive means*) pour y parvenir²⁴⁹². Cette grille d'analyse fut consacrée par l'affaire *Mosley* dans laquelle un homme avait été condamné pour avoir brandi une signalétique dénonçant la politique discriminatoire d'un lycée à proximité de ce dernier, alors qu'un règlement de la ville de Chicago n'autorisait, aux alentours des établissements scolaires, que l'exposition de piquets relatifs aux conflits collectifs du travail. Le juge constitutionnel avait alors affirmé que « *le Premier amendement interdit à l'autorité publique de limiter une expression à cause de son message, des idées qu'elle défend, du sujet dont elle traite ou de son contenu* »²⁴⁹³.

Ainsi, il ressort de la jurisprudence de la Cour suprême américaine que les législations des Etats américains, lorsqu'elles ont pour objet de restreindre l'exercice de la liberté d'expression, ne doivent, par principe, pas être adoptées à raison de la seule idée exprimée dans les formes d'expression qu'elles incriminent. C'est de cette condition de neutralité de la restriction apportée à la liberté d'expression vis-à-vis du contenu de l'expression litigieuse que découle la protection conférée par la jurisprudence constitutionnelle américaine aux discours de haine *lato sensu*.

b - Une répression quasi impossible des discours de haine

593. La régulation des discours de haine par les pouvoirs publics apparaît comme une source infinie de controverse aux Etats-Unis, dont l'opposition de principe aux limitations du droit à la liberté d'expression opérées à raison de l'idée exprimée a, comme on l'a vu précédemment²⁴⁹⁴, conduit les délégations américaines à refuser toute initiative internationale poursuivant l'objectif d'un alignement des législations répressives en la matière.

La question gagna le débat public américain dans les années 1930, dans le contexte de l'ascension européenne du parti Nazi²⁴⁹⁵. C'est néanmoins en 1952 que la Cour suprême eut à se prononcer pour la première fois sur une législation prohibant les discours racistes²⁴⁹⁶, dans

²⁴⁹² L. Pech, *La liberté d'expression et sa limitation*, op. cit. p. 123, n° 215.

²⁴⁹³ USSC, *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972), p. 82, cité et traduit par E. Zoller, op. cit. p. 253, sp. p. 278.

²⁴⁹⁴ V. *supra*, n° 579 s.

²⁴⁹⁵ A. Robitaille-Froidure, op. cit. p. 39.

²⁴⁹⁶ La Cour suprême du New Jersey avait, auparavant, conclu à l'inconstitutionnalité d'une loi réprimant les propos incitant publiquement à la haine ou à la violence, dirigés contre une personne ou un groupe de personnes

une affaire où M. Beauharnais, citoyen de l'Illinois, avait été condamné pour avoir distribué des tracts associant la population Noire de Chicago à un certain nombre d'activités illicites²⁴⁹⁷. La condamnation avait été prononcée en vertu d'une loi réprimant les discours dépeignant publiquement une partie de la population comme dépravée, délinquante, indécente ou dépourvue de vertu en raison de sa race, de sa couleur, de ses croyances ou de sa religion. La Cour suprême, estimant que la diffamation dirigée vers un groupe (*group libel*) ne saurait être davantage protégée par la Constitution que la diffamation individuelle, s'est prononcée à une majorité de cinq voix contre quatre en faveur de la conformité de la loi contestée au Premier amendement. Cette première affaire pouvait alors laisser penser que la répression des discours haineux pouvait trouver des fondements constitutionnels aux Etats-Unis. Néanmoins, plusieurs auteurs estiment que la jurisprudence *Beauharnais* ne trouverait plus, de nos jours, à s'appliquer²⁴⁹⁸. En effet, la Cour suprême, dans un arrêt *New York Times Co. v. Sullivan* de 1967, a opéré une « "constitutionnalisation" d'une partie substantielle du droit de la diffamation »²⁴⁹⁹ ; et si certains auteurs estiment que le régime de la diffamation de groupe ne devrait pas en souffrir²⁵⁰⁰, la Cour suprême elle-même s'est montrée dubitative, en 1978, quant au fait de savoir si la solution de l'affaire *Beauharnais*, au regard des évolutions de la jurisprudence, serait toujours considérée comme constitutionnelle²⁵⁰¹.

C'est d'ailleurs à partir de cette époque que d'autres arrêts rendus par la Cour suprême ont sévèrement sapé l'autorité de la jurisprudence *Beauharnais*²⁵⁰². La Cour a ainsi confirmé l'inconstitutionnalité d'une ordonnance ayant interdit, dans un village de l'Illinois peuplé en majorité de Juifs et de rescapés de l'Holocauste, au parti National Socialiste américain d'y défiler en uniformes et d'exhiber slogans et croix gammées²⁵⁰³. Mais l'affirmation la plus explicite de la protection constitutionnelle des discours de haine a été fournie en 1992 par la

en raison de considérations raciales ou religieuses (v. Supreme Court of New Jersey, *State v. Klapprott*, 22 A.2d 877 (N.J. 1941)).

²⁴⁹⁷ USSC, *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

²⁴⁹⁸ A. Robitaille-Froidure, *op. cit.* p. 40 ; Y. A. Timofeeva, *Hate Speech Online : Restricted or Protected ? Comparison of Regulations in the United States and Germany*, *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 12 :2, 2003, p. 254, *sp.* p. 271.

²⁴⁹⁹ L. Pech, *Jcl. Communication*, fasc. 1250, étude préc., n° 55.

²⁵⁰⁰ E. Zoller, art. Préc. in E. Zoller (dir.) p. 253 préc., *sp.* p. 271.

²⁵⁰¹ « *It may be questioned, after cases such as Cohen v. California [...]; Gooding v. Wilson [...]; and Brandenburg v. Ohio [...], whether the Tendency to induce violence approach sanctioned implicitly in Beauharnais would pass constitutional muster today* » (USSC, *Collin v. Smith*, 578 F. 2d 1197, p. 1204).

²⁵⁰² J. Bell, « Pour faire barrage à ceux qui n'ont pas de cœur : expressions racistes et droits des minorités », in E. Zoller (dir.), p. 51, *sp.* p. 58.

²⁵⁰³ USSC, *Collin v. Smith* préc.

Cour suprême dans l'affaire *R.A.V. v. St Paul*²⁵⁰⁴. En l'espèce, un groupe d'adolescents avait enflammé un crucifix en bois qu'ils avaient disposé dans le jardin d'une famille noire-américaine, procédé rappelant les messages de menaces exprimés par le *Ku-Klux Klan*. Les adolescents avaient été condamnés en vertu d'une loi locale réprimant la disposition d'un symbole, d'un objet ou d'un graffiti de nature à provoquer la colère, la peur ou le ressentiment d'autrui à raison de sa race, de sa couleur, de ses croyances, de sa religion ou de son sexe. La Cour suprême a conclu à son inconstitutionnalité en considération du fait qu'elle visait une forme d'expression en raison de son seul contenu, et était de nature à priver d'existence des opinions minoritaires du fait de la distinction qu'elle opérait entre les groupes visés et d'autres groupes. Ainsi, au contraire du droit français où il est possible pour le législateur de conférer une protection spécifique à certains groupes de personnes considérées comme une minorité²⁵⁰⁵, aux Etats-Unis, cette seule possibilité est considérée comme entraînant un déséquilibre dans le libre-jeu du débat public. L'arrêt *R.A.V.* a dès lors contribué à décourager les timides tentatives de régulation étatique des discours de haine outre-Atlantique²⁵⁰⁶. Aussi, si la Cour suprême n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur la répression des discours négationnistes, il est aisément admis que celle-ci serait considérée comme contraire au Premier amendement²⁵⁰⁷. On peut, en ce sens, citer l'exemple d'une affaire dans laquelle une juridiction inférieure a censuré l'annulation, par une association de bibliothécaires, du contrat de location d'une salle de conférences où devait se tenir un colloque négationniste²⁵⁰⁸.

594. Cette différence d'approche des autorités européennes et américaines vis-à-vis du discours haineux se caractérise en outre par le fait qu'en l'état actuel de la jurisprudence constitutionnelle américaine, le critère qui semble le plus à même de permettre la régulation de l'expression d'opinions haineuses est celui du « danger clair et imminent » (*clear and present danger*), qui fut établi par la Cour suprême dans l'arrêt *Schenck v. United States* en 1919, où il était question d'appels publics à refuser l'enrôlement dans l'armée américaine au cours de la Première Guerre mondiale²⁵⁰⁹. La Cour avait alors établi pour principe qu'il était nécessaire de déterminer si les mots employés le sont dans des circonstances de nature à créer un danger clair

²⁵⁰⁴ USSC, *R.A.V. v. City of St Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

²⁵⁰⁵ V. *supra*, n° 143 s.

²⁵⁰⁶ J. Bell, art. Préc. in E. Zoller (dir.), p. 51 préc., *sp.* pp. 60-61.

²⁵⁰⁷ A. Robitaille-Froidure, *op. cit.* p. 51 ; L. Pech, *La liberté d'expression et sa limitation*, *op. cit.* p. 386, n° 625.

²⁵⁰⁸ Cour d'appel du 9^{ème} circuit des Etats-Unis, *Mc Calden v. California Library Ass'n*, 955 F. 2d 1214 (9th cir. 1992).

²⁵⁰⁹ USSC, *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

et imminent, conduisant à des maux substantiels que le Congrès est en droit de prévenir²⁵¹⁰. La conception du critère ressortant des arrêts qui l'ont vu apparaître²⁵¹¹ permettait alors de considérer que « *si la conduite en question était pénalement répréhensible, l'apologie (advocacy) ou la promotion de cette conduite l'était également* »²⁵¹². Néanmoins, la Cour a par la suite remanié cette notion pour en faire une méthode de mise en balance des intérêts en jeu au regard des circonstances de chaque affaire²⁵¹³, réduisant ainsi considérablement sa portée²⁵¹⁴. Dans l'affaire *Brandenburg v. Ohio* notamment, la Cour a censuré la condamnation d'un membre du *Ku-Klux Klan* qui avait annoncé, lors d'une manifestation filmée à sa demande, la possibilité de représailles à l'encontre des Noirs, des Juifs et des institutions gouvernementales. Selon les juges, « *les garanties constitutionnelles de la liberté d'expression et de la liberté de la presse n'autorisent pas un Etat à interdire ou proscrire la promotion de la force ou de la violation de la loi, à moins que cette promotion ait pour objectif d'inciter à, ou de produire une action illicite imminente, et est effectivement de nature à produire une telle action* »²⁵¹⁵. Est alors mis l'accent sur la vraisemblance et la proximité temporelle d'une action illicite (*imminent lawless action*). Il en découle que « *la provocation indirecte ou encore la glorification ne peuvent tout simplement pas être réprimées sans violer le Premier amendement* »²⁵¹⁶, ce qui fait obstacle à l'incrimination d'une partie substantielle des discours haineux, qui se contentent de diffuser des opinions avec pour seul objectif de susciter un sentiment de rejet vis-à-vis de certains groupes de personnes.

Aussi, si certains notent l'accroissement récent d'un « *dialogue* » entre les juges de la Cour suprême américaine et ceux de la Cour européenne des droits de l'Homme dans leurs jurisprudences respectives, c'est pour souligner toutefois la persistance du clivage relatif à la

²⁵¹⁰ « *The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent* » (p. 52).

²⁵¹¹ V. not. USSC, *Whitney v. California* préc. ; *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919) ; *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919) ; *Abrams v. United States* préc. ; *Gitlow v. New York* préc. ; *Bridges v. California*, 62 U.S. 190 (1941).

²⁵¹² L. Pech, *La liberté d'expression et sa limitation*, op. cit. p. 104, n° 181.

²⁵¹³ *Ibidem*, p. 106, n° 184.

²⁵¹⁴ V. USSC, *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

²⁵¹⁵ « *The constitutional guarantees of free speech and free press do not permit a State to forbid or proscribe advocacy of the use of force or of law violation except where such advocacy is directed to inciting or producing imminent lawless action and is likely to incite or produce such action* » (USSC, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), p. 447).

²⁵¹⁶ L. Pech, Jcl. Communication, fasc. 1250, étude préc., n° 89.

protection conférée à l'expression d'opinions haineuses²⁵¹⁷. Au regard des critères jurisprudentiels de la Cour suprême, ne contreviendraient pas au Premier amendement les seules incriminations visant les provocations directes, immédiates et vraisemblables à la violence raciste, sexiste ou homophobe²⁵¹⁸. Partant, certains auteurs américains soulignent l'incompatibilité manifeste de la protection constitutionnelle américaine de la liberté d'expression avec les dispositions du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité de 2003, faisant des Etats-Unis un sanctuaire pour l'expression haineuse en ligne²⁵¹⁹.

B - Un affaiblissement de la répression sous l'influence du droit américain

595. Soumise à l'emprise du modèle américain de la liberté d'expression sur l'Internet (1), la répression pénale des délits d'expression en ligne demeure un instrument de régulation imparfait (2).

1 - L'emprise du modèle américain sur la liberté d'expression en ligne

596. L'empreinte américaine sur le réseau Internet est un fait difficilement contestable ; la culture du Premier amendement, dans laquelle le *World Wide Web* a pris naissance, imprègne son fonctionnement de façon flagrante, ce qui n'étonne guère dans la mesure où le réseau a été développé aux Etats-Unis, ceux-ci ayant longtemps conservé une position de leader mondial des services et usagers d'Internet²⁵²⁰. Dès lors, « *la théorie américaine de la libre circulation de l'information apparaît en filigrane dans les modalités techniques de la transmission des données sur Internet* »²⁵²¹, où la diffusion des idées s'effectue instantanément dans un paysage abstrait et dépourvu de toutes frontières. Dans ce contexte, l'Internet a même été qualifié par la Cour suprême américaine de « *nouveau marché des idées* » (*new marketplace of ideas*)²⁵²². Certains auteurs, évoquant l'internationalisation du droit des médias imputable au *Web*,

²⁵¹⁷ E. Zoller, *Le dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des Etats-Unis sur les droits fondamentaux*, LPA 4 avril 2008, n° 112 p. 26.

²⁵¹⁸ L. Pech, Jcl. Communication, fasc. 1250, étude préc., n° 66 ; A. Robitaille-Froidure, *op. cit.* pp. 73 s.

²⁵¹⁹ C. D. Van Blarcum, *Internet Hate Speech : The European Framework and the Emerging American Haven*, Wash. & Lee L. Rev. 2005, vol. 62, issue 2, p. 781, sp. pp. 815-818.

²⁵²⁰ Y. A. Timofeeva, *Journal of Transnational Law & Policy*, vol. 12 :2, 2003, p. 254 préc., sp. p. 269.

²⁵²¹ J.-R. Reidenberg, *L'affaire Yahoo ! et la démocratisation internationale d'Internet*, Comm. com. Electr. 2001, chron. 12.

²⁵²² USSC, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), p. 885.

décrivent cette influence à travers le concept de « *lex americana* »²⁵²³, désignant la force avec laquelle le modèle américain de la liberté d'expression apparaît, par la force (ou la faiblesse ?) des choses, comme étant le seul qui trouve à s'appliquer réellement en matière de pénalisation de l'expression en ligne²⁵²⁴. Cette situation tend à faire des Etats-Unis un « paradis médiatique » pour les formes d'expression réprimées sur le territoire d'autres Etats. En effet, l'emprise du modèle américain sur la répression pénale des délits d'expression en ligne s'exerce à deux degrés distincts.

597. Cette emprise s'exerce tout d'abord de façon *active*, à travers la quasi inévitable accessibilité sur un territoire étranger de contenus publiés depuis les Etats-Unis ; mais aussi, et surtout, depuis quelques années, à travers l'implantation internationale de « portails » étrangers de sociétés américaines offrant des services de communication en ligne, au nombre desquels les réseaux sociaux les plus populaires.

Les contenus publiés (le plus fréquemment de façon anonyme) par leurs utilisateurs sont en effet stockés sur des serveurs situés sur le territoire américain, et leur traitement soumis à la législation américaine. Marc Robert souligne ainsi que « *dans l'action quotidienne, les enquêteurs locaux, les magistrats du parquet et de l'instruction, qui se voient refuser la communication d'adresses IP sous les prétextes les plus divers ou qui apprennent que leur demande d'identification a été portée à la connaissance du mis en cause, savent combien la coopération de ces prestataires, et, plus particulièrement des grandes sociétés américaines, est sujette à caution, notamment lorsqu'il est question des limites à apporter à la liberté d'expression* »²⁵²⁵. En France, le conflit ayant opposé des associations de lutte contre le racisme au réseau social *Twitter* pour l'obtention des données d'identification d'utilisateurs ayant publié des messages à caractère antisémite a ainsi mis en évidence les limites de la LCEN de 2004 et de son décret d'application du 25 février 2011 précisant les conditions de conservation des données d'utilisateurs²⁵²⁶. Ce dernier renvoie en effet aux prescriptions de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978, dont l'article 5 limite son champ d'application aux traitements de données à caractère personnel « *dont le responsable est établi sur le territoire français* » (1°)

²⁵²³ L. Pech, *Conflits entre différentes conceptions de la liberté d'expression sur Internet : vers l'imposition d'une lex americana en matière de lutte contre le discours raciste et négationniste ?*, LégiPresse 2002, n° 188-II, p. 5 ; S. Rozenfeld, *Commentaire de l'ordonnance de référé du TGI de Paris, du 20 novembre 2000*, Legalis.net.

²⁵²⁴ A. Robitaille-Froidure, *op. cit.* p. 151.

²⁵²⁵ M. Robert, AJ Pénal 2016 p. 412 préc.

²⁵²⁶ Sur cette affaire, v. J. Francillon, RSC 2013 p. 566 préc. ; F. Chafiol-Chaumont, *Affaire Twitter c/ UEJF : suite et fin ?*, RLDI 2013, n° 97 p. 31.

ou « dont le responsable, sans être établi sur le territoire français [...], recourt à des moyens de traitement situés sur le territoire français » (2°). La société *Twitter* ayant argué avec succès de l'inapplicabilité de la loi française en matière de conservation de données, ce n'est que par le truchement de l'article 145 du Code de procédure civile²⁵²⁷ et, *in fine*, d'un accord entre les parties²⁵²⁸, que les données purent être transmises aux associations requérantes²⁵²⁹.

598. Facilitée par les réticences des prestataires américains à exécuter des injonctions étrangères en matière de communication des données d'identification, l'emprise de la *lex americana* s'exerce ensuite de façon *passive*, à travers la « fuite » des expressions illicites à l'étranger vers le territoire « numérique » américain²⁵³⁰.

En effet, aux Etats-Unis, la section 230, c), 1 du *Communications Decency Act* de 1996 dispose que les prestataires techniques ne peuvent voir leur responsabilité engagée du fait des contenus publiés par un autre fournisseur de contenus²⁵³¹. Il en résulte que la communication des données d'identification d'utilisateurs de ces services, en l'absence de sanctions encourues par les fournisseurs d'hébergement, est largement soumise à la bonne volonté de ces derniers ; et si les sociétés les plus importantes, dont une partie substantielle des revenus provient d'annonceurs tiers, peuvent avoir un intérêt à faire montre d'une coopération active dans la lutte contre la diffusion de contenus litigieux²⁵³², les services proposés par des micro-sociétés n'aspirant pas à une expansion internationale ou financière et faisant de la liberté d'expression des utilisateurs leur fonds de commerce demeurent accessibles aux utilisateurs du monde entier (moyennant quelques rudiments de langue anglaise et un virement international mensuel...).

Dès lors, l'accroissement des restrictions apportées en Europe relativement aux discours de haine semble avoir entraîné une « délocalisation » des sources européennes de ces discours

²⁵²⁷ TGI Paris, réf., 24 janvier 2013, Comm. com. Electr. 2013, comm. 58, obs. A. Lepage ; CA Paris, 12 juin 2013, RLDI 2013/95, n° 3165.

²⁵²⁸ NextImpact.fr, *Affaire #UnBonJuif : Twitter finit par céder*, 12 juillet 2013.

²⁵²⁹ A ce titre, il fut récemment proposé que la LCEN de 2004 voit son champ d'application territorial étendu aux entreprises exerçant une activité économique en France ; en ce sens, v. CNCDH, Ass. Plén., avis du 12 février 2015 préc., n° 8 ; M. Robert, AJ Pénal 2016 p. 412 préc.

²⁵³⁰ P. J. Breickheimer, *A Haven for Hate : The Foreign and Domestic Implications of Protecting Internet Hate Speech Under the First Amendment*, Southern California Law Review, 2002, vol. 75 p. 1493, *sp.* p. 1518.

²⁵³¹ « No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider ».

²⁵³² G. Péronne, E. Daoud, AJ Pénal 2014 p. 570 préc.

outre-Atlantique²⁵³³. À titre d'exemple, pas moins de 90 groupements extrémistes allemands ont transféré, au début des années 2000, leurs sites Internet sur des serveurs d'hébergement américains²⁵³⁴, et le Conseil de l'Europe déplorait, en 2002, que sur les quelque 4 000 sites Internet racistes alors recensés, 2 500 étaient hébergés aux Etats-Unis²⁵³⁵.

L'influence exercée par le modèle américain de la liberté d'expression sur l'Internet dresse, pour la répression pénale des délits d'expression publique en ligne, un obstacle qui paraît difficilement surmontable en l'état actuel du droit international.

2 - L'imperfection de la répression pénale en tant qu'instrument de régulation de l'expression publique en ligne

599. On le voit, l'influence exercée par la conception américaine de la liberté d'expression sur le *Web* tend à priver la répression pénale de la délinquance d'expression publique en ligne d'une part significative de son efficacité. La poursuite des efforts en vue d'une amélioration des versants internationaux de l'outil répressif, si elle est nécessaire, doit être accompagnée de réponses alternatives.

600. Il ne saurait s'agir, en tout état de cause, de promouvoir une « *unification du droit par le plus petit dénominateur commun* »²⁵³⁶. Certes, les initiatives régionales qui, à l'image de la Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe, stimulent une convergence des efforts répressifs nationaux des Etats signataires afin de parvenir à une régulation globale de l'Internet, doivent être saluées. Il est cependant indéniable que toute démarche visant à une harmonisation des législations en matière de discours de haine est vouée à l'échec tant que l'interprétation contemporaine du Premier amendement prévaudra aux Etats-Unis²⁵³⁷. En ce sens, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe reconnaît elle-même que le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité ne peut être efficace qu'à la condition que chaque Etat susceptible d'héberger des sites internet racistes n'y soit partie²⁵³⁸. La CNCDH a

²⁵³³ J. Banks, *Regulating Hate Speech Online*, International Review of Law, Computers and Technology, 2010, 24 (3) p. 233, *sp.* p. 237.

²⁵³⁴ New York Times.com, *Neo-Nazi Web Sites Reported to Flee Germany*, 21 août 2000 ; Newsbytes.com, *Neo-Nazi Web Sites Flee to the U.S.*, 2 décembre 2000.

²⁵³⁵ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, rapport de M. Ignasi Guardans sur le premier Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité du 5 septembre 2002, doc. n° 9538, § 8.

²⁵³⁶ L. Pech, *La liberté d'expression et sa limitation*, *op. cit.* p. 452, n° 717.

²⁵³⁷ J. Banks, International Review of Law, Computers and Technology, 2010, 24 (3) p. 233 *préc.*, *sp.* p. 236.

²⁵³⁸ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, *Racisme et xénophobie dans le cyberspace*, recommandation n° 1543 (2001) du 8 novembre 2001, § 4.

ainsi invité, en 2015, l'Etat français « à *entreprendre une action diplomatique forte* » pour obtenir la signature et la ratification du Protocole additionnel par les Etats hébergeant de tels sites²⁵³⁹. Néanmoins, en l'absence de perspectives d'évolution significative de la jurisprudence constitutionnelle américaine, il paraît difficile – voire inapproprié – d'exiger des Etats-Unis qu'ils se conforment à une conception de la liberté d'expression qui n'est pas la leur.

On peut alors regretter, avec certains auteurs²⁵⁴⁰, que le Comité d'experts nommé par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n'ait pas retenu la proposition qui avait été faite d'intégrer au texte de la Convention de 2001 des dispositions consacrant la notion d'« hébergement abusif »²⁵⁴¹. Cette proposition, issue de l'Institut suisse de droit comparé, avait pour objet de rendre le volet relatif à la lutte contre les discours de haine « *"américano-compatible"* », en adjoignant aux dispositions relatives à l'adoption d'incriminations pénales une « *norme moins contraignante* » obligeant « *les Etats qui ne pourraient adhérer à de telles dispositions [...] à veiller à ce que des normes coercitives ne soient pas détournées* » en les enjoignant de faire disparaître le contenu litigieux²⁵⁴² et en soumettant toute réserve aux incriminations à la reconnaissance de cette notion²⁵⁴³. Cette dernière aurait alors pu être définie comme « *l'hébergement aux fins de diffusion sur le réseau informatique de sites contenant de l'information haineuse sous une forme quelconque (texte, image, son ou autre) dans le but de tirer parti d'un régime plus permissif* ». Elle aurait aussi pu s'accompagner de critères objectifs tirés de la langue de rédaction, de la domiciliation du fournisseur de contenu, de la provenance des connexions, des adresses de contact ou de paiement, ou encore de la référence à des « *faits et contextes spécifiques à un autre Etat que l'Etat d'hébergement* »²⁵⁴⁴. Comme le souligne un auteur, cette notion semble être la mieux à même « *d'organiser au mieux la coexistence de conceptions différentes de la liberté d'expression dans la société de l'information* »²⁵⁴⁵. Une autre proposition a pu être formulée dernièrement, résidant dans l'obligation, pour tout hébergeur non-établi sur le territoire français et offrant un service d'hébergement accessible sur ce territoire, de désigner un représentant local responsable des contenus hébergés sous peine de

²⁵³⁹ CNCDH, Ass. Plén., avis du 12 février 2015 préc., § 7.

²⁵⁴⁰ L. Pech, Jcl. Communication, fasc. 3000, étude préc., n° 80.

²⁵⁴¹ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, avis n° 226 (2001) du 24 avril 2001, doc. 9031, recommandation n° 13.

²⁵⁴² Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, rapport de M. Ivar Tallo du 12 octobre 2001, doc. 9263, § 15-16.

²⁵⁴³ Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, doc. 9538 préc., § 7 – i.

²⁵⁴⁴ *Ibidem*, § 17-18.

²⁵⁴⁵ L. Pech, Comm. com. Electr. 2004, étude 20 préc., n° 38.

sanction pénale²⁵⁴⁶. Néanmoins, une telle obligation, tout à fait acceptable pour les prestataires d'hébergement proposant leurs services à un public français (ce qui peut s'établir par une série de critères tels que la rédaction du site de l'hébergeur en langue française, ou la possibilité d'un paiement en monnaie européenne), risque de s'avérer impossible à mettre en œuvre s'agissant d'hébergeurs dont le service en ligne est manifestement destiné à un public étranger.

601. Dans l'attente d'une éventuelle réception de la notion d'hébergement abusif, ainsi que d'une – encore moins probable – harmonisation des conceptions nationales de la liberté d'expression, il semblerait que la lutte contre les formes d'expression en ligne les plus attentatoires à l'ordre public doive faire reposer ses principaux espoirs sur la consolidation de ce que certains ont nommé la *lex electronica*²⁵⁴⁷.

Cette notion, dérivée de celle de *lex mercatoria*²⁵⁴⁸, désigne l'ensemble des initiatives d'autorégulation adoptées par les acteurs de l'Internet, parfois en partenariat avec l'Etat (co-régulation) en vue d'exercer un contrôle sur le contenu du réseau en dehors du cadre judiciaire. Cette voie permet ainsi l'apparition d'un *corpus* de règles dont l'application est assurée tant par les internautes que par les prestataires techniques relativement à l'utilisation du réseau qui constitue l'objet de leur relation contractuelle. C'est particulièrement le cas des chartes, « netiquettes » ou conditions d'utilisation dont la prise de connaissance est imposée par les prestataires d'hébergement ou d'accès à Internet à leurs utilisateurs pour pouvoir bénéficier des services proposés, et qui interdisent la diffusion de contenus violents, haineux ou obscènes sous peine de suppression de ceux-ci²⁵⁴⁹. Les internautes peuvent, pour leur part, s'équiper de logiciels de filtrage bloquant l'accès à certains sites en fonction de mots-clefs et d'algorithmes basés sur les champs sémantiques, et porter à la connaissance des prestataires techniques les contenus qu'ils jugent inappropriés par l'intermédiaire de modules de signalement²⁵⁵⁰.

L'avantage de cette voie est qu'elle permet, aux Etats-Unis, de s'affranchir des obstacles constitutionnels du Premier amendement, en vertu de la *Good Samaritan Provision* (« clause du bon samaritain »), incluse à la section 230, c), 2, A) du *Communications Decency Act* de

²⁵⁴⁶ Améliorer la répression des contenus racistes, antisémites, négationnistes ou discriminatoires sur Internet : les propositions des associations antiracistes, *Légipresse* 2018, n° 358, p. 123.

²⁵⁴⁷ *Ibidem*, n° 20 ; A. Robitaille-Froidure, pp. 201-202.

²⁵⁴⁸ Sans toutefois en emprunter le fonctionnement *stricto sensu*. V. L. Pech, *Jcl. Communication*, fasc. 3000, étude préc., n° 81.

²⁵⁴⁹ J. Banks, *International Review of Law, Computers and Technology*, 2010, 24 (3) p. 233 préc., *sp.* p. 237.

²⁵⁵⁰ A. Robitaille-Froidure, *op. cit.* pp. 233-234.

1996. Selon celle-ci, les prestataires ou utilisateurs ne pourront pas voir leur responsabilité engagée en violation du Premier amendement pour avoir restreint ou contribué à restreindre, de bonne foi, l'accès à un contenu répréhensible, que celui-ci soit ou non protégé constitutionnellement²⁵⁵¹. Ainsi, si la responsabilité des intermédiaires américains ne peut en toute hypothèse pas être engagée, qu'ils aient ou non choisi de lutter contre la diffusion de ces contenus²⁵⁵², cette clause semble pouvoir profiter aux acteurs dont les intérêts s'étendent au-delà des frontières américaines, et souhaitant se conformer aux standards étrangers afin de bénéficier de l'appui de partenaires commerciaux locaux²⁵⁵³.

²⁵⁵¹ « *No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of [...] any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected [...]* » (souligné par nous).

²⁵⁵² I. Rorive, *Strategies to Tackle Racism and Xenophobia on the Internet – Where are we in Europe ?*, International Journal of Communications Law and Policy, issue 7, Winter 2002/2003, p. 1, sp. pp. 6-7.

²⁵⁵³ A. Robitaille-Froidure, *op. cit.* p. 240.

Conclusion du Chapitre 2

602. En devenant le moyen globalisé de communication au public qu'il est de nos jours, l'Internet a profondément bouleversé les paradigmes de la pénalisation de l'expression publique dans sa dimension transnationale. Les hypothèses, auparavant exceptionnelles, dans lesquelles une publication étrangère délictueuse était susceptible de faire l'objet de poursuites en France en raison de son accessibilité sur le territoire de la République, tendent désormais à se généraliser ; et l'expression, en se jouant des frontières, se joue parfois également des lois.

603. L'analyse du droit positif français relatif aux compétences législative et juridictionnelle en matière de délits d'expression publique démontre que la volonté du législateur et du juge a pourtant été de conférer à ces règles une applicabilité extraterritoriale étendue. S'agissant de la délinquance d'expression, il est paradoxal de constater que si la compétence de la loi pénale française est expressément élargie à des hypothèses extraterritoriales en vertu des critères de personnalité active et passive de l'infraction, c'est à raison de sa territorialité qu'elle jouit du rayonnement le plus important, grâce, notamment, à la notion d'infraction « réputée commise sur le territoire de la République ». Cette dernière, cumulée aux principes issus du droit de la presse, revient à conférer un caractère ubiquitaire à la compétence répressive française, dès lors que l'acte de publication, indépendamment de son origine, produit ses effets en France. Appliquée à l'expression en ligne, cette ubiquité prend une tournure paroxystique : l'expression numérique traverse les frontières avec une facilité déconcertante et se trouve potentiellement accessible à tout endroit de la planète, quelle qu'ait été l'intention du locuteur à l'égard du public visé. Ce critère de l'accessibilité sur le territoire, en dépit des difficultés (conflits positifs de compétence, *non bis in idem* et, surtout, articulation des différentes conceptions de la liberté d'expression) qu'il génère inévitablement entre les différents Etats qui l'adoptent, a longtemps prévalu dans la jurisprudence française ; et, alors que celle-ci fit un pas vers l'adoption du critère, plus raisonnable et légitime, fondé sur le public visé par le délinquant, le législateur l'a récemment privé d'une part substantielle de sa portée en faisant de la résidence française de la victime d'une infraction commise en ligne un facteur légal de compétence de la loi pénale nationale.

604. Il semblerait cependant que ces puissantes extensions des compétences législative et juridictionnelle françaises soient relativement vaines. En effet, devant la volonté de l'Etat français de poursuivre et condamner les auteurs d'expressions délictuelles publiées depuis un

pays étranger par le biais d'un moyen de communication électronique et accessibles en France se dresse l'obstacle de la mise à exécution des condamnations ainsi prononcées, sans laquelle elles demeurent lettre morte. L'effectivité de la répression pénale est d'abord mise à l'épreuve de l'attachement des Etats à leur souveraineté. La difficulté se mesure, en aval, aux conditions rigoureuses de mise en œuvre d'une coopération judiciaire davantage imaginée pour les infractions les plus graves. En amont, les salutaires initiatives visant à harmoniser les législations pénales en vue d'assurer une incrimination globale de la délinquance d'expression la plus pernicieuse trébuchent – hier comme aujourd'hui – sur les antagonismes parfois profonds qui se manifestent entre les conceptions nationales de la liberté d'expression. De ce « choc des cultures » résulte une géométrie variable de la répression pénale, qui voit son effectivité mise à l'épreuve de ce qu'il convient d'appeler des « paradis médiatiques » : les législations de certains Etats, plus permissives, attirent ceux qui, souhaitant diffuser des opinions haineuses ou antidémocratiques sur leur propre territoire, profitent de l'immatérialité du *Web* pour faire héberger leur venin sur des serveurs étrangers. A ce titre, la jurisprudence constitutionnelle américaine relative au Premier amendement du *Bill of Rights* constitue la pierre d'achoppement de la régulation de l'expression haineuse sur Internet, qui se trouve littéralement prise en otage du fait de l'emprise exercée par le modèle américain sur l'exercice de la liberté d'expression en ligne. A défaut de pouvoir compter sur un outil répressif paralysé, il convient alors d'envisager une diversification des réponses juridiques, institutionnelles et sectorielles aux défis de la régulation du contenu de l'Internet.

La répression pénale de la délinquance transnationale d'expression en ligne est, à l'heure actuelle, un instrument profondément imparfait. Peut-être faut-il, en attendant le mieux, concentrer nos efforts sur le bien ; car dans ce domaine, plus que dans tout autre, « *il faut se garder de cultiver la perfection, dont la poursuite peut être un alibi pour ne rien faire* »²⁵⁵⁴.

²⁵⁵⁴ M. Vivant, JCP 1996.I.3969 préc., n° 29.

Conclusion du Titre 2

605. Toute avancée technique majeure dans le domaine de la communication emporte son lot de sentiments mêlés d'enthousiasme et d'inquiétude. L'imprimerie, jadis qualifiée de « *diabolique invention qui enfante chaque jour une infinité de livres pernicieux* »²⁵⁵⁵, traversa des siècles de réglementation sévère avant d'être finalement déclarée libre par le législateur du 29 juillet 1881²⁵⁵⁶. L'Internet présente, en ce sens, la particularité d'avoir été développé autour d'une architecture mondialisée et numérique, propice à une circulation libre et instantanée de l'information dès son apparition. Sa démocratisation par le *World Wide Web* en fit ce que Pierre Guerder considère être « *le meilleur et le pire des médias* »²⁵⁵⁷ : la « société de l'information » transcende les obstacles techniques et frontaliers à la diffusion de l'intelligence commune, du savoir et des amitiés, tout en favorisant une multitude de comportements nuisibles.

606. La délinquance d'expression publique, auparavant contenue dans la stratosphère d'un monde d'initiés de la communication au public, connaît une expansion critique du fait du caractère numérique de l'expression sur Internet. La transition du *Web 1.0*, vecteur de transmission unilatérale de l'information, vers un *Web 2.0* où le public émet du contenu tout autant qu'il en reçoit, a profondément fissuré la barrière classiquement dressée entre expression publique et expression privée, confondant celles-ci au sein d'un espace virtuel où la confidentialité des rapports se trouve reléguée au rang de l'exception. Amplifiée, la délinquance se diversifie également du fait des possibilités techniques offertes par le réseau en matière d'atteintes à la personne. Le droit pénal, submergé par des flots difficilement maîtrisables, se trouve partagé entre mansuétude et fermeté, lesquels pèsent de façon aléatoire sur les plateaux de la balance. Si l'on ne doit pas oublier que la majorité des internautes ne sont pas rôdés à l'art de la communication, l'adaptation du droit pénal matériel par la création ou le « dépoussiérage » des incriminations s'avère nécessaire, en gardant à l'esprit que l'Internet est un vecteur davantage qu'une cause de l'infraction. L'adaptation du volet procédural se révèle plus ardue, en raison de la longévité de l'expression en ligne et de la multiplicité des acteurs du *Web*. Si l'Internet ne saurait devenir un espace sans foi ni loi, il convient de ne pas céder à la tentation de faire des infractions de presse des délits continus et potentiellement imprescriptibles, pas

²⁵⁵⁵ P.-J.-E. Fabreguettes, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, *op. cit.* p. vii.

²⁵⁵⁶ A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1, *op. cit.* pp. 1205-1206, n° 1528.

²⁵⁵⁷ P. Guerder, *Rép. Pén. Dalloz*, V° *Presse (procédure)*, étude préc., n° 330.

davantage qu'à celle d'une responsabilisation excessive des intermédiaires techniques et éditoriaux dépassés par une expression imprévisible, massive, instantanée et anonyme.

607. Une autre caractéristique de la communication au public en ligne est sa vocation transnationale. Tandis qu'auparavant la publication d'une forme d'expression dans un pays étranger se voyait subordonnée à une série d'actes positifs traduisant la volonté de son auteur de s'exprimer par-delà les frontières, un même contenu se trouve désormais, intentionnellement ou non, accessible à tout point d'accès au réseau sur la planète. En résulte une lourde incertitude pesant sur les versants répressifs de l'expression publique. Si les règles de compétence territoriale élargie permettent virtuellement la poursuite et la condamnation de l'auteur d'une expression délictueuse publiée sur le territoire national depuis l'étranger, l'application de ces règles à l'expression en ligne font de la seule accessibilité à un contenu sur un territoire donné une source débordante d'insécurité juridique dès lors que celle-ci soumet toute personne souhaitant s'exprimer à l'obligation intenable de connaître la législation de l'ensemble des Etats sur le territoire desquels ses propos seront publiés. Cette voie, choisie initialement par la jurisprudence avant d'opter pour le critère d'attribution de compétence, plus légitime, dit du « public visé », paraît néanmoins devoir perdurer dans un grand nombre d'hypothèses par la volonté du législateur de 2016. Cette large compétence juridictionnelle ne doit toutefois pas tromper sur la capacité réelle de l'outil répressif à se saisir de la délinquance d'expression en ligne. Les Etats, tous potentiellement compétents, protègent jalousement leur droit souverain à exercer des poursuites ou à restreindre la liberté d'expression, limitant la coopération judiciaire internationale et l'harmonisation du droit pénal matériel aux faits les plus graves, et la divergence dans les conceptions nationales de la liberté d'expression tend à favoriser l'apparition de « paradis médiatiques » qui, à l'image des Etats-Unis, permettent la diffusion d'opinions haineuses ou antidémocratiques. En l'absence de possibilité d'identifier ces « exilés numériques » ou d'exécuter leurs condamnations, les mécanismes d'autorégulation et de corégulation du réseau apparaissent comme le moyen le plus sûr de les priver de tribune.

La pénalisation de l'expression publique, à l'ère des nouvelles technologies de la communication, peine à trouver son rôle dans un cyberspace qui tend à échapper à son emprise. Toutefois, une chose apparaît déjà certaine : ce rôle ne saurait revêtir, dans ce monde virtuel, l'ampleur qu'il connaît dans le monde réel.

Conclusion de la deuxième partie

608. Merle et Vitu affirmaient que « *la législation pénale d'un pays donné à un moment donné offre généralement le spectacle de ces images fondantes du cinéma sur lesquelles se mêlent en une photographie composite la scène précédente et la scène suivante* »²⁵⁵⁸. Par cette comparaison, les auteurs décrivaient cet état immuable des choses selon lequel le droit positif répressif d'un Etat, tout juste mûr pour répondre aux préoccupations qui commandèrent ses dernières évolutions, se voit déjà submergé par les questions qui dirigeront son cheminement prochain. L'étude de la pénalisation de l'expression publique en France permet d'aboutir, sans réelle surprise, à ce même constat. Toutefois, bien davantage que l'éternel sas temporel séparant le monde juridique du monde réel, c'est un décalage conjoncturel qui semble aujourd'hui affecter les rapports entre expression publique et droit pénal, témoignant d'une profonde inadaptation de la pénalisation aux évolutions modernes de l'expression publique elle-même.

Un certain nombre de changements sociétaux ont en effet contribué à moderniser l'expression publique par ses deux extrémités, à travers l'altération des modalités de sa limitation et de son exercice.

609. Ce sont en premier lieu des mutations sociétales qui, exerçant une influence sur la conduite du débat public, bouleversent le déroulement classique du processus de pénalisation en dénaturant le sens et la portée des critères qui justifient habituellement la restriction, dans une société démocratique, du droit à la liberté d'expression par le droit pénal. La médiatisation fulgurante de notre société, propice à une valorisation de la transparence de la vie publique, entraîne une remise en perspective de la pénalisation des comportements injurieux ou diffamatoires. Celle-ci, pourtant constante au sein des sociétés occidentales depuis l'Antiquité, enregistre un certain recul face aux exigences découlant de l'apparition d'un véritable « droit à l'information » exerçant un effet justificatif susceptible d'entrer en conflit avec la pénalisation. Cette évolution, largement promue par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, emporte la caducité d'un nombre important de facteurs motivant l'incrimination de formes d'expression consistant dans la révélation d'informations ou la dénonciation de faits intéressant le public : l'atteinte portée par de telles révélations à des intérêts individuels ou collectifs, protégés par la loi pénale, est ainsi susceptible de trouver une justification

²⁵⁵⁸ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, op. cit. p. 150, n° 97.

conditionnée par l'intérêt légitime des citoyens à en prendre connaissance. Parallèlement, la médiatisation de l'expression publique augmente et modernise le contentieux, suscitant un déséquilibre des rôles respectifs du régime répressif du droit de la presse et du droit de la responsabilité civile dans le contentieux des délits d'expression publique. Tandis que l'action civile a, au long du XX^e siècle, connu un essor considérable, fut constatée l'apparition d'un contentieux purement civil de la presse dont les règles processuelles souples se jouaient des rigueurs procédurales de la loi du 29 juillet 1881 au détriment de l'esprit profondément libéral du droit de la presse. Dans un excès inverse, la jurisprudence a calqué le régime procédural de l'action civile sur celui de l'action publique avant, finalement, d'évincer définitivement le droit de la responsabilité civile du domaine de la liberté d'expression, laissant subsister une « zone grise » de comportements qui, non incriminés par la loi, se voient exclus de tout droit à réparation. L'indispensable rééquilibrage du contentieux de presse doit, pour l'avenir, passer par un assouplissement jurisprudentiel des règles procédurales de la loi de 1881 dont la rigueur paraît excessive, et par une réhabilitation du droit de la responsabilité civile à l'égard des expressions qui, sans constituer une infraction, relèvent d'un comportement abusif.

610. Ce sont ensuite des mutations techniques qui, révolutionnant les procédés de l'expression publique, renversent les paradigmes traditionnels de la pénalisation de l'expression publique en pondérant considérablement ses effets dans l'espace public numérique et transnational que constitue le réseau Internet. D'une part, la structure participative acquise par le *Web* et l'immatérialité des données sur le réseau ont engendré une démocratisation, de même qu'une diversification de la délinquance d'expression publique. Outre la nécessaire modernisation de son volet matériel, la pénalisation doit donc répondre au périlleux défi d'une adaptation de son volet procédural aux réalités du réseau : l'expression en ligne jouit d'une visibilité beaucoup plus durable dans le cyberspace que la parole ou l'écriture dans les médias traditionnels, remettant en cause l'équilibre jadis instauré par le législateur de 1881 à travers le délai de prescription réduit des délits de presse ; la multiplicité et le fréquent anonymat des acteurs du *Web* compliquent également l'identification de ceux qui, par la publication même, ou par la seule fourniture des moyens qui l'ont permise, doivent répondre des infractions ainsi commises. D'autre part, la structure universelle du *Web* confère à l'expression en ligne un caractère omniprésent, posant la question de la loi applicable et des juridictions compétentes pour punir les auteurs d'infractions d'expression publique sur l'Internet. La solidarité des compétences législative et juridictionnelle en droit pénal, combinée à des règles extensives de compétence territoriale tend à conférer à l'appareil répressif français une compétence

ubiquitaire. Cette solution, appliquée par d'autres Etats, est génératrice de potentiels conflits positifs de compétence et constitue une source d'insécurité juridique pour les utilisateurs du monde entier en raison d'une conception variable de la liberté d'expression d'un Etat à l'autre. L'attachement des Etats à leur souveraineté répressive ainsi que leur vision nationale du droit à la liberté d'expression aboutissent à une large ineffectivité des poursuites et condamnations visant les auteurs étrangers ainsi qu'à la constitution de véritables « paradis médiatiques » assurant l'impunité des auteurs nationaux.

Conclusion générale

611. L'étude de la pénalisation de l'expression publique met en évidence une complexification, déroutante mais inévitable, des rapports entretenus par le droit pénal avec la liberté d'expression.

612. La pénalisation de l'expression publique agit d'abord comme une condition de la sécurité et de la tranquillité des personnes. Le droit pénal remplit ici sa fonction première, qui est assurément répressive. Il s'agit de dissuader, d'endiguer, de punir et de restreindre certains comportements qui, en dépit de leur nature profondément immatérielle, franchissent les barrières de l'esprit pour manipuler, opposer, blesser ou compromettre leurs destinataires au mépris de l'ordre public.

La pénalisation est alors le réflexe défensif d'une société prenant conscience de l'influence exercée, de façon avérée ou supposée, du verbe sur l'esprit, et de l'esprit sur le corps. Cette influence, difficilement mesurable à l'aune des formes localisées et éparses de l'expression que constituent les vociférations publiques, est apparue toujours plus évidente à mesure que les évolutions sociétales, politiques et techniques ont étendu l'audibilité, la visibilité mais surtout la finalité de l'expression publique au sein du corps social. L'expression, vecteur de pensées et d'émotions portant l'ambition du progrès de l'Humain vers un bonheur et une intelligence universels, constitue également le ferment de sentiments et instincts pervers ramenant ce dernier à sa corruptible condition. L'incrimination de cette influence, initialement effectuée sous le rapport de la complicité de l'auteur intellectuel vis-à-vis de l'auteur matériel d'une infraction commise à titre principal, s'exerce, depuis le XVIII^e siècle au travers d'infractions autonomes : provocations, apologies, publicité et propagande, présentation sous un jour favorable de certains comportements, ... en somme, des agissements comportant une lourde charge incitative sont identifiés par la norme répressive comme constitutifs d'une expression dangereuse.

L'inoculation dans le public, indépendamment de toute considération discriminatoire, d'un état d'esprit prompt ou simplement favorable à adopter des comportements antisociaux, relève ainsi d'un état d'esprit profondément misanthrope dès lors qu'elle consiste en une manifestation patente du mépris de ses auteurs à l'égard de leurs semblables. L'incitation, doublée ou affublée d'une stigmatisation odieuse de certaines catégories de la population à

raison de caractéristiques qui tendent à en faire des minorités sociales, relève quant à elle d'un état d'esprit beaucoup plus pervers, en ce qu'elle est susceptible d'emprunter les formes classiques et directes de la provocation, tout en exerçant une contagion plus lointaine et durable des esprits par des propos niant l'humanité ou la souffrance. En définitive, la pénalisation de l'expression publique s'inscrit d'abord dans une optique de protection du corps social par la répression préventive de l'emprise exercée, à dessein, par des esprits mal intentionnés sur les esprits les plus faibles.

La pénalisation est également le réflexe réprobateur d'une société consciente, dès ses origines, des effets considérables d'une expression qui fait de son public le témoin des vicissitudes du monde humain : la rumeur qui enfle au gré des oreilles qu'elle colonise n'atteint jamais l'ampleur qu'elle est susceptible de revêtir lorsque, jetée à la foule curieuse, elle couvre d'un opprobre retentissant ceux qu'elle vise. L'expression publique, source inépuisable d'informations et de débats pour une société qui a soif de savoir et d'opinion, est également la source où viennent puiser ceux dont le goût pour le malheur d'autrui ou le désordre trouve une satisfaction dans le tapage provoqué par le déliement inopportun des langues. Le droit pénal devient alors le garant de la sérénité et de la dignité du débat public en lui attribuant des limites salutaires de courtoisie, de pudeur et de prudence à travers la pénalisation d'une expression scandaleuse.

Cette modération des tribunes par la norme répressive constitue l'un des avatars les plus anciens de la pénalisation de l'expression publique. Elle prend ses sources dans l'Antiquité, où les comportements injurieux, entendus comme les agissements effectués de façon illégitime au préjudice d'autrui, s'entendaient d'une grande variété de faits parmi lesquels figuraient déjà les propos outrageants, insultants et calomnieux. Cette répression intemporelle des atteintes à l'honneur ou à la considération des personnes s'effectue aujourd'hui à travers l'incrimination de l'injure, de la diffamation et de l'outrage, constitutifs d'une expression infamante de par la marque quasi-indélébile qu'ils apposent sur la respectabilité et la réputation de leurs victimes dans l'opinion publique. La pénalisation de l'expression publique répond dès lors au besoin de la société de protéger l'individu et la chose publique contre les effets dévastateurs du reflet, déformé ou fidèle, porté par-devers eux par le miroir d'une opinion publique injustement mobilisée.

613. La pénalisation de l'expression publique agit ensuite comme un témoin des rapports entretenus par une société avec ses propres fondements. La fonction répressive du droit

pénal est en effet « *indissociable de [sa] fonction expressive* » par laquelle il « *exprime les valeurs essentielles de la société* »²⁵⁵⁹. Ce faisant, le droit pénal intervient lui-même dans le débat public en établissant les limites qu'il entend faire respecter à ses participants.

En déterminant ainsi les formes d'expression que la société ne saurait accepter, le droit pénal contribue à définir les frontières du droit à la liberté d'expression. Les débordements de ce droit correspondent donc bien à ceux qui furent visés par les rédacteurs de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 en tant qu' « *abus déterminés par la Loi* » (art. 11), et revêtent une telle qualification dans la mesure où ils portent atteinte aux valeurs sanctuarisées par la norme pénale et dont la protection justifie dès lors des ingérences strictement « *nécessaires, dans une société démocratique* » (Conv. EDH, art. 10). L'expression publique est donc pénalisée pour l'atteinte qu'elle est susceptible de porter à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé publique et, dans le cadre plus spécifique de l'expression haineuse, aux valeurs d'égalité et de dignité humaine. L'expression publique est également pénalisée pour l'atteinte qu'elle est susceptible de porter aux valeurs intemporelles que sont la réputation ou la respectabilité d'autrui.

614. Le droit pénal, en remplissant ces fonctions, fait de la pénalisation de l'expression publique le plus nécessaire et le plus juste des encadrements de la liberté d'expression contre ses débordements.

Nécessaire tout d'abord, car la garantie concrète et effective de la liberté d'expression impose que les restrictions qui y sont apportées ne concernent que les faits qui rongent le tissu social de la façon la plus significative. Le « droit de punir », disait Beccaria, est « *l'assemblage de toutes ces plus petites portions possibles de liberté* » que l'on s'accorde à céder afin de conserver à la répression son caractère légitime²⁵⁶⁰. Plus tard, Fabreguettes interrogeait : « *la société a renoncé, successivement, à sauvegarder par des sanctions les dogmes religieux. Elle a affaibli aussi, au nom de la liberté, les dogmes politiques ; mais doit-elle abandonner les dogmes purement sociaux ?* »²⁵⁶¹ A ce titre, la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse est, comme le soulignait son rapporteur Eugène Lisbonne, incontestablement une loi

²⁵⁵⁹ F. Desportes, F. Le Gunehec, *op. cit.* p. 25, n° 50-51.

²⁵⁶⁰ C. B. Beccaria, *op. cit.*, Ch. II.

²⁵⁶¹ P.-J.-E. Fabreguettes, *De la complicité intellectuelle et des délits d'opinion, de la provocation et de l'apologie criminelles, de la propagande anarchiste*, *op. cit.* p. 3.

« d'affranchissement et de liberté »²⁵⁶². Il n'en demeure pas moins que cette loi, alors pétrie d'intentions libérales et souhaitant préserver la liberté de la presse des atteintes qui lui furent portées presque aussitôt qu'elle avait été consacrée par la Révolution, est une loi essentiellement répressive, dans laquelle sont édictées les incriminations qui constituent, aujourd'hui encore, l'écrasante majorité du contentieux de l'expression publique.

Cet encadrement est également le plus juste, car l'exercice de l'action publique par l'Etat, en vertu des règles que le législateur est le seul en mesure d'établir en matière répressive, constitue une garantie forte contre la tentation d'une régulation du débat public obéissant à des intérêts ou sensibilités privés et arbitraires. Le principe de la légalité criminelle constitue dès lors la paroi visible de la société démocratique, au-delà de laquelle l'expression publique risque de verser dans l'excès. La sanction n'est ainsi que la prévisible rétribution du franchissement des limites que nul n'est censé ignorer ; et lorsque l'excès de certaines formes d'expression n'est que la condition inévitable de leur utilité avérée, ces limites savent s'effacer sous le contrôle du juge répressif, arbitre d'une vérité rigoureusement prouvée ou d'une bonne foi démontrée dans les faits, de même que sous celui du juge européen, gardien d'une liberté d'expression promue au rang de fondement essentiel d'une société démocratique²⁵⁶³.

615. Entièrement justifié et légitime pour réguler le débat public face à ses débordements, le droit pénal souffre néanmoins, à l'heure actuelle, d'un profond décalage face aux nombreuses évolutions qui affectent l'exercice de cette liberté. Bien davantage que l'inévitable intervalle temporel séparant le droit positif des mœurs et pratiques contemporaines, ce décalage est conjoncturel, et oppose les usages actuels de la pénalisation aux exigences modernes de la liberté d'expression. L'expression publique est au cœur de mutations qui altèrent les enjeux de sa régulation par le droit pénal : la pénalisation peine à trouver ses repères de nécessité et d'opportunité face à des phénomènes qui la dépassent par leur ampleur et leur impact.

La pénalisation subit d'abord des mutations de nature sociétale, qui s'observent à travers le phénomène d'instrumentalisation, tant de la loi, que de la Justice.

L'expression publique est ainsi victime d'une invocation excessive de la norme pénale face aux remous du débat public dans un contexte troublé. Par l'immixtion du répressif dans

²⁵⁶² H. Celliez, C. Le Senne, *op. cit.* p. 5.

²⁵⁶³ CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, 7 décembre 1976 préc., § 49.

les questions de société, le législateur vient étendre de façon démesurée le champ d'incrimination de l'expression publique dans les domaines sensibles de la protection des intérêts nationaux et catégoriels. La norme pénale perd alors le cap de sa nécessité en créant des infractions promises à la désuétude sur le court terme, en procédant au déplacement dans le Code pénal d'infractions dont le caractère de délit de presse plaide pourtant en défaveur de leur répression par le droit commun, ou encore en poursuivant l'ambition périlleuse d'accorder une protection spécifique toujours plus exhaustive à des groupes de personnes aux motifs parfois précaires de leur statut de minorité ou de leurs souffrances passées.

Ce phénomène d'instrumentalisation de la pénalisation touche également la Justice dans son utilisation par les divers acteurs du contentieux. Lorsqu'elle n'est pas le fait même des juges, nationaux comme européens, l'extension démesurée du champ de la répression tend à s'opérer sous l'effet des orientations du contentieux à l'initiative de parties privées, au mépris des principes de la légalité criminelle et de l'opportunité des poursuites. L'expression publique se voit ainsi durablement rétrécie, à travers la dénaturation des textes d'incrimination par leur interprétation déraisonnable devant les juridictions répressives. Elle est ensuite spontanément entravée, à travers l'exercice déraisonnable de l'action en Justice aux fins manifestes de réduire au silence ceux qui dénoncent des pratiques illégitimes.

La pénalisation subit également des mutations de nature technique, qui entravent le fonctionnement traditionnel de la norme répressive dans sa limitation du débat public à travers la médiatisation et la dématérialisation de l'expression publique dans une société moderne.

La médiatisation fulgurante de notre société tend d'abord à amplifier le contentieux de l'expression infamante, ce qui n'est pas sans emporter des effets sur les contours de sa répression. Les formes les plus anciennes et répandues de la pénalisation se heurtent ainsi à l'influence considérable de la jurisprudence strasbourgeoise qui, par sa « valorisation spectaculaire de la liberté de la presse », emporte une réduction notable de la responsabilité de ceux qui se donnent pour mission d'informer les citoyens à travers la réduction du champ répressif de certaines infractions, voire leur abrogation ; mais aussi, à travers l'exportation dans la jurisprudence nationale d'un véritable « effet justificatif » tiré des dispositions de l'article 10 de la Convention EDH. Délibérément bridées par le cadre libéral de la loi de 1881 sur la liberté de la presse, les victimes de propos délictueux ont par ailleurs trouvé dans le droit de la responsabilité civile une procédure plus avantageuse face aux excès d'une presse toujours plus

intrusive et bavarde, précipitant le contentieux de presse dans une crise de surenchère opposant partisans d'une dépenalisation de la matière et tenants d'un droit de la presse « décivilisé ».

La dématérialisation de l'expression publique, opérée par l'avènement d'Internet en tant qu'outil de communication de masse, donne également du fil à retordre aux autorités répressives confrontées à une expression numérique et transnationale. La démocratisation de l'Internet par le développement d'un *Web 2.0* essentiellement participatif entraîne, outre leur amplification critique, une popularisation et une diversification des formes de l'expression punissable, et une multiplication des intermédiaires susceptibles de jouer un rôle dans sa diffusion. Le caractère transfrontalier de l'expression en ligne emporte, quant à lui, une remise en question de la place et du rôle de la pénalisation dans un monde où les frontières ont perdu toute emprise sur la circulation de la pensée. Alors que le droit pénal national affiche une applicabilité théorique à tout fait d'expression publique quel qu'en soit l'origine dès lors qu'il est accessible sur le territoire de la République, cette compétence législative et juridictionnelle ubiquitaire apparaît bien vaine tant elle se heurte aux réalités techniques et juridiques du réseau Internet.

Au vu de ces éléments, il apparaît nécessaire de réaffirmer les limites qui doivent circonscrire le rôle de la pénalisation de l'expression publique au sein d'une société moderne, démocratique et désormais connectée.

616. C'est, d'abord, la fonction expressive du droit pénal qui apparaît surexploitée. D'aucuns regrettent, à juste titre, l'émergence d'une fonction *déclarative* de la loi pénale, qui favorise l'abstraction des textes d'incrimination au mépris de l'exigence de leur clarté, et encourage une véritable « *fièvre législative* » suscitant doublons et lettres mortes²⁵⁶⁴. On peut surtout craindre que ce « harcèlement textuel » ne devienne l'outil d'un encadrement immodéré des libertés individuelles et d'un redressement de la pensée. En ce sens, l'expression publique constitue un terrain particulièrement fertile pour la substitution d'une tutelle idéologique à la régulation légitime du débat public par l'Etat²⁵⁶⁵. L'exemple récent d'une extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse aux faits de diffusion en ligne « *d'allégations ou d'indications de nature à induire intentionnellement en erreur, dans un but dissuasif, sur les caractéristiques ou les conséquences médicales d'une interruption volontaire de grossesse* »,

²⁵⁶⁴ C. Lazerges, RSC 2004 p. 194 préc.

²⁵⁶⁵ « Rien n'est plus ardu que de concilier les nécessités de la préservation sociale avec les droits de la pensée humaine. Entre l'inquisition monstrueuse et la tutelle morale légitime il n'y a qu'un point géométrique » (P.-J.-E. Fabreguettes, *De la complicité intellectuelle et des délits d'opinion*, op. cit. p. 3).

heureusement limitée par le Conseil constitutionnel à des faits dirigés vers des personnes déterminées et ne revêtant pas le caractère d'une opinion²⁵⁶⁶, constitue l'un des derniers avatars d'une expression « *en liberté surveillée* »²⁵⁶⁷.

Quarante ans après l'emblématique arrêt *Handyside* de la Cour européenne des droits de l'Homme, cette synthèse interroge : la réaction sociale découlant de propos qui, sans nécessairement causer un trouble caractérisé à l'ordre public ou aux droits d'autrui, « *heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population* » doit-elle toujours se manifester par la voie de la justice répressive ? Il semblerait que, « *loin de se construire en dehors de toute référence à une quelconque éthique, la législation pénale contemporaine reflète seulement le passage d'un ordre moral à un autre* »²⁵⁶⁸. En incriminant l'expression d'une idée, on promeut l'idée contraire qui bénéficie de la légitimité s'attachant à la loi. Cette posture moralisatrice, presque *militante* de la pénalisation prend aujourd'hui ses formes les plus aiguës au travers de la tendance récente à une « *despécialisation du droit de la presse* »²⁵⁶⁹ : en niant à certaines infractions d'expression leur caractère spécifique pour leur faire revêtir la forme de délits de droit commun, ce n'est plus seulement le *fait matériel* que l'on incrimine mais bien l'*idée* qu'il renferme. D'intention louable, cette démarche est néanmoins contreproductive dans la mesure où l'incrimination d'une idée, loin d'aboutir à sa disparition, conduit irrémédiablement à sa clandestinisation²⁵⁷⁰ : *interdire* n'est pas toujours *combattre*.

La pénalisation de l'expression publique doit ainsi demeurer l'outil d'une protection absolument nécessaire des citoyens contre les faits révélant une intention de nuire résolue et, parfois, perverse, en comparaison desquels la plus méprisable des bêtises compte parfois parmi les opinions auxquelles la norme pénale ne doit pas se frotter. L'étude de cette pénalisation tend ainsi à rappeler le manque, regretté par beaucoup²⁵⁷¹ et souligné par d'autres²⁵⁷², d'un « *véritable principe de nécessité des incriminations* » fondé sur l'article 5 de la Déclaration de

²⁵⁶⁶ Conseil constitutionnel, décision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017, cons. n° 14-15.

²⁵⁶⁷ A. Maron, *L'expression en liberté surveillée*, Dr. Pén. 2017, repère 2. A ce sujet, v. aussi A. Cheynet de Beaupré, *Délit d'opinion dissidente ?*, D. 2016 p. 2393.

²⁵⁶⁸ Ph. Conte, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualités : études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005 p. 141, *sp.* p. 143.

²⁵⁶⁹ P. Auvret, art. préc. in *Mélanges Jacques Robert*, *op. cit.*, pp. 31 s.

²⁵⁷⁰ P. Rolland, art. préc. in *Pouvoir et Liberté*, *op. cit.* pp. 660-661.

²⁵⁷¹ M. Delmas-Marty, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, p. 18 ; J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 137, cités par R. Parizot, art. préc., in *Politique(s) criminelle(s) : mélanges en l'honneur du Professeur Christine Lazerges*, *op. cit.* p. 245.

²⁵⁷² F. Desportes, F. Le Guehec, *op. cit.* p. 14, n° 33.

1789, d'après lequel « *la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* ». A ce titre, une consécration dudit principe par le Conseil constitutionnel lui-même, en tant que principe à valeur constitutionnelle, apparaît désormais indispensable pour contenir les ambitions parfois démesurées du législateur. La pénalisation de l'expression publique devrait, en outre, conserver l'humilité dans laquelle les frontières territoriales, même ignorées par la communication électronique, enferment son ambition d'exporter les critères nationaux de régulation du débat public à l'échelle mondiale. Dans l'attente, peut-être infinie, d'une agrégation unanime des législations autour des valeurs essentielles qui fondent une société démocratique, le droit pénal doit s'accommoder de l'application, plus modeste, de mécanismes non répressifs à l'expression la plus insaisissable.

617. C'est, ensuite, la fonction répressive du droit pénal qui se trouve galvaudée. La régulation pénale des abus de la liberté d'expression par la loi du 29 juillet 1881, assurément indispensable pour préserver le droit de la presse d'une privatisation excessive des poursuites, doit voir son interprétation jurisprudentielle repensée dans l'optique d'un rééquilibrage des règles processuelles en faveur des victimes. Il est indéniable, au regard des premiers arrêts rendus après l'adoption de la loi de 1881, qu'en instaurant un régime dérogatoire destiné à prémunir la liberté de la presse contre l'intimidation et le chantage des poursuites abusives, le législateur n'a pas entendu sanctionner injustement les erreurs qui, dans les actes engageant l'action publique, ne sont pas de nature à induire irrémédiablement les prévenus en erreur sur ce qui leur est reproché. Pas davantage n'a-t-il souhaité priver la responsabilité civile de toute emprise sur les dommages qui résultent d'une manifestation abusive de la pensée, dès lors toutefois que l'intention de nuire est suffisamment caractérisée.

Inversement, la dénonciation récurrente du caractère prétendument anachronique des « chausse-trappes » de la loi de 1881 ne doit pas faire oublier que c'est la spécificité de la matière qui exige, aujourd'hui encore, la spécificité de sa procédure. Cette particularité ne doit pas non plus faire oublier qu'elle est une garantie cruciale de l'équilibre du débat public, face à laquelle la déconstruction progressive du droit de la presse, par sa déspecialisation et par le spectre récurrent de sa dépénalisation, témoigne d'un regrettable désarmement du Droit face aux enjeux de la liberté d'expression. Il a pu être suggéré que le droit de la presse, afin de retrouver son équilibre, soit repensé notamment autour de l'idée selon laquelle devraient seuls pouvoir bénéficier de son régime spécifique les faits constitutifs d'une contribution à un débat d'intérêt général, en excluant ainsi les faits susceptibles de porter atteinte aux valeurs

fondamentales²⁵⁷³. Cette proposition, qui met à l'honneur la liberté d'expression dans ce qu'elle a de plus bénéfique, peut être discutée dans la mesure où cette liberté est, aujourd'hui plus que jamais, l'affaire de tous, journalistes comme citoyens, et saurait difficilement faire l'objet d'un traitement distinct par le Droit selon les locuteurs et/ou les propos. Car si le législateur de 1881 avait bien pour objectif de protéger la liberté de la *presse*, il ne paraît pas inexact de considérer qu'il a souhaité, avant tout, protéger la liberté *d'expression*, consacrée presque un siècle auparavant au sein de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen.

Si le souhaitable rééquilibrage du droit de la presse doit avoir lieu, on peut rester convaincu qu'il doit demeurer un droit qui, en dépit de son appellation impropre et des « exfiltrations » déjà orchestrées par le législateur, régit *l'expression publique* au sens large, en tant qu'activité exercée librement par toute personne, à charge de répondre de ses abus devant la Justice. Dans cette perspective, l'expression publique doit continuer à recevoir une réponse pénale fondée sur l'intention de nuire manifeste, sans avoir été « filtrée » en amont à l'aune du critère, souvent insaisissable, de l'intérêt général. Cette réponse doit, en outre, demeurer dans le cadre libéral et dérogatoire de la loi de 1881 lorsque les propos expriment une opinion, ou mobilisent celle du public ; tandis que les propos qui exhortent *directement* à l'adoption d'un comportement, quittant ainsi le terrain de la pensée pour rejoindre celui de l'action, peuvent être réprimés au sein du droit commun.

Afin que le droit de la presse ne soit pas injustement perçu comme un obstacle à la répression, il conviendrait en outre que les professionnels de la Justice y soient davantage sensibilisés, et que chaque ressort de Cour d'appel dispose, fût-ce au prix d'une mince réforme du Code de procédure pénale, d'une formation juridictionnelle spécialisée en la matière, pouvant faire face à un contentieux promis à l'explosion à l'heure de la communication électronique. Il serait également souhaitable que la matière soit enseignée de façon plus répandue dans le cadre des formations professionnelles ou universitaires. A cet égard, le délicat – et, semble-t-il, perpétuel – ajustement de la pénalisation de l'expression publique au nouveau *medium* que constitue l'Internet implique une responsabilisation rationnelle et raisonnée de ses acteurs et utilisateurs, en évitant l'écueil d'une diabolisation par la norme répressive de ce qui pourrait constituer, à l'avenir, le principal vecteur de diffusion d'idées et d'informations.

²⁵⁷³ J.-P. Marguénaud, Rapport conclusif in N. Droin, W. Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.* p. 249.

Enfin, l'intérêt légitime du public à être informé suppose désormais une redéfinition du rôle du juge dans la sanction des abus de la liberté d'expression, celui-ci étant contraint, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour EDH, à ne plus apprécier la punissabilité d'un propos à l'aune de sa seule incrimination par les textes²⁵⁷⁴ : c'est par la juste confrontation des intérêts en présence qu'il lui appartient de déterminer ce qui, de la répression ou de la liberté, pèse le plus sur la balance de la Justice.

618. Toujours éminemment justifiée par la nécessité de protéger les fondements d'une société démocratique et libérale face aux débordements de l'expression publique, la pénalisation de cette dernière ne s'en trouve pas moins à un croisement critique de son existence. Face aux mutations sociétales et techniques qui accompagnent l'entrée dans un siècle nouveau, le droit pénal doit procéder à une réévaluation de son rôle dans la régulation du droit à la liberté d'expression, afin que soient préservées la pluralité, l'utilité, l'accessibilité et l'universalité du débat public démocratique.

²⁵⁷⁴ F. Safi, *Le rôle du juge dans la sanction des abus de la liberté d'expression*, Dr. Pén. 2017, étude 3, *sp.* n° 9.

Bibliographie

Ouvrages généraux, manuels et traités

BARBIER G., *Code expliqué de la presse, Traité général de la police de la presse et des délits de publication*, t.1, Paris, Marchal et Billard, 1887.

BECCARIA C.B., *Des délits et des peines* (1764), édition numérique de l'Institut Coppet, 2011.

BEIGNIER B., *Le droit de la personnalité*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1992.

BELLESCIZE (De) D., **FRANCESCHINI L.**, *Droit de la communication*, 2^{ème} éd., Thémis, 2011.

BENILLOUCHE M., *Leçons de procédure pénale*, 3^{ème} éd., Ellipses, 2017.

BEZIZ-AYACHE A., *Dictionnaire du droit pénal général et de la procédure pénale*, 6^{ème} éd., Ellipses, 2016.

BIGOT Chr., *Pratique du droit de la presse*, Victoires, 2013.

BOULOC B., *Droit pénal général*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2017.

BRUGUIERE J.-M., **GLEIZE B.**, *Droits de la personnalité*, Ellipses, 2015.

CABALLERO F., **BISIOU Y.**, *Droit de la drogue*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2000.

CABRILLAC R. (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, 23^{ème} éd., Dalloz, 2017.

CARBONNIER J., *Droit civil*, 6^{ème} éd., t. 4, Thémis, 1969.

CHASSAN J.-P., *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 1^{ère} éd., Paris, Videococq, t. 1, 1837.

CHASSAN J.-P., *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 2^{ème} éd., Paris, Videococq Père et Fils, t. 2, 1846.

CHEVREAU E., **MAUSEN Y.**, **BOUGLÉ C.**, *Histoire du droit des obligations*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2011.

CONTE Ph., *Droit pénal spécial*, 5^{ème} éd., Litec, 2016.

CONTE Ph., **MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Armand Colin, 2004.

CORNU G. et al., *Vocabulaire juridique*, 9^{ème} éd., PUF, 2011.

DAREAU F., *Traité des injures dans l'ordre judiciaire*, Paris, Prot, 1775.

DENIZEAU Ch., *Droit des libertés fondamentales*, 3^{ème} éd., Vuibert, 2014.

DERIEUX E., *Droit des médias*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2015.

DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007.

DESPORTES F., LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, 16^{ème} éd., Economica, 2009.

DREYER E., *Droit pénal général*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2016.

DREYER E., *Responsabilités civile et pénale des médias*, 2^{ème} éd., Litec, 2008.

DREYER E., *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2012.

FABREGUETTES P.-J.-E., *De la complicité intellectuelle et des délits d'opinion, de la provocation & de l'apologie criminelles, de la propagande anarchiste*, Paris, Marescq Aîné, 1894-1895.

FABREGUETTES P.-J.-E., *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t.1, Paris, Marescq Aîné, 1884.

FABREGUETTES P.-J.-E., *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 2, Paris, Marescq Aîné, 1884.

FAUCHOUX V., DEPREZ P., BRUGUIERE J.-M., *Le droit de l'Internet*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2013.

FAUCHOUX V., DEPREZ P., BRUGUIERE J.-M., *Le droit de l'Internet*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2017.

FAVOREU L. (dir.), *Droit des libertés fondamentales*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2015.

GARNOT B. (dir.), *La justice et l'histoire*, Bréal, 2006.

GASSIN R., *Criminologie*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2011.

GAUDEMET J., *Droit privé romain*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 2000.

GICQUEL J., GICQUEL J.-E., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 31^{ème} éd., LGDJ, 2017.

GIFFARD A.-E., VILLERS R., *Droit romain et ancien du droit français (obligations)*, 4^{ème} éd., Dalloz, 1977.

GRATTIER (De) A., *Commentaire sur les lois de la presse et des autres moyens de publication*, t. 1, Paris, 1839.

GRELLET-DUMAZEAU T., *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, Paris, Joubert, 1847.

GUINCHARD S., MONTAGNIER G., *Lexique des termes juridiques*, 15^{ème} éd., Dalloz, 2005.

GUYOT J.-N., *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence civile, canonique et bénéficiaire*, t. 19, Paris, 1778.

HATIN L.-E., *Manuel théorique et pratique de la liberté de la presse. Histoire, législation, doctrine et jurisprudence, bibliographie, 1500-1868*, Paris, Pagnerre, 1868.

HUET J., DREYER E., *Droit de la communication numérique*, Lextenso, 2011.

JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Montchrestien, 1991.

JEANDIDIER W., BELOT L., *Procédure pénale*, PUF, 1986.

JOUSSE D., *Traité de la justice criminelle de France*, t.1, Paris, Debure Père, 1771.

LARGUIER J., *Droit pénal général*, 19^{ème} éd., Dalloz, 2003.

LARRIEU J., *Droit de l'Internet*, 2^{ème} éd., Ellipses, 2010.

LOMBOIS C., *Droit pénal international*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1979.

MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2010.

MARGUÉNAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'homme*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2016.

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, 5^{ème} éd., PUF, 2015.

MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Cujas, 1997.

MORANGE J., *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009.

MORVAN P., *Criminologie*, 2^{ème} éd., LexisNexis, 2016.

NORMAND A., *Traité élémentaire de droit criminel*, Paris, Cotillon, 1896.

OBERDORFF H., *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2017.

PARANT N., *Lois de la presse en 1834, de la législation actuelle sur l'imprimerie et la librairie et sur les délits et contraventions commis par toutes les voies de publication*, Paris, Firmin Didot, 1834.

PONTIER J.-M., *Droits fondamentaux et libertés publiques*, 5^{ème} éd., Hachette, 2013.

POUILLE A., *Libertés publiques et droits de l'homme*, 16^{ème} éd., Dalloz, 2008.

PRADEL J., *Droit pénal général*, 20^{ème} éd., Cujas, 2014.

PRADEL J., DANTI-JUAN M., *Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd., Cujas, 2014.

RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial : infractions des et contre les particuliers*, 5^{ème} éd., Dalloz, 2006.

RASSAT M.-L., *Traité de procédure pénale*, 3^{ème} éd., PUF, 2001.

SAINT-PAU J.-C. (dir.), *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013.

STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B., *Procédure pénale*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2015.

SUDRE F., *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^{ème} éd., PUF, 2016.

VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1, Cujas, 1981.

VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 2, Cujas, 1982.

VERON M., *Droit pénal spécial*, 16^{ème} éd., Sirey, 2017.

WACHSMANN P., *Libertés publiques*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2013.

Ouvrages spéciaux, thèses, mémoires, monographies

Association française pour l'histoire de la Justice, Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH), École nationale de la magistrature (ENM), *La lutte contre le négationnisme. Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe*, Actes du colloque du 5 juillet 2002 à la Cour d'appel de Paris, Doc. fr., 2003.

BEAUD O., *Les libertés universitaires à l'abandon ?*, Dalloz, 2010.

BEIGNIER B., *L'honneur et le droit*, LGDJ, Bibl. dr. Privé, t. 234, 1995.

BIGOT C., *La liberté d'expression en Europe*, Légipresse, 2018.

BORÉ L., *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, Bibl. dr. Privé, t. 278, 1997.

CALVÈS G., *Envoyer les racistes en prison ? Le procès des insulteurs de Christiane Taubira*, LGDJ, 2015.

CARBONNIER J., *Essais sur les lois*, 2^{ème} éd., Répertoire notarial Defrénois, 1995.

CELLIEZ H., LE SENNE C., *Loi de 1881 sur la presse accompagnée des travaux de rédaction*, Paris, Marescq Aîné, 1882.

CORRIGNAN-CARSIN D., *La liberté de critique*, Litec, 2007.

DEVILLENEUVE L.-M., CARETTE A.-A., *Recueil général des lois et arrêts*, t. XLII, Paris, Sirey, 1842.

DOCQUIR P.-F., *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux Etats-Unis*, Bruylant, 2007.

DROIN N., *Les limitations de la liberté d'expression dans la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 : disparition, permanence et résurgence du délit d'opinion*, LGDJ, Fondation Varenne, 2010.

DROIN N., JEAN-BAPTISTE W. (dir.), *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : une nécessité ?*, Actes du colloque organisé les 3 et 4 novembre 2016 par le Centre de recherche et d'étude en droit et science politique de l'Université de Bourgogne Franche-Comté, LGDJ, 2017.

DUPEUX J.-Y., LACABARATS A. (dir.), *Liberté de la presse et droits de la personne*, Dalloz, 1997.

GALMARD M.-H., *Etat, société civile et loi pénale*, PUAM, 2006.

GARAPON A., SALAS D., *La république pénalisée*, Hachette, 1996.

GUÉRIN-BARGUES C., *Immunités parlementaires et régime représentatif : l'apport du droit constitutionnel comparé (France, Royaume-Uni, Etats-Unis)*, LGDJ, Bibl. const. Sc. Pol., t. 137, 2011.

HOAREAU-DODINAU J., *Dieu et le Roi. La répression du blasphème et de l'injure au roi à la fin du Moyen Âge*, Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique, n° 8, PULIM, 2002.

JOFFROY N., *La provocation en droit pénal*, thèse ss. dir. R. Bernardini, Nice, 2000.

JOSENDE L., *Liberté d'expression et démocratie : réflexion sur un paradoxe*, Bruylant, 2010.

JOUANJAN O., *Justifier l'injustifiable. L'ordre du discours juridique nazi*, PUF, 2016.

KRETZMER D., KERSCHMAN HAZAN F., EBERT STIFTUNG F., *Freedom of Speech and Incitement against Democracy*, Kluwer Law International, 2000.

LAMY (De) B., *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ, Bibl. sc. Crim., t. 34, 2000.

LÉCUYER G., *Liberté d'expression et responsabilité. Etude de droit privé*, Dalloz, Nlle bibl. thèses, 2006.

LEPAGE A. (dir.), *L'opinion numérique. Internet : un nouvel esprit public*, Dalloz, 2016.

MOUYSET O., *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, Bibl. sc. Crim., t. 43, 2008.

PAULIAT H., NEGRON E., BERTHIER L. (dir.), *Justice et liberté d'expression*, Actes du colloque organisé à Limoges le 15 mars 2013 par l'association des Entretiens d'Aguesseau, Pulim, 2014.

PECH L., *La liberté d'expression et sa limitation. Les enseignements de l'expérience américaine au regard d'expériences européennes (Allemagne, France et Convention européenne des droits de l'homme)*, LGDJ, Fondation Varenne, 2003.

PETIT G.-A., *Etude sur les injures et la diffamation en droit romain*, Paris, Marescq, 1868.

PETITTI L.-E., DECAUX E., IMBERT P.-H. (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2^{ème} éd., Economica, 1999.

PORTOLANO D., *Essai d'une théorie générale de la provocation*, Lextenso, 2012.

PRADEL J., *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1990.

RIPERT G., *Les forces créatrices du droit*, 2^{ème} éd., LGDJ, 1994.

ROBITAILLE-FROIDURE A., *La liberté d'expression face au racisme. Etude de droit comparé franco-américain*, L'Harmattan, 2011.

ROUVILLOIS F. (dir.), *La société au risque de la judiciarisation*, Actes du colloque organisé par la Fondation pour l'innovation politique, novembre 2006/avril 2007, LexisNexis, 2008.

SAFI F., *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, Institut universitaire Varenne, coll. Thèses, 2014.

SAUVEL J., *Les immunités judiciaires. Ce que l'on peut dire et écrire en justice et la police de l'audience*, Sirey, 1956.

STRICKLER Y., *Le juge des référés, juge du provisoire*, thèse ss. dir. G. Wiederkehr, Strasbourg, 1993.

SUDRE F., MARGUÉNAUD J.-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 4^{ème} éd., PUF, 2007.

TOULEMONDE B., *Les libertés et franchises universitaires*, thèse, Lille 2, 1971.

TRAULLÉ J., *L'éviction de l'article 1382 du Code civil en matière extracontractuelle*, LGDJ, Bibl. dr. Privé, t. 477, 2007.

VERNY E., *Le membre d'un groupe en droit pénal*, LGDJ, Bibl. sc. Crim., t. 37, 2002.

ZOLLER E. (dir.), *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, Dalloz, 2008.

Ouvrages et références encyclopédiques

ANGEVIN H., *Provocation au suicide*, Jcl. Pénal Code, art. 223-13 à 223-15-1, fasc. 20, 2016.

ARCHER F., *Provocation de mineur à commettre des actes illicites ou dangereux*, Jcl. Pénal Code, art. 227-18 à 227-21, fasc. 20, 2010.

AUVRET P., *Diffamation*, Jcl. Communication, fasc. 3130, 2008.

AUVRET P., *Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881*, Jcl. Communication, fasc. 3020, 2006.

AUVRET P., *Injure*, Jcl. Communication, fasc. 3140, 2008.

AUVRET P., *Protection civile des droits de la personnalité*, Jcl. Communication, fasc. 3715, 2011.

BIGOT Chr., *Introduction de l'action*, Jcl. Lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 150, 2015.

BORÉ L., *Action civile des groupements*, Jcl. Proc. Pén., art. 2 à 3, fasc. 40, 2006.

CABRILLAC R. (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 7^{ème} éd., LexisNexis, 2016.

CARREAU D., *Traité international*, Rép. Dr. Int. Dalloz, 2010.

CAYROL N., *Référé civil*, Rép. Proc. Civ. Dalloz, 2011.

CHEMAIN R., *Boycott*, Rép. Dr. Int. Dalloz, 1999.

COURTIEU G., *Droit à réparation – Abus de droit. Notion*, Jcl. Civil Code, art. 1382 à 1386, fasc. 131-10, 2005.

DECHENAUD D., *Menaces*, Jcl. Pénal Code, art. 222-17 à 222-18-3, fasc. 20, 2010.

DECHENAUD D., *Outrages envers les agents diplomatiques étrangers*, Jcl. Lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 70, 2014.

DELBOS V., *Outrage*, Rép. Pén. Dalloz, 2013.

DESESSARD L., *Application de la loi pénale dans l'espace. Infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République*, Jcl. Pénal Code, art. 113-1 à 113-12, fasc. 10, 2011.

DESESSARD L., *Application de la loi pénale dans l'espace. Infractions commises ou réputées commises hors le territoire de la République*, Jcl. Pénal Code, art. 113-1 à 113-12, fasc. 20, 2011.

DREYER E., *Diffamations et injures publiques. Diffamations et injures spéciales*, Jcl. Lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 100, 2015.

DREYER E., *Dignité de la personne*, Jcl. Communication, fasc. 44, 2015.

DREYER E., *Juridictions compétentes*, Jcl. Communication, fasc. 3060, 2012.

DREYER E., *Référé en matière de presse*, Jcl. Communication, fasc. 32, 2015.

FOURNIER S., *Complicité*, Rép. Pén. Dalloz, 2013.

GIACOPELLI M., JOSEPH-RATINEAU Y., *Témoin*, Rép. Pén. Dalloz, 2015.

GONNARD J.-M., *Publications interdites*, Jcl. Lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 120, 1998.

GUERDER P., *Presse (procédure)*, Rép. Pén. Dalloz, 2011.

HERMET G., BADIE B., BIRNBAUM P., BRAUD P., *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, 8^{ème} éd., Armand Colin, 2015.

HUET A., KOERING-JOULIN R., *Conventions régionales relatives à un type défini d'infractions*, Jcl. Dr. Int., fasc. 406-30, 2014.

LASSALLE J.-Y., *Provocation*, Rép. Pén. Dalloz, 2003.

LEMOULAND J.-J., HAUSER J., *Ordre public et bonnes mœurs*, Rép. Dr. Civ. Dalloz, 2015.

LEPAGE A., *Personnalité (droits de la)*, Rép. Dr. Civ. Dalloz, 2009.

MALABAT V., *Publicité réglementée*, Jcl. Lois pénales spéciales, V° Publicité réglementée, fasc. 20, 2012.

MARGUÉNAUD J.-P., *La liberté d'expression et la Convention européenne des droits de l'homme*, Jcl. Communication, fasc. 12, 2015.

MASSIS T., DUPEUX J.-Y., BOURG F., *Injure*, Rép. Pén. Dalloz, 2004.

MAZURE A., *Dictionnaire étymologique de la langue française usuelle et littéraire*, Paris, Belin, 1863.

PECH L., *Conflit de lois et compétence internationale des juridictions françaises*, fasc. 3000, 2006.

PECH L., *Liberté d'expression : aperçus de droit comparé*, Jcl. Communication, fasc. 1250, 2010.

PERRON X., WESTER-OUISSE V., *Publications interdites*, Jcl. Communication, fasc. 3420, 2011.

POTTER (De) L.-J.-A., *Dictionnaire rationnel des mots les plus usités en sciences, en philosophie en politique, en morale et en religion*, Bruxelles, Schnée, 1859.

PUIGELIER C., *Dictionnaire juridique*, Larcier, 2015.

RASCHEL E., *Les immunités de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881*, Jcl. Communication, fasc. 136, 2016.

RASCHEL E., *Outrage à agents diplomatiques étrangers*, Jcl. Communication, fasc. 128, 2015.

REY-DEBOVE J. (dir.), *Dictionnaire du Français*, Le Robert & CLE International, 2013.

REY-DEBOVE J., REY A., ROBERT P. (dir.), *Le petit Robert. Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2013.

ROBERT J.-H., *Apologies et provocations de crimes et délits*, Jcl. Communication, fasc. 124, 2015.

ROBERT J.-H., *La provocation à des actes de terrorisme et leur apologie*, Jcl. Communication, fasc. 92, 2015.

ROBERT J.-H., *Outrages à magistrats et envers d'autres personnes représentant la personne publique*, Jcl. Pénal Code, art. 433-5 et 433-24, fasc. 20, 2014.

ROETS D., *Classifications des infractions*, Jcl. Pénal Code, art. 111-1, fasc. 20, 2010.

SALVAGE P., *Complicité*, Jcl. Pénal Code, art. 121-6 et 121-7, fasc. 20, 2015.

SALVAGE P., *Infractions contre l'honneur et le devoir*, Jcl. Lois pénales spéciales, V^o Armée, fasc. 30, 2013.

SEGONDS M., *Outrage à l'hymne national ou au drapeau tricolore*, Jcl. Pénal Code, art. 433-5-1, fasc. 20, 2005.

SERVIDIO-DELABRE E., *Extradition*, Jcl. Proc. Pén., art. 696 à 696-47, fasc. 20, 2007.

SUDRE F., *Droit à un procès équitable*, Jcl. Europe Traité, fasc. 6526, 2016.

THIERRY J.-B., *Provocation aux crimes et délits*, Jcl. Lois pénales spéciales, V° Presse et communication, fasc. 60, 2011.

Articles de fond et contributions à des ouvrages collectifs

ADER B., *L'« intérêt général », fait justificatif primordial de la bonne foi du diffamateur*, Légipresse 2009, n° 266, p. 225.

ADER B., *La loi de 1881 à l'épreuve d'Internet*, Légipresse 1997, II, p. 66.

ADER B., *La loi Pleven a quarante ans !*, Légipresse 2012, n° 297 p. 467.

ADER B., *Le dépaysement des propos racistes dans le Code pénal : une fausse bonne idée !*, Légipresse 2015, n° 325, p. 135.

ADER B., *Le droit des associations après la loi Égalité et citoyenneté*, Légipresse 2017, n° 348, p. 192.

AGOSTINELLI X., *Diffamation, injure et provocation à la discrimination raciale*, Légicom 2002/3, n° 28, pp. 47-60.

ALIX J., *La répression de l'incitation au terrorisme*, Gaz. Pal. 24 février 2015, p. 11.

ALT E., *Lanceurs d'alerte. Nouvelles protections pour les lanceurs d'alerte. A propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016*, JCP 2017, doct. p. 90.

ALT E., *Liberté d'expression – lanceurs d'alerte : un droit en tension*, JCP 2014, doct. p. 1092.

ANDRIEU E., GRAS F., *Publicité pour l'alcool et le tabac. Glissements progressifs vers la censure*, Légicom 2007/5, n° 38, p. 67.

ARRIGO P., *La cybercriminalité : vers une régulation internationale de l'Internet ?*, Gaz. Pal. 16 octobre 2001, n° 298, p. 35.

Association française de droit constitutionnel, *Observations relatives à la loi visant à réprimer la contestation des génocides reconnus par la loi*, Constitutions 2012, p. 393.

AUVRET-FINCK J., AUVRET P., « Concrétisation et aménagement de la liberté d'expression sur Internet en droit européen », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruylant, 2004, p. 99.

AUVRET P., *Internet dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Comm. com. Electr. 2010, étude n° 23.

AUVRET P., *L'application du droit de la presse au réseau Internet*, JCP 1999.I.108.

AUVRET P., « L'évolution du droit matériel de la presse », in *Mélanges Jacques Robert : libertés*, Montchrestien, 1998, p. 25.

AUVRET P., *La sanction de l'apologie du terrorisme, restriction nécessaire à la liberté d'expression dans une société démocratique*, Comm. com. Electr. 2009, étude n° 17.

BANKS J., *Regulating Hate Speech Online*, International Review of Law, Computers and Technology, 2010, 24(3), p. 233.

BARRIERE F., *Les lanceurs d'alerte*, Revue des sociétés 2017, p. 191.

BAUMONT D., *Liberté d'expression et irresponsabilité des parlementaires*, CRDF, n° 2, 2003, pp. 33-48.

BEAUPRÉ (De) CHEYNET A., *Délit d'opinion dissidente ?*, D. 2016, p. 2393.

BEIGNIER B., « "De la langue perfide, délivre moi..." », réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite "Loi Gayssot" », in *Pouvoir et liberté. Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 497.

BELLESCIZE (De) D., *Délits d'opinion et liberté d'expression*, D. 2006, p. 1476.

BÉNAZÉRAF J.-A., *Qualification et responsabilité des sites contributifs*, Dalloz IP/IT 2016, p. 173.

BERTRAMS K., BROUX (De) P.-O., *Du négationnisme au devoir de mémoire : l'histoire est-elle prisonnière ou gardienne de la liberté d'expression ?*, Revue de droit de l'Université libre de Bruxelles, 2007, n° 35, p. 75.

BIGOT Chr., *Contentieux de presse : les errements de la commission Guinchard*, Légipresse 2008, n° 254, p. 109.

BIGOT Chr., *L'utilisation du critère de l'intérêt général en droit interne : éléments pour un bilan*, Légipresse 2015, n° 323, p. 31.

BIGOT Chr., *La portée de la rénovation de la théorie de la bonne foi sous l'emprise de l'intérêt général*, Légipresse 2012, n° 290, p. 27.

BIGOT Chr., *Les innovations procédurales de la loi Égalité et citoyenneté*, Légipresse 2017, n° 348, p. 189.

BIGOT Chr., *Protection des droits de la personnalité et liberté de l'information*, D. 1998, p. 235.

BLANCHETIER Ph., *Point de départ du délai de prescription des délits de presse sur Internet : les classiques contre les modernes*, JCP 2002.II.10028.

BLANCHETIER Ph., *Point de départ du délai de prescription des délits de presse sur Internet : vers une solution libertaire et contraire au bon sens*, D. 2001, p. 2056.

BLARCUM (Van) C.D., *Internet Hate Speech : The European Framework and the Emerging American Haven*, Washington and Lee Law Review 2005, vol. 62, issue 2, p. 781.

BONNAL N., *Poursuites pénales en matière de racisme : la pratique judiciaire*, LÉGIPESS 2012, n° 300, p. 690.

BONNEFOY A., *Comment punir la diffamation ?*, RSC 1953, p. 638.

BORE L., *Pour la recevabilité de l'action associative fondée sur la défense d'un intérêt altruiste*, RSC 1997, p. 751.

BOSSAN J., *Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'Internet*, RSC 2013, p. 295.

BOULOC B., *Vers un déclin de la sanction pénale des atteintes à la dignité ?*, D. 2009, p. 1373.

BREICKHEIMER P.J., *A Haven for Hate : The Foreign and Domestic Implications of Protecting Internet Hate Speech under the First Amendment*, Southern California Law Review, 2002, vol. 75, p. 1493.

BRENGARTH V., *L'apologie et la provocation au terrorisme dans le Code pénal. Etude critique et premier bilan*, JCP 2015.I.1003.

CABANNES X., *Le délit d'outrage au drapeau tricolore ou à l'hymne national*, RRJ 2003-2, vol. 1, p. 987.

CALVÈS G., « Communauté homosexuelle » et communauté des citoyens : pour qui sonne le glas ?, D. 2005, p. 1497.

CANDÉ (De) P., *La responsabilité des intermédiaires de l'Internet ou ISP*, D. 2001, p. 1934.

CANNIE H., VORHOOF D., *The Abuse Clause and Freedom of Expression in the European Human Rights Convention : an Added Value for Democracy and Human Rights Protection ?*, Netherlands Quarterly of Human Rights 2011, vol. 29/1, p. 54.

CARBONNIER J., *Le silence et la gloire*, D. 1951, chron. 119.

CARCASSONNE G., « Devoir de mémoire et droit à la sensiblerie », in V. Champeil-Desplats, N. Ferré (dir.), *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak*, LGDJ, 2007, p. 171.

CHAUVET D., *Mérites ou démérites du délit général de harcèlement moral créé par la loi du 4 août 2014 ?*, D. 2015, p. 174.

CONTE Ph., « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne : droit pénal, propriété industrielle*, Litec, 1990, p. 49.

CONTE Ph., *L'Histoire et les juges*, Dr. Pén. 2016, repère 3.

CONTE Ph., « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualités : études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 141.

COSENTINO V. J., *Strategic Lawsuits Against Participation : An Analysis of the Solutions*, California Western Law Review 1991, vol. 27, p. 399.

DAOUD E., SFOGGIA S., *Lanceurs d'alerte et entreprises : les enjeux de la loi « Sapin II »*, AJ Pénal 2017, p. 71.

DARSONVILLE A., « L'élaboration de la loi pénale sous l'influence des citoyens », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur du Professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 147.

DARSONVILLE A., *Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles*, AJ Pénal 2017 p. 532.

DASSA-LE DEIST D., *Le délit de provocation et d'apologie des actes de terrorisme : grandeur et servitude d'un délit d'opinion ?*, Gaz. Pal. 24 février 2015, p. 8.

DASSA-LE DEIST D., *Les modifications apportées au délit d'apologie*, Gaz. Pal. 2017, n° 16, p. 76.

DECHEPY-TELLIER J., *La spécification en droit pénal est-elle en voie de disparaître ?*, RSC 2017, p. 677.

DECOCQ A., « L'avenir funèbre de l'action publique », in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 781.

DERIEUX E., *Faut-il abroger la loi de 1881 ?*, Légipresse 1998, n° 154, p. 93.

DERIEUX E., *La notion de « publication ». Les insupportables incertitudes du droit*, JCP 2010, 1195.

DERIEUX E., *Responsabilité civile des médias. Exclusion de l'application de l'article 1382 du Code civil aux faits constitutifs d'infraction à la loi du 29 juillet 1881*, Comm. com. Electr. 2006, étude n° 4.

DHOQUOIS R., *Les thèses négationnistes et la liberté d'expression en France*, Ethnologie française, 2006/1, vol. 36, p. 27.

DOUAOUI M.-D., *La réparation du trouble médiatique*, D. 2001, p. 1333.

DOUCET J.-P., *Les infractions de prévention*, Gaz. Pal. 1973, II, doct. p. 764.

DOURNEAU-JOSETTE P., *La notion de « débat d'intérêt général » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Légipresse 2015, n° 323, p. 25.

DREYER E., *L'amateur sur Internet, ou le blog rattrapé par le droit...*, Légicom 2008/1, n° 41, p. 17.

DREYER E., *La perversion du référé en matière de presse*, JCP 2007.I.171.

DREYER E., *Les nouvelles responsabilités sur Internet*, AJ Pénal 2013, p. 15.

DREYER E., « *Liker* » un contenu injurieux revient-il à injurier autrui ?, D. 2017, p. 1464.

DROIN N., *Diffamation et débat d'intérêt général : la bonne foi plie, mais ne rompt pas*, D. 2015, p. 931.

DROIN N., *Etat des lieux de la répression du négationnisme en France et en droit comparé*, RTDH 2014, p. 363.

DROIN N., *Outrage aux femmes et propos sexistes (misogynie) à l'épreuve de la loi sur la presse du 29 juillet 1881*, RSC 2017, p. 481.

DROOGHENBROECK (Van) S., *L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme est-il indispensable ?*, RTDH 2001, p. 541.

DUCOMTE M.-C., *Pour une répression enfin loyale de l'intolérance*, Gaz. Pal. 28 mai 1988, doct. p. 303.

FABRE-ALIBERT V., *La notion de « société démocratique » dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH 1998, p. 465.

FARGEAUD B., *Actualité des immunités parlementaires : les enseignements du rejet de la demande en suspension des poursuites d'Henri Guaino (juin 2014)*, Jus Politicum, n° 14.

FLAUSS J.-F., *L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH 2006, p. 5.

FOIRRY A.-C., *Lois mémorielles, normativité et liberté d'expression dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Un équilibre complexe et des évolutions possibles*, Pouvoirs, 2012/4, n° 143, p. 146.

FORGERON J.-F., PRAT V., *Le projet de loi portant approbation de la Convention sur la cybercriminalité*, Gaz. Pal. 22 janvier 2004, n° 22, p. 8.

FRANCILLON J., *Le droit pénal face à la cyberdélinquance et à la cybercriminalité*, RLDI 2012, n° 81, p. 99.

FRANÇOIS L., *L'exceptio veritatis des imputations diffamatoires : regards croisés des droits français et européen*, Gaz. Pal. 2008, n° 66, p. 2.

FRANÇOIS L., *La liberté d'expression de l'avocat en droit européen*, Gaz. Pal. 2007, n° 172, p. 2.

FRANÇOIS L., *La réception du critère européen de « débat d'intérêt général » en droit français de la diffamation*, D. 2018, p. 636.

FRANÇOIS L., *Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (1^{ère} partie)*, Légipresse 2014, n° 317, p. 339.

FRANÇOIS L., *Le débat d'intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (2^{ème} partie)*, Légipresse 2014, n° 318, p. 403.

FRANGI M., *Les « lois mémorielles » : de l'expression de la volonté générale au législateur historien*, RDP 2005, p. 241.

FRAYSSINET J., *Diffamation et injure par Internet : un droit inadapté à la protection des fonctionnaires*, AJFP 2002, p. 33.

FRYDMAN B., *Comment les pouvoirs publics peuvent-ils lutter efficacement contre l'incitation à la haine tout en garantissant la liberté d'expression ?*, Working Papers du Centre de philosophie du droit de l'Université libre de Bruxelles, 2012/03, p. 4.

GAUDREAULT-DESBIENS J.-F., *Du droit et des talismans : mythologies, métaphores et liberté d'expression*, Les Cahiers de droit, vol. 39, n° 4, 1998, p. 717.

GAUDREAULT-DESBIENS J.-F., *From Sysyphus's Dilemma to Sysyphus's Duty ? A Meditation on the Regulation of Hate Propaganda in Relation to Hate Crimes and Genocide*, McGill Law Review 2001, vol. 46, p. 1118.

GAUTIER P.-Y., *Exercices de doctrine engagée : au sujet des limites de l'intervention normative anti-tabac*, D. 2009, p. 1105.

GAUVIN C., *Les sanctions des droits de la personnalité, une étude de droit civil*, Comm. com. Electr. 2004, crhon. 8.

GENTILI-PICARD (De) L., *La mise en œuvre du mandat d'arrêt européen en France*, JCP 2004.I.168.

GODEBERGE C., DAOUD E., *La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ?*, AJ Pénal 2014, p. 563.

GOULESQUE J., *Le parquet et le « bon » diffamateur*, RSC 1978, p. 445.

GRAS F., *Des « lois scélérates » aux premières applications par les tribunaux du délit d'apologie du terrorisme*, Légicom 2016/2, n° 57, p. 57.

GRIDEL J.-P., *Liberté de la presse et protection civile des droits modernes de la personnalité en droit positif*, D. 2005, p. 391.

GUINCHARD S., *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, D. 2008, p. 1748.

GUINCHARD S., « Les moralistes au prétoire », in *Jean Foyer, auteur et législateur : leges tulit, jura docuit*, PUF, 1997, p. 477.

GUINCHARD S., « Les procès hors les murs », in *Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 201.

HALPÉRIN J.-L., *Diffamation, vie publique et vie privée en France de 1789 à 1944*, Droit et cultures (en ligne), 65 | 2013-1, 1^{er} octobre 2013.

HENNETIER C., *Entrée en vigueur du nouveau dispositif de lutte anti-terrorisme*, Dr. Pén. 2014, entretien 2.

HERVIEU N., *Le négationnisme, prisme révélateur du dilemme européen face à la lutte contre l'extrémisme*, Lettre « Actualité Droit-Libertés » du CREDOF, 13 janvier 2014.

HUET A., *Le droit pénal international et Internet*, LPA 10 novembre 1999, n° 224, p. 39.

HUGOT J.-P., *La compétence universelle des juridictions françaises en matière délictuelle : vers des « enfers numériques » ?*, Légipresse 2007, n° 185, p. 119.

JOUANNEAU B., *Répression du négationnisme : la voix dissonante*, Légiacom 2015/1, n° 54, p. 59.

KARAQUILLO J.-P., *L'hymne national sifflé dans les stades de football*, D. 2008, p. 2776.

KRENC F., *La liberté d'expression vaut pour les propos qui « heurtent, choquent ou inquiètent »*. Mais encore ?, RTDH 2016, p. 311.

LACABARATS A., *L'intervention du juge des référés est-elle justifiée en droit de la presse ?*, Gaz. Pal., 7 janvier 2006, n° 7, p. 2.

LACABARATS A., *Le droit à la vie privée et la liberté d'expression*, BICC, 15 mars 2003.

LAMY (De) B., *Le « débat sur un sujet d'intérêt général » comme justification des infractions de presse*, Légipresse 2015, n° 323, p. 17.

LARGUIER J., *L'action publique menacée (A propos de l'action civile des associations devant les juridictions répressives)*, D. 1958, chron. 29.

LATIL A., *Les fautes d'expression ou la renaissance de l'article 1382 du Code civil en matière de liberté d'expression*, Légipresse 2014, n° 318, p. 409.

LAZERGES Chr., *De la fonction déclarative de la loi pénale*, RSC 2004, p. 194.

LÉCUYER G., *La place de l'article 1382 du Code civil parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d'expression*, D. 2006, p. 768.

LÉGER P., *Le cyberharcèlement, une infraction adaptée à la protection de la jeunesse en ligne*, Dalloz IP/IT 2018, p. 346.

LEPAGE A., *Droit pénal et internet : la part de la tradition, l'œuvre de l'innovation*, AJ Pénal 2005, p. 217.

LEPAGE A., « Entre Code pénal et loi du 29 juillet 1881, la protection pénale de l'honneur », in *Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint*, Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud, Dalloz, 2017, p. 399.

LEPAGE A., *Terrorisme. Projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme*, Comm. com. Electr. 2012, comm. 70.

LÉVY J.-P., *Il faut conserver la loi de 1881*, Légipresse 1998, n° 155, p. 124.

LÉVY T., *L'offense envers le Président de la République : un danger pour la liberté de communication*, Légipresse n° 264, septembre 2009, p. 172.

- « **M^e EOLAS** », *Le juge et la guêpe*, Dalloz Actualité, 28 janvier 2015.
- MARCHADIER F.**, *Le for du délit virtuel*, Légipresse 2006, n° 228-II, p. 7.
- MALABAT V.**, *Observations sur la nature du mandat d'arrêt européen*, Dr. Pén. 2004, étude n° 17.
- MALAURIE P.**, *Ne dépénalisons pas la diffamation et l'injure. Contre la proposition n° 12 alinéa 1 du rapport Guinchard*, JCP 2008, act. 566.
- MALLET-POUJOL N.**, *Abus de droit et liberté de la presse, entre droit spécifique et droit commun, l'autonomie brouillée de la loi de 1881*, Légipresse 1997, n° 143, p. 81.
- MALLET-POUJOL N.**, *Internet et la responsabilité du fournisseur d'hébergement*, D. 1999, p. 389.
- MALLET-POUJOL N.**, *L'action judiciaire des associations en droit des médias*, Légipresse 2002, n° 193 p. 95.
- MALLET-POUJOL N.**, *La liberté d'expression sur l'Internet : aspects de droit interne*, D. 2007, p. 591.
- MALLET-POUJOL N.**, *La notion de publication sur l'Internet et son incidence concernant la prescription des délits en ligne*, Légicom 2006/1, n° 35, p. 53.
- MALLET-POUJOL N.**, *La répression du négationnisme ou l'impasse de l'article 24 bis de la loi de 1881*, Légipresse 2017, n° 348, p. 194.
- MALLET-POUJOL N.**, *Liberté d'opinion et droits de l'histoire : perspectives récentes*, Légicom 2015/1, n° 54, p. 45.
- MANSEUR-RIVET M.**, *Droit de la presse et Internet : observations sur la prescription*, Gaz. Pal. 14 mai 2002, p. 13.
- MARGUÉNAUD J.-P., KURI D.**, *Le droit à la liberté d'expression des universitaires*, D. 2010, p. 2921.
- MARINO Di G.**, *Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application*, RSC 1991, p. 505.
- MARON A.**, *L'expression en liberté surveillée*, Dr. Pén. 2017, repère 2.
- MASSIS T.**, *Faut-il dépénaliser la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ?* Gaz. Pal. 4 septembre 2008, p. 2.
- MATHIEU B.**, *La liberté d'expression en France : de la protection constitutionnelle aux menaces législatives*, RDP 2007, p. 231.
- MATHIEU B.**, *Le délit d'homophobie ou la violation de la Constitution par consensus*, AJDA 2005, p. 113.
- MATTIATA F.**, *L'usurpation d'identité sur Internet dans tous ses états*, RSC 2014, p. 331.

- MAURO C.**, *Une nouvelle loi contre le terrorisme : quelles innovations ?*, JCP 2014, 1203.
- MAYAUD Y.**, *La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente*, AJ Pénal 2013, p. 442.
- MAYER D.**, *Plaidoyer pour la réhabilitation de la notion d'infraction permanente*, D. 1979, chron. 23.
- MAZEAUD D.**, *Pour qu'ils ne se taisent pas !*, JCP 2018, 166.
- MAZEAUD H.**, *L'« absorption » des règles juridiques par le principe de responsabilité civile*, D. 1935, chron. 5.
- MBONGO P.**, *L'incrimination des opinions « sexistes » et la liberté d'expression*, D. 2002, p. 427.
- MERCIER J.**, « Procédure bâillon » : Retour sur l'affaire des sondages de l'Elysée et la liberté d'expression des universitaires, Revue des droits de l'homme, 15 mars 2016.
- METZL J.-F.**, *Rwandan Genocide and the International Law of Radio Jamming*, The American Journal of International Law, vol. 91, n° 4 (oct. 1997), p. 628.
- MICHALSKI C.**, *Liberté d'expression et débat d'intérêt général*, AJ Pénal 2013, p. 19.
- MONFORT J.-Y.**, *Le racisme, le sexisme et l'homophobie ne sont pas des « opinions »*, Légicom 2015/1, n° 54, pp. 77-81.
- MONFORT J.-Y.**, *Les nouveaux délits de presse introduits par la loi du 30 décembre 2004, au regard de la liberté d'expression et des droits de l'homme*, Légicom 2006/1, p. 125.
- MORANGE J.**, *La liberté du professeur des facultés de droit*, RDP 2008, n° 1 p. 54.
- MORANGE J.**, « La protection de la réputation ou des droits d'autrui et la liberté d'expression », in *Libertés, justice, tolérance, mélanges offerts au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 2, Bruylant, 2004, p. 1247.
- NORMAND J.**, *Le référé-diffamation à la recherche de son point d'équilibre*, RTD Civ. 1998, p. 972.
- OLLARD R., DESAUNLAY O.**, *La réforme de la législation anti-terroriste ou le règne de l'exception pérenne*, Dr. Pén. 2015, étude n° 1.
- PADOVA Y.**, *Liberté d'expression versus répression du sexisme et de l'homophobie*, Gaz. Pal. 17 mars 2005, p. 2.
- PARIZOT R.**, *Les renversements de la responsabilité pénale*, RSC 2017, p. 363.
- PARIZOT R.**, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s) : mélanges en l'honneur du Professeur Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245.

PASTEGGER D., *Actes de langage et jurisprudence. Illustrations de la réception de la théorie austinienne de la performativité du langage dans la pratique juridique*, Dissensus 2010, vol. 3, p. 70.

PECH L., *Approches européenne et américaine de la liberté d'expression dans la société de l'information*, Comm. com. Electr. 2004, étude n° 20.

PECH L., *Conflits entre différentes conceptions de la liberté d'expression sur Internet : vers l'imposition d'une lex americana en matière de lutte contre le discours raciste et négationniste ?*, Légipresse 2002, n° 188, p. 5.

PECH L., *Du respect des symboles de la République imposé par la loi*, Comm. com. Electr. 2003, chron. 13.

PERONNE G., DAOUD E., *Discriminations et réseaux sociaux*, AJ Pénal 2014, p. 570.

PERRIER J.-B., *L'adaptation des incriminations*, RSC 2017, p. 373.

PERRIER J.-B., *Le négationnisme face aux droits et libertés garantis par la Constitution*, D. 2016, p. 521.

PIERET J., *Liberté d'expression et lutte contre le terrorisme : limites et dérives du performatif juridique*, Revue de l'Université libre de Bruxelles 2007-1, vol. 35, p. 197.

POELEMANS M., *L'exécution des décisions de sanctions pécuniaires : un pas vers la reconnaissance mutuelle*, Europe 2005, étude n° 7.

POISSONIER G., DUHAMEL J.-C., *La tentative de pénalisation des appels au boycott des produits israéliens par les circulaires Alliot-Marie et Mercier*, RDLF 2015, chron. 5.

POURHIET (Le) A.-M., *Fonction juridictionnelle et liberté d'expression : les garants de nos libertés sont-ils Charlie ?*, Constitutions 2015, p. 49.

POURHIET (Le) A.-M., *La prolifération des délits d'opinion en droit pénal français*, LPA 25 février 2015, p. 8.

PRING G. W., *S.L.A.P.Ps : Strategic Lawsuits Against Public Participation*, Pace Environmental Law Review, 1989, vol. 7, p. 3.

RAGIMBEAU L., *La liberté d'expression des agents publics : l'exemple du lanceur d'alerte*, RFDA 2017, p. 975.

REIDENBERG J.-R., *L'affaire Yahoo ! et la démocratisation internationale d'Internet*, Comm. com. Electr. 2001, chron. 12.

ROBERT A.-G., *Chronique législative*, RSC 2007, p. 853.

ROBERT A.-G., *Décret n° 2010-835 du 21 juillet 2010 relatif à l'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore*, RSC 2010, p. 927.

ROBERT J.-H., *Le respect dû aux processions*, Dr. Pén. 2015, repère 5.

ROBERT M., *Cybercriminalité : les nouvelles réponses législatives*, AJ Pénal 2016, p. 412.

ROETS D., *L'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore : opus 2 ! A propos du nouvel article R. 645-15 du Code pénal*, Gaz. Pal. 19 août 2010, n° 231 p. 15.

ROETS D., « La provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence en raison de l'origine ou de l'appartenance ou de la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée : une incrimination insaisissable », in *Humanisme et Justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 643.

ROLLAND P., « Du délit d'opinion dans la démocratie française », in *Pouvoir et liberté, études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 645.

ROLLAND P., *Liberté d'expression et délit d'opinion : la démocratie peut-elle se protéger en défendant une histoire officielle ?*, D. 1999, p. 223.

ROMANO C., *Quel avenir pour les sites de contenus générés par les utilisateurs ?*, Légipresse 2007, n° 244, p. 105.

ROME F., *Homos, ça coince...*, D. 2008, p. 2777.

ROSENFELD M., *Hate Speech in Constitutional Jurisprudence : A Comparative Analysis*, Working Paper Series from the Jacob Burns Institute for Advanced Legal Studies, n° 41, avril 2001.

ROUSSEAU F., *Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir*, RSC 2015, p. 257.

ROUX E., *L'université et la « protection raisonnable » de la liberté d'expression de l'enseignant-chercheur*, AJFP 2017, p. 254.

SAFI F., *Le rôle du juge dans la sanction des abus de la liberté d'expression*, Dr. Pén. 2017, étude n° 3.

SERINET A., *L'excuse de provocation*, Comm. com. Electr. 2015, étude 19.

TAUPIAC G., *Etude sur l'expérience et la pertinence du mandat d'arrêt européen*, Dr. Pén. 2006, étude n° 15.

TELLIER-CAYROL V., *Non à l'outrage sexiste !*, D. 2018 p. 425.

TERRÉ F., *L'histoire jugera*, JCP 2012, 307.

TILLEMENT G., *Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal*, Dr. Pén. 2003, chron. 34.

TIMOFEEVA Y.A., *Hate Speech Online : Restricted or Protected ? Comparison of Regulations in the United States and Germany*, Journal of Transnational Law & Policy, vol. 12 :2, 2003, p. 254.

TREBULLE F.-G., *Alertes et expertise en matière de santé et d'environnement, les enjeux de la loi du 16 avril 2013*, Environnement 2013, étude 21.

TREBULLE F.-G., *Entreprise et développement durable (2^e partie)*, juin 2009/juillet 2010, Europe 2011, chron. 1.

TREPPOZ E., *Pour une attention particulière du droit à la création : l'exemple des fictions littéraires*, D. 2011, p. 2487.

VEDEL G., « Les questions de constitutionnalité posées par la loi du 29 janvier 2001 », in D. Maus, J. Bougrab (dir.), *François Luchaire, un républicain au service de la République*, Publications de la Sorbonne, 2005, p. 37.

VERLY N., *Diffamations et injures publiques sur les réseaux sociaux : définitions, responsabilités et sanctions*, AJCT 2014, p. 589.

VIAL J.-P., *Sécurité – Les violences dans les stades et la répression des auteurs de trouble*, Tourisme et Droit 2004, n° 60, p. 12.

VINEY G., *La sanction des abus de la liberté d'expression*, D. 2014, p. 787.

VIVANT M., *Cybermonde : Droit et droits des réseaux*, JCP 1996.I.3969.

VIVANT M., *La responsabilité des intermédiaires de l'Internet*, JCP 1999.I.180.

WACHSMANN P., *La Chambre criminelle, la Convention européenne des droits de l'homme et la loi sur la presse*, D. 2001, p. 3001.

WACHSMANN P., *Liberté d'expression et négationnisme*, RTDH 2001, p. 585.

WALDRON J., *2009 Wendell Holmes Lectures, Dignity and Defamation : the Visibility of Hate*, Harvard Law Review 2010, vol. 123 p. 1596.

ZOLLER E., *Le dialogue des juges de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour suprême des Etats-Unis sur les droits fondamentaux*, LPA 4 avril 2008, n° 112, p. 26.

Commentaires de jurisprudence, notes et observations sous décisions de Justice

AGOSTINI E., *Diffamation : la cassation devance l'appel*, D. 2009, p. 2316.

AMSON C., *La loi sur la négation du génocide arménien : la décision du Conseil constitutionnel du 28 février 2012 ou l'impossible conciliation des lois mémorielles et de la liberté d'expression*, Gaz. Pal. 29 mars 2012, p. 9.

ANDRIEU E., GRAS F., *La France partagée entre culture de la treille et culture de l'interdit*, Légipresse 2013, n° 309, p. 554.

ANDRIEU E., GRAS F., *Publicité des alcools : liberté conquise, liberté déniée*, Légipresse 2012, n° 297, p. 496.

AUROY B., *La localisation des infractions commises sur Internet ou la délicate rencontre entre la loi du 29 juillet 1881 et les nouvelles technologies*, Dalloz IP/IT 2016, p. 618.

BACHELET O., « *Casse-toi pov' con : l'offense au chef de l'Etat à l'épreuve de la CEDH*, Dalloz Actualité, 19 mars 2013.

BEAUD O., *L'offense au Président de la République : petite leçon aux juridictions françaises sur la primauté de la liberté d'expression*, D. 2013, p. 968.

BELFANTI L., *Du caractère public des injures proférées dans les parties communes d'une copropriété*, AJDI 2015, p. 123.

BIGOT Chr., *La Cour de cassation revient à une définition étroite du délit de provocation à la haine raciale*, D. 2017, p. 1814.

BIGOT Chr., *Un an de droit processuel de la presse*, Comm. com. Electr. 2017, chron. 5.

BOUBÉE (De) ROUJOU G., GARÉ T., MIRABAIL S., *Droit pénal ; octobre 2007-octobre 2008*, D. 2009, p. 123.

BOULAN F., *Le double visage de l'action civile exercée devant la juridiction répressive*, JCP 1973.I.2563.

BRUGUIÈRE J.-M., *Cachez cette cigarette que je ne saurais voir !*, Légipresse 2012, n° 297, p. 501.

C J.-L., D. 1965, p. 645.

CAPRIOLI E., *Faute grave du salarié ayant tenu des propos dénigrants sur son « mur public » Facebook*, Comm. com. Electr. 2013, comm. 61.

CARBONNIER J., *Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal*, JCP 1952.I.1034.

CHAFIOL-CHAUMONT F., *Affaire Twitter c/ UEJF : suite et fin ?*, RLDI 2013, n° 97, p. 31.

COHEN-JONATHAN G., *L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme*, RTDH 1999, p. 366.

CONTE Ph., *Diffusion d'un message contenant des menaces de mort proférées par autrui*, Dr. Pén. 2016, comm. 90.

COUSIN A., *Assistons-nous au retour de l'article 1382 du Code civil en droit de la presse ?*, RLDI 2010, n° 63, p. 47.

DEBET A., *Affaire Dailymotion : les sites de partage de vidéos sont des hébergeurs*, JCP 2011, 520.

DÉCIMA O., *Interprétation restrictive de l'apologie de crime contre l'humanité*, AJ Pénal 2013, p. 218.

DÉCIMA O., *Le révisionnisme et l'égalité devant la loi pénale*, JCP 2016, 254.

DE LAMY B., *La culpabilité du complice est autonome ou les méandres de la criminalité d'emprunt*, D. 2004, p. 310.

DELMAS SAINT HILAIRE J.-P., *Provocation à la discrimination raciale : un délit dont la répression peut facilement donner lieu à des abus du fait de l'imprécision de sa définition. Un nouvel arrêt de la Chambre criminelle fournit l'occasion de rappeler la réalité du danger*, RSC 1997, p. 650.

DERIEUX E., *Incitation au boycott de produits et provocation à la discrimination*, Légipresse 2015, n° 333, p. 661.

DERIEUX E., *La CEDH condamne la France pour violation de la liberté d'expression*, JCP 2007.II.10127.

DERIEUX E., *Validation, par la Cour EDH, d'une condamnation pour diffamation*, JCP 2007.II.10193.

DERIEUX E., *Offense à chef d'Etat étranger*, LPA 7 novembre 2002, n° 233, p. 20.

DESESSARD L., *Signaler des radars sur Facebook n'est pas interdit*, JCP 2016, 1246.

DREYER E., *Compétence territoriale réduite de la loi pénale française en matière de diffamation*, D. 2016, p. 1848.

DREYER E., *Complicité de l'auteur de propos rendus accessibles sur Internet*, D. 2003, p. 2192.

DREYER E., *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse*, D. 2006, p. 1337.

DREYER E., *Droit de la presse et des médias*, JCP 2016.I.1225.

DREYER E., *Droit de la presse et droits de la personnalité*, D. 2011, p. 780.

DREYER E., *Qu'est devenue la responsabilité civile en matière de presse ?*, D. 2004, p. 590.

DREYER E., *Offense par répétition d'un propos présidentiel*, D. 2008, p. 3133.

DREYER E., *Point de départ de la réflexion : la prescription sur Internet*, D. 2001, p. 1833.

DREYER E., *Réserve sur la responsabilité pénale du producteur en ligne*, JCP 2011, 1247.

DREYER E., *Violence volontaire : caractérisation du délit de provocation dans l'interview de l'imam de Vénitieux*, JCP 2007.II.10079.

DREYER E., BEIGNIER B., LAMY (De) B., *Droit de la presse et des médias*, JCP 2007.I.210.

DREYER E., BEIGNIER B., LAMY (De) B., TAVIEAUX-MORO N., TRICOIRE E., *Droit de la presse et des médias*, JCP 2001.I.1227.

DROIN N., *Le glas sonne-t-il pour la « loi Gayssot » ?*, RDLF 2015, chron. 26.

DUHAMEL J.-C., *L'appel au boycott des produits israéliens ne relève pas de la liberté d'expression, mais constitue une provocation à la discrimination. Analyse critique d'une jurisprudence française*, RDLF 2016, chron. 9.

DUPARC C., *Injures à raison de l'orientation sexuelle*, AJ Pénal 2009, p. 228.

ÉGÉA P., *Lois mémorielles, fin de partie*, D. 2013, p. 805.

FLAUSS J.-F., *Actualité de la Convention européenne des droits de l'homme*, AJDA 2009, p. 1936.

FRANCILLON J., *Apologie de crimes contre l'humanité. Absence de portée normative de la loi « Taubira » du 21 mai 2001*, RSC 2013, p. 99.

FRANCILLON J., *Application à la télématique et à l'Internet des règles de responsabilité propres au droit de la presse et de la communication audiovisuelle*, RSC 1999, p. 607.

FRANCILLON J., *De quelques cas de provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence*, RSC 2012, p. 610.

FRANCILLON J., *Délits de presse. Distinction entre la diffamation et l'injure. Exigence de précision des faits*, RSC 2011, p. 130.

FRANCILLON J., *Délits de presse. Provocation à la discrimination et à la haine raciale. Distinction avec la diffamation raciale. Recevabilité des constitutions de partie civile d'associations de lutte contre la discrimination, le racisme et l'antisémitisme*, RSC 2011, p. 135.

FRANCILLON J., *Incompétence des juridictions pénales françaises pour des propos diffamatoires diffusés à partir d'un site Internet localisé à l'étranger*, RSC 2016, p. 535.

FRANCILLON J., *La pénalisation des discours apologétiques et négationnistes*, RSC 2015, p. 877.

FRANCILLON J., *Messages racistes ou antisémites postés sur le réseau social Twitter*, RSC 2013, p. 566.

FRANCILLON J., *Répression de la contestation de l'existence d'un génocide reconnu par la loi*, RSC 2012, p. 179.

FRANCILLON J., *Le délit d'offense à chef d'Etat étranger est-il devenu archaïque ?*, RSC 2003, p. 116.

FRANÇOIS L., *L'appel public au boycott de produits importés d'Israël sanctionné comme une provocation à la discrimination*, RLDI 2016, n° 123, p. 21.

FRANÇOIS L., *La liberté d'expression de l'avocat confrontée à son obligation de respect du secret professionnel*, D. 2012, p. 667.

FRONZA E., EMILIA R., *Incitation à commettre un génocide et persécution*, RSC 2004, p. 720.

GALLOUX J.-C., *Calcul de la prescription pour les délits d'injures publiques raciales, diffamation publique raciale et autres délits de presse commis sur Internet*, Comm. com. Electr. 2000, comm. 67.

GRAND R., *Interprétation neutralisante de la définition de l'outrage au drapeau tricolore*, ADJA 2011, p. 1525.

GRYNBAUM L., *Dailymotion : une immunité imméritée*, D. 2011, p. 1113.

GUERDER P., *Les infractions de presse (janvier 2015-janvier 2016)*, Légipresse 2016, n° 336, p. 185.

HERVIEU N., *L'équivoque sursis européen concédé au délit d'offense du Président de la République*, Lettre « Actualité Droit Libertés » du CREDOF, 20 mars 2013.

HOCHMANN T., *Faurisson, « falsificateur de la jurisprudence » ?*, Droit et cultures (en ligne), 61, 2011-1, 28 octobre 2011.

JAMIN C., *La doctrine bâillonnée !*, D. 2017 p. 401.

JOINET M., Concl. ss. CA Paris, 17 septembre 1997, Consorts X... c/ Société Y... et a., BICC n° 523, 1^{er} novembre 2000.

JOURDAIN P., *Dommages commis par voie de presse : vers un « droit à la satire » opérant comme un fait justificatif et repoussant le seuil de la faute*, RTD Civ. 2000, p. 842.

JOURDAIN P., *Le renforcement de l'exclusion de l'article 1382 du Code civil en matière de presse*, RTD Civ. 2007, p. 354.

KAGAN S., *L'affaire des « médias de la haine » devant le tribunal pour le Rwanda*, Journal judiciaire de La Haye, vol. 3, n° 1, 2008, p. 92.

LAMY (De) B., *Droit de la presse et droit des médias*, JCP 2008, 1748.

LAMY (De) B., *La bonne foi en matière de diffamation : un faux ami*, D. 1998, p. 499.

LAMY (De) B., *La culpabilité du complice est autonome ou les méandres de la criminalité d'emprunt*, D. 2004, p. 310.

LAMY (De) B., BEIGNIER B., *L'inconventionnalité du délit d'offense envers les chefs d'Etat étrangers*, D. 2003, p. 715.

LAPOUSTERLE J., *Diffamation : l'infraction écartée en présence d'une interview d'intérêt général*, D. 2008, p. 2256.

LASSALLE J.-Y., *Réseaux de communication électronique et détermination des agents pénalement responsables*, JCP 1999.II.10135.

LASSERRE-CAPDEVILLE J., *Précisions sur le champ d'application de la contravention d'outrage au drapeau tricolore*, AJDA 2011, p. 2136.

LAVRIC S., *CEDH : responsabilité d'un portail d'informations pour des commentaires publiés par des visiteurs*, Dalloz Actualité, 30 juin 2015.

LAVRIC S., *Diffamation et sujet d'intérêt général : appréciation par la Cour de cassation*, D. 2011, p. 1419.

LÉCUYER G., *Les enseignements constitutionnels de la décision n° 2011-131 QPC*, Légipresse 2011, n° 285, p. 412.

LÉGAL A., *Chronique de jurisprudence*, RSC 1956, chron. 99.

LEPAGE A., *Apologie de crimes de guerre : conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme ; qualification et interprétation*, RSC 2005, p. 583.

LEPAGE A., *Compétence territoriale de la loi pénale française en matière d'infractions de presse commises sur Internet*, Comm. com. Electr. 2016, comm. 83.

LEPAGE A., *De la publicité en matière d'apologie d'actes de terrorisme*, Comm. com. Electr. 2017, comm. 89.

LEPAGE A., *Détermination du point de départ de la prescription de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 : valse-hésitation entre le critère de mise à disposition du public et celui du maintien à la disposition du public*, Comm. com. Electr. 2000, comm. 58.

LEPAGE A., *Diffamation commise sur un blog : appréciation de la bonne foi*, Comm. com. Electr. 2006, comm. 84.

LEPAGE A., *Diffamation et exception de vérité*, Comm. com. Electr. 2011, comm. 57.

LEPAGE A., *Infractions à la loi du 29 juillet 1881 et caractère d'intérêt général du sujet*, Comm. com. Electr. 2011, comm. 79.

LEPAGE A., *Injure à raison de l'orientation sexuelle*, Comm. com. Electr. 2007, comm. 112.

LEPAGE A., *La notion de communauté d'intérêts à l'épreuve des réseaux sociaux*, Comm. com. Electr. 2013, comm. 81.

LEPAGE A., *Le délit d'usurpation d'identité : questions d'interprétation*, JCP 2011.I.913.

LEPAGE A., *Le fait justificatif tiré du sujet d'intérêt général continue de creuser son sillon*, Comm. com. Electr. 2009, comm. 82.

LEPAGE A., *Même sur Internet, c'est dans les vieux pots qu'on fait les meilleures soupes*, Comm. com. Electr. 2001, chron. 12.

LEPAGE A., *Responsabilité pénale du directeur de la publication sur Internet*, Comm. com. Electr. 2010, comm. 6.

- LEPAGE A.**, *Un an de droit pénal des nouvelles technologies*, Dr. Pén. 2008, chron. 10.
- LEPAGE A.**, *Un an de droit pénal des nouvelles technologies*, Dr. Pén. 2015, chron. 10.
- LEPAGE A.**, *Un an de droit pénal des nouvelles technologies*, Dr. Pén. 2016, chron. 11.
- LEPAGE A.**, *Une opinion personnelle qui n'est pas de nature à inciter à porter sur des crimes un jugement favorable ne constitue pas une apologie*, Comm. com. Electr. 2009, comm. 81.
- LEPAGE A.**, *Volonté de boycotter un pays par la provocation à la discrimination de ses producteurs et fournisseurs*, Comm. com. Electr. 2012, comm. 100.
- LEVADE A., MATHIEU B.**, *Le législateur ne peut fixer des vérités et en sanctionner la contestation*, JCP 2012, 425.
- MALLET-POUJOL N.**, *La loi de pénalisation du négationnisme : la censure constitutionnelle ou le crépuscule des lois mémorielles*, Légipresse 2012, n° 293, p. 219.
- MANSON S.**, *La liberté d'expression des élus locaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, RFDA 2012, p. 941.
- MARCHADIER F.**, *Le juge européen. La liberté d'expression dans la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme*, intervention au colloque *Actualités de la liberté d'expression : la défense d'une liberté, entre protection des secrets et sanction des excès*, organisé par E. Raschel et le centre Michel de l'Hospital, Université d'Auvergne, Clermont-Ferrand, 1^{er} octobre 2015.
- MARGUÉNAUD J.-P.**, *De l'extrême relativité des « devoirs et responsabilités » des journalistes d'investigation*, D. 2007, p. 2506.
- MARGUÉNAUD J.-P.**, *Des tentatives de déstabilisation du juge par l'avocat*, RSC 2013, p. 673.
- MARGUÉNAUD J.-P.**, *L'arrêt de Grande Chambre Perinçek c/ Suisse relatif à la liberté de contester le génocide des arméniens : un tête à queue méthodologique*, RSC 2016, p. 132.
- MARGUÉNAUD J.-P.**, *L'extension de la liberté d'expression de l'avocat par la médiatisation du contexte*, RSC 2012, p. 260.
- MARGUÉNAUD J.-P.**, *L'humoriste Dieudonné sous le couperet de l'article 17 : du Zénith au nadir*, RSC 2016, p. 140.
- MARTIN J. G.**, *Doctrine ? Vous avez dit doctrine ? Qu'elle se taise !*, RJE 2017/1, vol. 42 p. 9.
- MASSIAS F.**, *Droits de l'homme, décisions rendues par la CEDH en 1994*, RSC 1995, p. 385.

MASSIAS F., *La liberté d'expression protège l'apologie de crime de collaboration*, RSC 1999, p. 151.

MASSIS T., *La portée générale de l'article 1382 du code civil ne peut pas être limitée, en matière de presse, à une atteinte aux droits fondamentaux des personnes*, D. 1994, p. 193.

MAYAUD Y., *De la mise en cause diffamatoire d'une gestion municipale : l'enjeu de la publicité*, RSC 1998, p. 104.

MAYAUD Y., *L'apologie du terrorisme, un « acte de terrorisme » qui n'en est pas un...*, D. 2018, p. 1233.

MAYAUD Y., *La notion de réitération en droit pénal spécial : l'exemple des menaces*, RSC 2002, p. 591.

MAYAUD Y., *Les abus de la presse, ou de la part respective des responsabilités pénale et civile*, RSC 1996, p. 119.

MBONGO P., *L'apologie du terrorisme : un cas limite*, JCP 2015, 363.

MÉDARD R., *Provocation à la discrimination et appel au boycott de produits étrangers : la Cour de cassation tranche le débat*, RevDH, décembre 2015, <https://revdh.revues.org/1750>.

MOUTOUH H., *Le droit de défendre la mémoire d'un chef d'Etat*, JCP 1999.II.10119.

MOUYSET O., *Un an de droit pénal de la presse*, Dr. Pén. 2009, chron. 6.

MOUYSET O., *Un an de droit pénal de la presse*, Dr. Pén. 2015, chron. 6.

MUCHIELLI J., *Apologie d'un acte terroriste devant la 23-1*, Dalloz Actualité, 15 janvier 2015.

POISSONIER G., DUBUISSON F., *L'incrimination de l'appel au boycott des produits d'un Etat est-elle compatible avec la liberté d'expression ?*, JCP 2015, 1356.

POISSONIER G., DUBUISSON F., *Peut-on appeler au boycott des produits originaires d'un Etat dont la politique est critiquée ?*, JCP 2014, 64.

RENUCCI J.-F., *Droit européen des droits de l'homme*, D. 2016, p. 225.

ROBERT J.-H., *L'entraide entre chauffards*, Dr. Pén. 2016, comm. 172.

ROBERT J.-H., *L'indignité de James, le butler de Blake et Mortimer*, Dr. Pén. 2007, comm. 40.

ROBERT J.-H., *La Cour de cassation met de l'eau dans son vin*, Dr. Pén. 2012, comm. 103.

ROBERT J.-H., *Publicité éthyliquement correcte*, Dr. Pén. 2010, comm. 49.

ROETS D., *Du droit pour un avocat d'attirer l'attention du public, en dehors du prétoire, sur des dysfonctionnements judiciaires*, RSC 2015, p. 740.

ROETS D., *Le délit d'apologie de crimes de guerre rétréci par le juge européen des droits de l'homme*, RSC 2009, p. 663.

ROETS D., *Le délit d'offense au Président de la République (étrangement) sauvé des eaux strasbourgeoises*, RSC 2013, p. 670.

ROUX J., *Le Conseil constitutionnel et le génocide arménien : de l'a-normativité à l'inconstitutionnalité de la loi*, D. 2012, p. 987.

ROYER G., *Les limites admissibles de la liberté d'expression dans le cadre d'un débat d'intérêt général portant sur l'action du préfet*, AJ Pénal 2013, p. 304.

ROZENFELD S., *Commentaire de l'ordonnance de référé du TGI de Paris, du 20 novembre 2000*, Légalis.net.

SAFI F., *Chronique de droit pénal des médias*, RPDP 2015, p. 368, n° 3.

SALCEDO C., *Outrage au drapeau tricolore et liberté d'expression : l'autolimitation du Conseil d'Etat*, D. 2011, p. 2320.

SERINET A., *L'enfant, le tee-shirt et l'attentat du World Trade Center : action publique et action civile pour apologie*, D. 2015, p. 954.

STOFFEL-MUNCK Ph., *La notion d'hébergeur à la lumière de l'affaire Google AdWords*, Comm. com. Electr. 2010, comm. 88.

THIERRY J.-B., *Liberté de la critique du fonctionnement de la Justice par l'avocat*, AJ Pénal 2018, p. 310.

THIERRY J.-B., *Lien hypertexte vers une vidéo contenant des menaces*, AJ Pénal 2016, p. 329.

TILLEMENT G., *Lutte contre l'homophobie et liberté d'expression : la difficile conciliation*, Légipresse 2009, n° 258, III, p. 12.

VÉRON M., *Preuve de la vérité : faits remontant à plus de dix ans*, Dr. Pén. 2011, comm. 74.

VITU A., *Immunité de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 et fait justificatif de l'article 327 du code pénal*, RSC 1992, p. 565.

Rapports

Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, Rapport annuel 1997, Doc. fr., 1998.

Cour de cassation, *Le droit de savoir*, Rapport annuel 2010, Doc. fr., 2011.

Observatoire interministériel sur les sectes, Rapport annuel 1997, Doc. fr., 1998.

BERAUD R., CANNAT P., DALLADE Vr., *L'état dangereux prédélictuel : les traitements*, Rapport général du troisième congrès français de criminologie d'Aix-en-Provence (9-11 octobre 1962).

CARCASSONNE G., *Qui inspire les réformes pénales ?*, Cycle procédure pénale 2006 de la Cour de cassation, deuxième conférence, 23 février 2006.

CURIEN N., MUET P.-A., *La société de l'information*, Doc. fr., 2004.

GUINCHARD S., *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Doc. fr., coll. « Rapports officiels », 2008.

MCGONAGLE T., *Liberté d'expression et démocratie à l'âge numérique*, Conférence des ministres du Conseil de l'Europe, 7-8 novembre 2013, Conseil de l'Europe, MCM (2013) 2005.

NANCY J.-L., *Hatred, a Solidification of Meaning*, Conférence de Belgrade des 7 et 8 novembre 2013, Conseil de l'Europe, MCM (2013) 006.

RASSAT M.-L., *Propositions de réforme du code de procédure pénale : rapport à M. le Garde des sceaux, ministre de la Justice*, Doc. fr., 1997.

ROBERT M., *Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité*, Doc. fr., 2014.

TITLEY G., *Hate Speech in Europe : Considerations for the Proposed Campaign « Young People Combating Hate Speech in Cyberspace »*, Conseil de l'Europe, 2012.

TULKENS F., *When to say is to do. Freedom of Expression and Hate Speech in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, Séminaire sur les droits de l'homme pour les formateurs judiciaires européens, 9 octobre 2012.

Ouvrages et références extra-juridiques

AUSTIN J.-L., *Quand dire c'est faire*, Points, 1991.

BRAECKMAN C., *Rwanda. Histoire d'un génocide*, Fayard, 1994.

BOISSON D., PINTO-MATHIEU E. (dir.), *L'apologétique chrétienne*, PUR, 2012.

BUTLER J., *Le pouvoir des mots. Discours de haine et politique du performatif*, Amsterdam, 2008.

CASAGRANDE C., VECCHIO S., *Les péchés de la langue*, Cerf, 1991.

CAZENEUVE J., *La fabrication de l'opinion*, Les cahiers de la publicité 1962, n° 1, p. 33.

CHATEAURAYNAUD F., *Les lanceurs d'alerte et la loi*, Experts 2009, n° 83 pp. 44-47.

CHRETIEN J.-P., « Presse libre » et propagande raciste au Rwanda. Kangura et « les 10 commandements de Hutu », *Politique africaine*, n° 42, juin 1991, p. 109.

CHRETIEN J.-P. (dir.), *Rwanda. Les médias du génocide*, Karthala, 2002.

- DARNTON R.**, *Le diable dans le bénitier. L'art de la calomnie en France, 1650-1800*, Gallimard, 2010.
- DREVILLON H., VENTURINO D.** (dir.), *Penser et vivre l'honneur à l'époque moderne*, P.U. Rennes, 2011.
- GENET L.**, *Révolution – Empire, 1789-1815*, Masson, 1975.
- GRANET C.**, *La représentation du terroriste anarchiste dans quelques romans français de la fin du XIX^{ème} siècle*, Cahiers d'histoire, Revue d'histoire critique, 96-97 | 2005, pp. 137-157.
- HERF J.**, *L'ennemi Juif. La propagande nazie, 1939-1945*, Calmann-Lévy, 2011.
- KELLOW C.-L., STEEVES H.-L.**, *The Role of Radio in the Rwandan Genocide*, Journal of Communication, vol. 48, issue 3, septembre 1998, p. 107.
- KIMONYO J.-P.**, *Rwanda. Un génocide populaire*, Karthala, 2009.
- LAJOIE A.**, *Quand les minorités font la loi*, PUF, 2002.
- LEFEUVRE D.**, *Pour en finir avec la repentance coloniale*, Champs actuel, 2008.
- MILL J.S.**, *De la liberté* (1859), édition numérique de l'Université du Québec à Chicoutimi (UQAC), 2002.
- MISSER F., JAUMAIN Y.**, *Death by Radio*, Index on Censorship, n° 23-4/5, 1994, p. 72.
- MUCHIELLI L.**, *L'invention de la violence*, Fayard, 2011.
- NERAUDAU J.-P.**, *La fama dans la Rome Antique*, Médiévales n° 24, 1993, p. 27.
- NORA P., CHANDERNAGOR F.**, *Liberté pour l'histoire*, éd. CNRS, 2008.
- POLIAKOV L.**, *Le procès de Nuremberg*, Juliard, 1971.
- SOMMERVILLE K.**, *Violences et discours radiophoniques de haine au Kenya. Problèmes de définition et d'identification*, Afrique Contemporaine 2011/4, n° 240, p. 125.
- STRAUS S.**, *What is the Relationship between Hate Radio and Violence ? Rethinking Rwanda's « Radio Machete »*, Politics and Society, vol. 35, n° 4, décembre 2007, p. 609.
- STRAUSS L., CROPSEY J.** (dir.), *Histoire de la philosophie politique*, PUF, 2010.
- TCHAKOTINE S.**, *Le viol des foules par la propagande politique*, Gallimard, 1939.
- THIRION N.**, *Discours de haine et police du langage*, Revue de philosophie politique de l'ULg, n° 3, février 2010, p. 100.
- THOMPSON A.**, *The Media and the Rwandan Genocide*, Pluto Press, 2007.

Index des décisions de justice

(Les chiffres en gras renvoient aux numéros de paragraphes)

-Juridictions nationales-

Cours suprêmes :

Chambres civiles de la Cour de cassation :

- Cass. Civ., 17 mai 1886, DP 1887, 1, p. 54, **440**
- Cass. Civ., 8 avril 1895, DP 1895.1.360, **452**
- Cass. Civ., 4 mars 1913, D.P. 1913.1.321, **248**
- Cass. Civ., 13 juin 1939, DH 1939, p. 386, **440**
- Cass. 2^{ème} civ., 27 février 1951, D. 1951, p. 329, **433, 440**
- Cass. 2^{ème} civ., 25 novembre 1954, Bull. civ. 1954, n° 249, **450**
- Cass. 2^{ème} civ., 22 février 1956, **278**
- Cass. 2^{ème} Civ., 6 novembre 1958, Bull. civ. 1958, n° 701, **440**
- Cass. 2^{ème} civ., 27 novembre 1963, Bull. civ. 1963, n° 772, **447**
- Cass. 2^{ème} civ., 31 mars 1978, Bull. II 1978, n° 91, **452**
- Cass. 2^{ème} civ., 14 janvier 1981, Bull. II 1981, n° 4, **454**
- Cass. 2^{ème} civ., 4 mars 1981, Bull. II 1981, n° 46, **440**
- Cass. 2^{ème} civ., 20 avril 1983, n° 82-11.705, **450**
- Cass. 2^{ème} civ., 13 juin 1985, Bull. II 1985, n° 120, **450**
- Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 1986, Bull. II 1986, n° 79, **440**
- Cass. 2^{ème} civ., 3 février 1988, n° 86-17.740, **162**
- Cass. 2^{ème} civ., 12 octobre 1988, Bull. II 1988, n° 194, **448**
- Cass. 2^{ème} civ., 11 octobre 1989, Bull. II 1989, n° 174, **448**
- Cass. 2^{ème} civ., 5 février 1992, Bull. II 1992, n° 44, **451**
- Cass. 2^{ème} civ., 5 mai 1993, Bull. II 1993, n° 167, **440**
- Cass. 2^{ème} civ., 5 mai 1993, Bull. II 1993, n° 167, **481**
- Cass. 2^{ème} civ., 22 juin 1994, Bull. II 1994, n° 164, **451, 454**
- Cass. 2^{ème} civ., 25 janvier 1995, Bull. II 1995, n° 28, **456**
- Cass. 2^{ème} civ., 18 décembre 1995, Bull. II 1995, n° 312, **464**
- Cass. 2^{ème} civ., 24 janvier 1996, Bull. II 1996, n° 14, **440**

Cass. 2^{ème} civ., 24 janvier 1996, Bull. II 1996, n° 14, **482**

Cass. 1^{ère} civ., 5 novembre 1996, n° 94-14.718, **444**

Cass. 2^{ème} civ., 19 février 1997, Bull. II 1997, n° 44, **452**

Cass. 1^{ère} civ., 25 février 1997, Bull. I 1997, n° 73, **444**

Cass. 2^{ème} civ., 28 janvier 1999, Bull. II 1999, n° 20, **450**

Cass. 2^{ème} civ., 6 mai 1999, Bull. II 1999, n° 79, **464**

Cass. 2^{ème} civ., 12 mai 1999, Bull. II 1999, n° 90, **452, 465**

Cass. 2^{ème} civ., 9 décembre 1999, Bull. II 1999, n° 187, **452**

Cass. 2^{ème} civ., 4 mai 2000, Bull. II 2000, n° 173, **452**

Cass. 2^{ème} civ., 28 septembre 2000, Bull. II 2000, n° 136, **452**

Cass. 2^{ème} civ., 26 octobre 2000, Bull. II 2000, n° 147, **465**

Cass. 2^{ème} civ., 14 décembre 2000, Bull. II 2000, n° 173, **462**

Cass. 2^{ème} civ., 26 octobre 2000, Bull. II 2000, n° 147, **452**

Cass. 2^{ème} civ., 15 mars 2001, Bull. II 2001, n° 57, **500**

Cass. 2^{ème} civ., 24 octobre 2002, Bull. II 2002, n° 237, **46**

Cass. 2^{ème} civ., 13 novembre 2003, Bull. II 2003, n° 336, **304**

Cass. 3^{ème} civ., 25 février 2004, Bull. III 2004, n° 41, **444**

Cass. 2^{ème} civ., 18 mars 2004, Bull. II 2004, n° 137, **444**

Cass. 2^{ème} civ., 13 mai 2004, Bull. II 2004, n° 229, **46**

Cass. 2^{ème} civ., 7 octobre 2004, Bull. civ. II 2004, n° 373, **304**

Cass. 1^{ère} civ., 23 novembre 2004, Bull. civ. I 2004, n° 283, **278**

Cass. 2^{ème} civ., 25 novembre 2004, Bull. II 2004, n° 505, **465**

Cass. 1^{ère} civ., 27 septembre 2005, Bull. I 2005, n° 348, **455**

Cass. 1^{ère} civ., 7 février 2006, Bull. I 2006, n° 57, **456**

Cass. 1^{ère} civ., 30 mai 2006, Bull. I 2006, n° 275, **445**

Cass. 1^{ère} civ., 24 octobre 2006, Bull. I 2006, n° 437, **414**

Cass. 1^{ère} civ., 12 décembre 2006, Bull. I 2006, n° 551, **456**

Cass. 2^{ème} civ., 25 janvier 2007, Bull. II 2007, n° 19, **456**

Cass. 1^{ère} civ., 15 mai 2007, Bull. I 2007, n° 190, **456**

Cass. 1^{ère} civ., 31 mai 2007, Bull. I 2007, n° 215, **445**

Cass. 1^{ère} civ., 31 janvier 2008, Bull. I 2008, n° 33, **456**

Cass. 2^{ème} civ., 13 mars 2008, n° 07-14.946, **444**

Cass. 1^{ère} civ., 30 octobre 2008, Bull. I 2008, n° 244, **456**

Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, Bull. I 2009, n° 180, **456**

Cass. 1^{ère} civ., 24 septembre 2009, Bull. I 2009, n° 179, **477**
 Cass. 1^{ère} civ., 14 janvier 2010, Bull. I 2010, n° 8, **533**
 Cass. 1^{ère} civ., 8 avril 2010, Bull. I 2010, n° 87, **456, 477**
 Cass. 1^{ère} civ., 8 avril 2010, Bull. I 2010, n° 88, **456**
 Cass. 1^{ère} civ., 17 février 2011, Bull. I 2011, n° 30, **532, 533**
 Cass. 1^{ère} civ., 23 février 2011, Bull. I 2011, n° 41, **296**
 Cass. 1^{ère} civ., 6 octobre 2011, n°10-18.142, **456**
 Cass. 1^{ère} civ., 5 avril 2012, Bull. I 2012, n° 87, **474**
 Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 2013, Bull. I 2013, n°67, **482**
 Cass. 1^{ère} civ., 10 avril 2013, Bull. I 2013, n° 70, **482**
 Cass. 1^{ère} civ., 27 novembre 2013, Bull. I 2013, n° 232, **482**
 Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2014, Bull. I 2014, n° 34, **482**
 Cass. 1^{ère} civ., 11 mars 2014, Bull. I 2014, n° 36, **424**
 Cass. 1^{ère} civ., 17 juin 2015, n° 14-17.910, **456**
 Cass. 1^{ère} civ., 17 décembre 2015, n° 14-29.549, **365**
 Cass. 1^{ère} civ., 6 avril 2016, n° 15-10.552, **456**
 Cass. 1^{ère} civ., 1er juin 2016, n° 15-13.238, **480**
 Cass. 1^{ère} civ., 3 novembre 2016, n° 15-24.879, **365**
 Cass. 1^{ère} civ., 16 novembre 2016, n° 15-22.155, **456**
 Cass. 1^{ère} civ., 7 décembre 2016, n° 15-27.755, **456**
 Cass. 1^{ère} civ., 1er mars 2017, n° 16-12.490, **474**
 Cass. 1^{ère} civ., 1er mars 2017, n° 15-22.946, **415**
 Cass. 1^{ère} civ., 6 septembre 2017, n° 16-26.459, **480**

Chambre criminelle de la Cour de cassation :

Cass. Crim., 18 septembre 1820, D. 1820 p. 620, **516**
 Cass. Crim., 15 mai 1821, Bull. crim. 1821, n° 36, **380**
 Cass. Crim., 30 avril 1842, Bull. crim. 1842, n° 107, **314**
 Cass. Crim., 3 février 1843, Bull. crim. 1843, n° 22, **107**
 Cass. Crim., 24 mai 1844, D.P. 44. 4. 299, **365**
 Cass. Crim., 13 décembre 1855, D. 1856.1.159, **523**
 Cass. Crim., 21 mars 1862, S. 1862.1.541, **578**

Cass. Crim., 26 février 1875, D. 1877, 1, p. 186, **380**
 Cass. Crim., 10 novembre 1876, D. 1877, 1, p. 44, **380**
 Cass. Crim., 20 juillet 1882, D. 1883.1.46, **506**
 Cass. Crim., 5 janvier 1883, **74**
 Cass. Crim., 3 août 1883, Bull. crim. 1883, n° 198, **477**
 Cass. Crim., 16 août 1883, Bull. crim. 1883, n° 212, **477**
 Cass. Crim., 10 novembre 1883, D. 1884.1.370, **557**
 Cass. Crim., 17 novembre 1883, Bull. crim. 1883, n° 260, **47**
 Cass. Crim., 9 février 1884, Bull. crim. 1884, n° 35, **107**
 Cass. Crim., 11 juillet 1889, Bull. crim. 1889, n° 252, **463, 516**
 Cass. Crim., 28 mars 1890, D. 1890.1.453, **473**
 Cass. Crim., 4 mai 1893, S. 1893.1.392, **473**
 Cass. Crim., 5 janvier 1894, D. 1897.1.42, **557**
 Cass. Crim., 4 juillet 1896, D. 1897.1.84, S. 1897.1.201, **557**
 Cass. Crim., 29 octobre 1897, D. 1898, 1, p. 231, **365**
 Cass. Crim., 13 mai 1898, Bull. crim. 1898 n° 187, **477**
 Cass. Crim., 18 octobre 1900, DP 1901.1.283, **74**
 Cass. Crim., 23 novembre 1907, Bull. crim. 1907, n° 476, **372**
 Cass. Crim., 30 avril 1908, S. 1908.I.553, **557**
 Cass. Crim., 10 juillet 1909, Bull. crim. 1909, n° 368, **557**
 Cass. Crim., 20 novembre 1909, Bull. crim. 1909, n° 547, **477**
 Cass. Crim., 22 août 1912, DP 1914, 1, 75, **78, 209**
 Cass. Crim., 18 octobre 1913, S. 1920.1.321, **248**
 Cass. Crim., 11 décembre 1913, Bull. crim. 1913, n° 543, **477**
 Cass. Crim., 26 juin 1919, Bull. crim. 1919, n° 147, **465**
 Cass. Crim., 24 juin 1920, DP 1920.1.48, **380**
 Cass. Crim., 29 octobre 1920, Bull. crim. 1920, n° 409, **314**
 Cass. Crim., 7 août 1925, **75**
 Cass. Crim., 4 janvier 1935, Gaz. Pal. 1935.I.353, **517**
 Cass. Crim., 28 mars 1935, Gaz. Pal. 1935.1.920, **506**
 Cass. Crim., 16 mai 1936, Gaz. Pal. 1936.2.314, **557**
 Cass. Crim., 29 octobre 1936, Bull. crim. 1936, n° 104, **75, 84**
 Cass. Crim., 1er avril 1938, Bull. crim. 1938, n° 102, **47**
 Cass. Crim., 17 novembre 1944, Bull. crim. 1944, n° 182, **106**

Cass. Crim., 16 mars 1948, Bull. crim. 1948, n° 93, **380**

Cass. Crim., 8 août 1949, Bull. crim. 1949, n° 285, **557**

Cass. Crim., 18 janvier 1950, Bull. Crim. 1950, n° 23, **391**

Cass. Crim., 13 janvier 1953, Bull. crim. 1953, n° 13, **314**

Cass. Crim., 5 mai 1953, Bull. crim. 1953, n° 156, **152**

Cass. Crim., 1er juillet 1953, Bull. crim. 1953, n° 228, **463, 557**

Cass. Crim., 29 octobre 1953, D. 1954 p. 381, **557**

Cass. Crim., 21 janvier 1954, Bull. crim. 1954, n° 28, **464**

Cass. Crim., 11 février 1954, Bull. crim. 1954, n° 71, **80, 86**

Cass. Crim., 25 février 1954, Bull. crim. 1954, n° 184, **74**

Cass. Crim., 2 mars 1954, Bull. Crim. 1954, n° 94, **523**

Cass. Crim., 18 mai 1954, Bull. crim. 1954, n° 187, **394**

Cass. Crim., 12 juin 1956, Bull. crim. 1956, n° 461, **370**

Cass. Crim., 16 octobre 1956, Bull. crim. 1956, n° 638, **106**

Cass. Crim., 11 mars 1958, Bull. crim. 1958, n° 237, **477**

Cass. Crim., 20 mai 1958, Bull. crim. 1958, n° 410, **477**

Cass. Crim., 28 janvier 1959, Bull. crim. 1959, n° 71, **517**

Cass. Crim., 8 janvier 1960, Bull. crim. 1960, n° 5, **46**

Cass. Crim., 27 janvier 1960, Bull. crim. 1960, n° 51, **477**

Cass. Crim., 31 mars 1960, Bull. crim. 1960, n° 194, **464**

Cass. Crim., 13 juillet 1960, Bull. crim. 1960, n° 375, **397**

Cass. Crim., 24 novembre 1960, Bull. crim. 1960, n° 551, **314**

Cass. Crim., 24 juillet 1961, Bull. crim. 1961, n° 354, **477**

Cass. Crim., 11 octobre 1961, Bull. crim. 1961, n° 394, **464**

Cass. Crim., 24 octobre 1962, Bull. crim. 1962, n° 289, **477**

Cass. Crim., 25 octobre 1962, JCP 1963.II.12985, **62**

Cass. Crim., 26 juin 1963, Bull. crim. 1963, n° 231, **564**

Cass. Crim., 3 décembre 1963, Bull. crim. 1963 n° 345, **372**

Cass. Crim., 5 mai 1964, Bull. crim. 1964 n° 147, **464**

Cass. Crim., 17 novembre 1964, Gaz. Pal. 1965, 1, p. 321, **398**

Cass. Crim., 9 mars 1965, Bull. crim. 1965, n° 70, **373**

Cass. Crim., 5 avril 1965, Bull. crim. 1965, n° 114, **207, 210**

Cass. Crim., 31 mai 1965, Bull. crim. 1965, n° 146, **398**

Cass. Crim., 26 janvier 1966, Bull. crim. 1966, n° 23, **564**

Cass. Crim., 22 février 1966, Bull. crim. 1966, n° 62, **46, 373**
 Cass. Crim., 21 décembre 1966, Bull. crim. 1966, n° 302, **398**
 Cass. Crim., 12 avril 1967, Bull. crim. 1967, n° 117, **398**
 Cass. Crim., 24 octobre 1967, Bull. crim. 1967, n° 263, **209, 210**
 Cass. Crim., 23 décembre 1968, Bull. crim. 1968, n° 356, **380**
 Cass. Crim., 6 mars 1969, n° 67-92.099, **60**
 Cass. Crim., 3 novembre 1970, n° 70-90.953, **564**
 Cass. Crim., 14 janvier 1971, Bull. crim. 1971, n° 14, **80, 86, 209, 210, 211**
 Cass. Crim., 12 juillet 1971, Bull. crim. 1971, n° 229, **372**
 Cass. Crim., 2 mai 1972, Bull. crim. 1972, n° 149, **373**
 Cass. Crim., 3 mai 1972, Bull. crim. 1972, n° 151, **380**
 Cass. Crim., 11 juillet 1972, Bull. crim. 1972, n° 236, **83, 153**
 Cass. Crim., 24 janvier 1973, Bull. crim. 1973, n° 41, **380**
 Cass. Crim., 28 novembre 1973, Bull. crim. 1973, n° 441, **259**
 Cass. Crim., 4 décembre 1973, Bull. crim. 1973, n° 448, **380**
 Cass. Crim., 5 janvier 1974, Bull. crim. 1974, n° 4, **463**
 Cass. Crim., 9 janvier 1974, Bull. crim. 1974, n° 12, **465**
 Cass. Crim., 13 février 1975, n° 74-91.435, **106**
 Cass. Crim., 4 juin 1975, Bull. crim. 1975, n° 145, **277, 281**
 Cass. Crim., 2 juillet 1975, Bull. crim. 1974, n° 174, **436**
 Cass. Crim., 27 janvier 1976, Bull. crim. 1974, n° 32, **465**
 Cass. Crim., 12 avril 1976, Bull. crim. 1976, n° 112, **156**
 Cass. Crim., 12 octobre 1976, Bull. crim. 1976, n° 287, **370**
 Cass. Crim., 2 novembre 1978, Bull. crim. 1978, n° 294, **86, 87, 206**
 Cass. Crim., 12 février 1979, n° 78-91.482, **555**
 Cass. Crim., 8 octobre 1979, Bull. crim. 1979, n° 272, **557**
 Cass. Crim., 4 février 1980, Bull. crim. 1980, n° 44, **277, 281**
 Cass. Crim., 2 juin 1980, Bull. crim. 1980, n° 169, **372**
 Cass. Crim., 2 juin 1980, Bull. crim. 1980, n° 168, **390**
 Cass. Crim., 2 juillet 1980, Bull. Crim. 1980, n° 211, **517**
 Cass. Crim., 3 juillet 1980, JCP 1980.IV.252, **46**
 Cass. Crim., 2 décembre 1980, Bull. crim. 1980, n° 328, **536**
 Cass. Crim., 17 février 1981, Bull. crim. 1981, n° 64, **393**
 Cass. Crim., 17 mars 1981, Bull. crim. 1981, n° 97, **465**

Cass. Crim., 1er décembre 1981, Bull. crim. 1981, n° 320, **463**
 Cass. Crim., 27 avril 1982, Bull. crim. 1982, n° 102, **523**
 Cass. Crim., 9 juillet 1982, Bull. crim. 1982, n° 186, **365**
 Cass. Crim., 26 octobre 1982, Bull. crim. 1982, n° 235, **392**
 Cass. Crim., 28 juin 1983, Bull. crim. 1983, n° 202, **153**
 Cass. Crim., 23 juin 1983, Bull. crim. 1983, n° 195 et n° 196, **262**
 Cass. Crim., 7 février 1984, Bull. crim. 1984, n° 41, **249**
 Cass. Crim., 28 février 1984, Bull. crim. 1984, n° 80, **465**
 Cass. Crim., 6 novembre 1984, Bull. crim. 1984, n° 338, **465**
 Cass. Crim., 11 décembre 1984, Bull. crim. 1984, n° 398, **450**
 Cass. Crim., 17 juillet 1985, Bull. crim. 1985, n° 267, **370**
 Cass. Crim., 15 octobre 1985, Bull. crim. 1985, n° 315, **370, 380, 389**
 Cass. Crim., 19 novembre 1985, Bull. crim. 1985, n° 363, **380**
 Cass. Crim., 28 janvier 1986, Bull. crim. 1986, n° 36, **436**
 Cass. Crim., 29 avril 1986, Bull. crim. 1986, n° 146, **249**
 Cass. Crim., 12 juin 1987, Bull. crim. 1987, n° 247, **380**
 Cass. Crim., 3 juillet 1987, n° 86-93.434, **150**
 Cass. Crim., 13 octobre 1987, Bull. crim. 1987, n° 349, **463**
 Cass. Crim., 1er décembre 1987, Bull. crim. 1987, n° 440, **314**
 Cass. Crim., 1^{er} décembre 1987, Bull. crim. 1987, n° 438, **62**
 Cass. Crim., 7 mars 1988, Bull. crim. 1988, n° 113, **314**
 Cass. Crim., 11 avril 1988, Bull. crim. 1988, n° 144, **555**
 Cass. Crim., 8 novembre 1988, n° 87-91.445, **80, 89, 209**
 Cass. Crim., 31 janvier 1989, Bull. crim. 1989, n° 38, **252**
 Cass. Crim., 28 février 1989, Bull. crim. 1986, n° 98, **390**
 Cass. Crim., 5 octobre 1989, n° 88-84.211, **259**
 Cass. Crim., 11 octobre 1989, Bull. crim. 1989, n° 174, **162**
 Cass. Crim., 30 octobre 1989, Bull. crim. 1989, n° 388, **464**
 Cass. Crim., 7 novembre 1989, Bull. crim. 1989, n° 403, **365, 436**
 Cass. Crim. 16 janvier 1990, Bull. crim. 1990, n° 26, **373**
 Cass. Crim., 30 janvier 1990, n° 88-86.549, **150**
 Cass. Crim., 6 mars 1990, Bull. crim. 1990, n° 104, **249**
 Cass. Crim., 11 décembre 1990, Bull. crim. 1990, n° 427, **370**
 Cass. Crim., 18 décembre 1990, Bull. crim. 1990, n° 441, **464**

Cass. Crim., 8 janvier 1991, Bull. crim. 1991, n° 13, **523**
 Cass. Crim., 19 mars 1991, Bull. crim. 1991, n° 132, **370**
 Cass. Crim., 18 avril 1991, Bull. crim. 1991, n° 188, **259**
 Cass. Crim., 14 mai 1991, Bull. crim. 1991, n° 203, **516, 557**
 Cass. Crim., 23 mai 1991, Bull. crim. 1991, n° 219, **370**
 Cass. Crim., 6 juin 1991, Bull. crim. 1991, n° 244, **259**
 Cass. Crim., 17 juin 1991, n° 90-84.144, **106**
 Cass. Crim., 28 janvier 1992, n° 91-81.778, **150**
 Cass. Crim., 14 avril 1992, Bull. crim. 1992, n° 162, **407**
 Cass. Crim., 20 octobre 1992, Bull. crim. 1992, n° 329, **372, 393**
 Cass. Crim., 1er décembre 1992, Bull. crim. 1992, n° 397, **281**
 Cass. Crim., 23 février 1993, n° 92-83.478, **172**
 Cass. Crim., 16 mars 1993, Bull. crim. 1993, n° 115, **380**
 Cass. Crim., 12 octobre 1993, Bull. crim. 1993, n° 289, **370**
 Cass. Crim., 16 novembre 1993, Bull. crim. 1993, n° 341, **209, 210**
 Cass. Crim., 16 novembre 1993, n° 90-83.128, **80, 87, 216**
 Cass. Crim., 23 novembre 1993, Bull. crim. 1993, n° 351, **393**
 Cass. Crim., 23 novembre 1993, Bull. crim. 1993, n° 350, **370**
 Cass. Crim., 7 décembre 1993, n° 93-82.956, **162**
 Cass. Crim., 18 janvier 1994, n° 92-80.717, **152, 373**
 Cass. Crim., 18 mai 1994, Bull. crim. 1994, n° 190, **260, 264**
 Cass. Crim., 6 décembre 1994, n° 92-86.239, **370**
 Cass. Crim., 20 décembre 1994, n° 93-80.627, **172**
 Cass. Crim., 24 janvier 1995, Bull. crim. 1995, n° 33, **373**
 Cass. Crim., 25 janvier 1995, Bull. crim. 1995, n° 28, **463**
 Cass. Crim., 11 avril 1995, n° 93-81.408, **390**
 Cass. Crim., 31 mai 1995, Bull. crim. 1995, n° 201, **259**
 Cass. Crim., 9 octobre 1995, n° 92-83.890, **184**
 Cass. Crim., 7 novembre 1995, n° 93-85.800, **172**
 Cass. Crim., 16 mai 1996, Bull. crim. 1996, n° 210, **150**
 Cass. Crim., 24 mai 1997, Bull. crim. 1997, n° 253, **150**
 Cass. Crim., 3 juin 1997, Bull. crim. 1997, n° 218, **46**
 Cass. Crim., 4 juin 1997, Bull. crim. 1997, n° 223, **277, 281**
 Cass. Crim., 17 juin 1997, Bull. crim. 1997, n° 236, **171**

Cass. Crim., 19 novembre 1997, Bull. crim. 1997, n° 393, **254**

Cass. Crim., 1er juillet 1997, n° 96-82.784, **153**

Cass. Crim., 29 janvier 1998, n° 96-82.731, **171**

Cass. Crim., 17 février 1998, n° 96-85.567, **150**

Cass. Crim., 8 décembre 1998, Bull. crim. 1998, n° 335, **537**

Cass. Crim., 23 mars 1999, n° 98-81.967, **260**

Cass. Crim., 13 avril 1999, Bull. crim. 1999, n° 77, **162**

Cass. Crim., 22 juin 1999, n° 97-85.707, **401**

Cass. Crim., 16 novembre 1999, n° 97-84.035, **314**

Cass. Crim., 7 mars 2000, n° 99-82-713, **252**

Cass. Crim. 12 septembre 2000, n° 98-88.202, **171**

Cass. Crim., 5 décembre 2000, n° 99-85.361, **557**

Cass. Crim., 30 janvier 2001, Bull. crim. 2001, n° 28, **156, 519**

Cass. Crim., 13 février 2001, n° 00-83.315, **314**

Cass. Crim., 27 novembre 2001, Bull. crim. 2001, n° 246, **495, 520**

Cass. Crim., 26 février 2002, Bull. crim. 2002, n° 43, **506**

Cass. Crim., 14 mai 2002, n° 01-85.482, **150**

Cass. Crim., 22 octobre 2002, n° 01-87.919, **281**

Cass. Crim., 22 octobre 2002, n° 01-86.908, **310**

Cass. Crim., 23 octobre 2002, Bull. crim. 2002, n° 195, **545**

Cass. Crim., 25 février 2003, Bull. crim. 2003, n° 51, **464**

Cass. Crim., 18 mars 2003, Bull. crim. 2003, n° 72, **263**

Cass. Crim., 25 mars 2003, n° 02-87.137, **82**

Cass. Crim., 6 mai 2003, Bull. crim. 2003, n° 94, **537**

Cass. Crim., 16 septembre 2003, Bull. crim. 2003, n° 162, **445**

Cass. Crim., 30 septembre 2003, Bull. crim. 2003, n° 173, **314**

Cass. Crim., 25 novembre 2003, n° 03-83.219, **380**

Cass. Crim., 16 mars 2004, Bull. crim. 2004, n° 67, **152**

Cass. Crim., 27 avril 2004, Bull. crim. 2004, n° 100, **463**

Cass. Crim., 28 septembre 2004, n° 03-87.450, **223**

Cass. Crim., 12 octobre 2004, Bull. crim. 2004, n° 865, **308**

Cass. Crim., 3 novembre 2004, Bull. crim. 2004, n° 268, **263**

Cass. Crim., 7 décembre 2004, Bull. crim. 2004, n° 310, **46, 81, 86, 211**

Cass. Crim., 1er mars 2005, Bull. crim. 2005, n° 72, **405**

Cass. Crim., 15 mars 2005, Bull. crim. 2005, n° 89, **150, 394**
 Cass. Crim., 30 mars 2005, Bull. crim. 2005, n° 110, **393**
 Cass. Crim., 12 avril 2005, Bull. crim. 2005, n° 128, **86**
 Cass. Crim., 10 mai 2005, Bull. crim. 2005, n° 144, **536**
 Cass. Crim., 21 juin 2005, Bull. crim. 2005, n° 186, **372**
 Cass. Crim., 13 septembre 2005, n° 04-86.560, **373**
 Cass. Crim., 27 septembre 2005, n° 04-85.956, **390**
 Cass. Crim., 29 novembre 2005, Bull. crim. 2005, n° 312, **261, 264**
 Cass. Crim., 14 février 2006, Bull. crim. 2006, n° 40, **372**
 Cass. Crim., 14 février 2006, Bull. crim. 2006, n° 41, **408**
 Cass. Crim., 14 février 2006, Bull. crim. 2006, n° 42, **393**
 Cass. Crim., 15 mars 2006, Bull. crim. 2006, n° 78, **555**
 Cass. Crim., 3 mai 2006 Bull. crim. 2006, n° 118, **259**
 Cass. Crim., 10 mai 2006, n° 05-82.971, **391, 393**
 Cass. Crim., 5 septembre 2006, n° 05-86.567, **390**
 Cass. Crim., 19 septembre 2006, n° 05-87.230, **523**
 Cass. Crim., 26 septembre 2006, Bull. crim. 2006, n° 237, **259**
 Cass. Crim., 2 novembre 2006, n° 15-87.163, **523**
 Cass. Crim., 14 novembre 2006, Bull. crim. 2006, n° 283, **281**
 Cass. Crim., 14 novembre 2006, n° 06-81.326, **389**
 Cass. Crim., 5 décembre 2006, n° 06-84.050, **259**
 Cass. Crim., 19 décembre 2006, Bull. crim. 2006, n° 321, **264**
 Cass. Crim., 6 février 2007, n° 05-86.495, **81, 84**
 Cass. Crim., 13 février 2007, n° 04-87.155, **259**
 Cass. Crim., 6 mars 2007, Bull. crim. 2007, n° 72, **47**
 Cass. Crim., 22 mai 2007, Bull. crim. 2007, n° 115, **393**
 Cass. Crim., 26 septembre 2007, Bull. crim. 2007, n° 224, **555, 564**
 Cass. Crim., 4 décembre 2007, Bull. crim. 2007, n° 302, **417**
 Cass. Crim., 29 janvier 2008, n° 07-82.493, **390**
 Cass. Crim., 11 mars 2008, Bull. Crim. 2008, n° 59, **414, 422**
 Cass. Crim., 26 mars 2008, Bull. crim. 2008, n° 79, **314**
 Cass. Crim., 6 mai 2008, Bull. crim. 2008, n° 103, **390**
 Cass. Crim., 14 mai 2008, Bull. crim. 2008, n° 117, **260**
 Cass. Crim., 28 octobre 2008, Bull. crim. 2008, n° 215, **308**

Cass. Crim., 9 septembre 2008, n° 07-87.281, **569**

Cass. Crim., 12 novembre 2008, Bull. crim. 2008, n° 229, **157, 322, 417**

Cass. Crim., 12 novembre 2008, n° 08-81-269, **252**

Cass. Crim., 6 janvier 2009, Bull. crim. 2009, n° 4, **520, 523**

Cass. Crim., 3 février 2009, Bull. crim. 2009, n° 25, **162**

Cass. Crim., 3 février 2009, Bull. crim. 2009, n° 26, **557**

Cass. Crim., 31 mars 2009, Bull. crim. 2009, n° 62, **214**

Cass. Crim., 28 avril 2009, Bull. crim. 2009, n° 79, **78, 84**

Cass. Crim., 12 mai 2009, Bull. crim. 2009, n° 88, **423**

Cass. Crim., 23 juin 2009, Bull. crim. 2009, n° 133, **373**

Cass. Crim., 10 novembre 2009, n° 08-86.295, **308, 316, 423**

Cass. Crim., 10 novembre 2009, n° 09-80.856, **423**

Cass. Crim., 24 novembre 2009, Bull. crim. 2009, n° 193, **373**

Cass. Crim., 19 janvier 2010, Bull. crim. 2010, n° 12, **423**

Cass. Crim., 26 janvier 2010, n° 08-88.134, **264**

Cass. Crim., 2 février 2010, n° 09-80.371, **417**

Cass. Crim., 16 février 2010, Bull. crim. 2010, n° 30 et 31, **537**

Cass. Crim., 9 mars 2010, n° 08-88.501, **259**

Cass. Crim., 13 avril 2010, Bull. crim. 2010, n° 67, **275, 280**

Cass. Crim., 13 avril 2010, Bull. crim. 2010, n° 70, **372**

Cass. Crim., 7 mai 2010, n° 09-80.774, **184, 185, 190**

Cass. Crim., 26 mai 2010, n° 09-87.529, **373**

Cass. Crim. 8 juin 2010, Bull. crim. 2010, n° 104, **275**

Cass. Crim., 8 juin 2010, Bull. crim. 2010, n° 104, **280**

Cass. Crim., 1er septembre 2010, n° 09-88.005, **465**

Cass. Crim., 12 octobre 2010, Bull. crim. 2010, n° 157, **252**

Cass. Crim., 14 décembre 2010, n° 10-80.088, **569**

Cass. Crim., 1er février 2011, n° 10-81.667, **417**

Cass. Crim., 15 mars 2011, Bull. crim. 2011, n° 54, **409**

Cass. Crim., 29 mars 2011, Bull. crim. 2011, n° 61, **423**

Cass. Crim., 27 avril 2011, Bull. crim. 2011, n° 78, **209**

Cass. Crim., 24 mai 2011, n° 10-83.106, **436**

Cass. Crim., 7 juin 2011, n° 10-85.179, **424**

Cass. Crim., 21 juin 2011, n° 11-90.046, **392**

Cass. Crim., 21 juin 2011, Bull. crim. 2011, n° 148, **537**

Cass. Crim., 21 juin 2011, n° 11-90.046, **380**

Cass. Crim., 8 novembre 2011, Bull. crim. 2011, n° 229, **150**

Cass. Crim., 8 novembre 2011, n° 10-85.666, **417**

Cass. Crim., 1er février 2012, n° 11-82.161, **506**

Cass. Crim., 13 mars 2012, n° 11-90.123, **380**

Cass. Crim., 11 avril 2012, Bull. crim. 2012, n° 91, **390**

Cass. Crim., 15 mai 2012, n° 11-83.686, **264**

Cass. Crim., 22 mai 2012, Bull. crim. 2012, n° 131, **224**

Cass. Crim., 5 juin 2012, n° 11-80.866, **500**

Cass. Crim., 19 juin 2012, Bull. crim. 2012, n° 153, **423**

Cass. Crim., 2 octobre 2012, Bull. crim. 2012, n° 203, **392**

Cass. Crim., 2 octobre 2012, n° 11-83.188, **417**

Cass. Crim., 16 octobre 2012, n° 11-88.102, **417**

Cass. Crim., 16 octobre 2012, Bull. crim. 2012, n° 217, **372**

Cass. Crim., 30 octobre 2012, n° 11-88.562, **153**

Cass. Crim., 30 octobre 2012, Bull. crim. 2012, n° 233, **537**

Cass. Crim., 27 novembre 2012, Bull. crim. 2012, n° 261, **47**

Cass. Crim., 5 décembre 2012, n° 12-86.382, **185, 190**

Cass. Crim., 19 mars 2013, n° 12-90.075, **409**

Cass. Crim., 16 avril 2013, n° 13-90.008, **150**

Cass. Crim., 23 avril 2013, Bull. Crim. 2013, n° 95, **259**

Cass. Crim., 10 septembre 2013, Bull. crim. 2013, n° 176, **423**

Cass. Crim., 14 janvier 2014, n° 12-87.296, **425**

Cass. Crim., 21 janvier 2014, Bull. crim. 2014, n° 18, **259**

Cass. Crim., 8 avril 2014, n° 12-87.497, **47**

Cass. Crim., 8 avril 2014, Bull. crim. 2014, n° 103, **417, 423**

Cass. Crim., 8 avril 2014, n° 12-88.412, **417**

Cass. Crim., 6 mai 2014, Bull. crim. 2014, n° 121, **417, 425**

Cass. Crim., 6 mai 2014, n° 14-90.010, **185, 190**

Cass. Crim., 12 novembre 2014, n° 13.-84.144, **417, 425**

Cass. Crim., 9 décembre 2014, n° 13-84.869, **393, 417**

Cass. Crim., 9 décembre 2014, n° 13-87.477, **424**

Cass. Crim., 17 mars 2015, Bull. crim. 2015, n° 56, **78, 82, 87**

Cass. Crim., 31 mars 2015, Bull. crim. 2015, n° 71, **394**

Cass. Crim., 8 juillet 2015, n° 15-90.006, **81**

Cass. Crim., 22 juillet 2015, n° 15-80.815, **107**

Cass. Crim., 22 septembre 2015, Bull. crim. 2015, n° 202, **506**

Cass. Crim., 6 octobre 2015, Bull. crim. 2015, n° 219, **185, 190**

Cass. Crim., 20 octobre 2015, Bull. crim. 2015, n° 227, **225, 227**

Cass. Crim., 20 octobre 2015, n° 14-80.021, **225**

Cass. Crim., 3 novembre 2015, Bull. crim. 2015, n° 239, **539**

Cass. Crim., 15 décembre 2015, Bull. crim. 2015, n° 297, **47**

Cass. Crim., 15 décembre 2015, n° 14-83.481, **417**

Cass. Crim., 15 décembre 2015, Bull. crim. 2015, n° 298, **390**

Cass. Crim., 12 janvier 2016, n° 14-87.749, **469**

Cass. Crim., 15 mars 2016, Bull. crim. 2016, n° 80, **507**

Cass. Crim., 30 mars 2016, n° 15-84.511, **150**

Cass. Crim., 31 mars 2016, Bull. crim. 2016, n° 117, **506**

Cass. Crim., 12 avril 2016, n° 15-85.561, **474**

Cass. Crim., 12 avril 2016, n° 14-87.959, **394**

Cass. Crim., 7 juin 2016, n° 15-81.405, **47**

Cass. Crim., 12 juillet 2016, n° 15-86.645, **569**

Cass. Crim., 6 septembre 2016, n° 15-86.412, **507**

Cass. Crim., 16 novembre 2016, n° 16-80.207, **510**

Cass. Crim., 20 septembre 2016, n° 15-83.070, **150**

Cass. Crim., 20 septembre 2016, n° 15-82.944, **393**

Cass. Crim., 20 septembre 2016, n° 15-82.941, **393**

Cass. Crim., 2 novembre 2016, n° 15-84.614, **370**

Cass. Crim., 15 novembre 2016, n° 15-86.600, **318**

Cass. Crim., 15 mars 2016, n° 14-84.703, **425**

Cass. Crim., 12 avril 2016, n° 14-87.606, **425**

Cass. Crim., 24 mai 2016, n° 15-82.945, **465**

Cass. Crim., 21 juin 2016, n° 15-84.325, **465**

Cass. Crim., 29 novembre 2016, n° 15-80.511, **425**

Cass. Crim., 7 février 2017, n° 15-86.970, **456**

Cass. Crim., 7 février 2017, n° 15-83.439; **523**

Cass. Crim., 21 février 2017, n° 15-87.688, **263**

Cass. Crim., 28 février 2017, n° 15-86.591, **393**
 Cass. Crim., 14 mars 2017, n° 15-87.319, **537**
 Cass. Crim., 28 mars 2017, n° 16-81.896, **393, 394**
 Cass. Crim., 29 mars 2017, n° 16-82.884, **107**
 Cass. Crim., 25 avril 2017, n° 16-83.331, **210**
 Cass. Crim 7 juin 2017, n° 16-80.322, **150**
 Cass. Crim., 11 juillet 2017, n° 16-86.965, **47, 92, 220**
 Cass. Crim., 28 novembre 2017, n° 16-85.637, **157**
 Cass. Crim., 13 décembre 2017, n° 17-82.030, **220**
 Cass. Crim., 9 janvier 2018, n° 16-87.540, **150**
 Cass. Crim., 6 mars 2018, n° 16-87.533, **570**
 Cass. Crim., 10 avril 2018, n° 17-82.184, **523**
 Cass. Crim., 7 mai 2018, n° 17-82.656, **80**
 Cass. Crim., 19 juin 2018, n° 17-82.526, **424**
 Cass. Crim., 19 juin 2018, n° 15-85.073, 17-85.742, **520**

Chambre des requêtes de la Cour de cassation :

Cass. req., 5 août 1884, D. 1884.I.457, S. 1885.I.157, **277**
 Cass. req., 29 octobre 1894, D. 1895.I.61, **314**
 Cass. req., 27 décembre 1886, DP 1887, 1, p. 312, **440**
 Cass. req., 2 décembre 1946, D. 1947, jurispr. p. 110, **440, 451**

Formations plénières de la Cour de cassation :

Cass. Ch. réunies, 5 avril 1913, D.P. 1914.1.65, **248**
 Cass. Ch. réunies , 15 juin 1923, D.P. 1924.1.153, **248**
 Cass. Ass. Plén., 12 juillet 2000, Bull A.P. 2000, n° 8, **454**
 Cass. Ass. Plén , 25 juin 2010, Bull. A.P. 2010, n° 1, **372, 454, 480**
 Cass. Ass. Plén. 16 décembre 2016, n° 08-86.295, **316, 326**

Conseil d'Etat :

Conseil d'Etat, 14 février 1975, *Teitgen*, n° 87730, **296**

Conseil d'Etat, 18 mars 1994, *Rimasson*, n° 92410, **296**
Conseil d'Etat, 17 mai 1995, *Kalfon*, n° 141635, **296**
Conseil d'Etat, 17 janvier 1996, *Dame Deleuze*, n°s 94489-93481-93482, **296**
Conseil d'Etat, 10ème et 9ème ss. sect., 7 février 2003, n° 243634, **18**
Conseil d'Etat, ss. sect. 10 et 9, 19 juillet 2011, n° 34430, **113, 115**

Conseil constitutionnel :

Conseil constitutionnel, décision n° 83-165 DC du 20 janvier 1984, **288**
Conseil constitutionnel, décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, **18**
Conseil constitutionnel, décision n° 89-262 DC du 7 novembre 1989, **185**
Conseil constitutionnel, décision n° 80-125 DC du 19 décembre 1980, **185**
Conseil constitutionnel, décision n° 90-283 DC du 8 janvier 1991, **255**
Conseil constitutionnel, décision n° 93-322 DC du 28 juillet 1993, **288**
Conseil constitutionnel, décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, **532**
Conseil constitutionnel, décision n° 2003-467 DC du 13 mars 2003, **111**
Conseil constitutionnel, décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, **525, 532**
Conseil constitutionnel, décision n° 2004-500 DC du 29 juillet 2004, **179**
Conseil constitutionnel, décision n° 2005-512 DC du 21 avril 2005, **179**
Conseil constitutionnel, décision n° 2010-20/21 QPC du 6 août 2010, **288**
Conseil constitutionnel, décision n° 2011-131 QPC du 20 mai 2011, **387, 409, 460**
Conseil constitutionnel, décision n° 2011-164 QPC du 16 septembre 2011, **537, 539**
Conseil constitutionnel, décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, **20, 179, 214**
Conseil constitutionnel, décision n° 2013-311 QPC du 17 mai 2013, **474**
Conseil constitutionnel, décision n° 2013-319 QPC du 7 juin 2013, **387, 409, 460**
Conseil constitutionnel, décision n° 2015-512 QPC du 8 janvier 2016, **185, 190**
Conseil constitutionnel, décision n° 2016-740 DC du 8 décembre 2016, **295**
Conseil constitutionnel, décision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, **192**
Conseil constitutionnel, décision n° 2017-747 DC du 16 mars 2017, **616**
Conseil constitutionnel, décision n° 2018-706 QPC du 18 mai 2018, **93**

Juridictions du fond

Cours d'appel :

Toulouse, 12 décembre 1894, D. 1894, 2 p. 80, **209**

Paris, 26 octobre 1915, cité par J. Pradel, D. 1992, somm. p. 97 **523**

Chambéry, ch. corr., 22 octobre 1936, Gaz. Pal. 1936, 2, p. 780, **372**

Nancy, 10 octobre 1950, D. 1951, somm. 30 ; Gaz. Pal. 1951.1.151, **84**

Paris, 19 mars 1952, D. 1952, p. 694, **80**

Paris, 11 mars 1953, JCP 1953.II.7543, note Colombini ; D. 1953, p. 271, **278**

Paris, 30 juin 1961, D. 1962 p. 393, note Touffait et Herzog, **517**

Bordeaux, 9 octobre 1962, JCP 1963.II.13128, note Larguier, **517**

Paris, 20 janvier 1965, cité par J.-L. C., D. 1965, p. 645, **398**

Paris, 26 avril 1983, **169**

Paris, ch. 11, 11 janvier 1984, n° 0204/81, **278**

Paris, 26 janvier 1990, inédit, cité in B. de Lamy, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, op. cit. p. 363, n° 561, **210**

Paris, 28 février 1990, JurisData n° 1990-022909, **169**

Metz, 14 mars 1990, JurisData n° 1990-040942, **169**

Paris, chambre correctionnelle, 29 mars 1990, **259**

Paris, 9 mai 1990, n° 6875/89, **80**

Paris, 12 juin 1990, **451**

Paris, 4 juillet 1990, JurisData n° 1990-023165, **169**

Paris, 31 octobre 1990, Gaz. Pal. 1991, 1, 311, note Bilger, **169**

Paris, 1ère ch., 19 novembre 1990, Légipresse n° 79 p. 16 ; D. 1991, IR p. 9, **440**

Orléans, 13 décembre 1990, JurisData n° 1990-052368, **169**

Paris 20 novembre 1991, n° 90-9088, **80**

Paris, 18 février 1992, D. 1992, IR p. 141, **440**

Paris, 6 mars 1992, **454**

Paris , 27 mai 1992, Gaz. Pal. 1992, 2, somm. 321, **171**

Paris, 9 décembre 1992, Gaz. Pal. 1992, 2, somm. 526, **172**

Paris, 23 février 1993, *Evènement du jeudi c/ Assoc. Soka Gakkai International France*, inédit, **440**

Paris. 27 avril 1993, *Boulin c/ Giscard d'Estaing*, **440**

Paris, 6 mars 1997, cité *in* CEDH, *Colombani et autres c/ France*, 25 juin 2002, n° 51279/99, § 18, **401**

Aix-en-Provence, 23 juin 1997, JurisData n° 1997-045637, **107**

Paris, 17 septembre 1997, cité *in* BICC n° 523, 1^{er} novembre 2000, **454**

Paris, 11ème Ch. corr., 28 mai 1998, JurisData n° 1998-021970, **372**

Paris, 10 décembre 1998, n° 8665/97, **82**

Paris, 14ème ch., réf., 10 février 1999, JCP E 1999, 953, obs. Vivant et le Stanc ; JCP 1999.II.10101, note Olivier et Barbry, **531**

Paris, 11ème ch., 10 novembre 1999, Légipresse 2000, I p. 154, **569**

Paris, 11ème ch. corr., sect. A, 15 décembre 1999, D. 2000, somm. p. 403, obs. J.-Y.

Dupeux ; JCP 1999.II.10281, note A. Schmidt, V. Facchina ; RSC. 2000 p. 644, obs. J. Francillon, **519**

Paris, 9 mai 2001, n° 98/07486, **80**

Aix-en-Provence, 7ème ch., 11 juin 2001, Dr. Pén. 2001, comm. 138, obs. M. Véron, **506**

Paris, 3 octobre 2001, **310**

Paris, 11ème ch., sect. B, 24 janvier 2002, Comm. com. Electr. 2003, comm. 19, obs. A. Lepage, **536**

Paris, 11ème ch., 14 février 2002, Comm. com. Electr. 2003, comm. 20, obs. A. Lepage, **562**

Paris, 11 septembre 2002, n° 01/01445, **80**

Versailles, 12 septembre 2002, Gaz. Pal. 2003. 2. Somm. 2572, **289**

Pau, 24 septembre 2002, **86**

Versailles, 28 mai 2003, **308**

Douai, 11 septembre 2003, **223**

Paris, 11ème ch., 17 mars 2004, Comm. com. Electr. 2005, comm. 72, obs. A. Lepage, **561, 562, 569**

Paris, 11^{ème} ch., sect. B, 10 mars 2005, Comm. com. Electr. 2005, comm. 177, obs. A. Lepage, **537**

Versailles, 9ème chambre, 10 mars 2005, **259**

Rouen, 14 décembre 2005, JCP 2006.IV.2412, **75, 84**

Paris, 11ème ch., sect. B, 6 avril 2006, Comm. com. Electr. 2007, comm. 11 (1^{ère} esp.), obs. A. Lepage, **500**

Douai, 6ème ch. corr., 25 janvier 2007, Comm. com. Electr. 2007, comm. 112, note A. Lepage, **157, 317**

Paris, 6 juin 2007, Légipresse 2007, n° 243-I p. 98, **500**

Paris, 4ème ch., sect. A, 6 juin 2007, Comm. com. Electr. 2007, comm. 119, obs. C. Caron, **569**

Paris, 10 janvier 2008, **308**

Rouen, 16 juillet 2008, **308**

Angers, 24 mars 2009, **402**

Paris, Pôle 2, chambre 7, 1er juillet 2009, n° 08/10044, **275**

Paris, Pôle 2, chambre 7, 1er octobre 2009, n° 08/11306, **275**

Bordeaux, 22 octobre 2010, D. 2011 p. 931, **224**

Paris, ch. 2-7, 15 décembre 2010, n° 10/01722, **500**

Besançon, 15 novembre 2011, n° 10/02642, **495**

Paris, pôle 2, 7ème ch., 24 mai 2012, **224**

Lyon, ch. soc., 22 novembre 2012, n° 11/05140, **495**

Paris, 12 juin 2013, RLDI 2013/95, n° 3165, **597**

Nîmes, 3ème ch., 18 octobre 2013, n° 13/00447, **495**

Colmar, ch. app. Corr., 27 novembre 2013, JCP G 2014, 64, note G. Poissonier, F. Dubuisson, **225**

Caen, 24 novembre 2014, D. 2015 p. 158, **224**

Poitiers, 19 mars 2015, **506**

Montpellier, 3ème ch. corr., 21 septembre 2015, n° 15/00413, **507**

Paris, 4 novembre 2015, n° 15/01661, **290**

Angers, 30 juin 2016, **157**

Paris, 28 août 2017, n° 17/00854, **290**

Cours administratives d'appel :

Paris, chambre 3, 10 mars 2011, n° 10PA01353, **275**

Juridictions de première instance :

Trib. Corr. Périgueux, 22 novembre 1929, D. 1931, 2, p. 112, **372**

Trib. Corr. Seine, 17ème ch., 18 décembre 1946, Gaz. Pal. 1947, 1, p. 113, **372**

Trib. Seine, 31 mai 1950, JCP 1950.II.5965, **277**

Trib. Corr. Beauvais, 20 décembre 1950, Gaz. Pal. 1951.1.200, **75**

TGI Seine, 4 juin 1964, JDI 1965 p. 415, obs. J.-B. Siatelli, **578**

Trib. Corr. Seine, 7 mars 1966, Gaz. Pal., 24 mai 1966, p. 349 ; D. 1966, somm. 71, **398**

TGI Paris, 26 avril 1968, JCP 1969.II.15841, note A. Chavanne, **440**

TGI Paris, 20 mars 1970, D. 1970, p. 487, note F. Chabas, **398**

Trib. Corr. Agen, 8 septembre 1971, Gaz. Pal. 1971, 1, jurispr. p. 377, **80, 86**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 25 octobre 1978, D. 1980, jurispr. p. 33, note d. Mayer, **365**

TGI Paris, 8 juillet 1981, **169**

Trib. Corr. Paris, 15 avril 1986, RSC 1987 p. 209, obs. Bouzat, **75, 84**

TGI Paris, réf., 11 juin 1990, **451**

Trib. Corr. Quimper, 19 mai 1994, *CNCT c/ Decaux et autres*, **259**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 18 novembre 1994, **177**

TGI Paris, 1ère ch., 1ère sect., 21 juin 1995, **177**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 12 septembre 1995, JurisData n° 1995-053354, **87**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 21 novembre 1995, Légipresse n° 130, avril 1996, I, p. 39, **399, 400**

Trib. Corr. Paris, 5 juillet 1996, cité in CEDH, *Colombani et autres c/ France*, 25 juin 2002, n° 51279/99, § 16, **401**

TGI Paris, 1ère ch. corr., 18 décembre 1996, Légipresse n° 140, avril 1997, I, p. 36, **401**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 18 février 1997, Légipresse n° 141, mai 1997, I, p. 54, **401**

TGI Paris, réf., 30 avril 1997, Gaz. Pal. 19 octobre 1997 p. 41, note C. Rozinsky, **495, 518**

TGI Paris, 1ère ch., 20 mai 1998, D. 1999 p. 163, note J.-Y Dupeux, **434**

Trib. Corr. Paris, 10 novembre 1998, Légipresse 1999, n° 163.I.81, **80**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 13 novembre 1998, *Unadif c/ Faurisson*, **562**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 28 janvier 1999, Comm. com. Electr. 2000, comm. 58, obs. A. Lepage, **518**

Trib. Corr. Paris, 13 décembre 1999, Légipresse 2000, n° 169.I.19, **80**

TGI Paris, 11 octobre 2000, **310**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 25 avril 2001, Légipresse n° 182, juin 2001, III, p. 108, note M.-N. Louvet, **401**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 25 janvier 2002, Légipresse 2002-I, p. 26, n° 190-01, **76**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 26 février 2002, Comm. com. Electr. 2002, comm. 77, obs. A. Lepage, **562**

TGI Nanterre, 4 juin 2002, **308**

Trib. Corr. Lille, 26 mars 2003, **223**

TGI Lyon, 21 juillet 2005, Légipresse 2006, n° 230-I p. 47, **537**

TGI Lille, 6ème ch., 24 janvier 2006, **157**

TGI Paris, 16 mars 2006, Légipresse 2006, n° 231-I p. 61, **500**

TGI Paris, 17 mars 2006, Légipresse 2006, n° 233-III p. 138, note B. Sarfati, **500**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 2 mai 2006, Légipresse 2006-I p. 115, **500**

TI Strasbourg, 9 juin 2006, **495**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 16 octobre 2006, Comm. com. Electr. 2007, comm. 11 (2^{ème} esp.), obs. A. Lepage, **500**

TGI Paris, 11 mai 2007, **308**

TGI Paris, réf., 22 juin 2007, Comm. com. Electr. 2007, comm. 143, note C. Caron, **533**

TGI Paris, 17ème ch. corr, 12 septembre 2007, Légipresse 2007, n° 246-03, **500**

TGI Paris, réf., 20 octobre 2007, **533**

TGI Toulouse, réf., 13 mars 2008, **532**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 13 mai 2008, Légipresse n° 254-I p. 116, **500**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 14 octobre 2008, **275**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 9 décembre 2008, **275**

TGI Paris, 17ème ch. corr, 9 octobre 2009, Comm. com. Electr. 2010, comm. 6, obs. A. Lepage, **539**

TGI Paris, 17ème ch. corr, 3 novembre 2009, Légipresse 2010, n° 270-III p. 58, **539**

Trib. Corr. Bordeaux, 10 février 2010, **223**

TGI Paris, réf., 20 avril 2010, RLDI 2010/61, n° 2019, **533**

TGI Pontoise, 14 octobre 2010, **224**

Cons. Prud'h. Boulogne-Billancourt, 19 novembre 2010, RLDI 2010/66, n° 2177, note L.C., **495**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 16 février 2011, **289**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 18 février 2011, RSC 2011 p. 135, note J. Francillon, **153**

TGI Paris, 3ème ch., 1ère sect., 29 mai 2011, Légipresse 2012 n° 296 p. 145, **532**

TGI Paris, 8 juillet 2011, **224**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 13 décembre 2011, Légipresse 2012, n° 291-02 p. 71, **500**

Trib. Corr. Mulhouse, 15 décembre 2011, D. 2012 p. 439, note G. Poissonier, **225**

TGI Bobigny, 3 mai 2012, **225**

TGI Paris, réf., 24 janvier 2013, Comm. com. Electr. 2013, comm. 58, obs. A. Lepage, **597**

Trib. Corr. Perpignan, 14 août 2013, **224**

TGI Pontoise, 20 décembre 2013, AJ Pénal 2014 p. 78, obs. G. Poissonier, **224**

TGI Paris, 24ème ch. corr. 1, 21 novembre 2014, Comm. com. Electr. 2015, comm. 85, obs. E. Caprioli, **510**

Trib. Corr. Rodez, 3 décembre 2014, n° 1035/2014, Gaz. Pal. 29 janvier 2015 p. 11, obs. R. Josseaume et C. Galandrin, **507**

TGI Versailles, 18 janvier 2016, n° 15106000169, L. François, Comm. com. Electr. 2017, étude 9, **263**

TGI Paris, 17ème ch. corr., 28 mars 2017, *Le Royaume du Maroc c/ Z. et T. Moumni*, **403**

-Juridictions européennes-

Commission EDH :

Commission EDH, *Kommunistische Partei Deutschlands c/ Allemagne*, 20 juillet 1957, n° 250/7, **237, 239**

Commission EDH, *X et Eglise de scientologie c/ Suède*, 5 mai 1979, n° 7805/77, **254**

Commission EDH, *Glimmerveen et Hagenbeek c/ Pays-Bas*, 11 octobre 1979, n° 8348/78 et 8406/78, **230**

Commission EDH, *Liljenberg c/ Suède*, 1er mars 1983, n° 2664/8, **254**

Commission EDH, *T. c/ Belgique*, 14 juillet 1983, n° 9777/82, **185, 230**

Commission EDH, *F.P. c/ Allemagne*, 29 mars 1993, n° 19459/92, **240**

Commission EDH, *Walendy c/ Allemagne*, 11 janvier 1995, n° 21128/92, **185, 240**

Commission EDH, *Remer c/ Allemagne*, 6 septembre 1995, n° 25096/94, **185, 240**

Commission EDH, *Honsik c/ Autriche*, 18 octobre 1995, n° 25062/94, **185, 240**

Commission EDH, *Montousse c/ France*, 29 novembre 1995, n° 21976/93, **417**

Commission EDH, *Marais c/ France*, 24 juin 1996, n° 31159/96, **185, 240**

Commission EDH, *D.I. c/ Allemagne*, 26 juin 1996, n° 26551/95, **240**

Commission EDH, *Hennicke c/ Allemagne*, 21 mai 1997, n° 34889/97, **240**

Commission EDH, *Nachtmann c/ Autriche*, 9 septembre 1998, n° 36773/97, **240**

Cour EDH :

CEDH, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, 8 juin 1976, n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, **32**

CEDH, *Handyside c/ Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, n° 5493/72, **4, 14, 150, 198, 241, 614**

CEDH, *Agee c/ Royaume-Uni*, 17 décembre 1976, n° 7729/76, **322**

CEDH, *Klass et autres c/Allemagne*, 6 septembre 1978, n° 5029/71, **99**

CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avril 1979, n° 6538/74, **14, 417**

CEDH, *Airey c/ Irlande*, 9 octobre 1979, n° 6289.73, **420**

CEDH, *X c/ Allemagne*, 16 juillet 1982, n° 9235/81, **230**

CEDH, *Lingens c/ Autriche*, 8 juillet 1986, n° 9815/82, **407, 413, 417**

CEDH, *Kühnen c/ Allemagne*, 12 mai 1988, n° 12194/86, **230, 240, 244**

CEDH, *H., W., P. et K. c/ Autriche*, 12 octobre 1989, n° 12774/87, **185**

CEDH, *Markt Intern Verlag GMBH et Klaus Beerman c/ République fédérale d'Allemagne*, 20 novembre 1989, n° 10572/83, **254**

CEDH, *Groppera Radio AG c/ Suisse*, 28 mars 1990, n° 10890/84, **254**

CEDH, *Autronic AG c/ Suisse*, 22 mai 1990, n° 12726/87, **10**

CEDH, *Nilsen et Johnsen c/ Norvège*, 25 novembre 1991, n° 23118/93, **417**

CEDH, *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, 26 novembre 1991, n° 13585/88, **10, 416, 469**

CEDH, *Castells c/ Espagne*, 23 avril 1992, n° 11798/85, **116, 322, 407, 417**

CEDH, *Thorgeir Thorgeirson c/ Islande*, 25 juin 1992, n° 13778/88, **407, 417**

CEDH, *Kokkinakis c/ Grèce*, 25 mai 1993, n° 14307/88, **202**

CEDH, *Casado Coca c/ Espagne*, 24 février 1994, n° 15450/89, **254, 323**

CEDH, *Jersild c/ Danemark*, 23 septembre 1994, n° 15890/89, **232, 234**

CEDH, *Prager et Oberschlick c/ Autriche*, 26 avril 1995, n° 15974/90, **417**

CEDH, *S.W. c/ Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, n° 20166/92, **201**

CEDH, *Young c/ Irlande*, 17 janvier 1996, n° 25646/94, **322**

CEDH, *Wingrove c/ Royaume-Uni*, 25 novembre 1996, n° 17419/90, **419**

CEDH, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, 24 février 1997, n° 19983/92, **407, 413, 419, 437**

CEDH, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie*, 30 janvier 1998, n° 133/1996/752/951, **237**

CEDH, *Bowman c/ Royaume-Uni*, 19 février 1998, n° 24839/94, **417**

CEDH, *Schöpfer c/ Suisse*, 20 mai 1998, n° 25405/94, **323**

CEDH, *Hertel c/ Suisse*, 25 août 1998, n° 25181/94, **417**

CEDH, *Lehideux et Isorni c/ France*, 23 septembre 1998, n° 24662/94, **210, 216, 217, 240**

CEDH, *Incal c/ Turquie*, 9 juin 1998, n° 22678/93, **234, 417**

CEDH, *Bladet Tromso et Stensaas c/ Norvège*, 20 mai 1999, n° 21980/93, **417**

CEDH, *Erdogdu et Ince c/ Turquie*, 8 juillet 1999, n° 25067/94 / 25068/94, **231**

CEDH, *Ceylan c/ Turquie*, 8 juillet 1999, n° 68953/01, **99**

CEDH, *Sürek c/ Turquie (n°1)*, 8 juillet 1999, n° 26682/95, **231**

CEDH, *Sürek c/ Turquie (n°4)*, 8 juillet 1999, n° 24762/94, **231**

CEDH, *Sürek et Ozdemir c/ Turquie*, 8 juillet 1999, n° 23927/94 / 24277/94, **231**

CEDH, *Öztürk c/ Turquie*, 28 août 1999, n° 22479/93, **99**

CEDH, *Bergens Tidende et autres c/ Norvège*, 2 mai 2000, n° 26132/95, **417**

CEDH, *Guisset c/ France*, 26 septembre 2000, n° 33933/96, **32**

CEDH, *Aksoy c/ Turquie*, 10 octobre 2000, n° 28635/95, 30171/96, 34535/97, **14, 99**

CEDH, *Jerusalem c/ Autriche*, 27 février 2001, n° 26958/95, **322, 417**

CEDH, *Thoma c/ Luxembourg*, 29 mars 2001, n° 38432/97, **416, 437**

CEDH, *Association Ekin c/ France*, 17 juillet 2001, n° 39288/98, **18**

CEDH, *Nikula c/ Finlande*, 21 mars 2002, n° 31611/96, **323**

CEDH, *Yagmurdereli c/ Turquie*, 4 juin 2002, n° 29590/96, **417**

CEDH, *Colombani et autres c/ France*, 25 juin 2002, n° 51279/99, **401, 417**

CEDH, *Didier c/ France*, 27 août 2002, n° 58188/00, **32**

CEDH, *A. c/ Royaume-Uni*, 17 décembre 2002, n° 35373/97, **322**

CEDH, *Cordova c/ Italie n°1 et 2*, 30 janvier 2003, n° 40877/98, 45649/99, **322**

CEDH, *Lesnik c/ Slovaquie*, 11 mars 2003, n° 35640/97, **416**

CEDH, *Garaudy c/ France*, 24 juin 2003, n° 65831/01, **240**

CEDH, *Société Prisma Press c/ France*, 1er juillet 2003, n° 66910/01, **416**

CEDH, *Karkın c/ Turquie*, 23 septembre 2003, n° 43938/98, **99**

CEDH, *Steur c/ Pays-Bas*, 28 octobre 2003, n° 39657/98, **323**

CEDH, *Gündüz c/ Turquie*, 4 décembre 2003, n° 35071/97, **427**

CEDH, *Radio France c/ France*, 30 mars 2004, n° 53984/00, **437**

CEDH, *Seurot c/ France*, 18 mai 2004, n° 57383/00, **234, 239**

CEDH, *Plon c/ France*, 18 mai 2004, n° 58148/00, **217**

CEDH, *Von Hannover c/ Allemagne*, 24 juin 2004, n° 59320/00, **417, 421, 469**

CEDH, *Chauvy et autres c/ France*, 29 juin 2004, n° 64915/01, **215**

CEDH, *Abeberry c/ France*, 21 septembre 2004, n° 58729/00, **417**

CEDH, *Sabou et Pircala c/ Roumanie*, 28 septembre 2004, n° 46572/99, **416**

CEDH, *Norwood c/ Royaume-Uni*, 16 novembre 2004, n° 23131/01, **240, 243**

CEDH, *Perdersen et Baadsgaard c/ Danemark*, 17 décembre 2004, n° 49017/99, **421**

CEDH, *Cumpăna et Mazare c/ Roumanie*, 17 décembre 2004, n° 33348/96, **416, 421**

CEDH, *Minelli c/ Suisse*, 14 juin 2005, n° 14991/02, **417**

CEDH, *Witzsch c/ Allemagne*, 13 décembre 2005, n° 7485/03, **240**

CEDH, *Kyprianou c/ Chypre*, 15 décembre 2005, n° 73797/01, **323**

CEDH, *Paturel c/ France*, 22 décembre 2005, n° 54968/00, **417, 421**

CEDH, *Giniewski c/ France*, 31 janvier 2006, n° 64016/00, **391**

CEDH, *Zdanoka c/ Lettonie*, 16 mars 2006, n° 58278/00, **215, 217**

CEDH, *Achour c/ France*, 29 mars 2006, n° 67335/01, **202**

CEDH, *Brasiliier c/ France*, 11 avril 2006, n° 71343/01, **407, 421**

CEDH, *Monnat c/ Suisse*, 21 septembre 2006, n° 73604/01, **216, 417**

CEDH, *Mamère c/ France*, 7 novembre 2006, n° 12697/03, **409, 419**

CEDH, *Leempoel & S.A. ED. Ciné revue c/ Belgique*, 9 novembre 2006, n° 64772/01, **410**

CEDH, *Boldea c/ Roumanie*, 15 février 2007, n° 19997/02, **417**

CEDH, *Pavel Ivanov c/ Russie*, 20 février 2007, n° 35222/04, **243**

CEDH, *Dupuis et autres c/ France*, 7 juin 2007, n° 1914/02, **243, 420**

CEDH, *Saygili et Seyman c/ Turquie*, 14 juin 2007, n° 62677/00, **99**

CEDH, *Artun et Güvener c/ Turquie*, 26 juin 2007, n° 75510/01, **402**

CEDH, Gde ch., *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c/ France*, 22 octobre 2007, n° 21279/02, 36448/02, **460, 469**

CEDH, *Stoll c/ Suisse*, 10 décembre 2007, n° 69698/01, **421**

CEDH, *Foglia c/ Suisse*, 13 décembre 2007, n° 35865/04, **325**

CEDH, *July et SARL Libération c/ France*, 14 février 2008, n° 20893/03, **417**

CEDH, *Soulas et autres c/ France*, 10 juillet 2008, n° 15948/03, **234**

CEDH, *Flux c/ Moldavie*, 29 juillet 2008, n° 22824/04, **421**

CEDH, *Chalabi c/ France*, 18 septembre 2008, n° 35916/04, **417, 460**

CEDH, *Leroy c/ France*, 2 octobre 2008, n° 36109/03, **82, 99, 217, 243**

CEDH, *Orban et autres c/ France*, 15 janvier 2009, n° 20985/05, **81, 86, 216, 417, 419, 508**

CEDH, *Marchenko c/ Ukraine*, 19 février 2009, n° 4063/04, **244**

CEDH, *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c/ France*, 5 mars 2009, n° 13353/05, **255, 263**

CEDH, *Société de conception de presse et d'édition et Ponson c/ France*, 5 mars 2009, n° 26935/05, **255**

CEDH, *Messier c/ France*, 19 mai 2009, n° 25041/07, **32**

CEDH, *Dubus S.A. c/ France*, 11 juin 2009, n° 5242/04, **32**

CEDH, *Willem c/ France*, 16 juillet 2009, n° 10883/05, **223, 228**

CEDH, *Feret c/ Belgique*, 16 juillet 2009, n° 15615/07, **234**

CEDH, *Lombardi Vallauri c/ Italie*, 20 octobre 2009, n° 39128/05, **288**

CEDH, *Alfantakis c/ Grèce*, 11 février 2010, n° 49330/07, **325**

CEDH, *Ruokanen et autres c/ Finlande*, 6 avril 2010, n° 45130/06, **421**

CEDH, *Sapan c/ Turquie*, 8 juin 2010, n° 44102/04, **288**

CEDH, *Dink c/ Turquie*, 14 septembre 2010, n° 2668/07, 6102/08, 30079/08, **185, 234**

CEDH, *Faruk Temel c/ Turquie*, 1er février 2011, n° 16853/05, **234**

CEDH, *Otegi Mondragon c/ Espagne*, 15 mars 2011, n° 2034/07, **116, 402, 417**

CEDH, *Mor c/ France*, 15 décembre 2011, n° 28198/09, **325, 417**

CEDH, *Von Hannover c/ Allemagne (n°2)*, 7 février 2012, n° 40660 et 60641, **417**

CEDH, Gde ch., *Aksu c/ Turquie*, 15 mars 2012, n° 4149/04 et 41029/04, **288**

CEDH, *De Lesquen du Plessis-Casso c/ France (n° 1)*, 12 avril 2012, n° 54216/09, **322, 417**

CEDH, *Alkaya c/ Turquie*, 9 octobre 2012, n° 42811/06, **421**

CEDH, *Smolorz c/ Pologne*, 16 octobre 2012, n° 17446/07, **217**

CEDH, *Telegraaf Nederland Landelijke Media B.V. et autres c/ Pays-Bas*, 22 novembre 2012, n° 39315/06, **417**

CEDH, *Eon c/ France*, 14 mars 2013, n° 26118/10, **49, 402, 417**

CEDH, 5^{ème} sect., *Morice c/ France*, 11 juillet 2013, n° 29369/10, **326**

CEDH, *Delfi A.S. c/ Estonie*, 10 octobre 2013, n° 64569/09, **539**

CEDH, *Perinçek c/ Suisse*, 17 décembre 2013, et 15 octobre 2015 (Gde Ch.), n° 27510/08, **185, 216, 417**

CEDH, *Grande Stevens et autres c/ Italie*, 4 mars 2014, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10, 18698/10, **32**

CEDH, *Ruusunen c/ Finlande*, 14 janvier 2014, n° 73579/10, **417**

CEDH, *Brosa c/ Allemagne*, 17 avril 2014, n° 5709/09, **417**

CEDH, *Morice c/ France*, 23 avril 2015 (Gde Ch.), n° 29369/10, **316, 326, 417**

CEDH, *Delfi A.S. c/ Estonie*, 16 juin 2015 (Gde Ch.), n° 64569/09, **539**

CEDH, *Perinçek c/ Suisse*, 15 octobre 2015 (Gde Ch.), n° 27510/08, **185**

CEDH, *M'bala M'bala c/ France*, 20 octobre 2015, n° 25239/13, **240, 243, 372**

CEDH, *Bono c/ France*, 15 décembre 2015, n° 29024/11, **323**

CEDH, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete and Index.hu zrt v/ Hungary*, 2 février 2016, n° 22947/13, **539**

CEDH, *Reichman c/ France*, 12 juillet 2016, n° 50147/11, **419**

CEDH, *Dorota Kania c/ Pologne*, 19 juillet 2016, n° 49132/11, **460**

CEDH, *Debray c/ France*, 2 mars 2017, n° 52733/13, **474, 478**

CEDH, *Lacroix c/ France*, 7 septembre 2017, n° 41519/12, **322, 419**

CEDH, *Stern Taulats et Roura Capellera c/ Espagne*, 13 mars 2018, n° 51168/15, 51186/15, **116**

CEDH, *Nix c/ Allemagne*, 5 avril 2018, n° 35285/16, **217, 497**

CEDH, *Ottan c/ France*, 19 avril 2018, n° 41841/12, **326, 417**

CJUE :

CJUE, *Google France SARL et Google Inc. c/ Louis Vuitton Malletier SA, Google France SARL c/ Viaticum SA et Luteciel SARL, Google France SARL c/ CNRRH SARL et autres*, 23 mars 2010, aff. C-236/08 à C-238/08, **534**

-Juridictions internationales-

Tribunal militaire international de Nuremberg :

Jugement du Tribunal militaire international de Nuremberg du 1er octobre 1946, **132, 133**

Tribunal penal international pour le Rwanda :

TPIR, *Le procureur c/ Jean-Paul Akayesu*, 2 septembre 1998, n° ICTR-96-4-T, **134**

TPIR, *Le procureur c/ Georges Ruggiu*, 1^{er} juin 2000, n° ICTR-97-32-I, **134**

TPIR, *Le procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, 3 décembre 2003, n° ICTR-99-52-T, **134, 135, 136**

TPIR, *Le procureur c/ Ferdinand Nahimana et al.*, arrêt du 28 novembre 2007, n° ICTR-99-52-A, **134, 136**

-Juridictions étrangères-

Juridictions nord-américaines :

USSC, *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), **589**

USSC, *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919), **594**

USSC, *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919), **587, 594**

USSC, *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925), **588**

USSC, *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), **588, 594**

Supreme Court of New Jersey, *State v. Klapprott*, 22 A.2d 877 (N.J. 1941)), **593**

USSC, *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), **594**

USSC, *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250 (1952), **140, 593**

USSC, *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961), **587**

USSC, *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969), **594**

USSC, *Coates v. Cincinnati*, 402 U.S. 611 (1971), **592**

USSC, *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972), **592**

USSC, *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323 (1974), **589**

USSC, *Brockett v. Spokane Arcades, Inc.*, 472 U.S. 491 (1985), **592**

USSC, *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), **116**

Cour d'appel du 9ème circuit des Etats-Unis, *Mc Calden v. California Library Ass'n*, 955 F.2d 1214 (9th cir. 1992), **593**

USSC, *R.A.V. v. City of St Paul*, 505 U.S. 377 (1992), **593**

USSC, *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997), **596**

USSC, *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002), **592**

Autres juridictions :

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 7 mars 1990, **116**

High Court of Australia, *Dow Jones & Company Inc. v. Gutnick* (2003) 210 CLR 575 (HCA), **563**

Cour constitutionnelle fédérale allemande, 12 décembre 2000, **563**

Index alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes).

-A-

Abus de la liberté d'expression. – 454 s., 482.

Abus d'ester en Justice. – 304.

Action civile. – v. *Article 1240 (ex. 1382) du Code civil.*

Apologie. –

- Définition, 56, 83 s.
- De crimes et de délits, 78.
- De crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, 80 s.
- D'actes terroristes, 82, 88 s., 218 s.
- Interprétation extensive, 203 s.
- Distinction de la provocation, 83 s.

Article 1240 (ex. 1382) du Code civil. –

- Admissibilité en droit de la presse, 432 s.
- Portée en droit de la presse, 440 s.
- Eviction du droit de la presse, 449 s.
- Réhabilitation en droit de la presse, 479 s.

Associations. –

- Habilitation à agir, 148, 248 s.,
- Influence sur le contentieux d'expression publique, 250 s., 262 s.

Audiovisuel. –

- Régime préventif, 18.
- Application à l'Internet, 497, 536 s.

-B-

Blog. – 217, 494, 497, 500, 502, 506, 525, 533, 570.

Bonne foi. –

- Notion, qualification, 389.
- Critères, 390.
- Application à l'Internet, 500.

Boycott (de produits étrangers, appel au). – 223 s.

-C-

Censure. – 17.

Communication. –

- Liberté de, 10.
- Par la voie électronique, 492 s.

Compétence législative et juridictionnelle. –

- Territoriale, 552 s.
- Extraterritoriale, 548 s.
- Critère de l'accessibilité sur le territoire, 559 s.
- Critère du public visé, 566 s.

Complicité. –

- Dans le Code pénal, 59 s.
- Dans la loi du 29 juillet 1881, 69.

Contestation de crimes contre l'humanité. – v. *Négationnisme*

Convention EDH. –

- Article 6, 32, 307, 322, 323, 326, 332, 401.
- Article 10, 7, 230 s.
- Article 17, 235 s.
- Effet interprétatif, 211.
- Effet justificatif, 404 s.

Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. – 142, 580.

Convention sur la cybercriminalité. – 582 s.

Cour EDH. –

- Examen de conventionnalité, 231.
- Jurisprudence sur les discours de haine, 229 s.

- Jurisprudence sur le débat d'intérêt général, 412 s.

Cour suprême des Etats-Unis. –

- Interprétation du Premier amendement américain, 588, 592.
- Jurisprudence sur la protection des symboles nationaux, 116.
- Jurisprudence sur les discours de haine, 593 S.

Criminalisation. –

- Définition, 27.
- D'un délit d'expression, 74.

Cyberharcèlement. – 511.

-D-

Débat d'intérêt général. –

- Notion, 412 s.
- Critères, 415 s.
- Portée dans la jurisprudence européenne, 419 s.
- Portée dans la jurisprudence française, 422 s.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. – 6.

- Article 4, 16, 20.
- Article 5, 616.
- Article 6, 185.
- Article 8, 20, 364.
- Article 10, 6.
- Article 11, 6, 9, 10, 437, 587, 613.

Démocratie. – 14.

Dépénalisation. –

- Définition, 26.
- De la diffamation et de l'injure, 459 s.

Déspécialisation (d'infractions de presse). – 526, 617.

- De l'apologie publique d'actes terroristes, 92 s.

- Des délits d'expression haineuse, 160 s.

Diffamation. –

- Définition, 368 s.
- A caractère haineux, 145, 152.
- Justification, v. *Bonne foi*, *Exceptio veritatis*, *Débat d'intérêt général*.

Discours de haine. –

- Notion, 120.
- Fondements historiques de la répression, 122 s.
- Fondements pratiques de la répression, 137 s.
- Critères dans la jurisprudence strasbourgeoise, 233 s.
- Critères dans la jurisprudence américaine, 593 s.
- Extension aux propos sexistes, homophobes et handiphobes, 147, 155 s.
- Répression en droit commun, v. *Déspécialisation*.
- Répression sur l'Internet, 579 s.

Droits de la défense. – 307 s, 401, 453, 460, 478.

Droit(s) de la personnalité. – 442 s.

Droits fondamentaux. – 7, 440, 481.

-E-

Etat dangereux prédélictuel. – 72.

Exception de vérité (*exceptio veritatis*). –

- Origines, 384.
- Domaine initial, 387.
- Domaine élargi, 405 s.

Excuse de provocation. – 394.

Expression. –

- Définition, 34.
- Formes, 36 s.
- Indirecte, 40.
- Publique, 41 s.

-F-

Fait justificatif. – v. *Bonne foi, Exception de vérité, Débat d'intérêt général, Excuse de provocation.*

-H-

Honneur. –

- Fondements sociaux de sa protection, 341 s.
- Distinction de la considération, 370.

-I-

Immunité. –

- Critère spatial de délimitation dans l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881, 313 s.
- Définition, 312.
- Des témoins judiciaires, 277.
- Des témoins devant les Commissions parlementaires, 278 s.
- Des avocats, 307, 316.
- Des parlementaires, 309, 317 s.

Incitation. – 65.

- Au terrorisme, 88 s.

Incrimination(s). –

- Définition, 28.
- Interprétation par le juge, 201 s.
- Insuffisance du champ d', 506.
- Inadéquation du champ d', 507 s.
- Principe de nécessité, 20, 115, 616.

Information. –

- Liberté d', 10.

Infraction. –

- Formelle, matérielle, 73 s.
- Instantanée, continue, permanente 514 s.

Injure. –

- Définition, 371 s.
- Origines (*injuria*), 349 s.

- A caractère haineux, 145, 155 s., 310.

- Justification, v. *Excuse de provocation.*

Intermédiaires techniques. –

- Fournisseurs d'accès, 529.
- Fournisseurs d'hébergement, 530 s.
- Editeur de services, 535 s.
- Neutralité, 529 s.
- Responsabilité, 528 s.

Internet. –

- Définition, 489.
- Influence sur l'expression publique, 492 s.
- Influence sur la pénalisation, 504 s.
- Intermédiaires techniques, 528 s.
- Contenu éditorial, 536 s.
- Espaces de contribution, 538 s.
- Anonymat des internautes, 469, 495, 536, 537, 539, 542, 610.

-L-

Lanceurs d'alertes. –

- Notion, 285.
- Représailles, 286.
- Protection, 294 s.

Loi pour la confiance dans l'économie numérique (LCEN). – 39, 491, 529 s., 597.

Libéralisme. – 13.

Liberté. – 5.

Liberté d'expression. – 3 s.

- Des universitaires, 287 s.
- Des parlementaires, 322.
- Des avocats, 323.

Liberté fondamentale, v. *Droits fondamentaux.*

Liberté publique. – 7.

Loi du 29 juillet 1881. –

- Apparition du droit de la presse, 9, 67, 363.
- Mécanismes de responsabilité, 529.
- Procédure, 461 s.
- Avenir, 617.

-M-

- Menace(s), 506.

-N-

Négationnisme. –

- Définition, 168.
- Incrimination, 169 s.
- Constitutionnalité, 190.
- Conventionnalité, 185.
- Opportunité de la répression, 187 s.
- Génocide des Arméniens, 174 s.

-O-

Offense. –

- Apparition, 374 s.
- Abrogation, 397 s.

Opinion. –

- Définition, 9.
- Publique, 124.
- Manipulation par la propagande, 125.

Outrage. –

- Définition, 103 s.
- Publicité, 106 s.
- Aux symboles nationaux, 108 s.

-P-

Pacte international relatif aux droits civils et politiques. – 7, 9, 10, 142, 237, 580 s.

Paradis médiatiques. – 584.

Peine. –

- Définition, 33.
- Privée, 436, 470.

Pénalisation. – 23 s.

- Justification vis-à-vis de l'expression publique, 49, 612 s.

Prescription. –

- Des délits de presse, 462 s.
- Sur Internet, 513 s.

Presse. – 9.

Procédures-bâillons. – 290 s.

- A l'encontre de lanceurs d'alerte, 286.
- A l'encontre d'universitaires, 289.
- Protection contre, 293 s.
- Sanction, 302 s.

Propagande. –

- Définition, 124.
- Comme outil de manipulation des masses, 123 s.
- Nazie, 127 s.
- Au Rwanda (1990-1994), 129 s.

Provocation. –

- Définition, 56.
- Élément de complicité, 59 s.
- Excuse (de), v. *Excuse de provocation*.
- Incrimination autonome, 63 s.
- En droit commun, 64 s.
- En droit de la presse, 67 s.
- Directe, indirecte, 61.
- A commettre un génocide, 65, 133, 552.
- A des actes terroristes, 70, 90 s.
- A des crimes et délits, 63 s.
- A la haine, à la violence ou à la discrimination, 146, 150, 153, 222 s.
- Suivie ou non d'effet, v. *Infraction – formelle, matérielle*.

Publication. –

- Moyens de, 44.
- Accessibilité sur le territoire, 560 s.
- Nouvelle publication, 522 s.

Publicité. –

- De l'expression, 42 s.
- Commerciale (conventionnalité), 254.
- Illicite (tabac, alcool), 256 s.

-R-

Recul du temps. – 215 s., 243.

Référé. – 446 s.

Réseaux sociaux. – 90, 92, 100, 494 s., 502 s., 507 s., 525, 533, 538 s.

- Définition, 498.
- « Like » (*Facebook*), 508.

Responsabilité. –

- Civile, v. *article 1240 (ex. 1382) du Code civil*.

- En cascade, v. *Loi du 29 juillet 1881 – Procédure*.
- Sur Internet, 527 s.

Révisionnisme. – v. *Négationnisme*.

-S-

Sanction. – v. *Peine*.

-U-

Universitaires. –

- Intimidations par l'action judiciaire, 289.
- Protection fonctionnelle, 296 s.

Usurpation d'identité. – 510.

-V-

Vie privée. – 104, 398, 414, 421, 442, 443, 444, 445, 460, 495, 511, 531.

- *Exceptio veritatis*, 387, 408, 410.
- Référé, 447, 448.

Table des matières

Abréviations	5
Sommaire	7
Introduction Générale	8
Section 1 – La limitation délicate d’une liberté essentielle	9
§ 1 – La liberté d’expression, droit protéiforme et fondamental	9
A – Une fondamentale acquise	10
B – Une variété substantielle	14
§ 2 – Le régime répressif, limitation exceptionnelle et protectrice	18
A – Un cadre institutionnel indissociable de la liberté	18
B – Un régime juridique favorable à la liberté	22
Section 2 – L’appréhension par le droit pénal d’une expression publique	29
§ 1 – L’étude d’un processus : la « pénalisation »	29
A – L’approche difficile d’un terme ambigu	29
B – La circonscription d’un champ juridique vaste	34
§ 2 – L’étude de son domaine : « l’expression publique »	36
A – Une extériorisation directe de la pensée	37
B – Une extériorisation dirigée vers un public indéterminé	41
Partie I – La pénalisation de l’expression publique à l’épreuve du phénomène d’instrumentalisation	49
Titre 1 – L’instrumentalisation de la loi	50
Chapitre 1 – La protection envahissante des intérêts nationaux	51
Section 1 – La pénalisation déréglée des incitations aux actes terroristes	51
§ 1 – La nécessaire distinction de la provocation et de l’apologie publiques	52
A – La provocation publique, transmission d’un dessein criminel	52
1 – L’autonomisation de l’infraction de provocation publique	52
a – L’inadaptation à l’expression publique du rattachement traditionnel de la provocation à la complicité	53
b – La consécration de la provocation publique en tant qu’infraction autonome	58
i – La pénalisation désordonnée de la provocation publique en droit commun	58
ii – La pénalisation homogène de la provocation publique en droit de la presse	62
2 – La légitimation de l’infraction de provocation publique	65
a – La manifestation publique d’un état dangereux prédélictuel	66
b – L’ajustement de la répression aux effets de la provocation publique	68
i – La provocation publique suivie d’effet : l’incrimination autonome ou aggravée d’un résultat	69
ii – La provocation publique non suivie d’effet : l’incrimination formelle d’un danger aléatoire et temporaire	70
B – L’apologie publique, transmission d’une pensée pernicieuse	73

1 – L’apologie, délit semblable à la provocation	73
a – La crainte d’une contagion du phénomène criminel par l’esprit	73
b – La diversification contextualisée des incriminations	76
i – L’apologie, infraction sanctuaire	76
ii – L’apologie, infraction modératrice	79
2 – L’apologie, délit autonome de la provocation	81
a – Le crime passé comme support du discours	81
b – L’approbation morale comme objectif immédiat	83
§ 2 – La regrettable confusion de la provocation et de l’apologie par le législateur en matière de terrorisme	85
A – L’accentuation progressive d’un régime répressif instable	85
1 – Une répression en proie aux mutations structurelles du terrorisme	86
2 – Une codification lourde de conséquences	88
B – L’échec d’adaptation à un phénomène mal identifié	90
1 – Une mesure contestable : l’accentuation disproportionnée de la répression	90
2 – Un problème bien réel : la lutte contre l’endoctrinement terroriste	93
Section 2 – La pénalisation dispensable des outrages aux symboles républicains	97
§ 1 – L’interprétation malaisée de la notion d’outrage	97
A – Une incrimination générique	97
B – Une incrimination contextualisée	99
§ 2 – L’intérêt réduit des infractions d’outrage aux symboles républicains	103
A – L’ambition redoublée d’une protection limitée	103
1 – Un délit d’application restreinte	103
2 – Des contraventions d’application incertaine	106
B – L’inconventionnalité manifeste d’une répression superflue	107
Conclusion du chapitre 1	112
Chapitre 2 – La protection inépuisable des intérêts catégoriels	114
Section 1 – Les fondements de la pénalisation des discours de haine	114
§ 1 – Les fondements historiques de la pénalisation des discours de haine	115
A – Une massification du phénomène criminel par la propagande haineuse	115
1 – La manipulation des esprits par la propagande	115
2 – Le rôle des propagandes haineuses dans la criminalité de masse	118
a – La propagande haineuse, outil de légitimation du crime	119
b – La propagande haineuse, outil d’excitation au crime	121
B – L’appréhension du discours haineux par le droit pénal international	124
1 – L’érection des discours haineux en tant que crime contre l’humanité à Nuremberg	124
2 – La précision des liens entre discours haineux et crimes contre l’humanité à Arusha	126
§ 2 – Les fondements théoriques de la pénalisation des discours de haine	130
A – Le caractère « performatif » des discours de haine	130
B – Le rôle inhibiteur de la norme pénale	132
Section 2 – Les errements de la pénalisation des discours de haine	135
§ 1 – L’approche ambitieuse de la pénalisation des propos haineux	136
A – L’incrimination difficile des propos haineux	136

1 – Un arsenal répressif adaptable	136
2 – Un arsenal répressif imparfait	140
a – La matérialité floue du délit de provocation discriminatoire	140
b – L'intentionnalité commune aux délits d'expression haineuse	143
B – La pénalisation hypertrophiée des propos haineux	147
1 – La multiplication des critères de la discrimination punissable	147
a – Un champ répressif extensible	147
b – Un champ répressif symbolique	151
2 – La périlleuse ambition d'une répression en droit commun	155
a – Un projet récurrent	155
b – Un projet discutable	157
§ 2 – L'approche mémorielle de la pénalisation des propos négationnistes	160
A – La pénalisation d'une forme insidieuse d'expression haineuse	161
1 – Une répression fragile sur le fondement de la loi Pleven	161
2 – Une répression renforcée par la loi Gayssot	163
B – La pénalisation épineuse d'un délit contesté	165
1 – Une législation objet de revendications	166
a – L'échec d'une extension du négationnisme punissable au génocide des Arméniens	166
i – Une extension souhaitée	166
ii – Une extension déçue	168
b – L'écueil d'une assimilation du devoir de mémoire au besoin de répression	170
i – Un devoir universel de protection de la mémoire	170
ii – Un besoin spécifique de répression des propos haineux	173
2 – Une législation en quête permanente de légitimité	178
a – Un délit de contestation... contesté	178
b – Une possible remobilisation des délits classiques d'expression haineuse ?	181
Conclusion du chapitre 2	185
Conclusion du titre 1	187
Titre 2 – L'instrumentalisation de la Justice	189
Chapitre 1 – Le rétrécissement de l'expression publique par l'interprétation déraisonnable des normes d'incrimination	189
Section 1 – L'extension déraisonnable du champ répressif par les juges	190
§ 1 – Une application instable des délits d'apologie publique	191
A – Une souplesse intrinsèque de l'incrimination d'apologie	191
1 – Une incrimination étendue du fond apologétique	191
a – La répression de l'apologie de délits aggravés	191
b – La répression de l'apologie de crimes tentés	193
2 – Une incrimination étendue de la forme apologétique	194
a – La répression de l'apologie du criminel	194
b – La répression de l'apologie indirecte	196
B – Une répression affectée par le contexte temporel des propos	198
1 – Une répression en recul dans le champ du discours historique	198

a – La licéité de l’apologie de faits qualifiés <i>a posteriori</i> par le législateur	199
b – La justification conventionnelle du discours apologétique par le « recul du temps »	200
2 – Une répression en expansion dans le cadre de la lutte contre le terrorisme	203
§ 2 – Une application critiquable des dispositifs de lutte contre les discours de haine	206
A – L’application détournée du délit de provocation à la discrimination à raison de l’origine nationale	207
1 – La pénalisation prétorienne de l’appel public au boycott de produits étrangers	207
2 – La fragilité manifeste du raisonnement employé	210
a – Une inadéquation du texte d’incrimination	210
b – Une entrave au débat public citoyen	212
B – L’approche dualiste des discours de haine par la Cour européenne des droits de l’Homme	214
1 – L’appréciation de l’opportunité répressive sur le fondement de l’article 10 § 2 Conv. EDH	214
a – L’apparition d’un contentieux strasbourgeois du discours haineux	214
b – L’établissement de critères strasbourgeois du discours haineux	217
2 – Le déni d’une protection conventionnelle sur le fondement de l’article 17 Conv. EDH	219
a – Une clause de neutralisation de la protection conventionnelle	220
i – Une mesure d’autodéfense du modèle démocratique	220
ii – Une dualité apparente d’application aux discours de haine	222
b – Un mécanisme critiquable dans sa mise en œuvre	224
 Section 2 – L’extension déraisonnable du champ répressif par l’action civile associative	228
§ 1 – Une privatisation de l’action publique préjudiciaire à la liberté d’expression	228
A – Une multiplication des habilitations légales à la mise en mouvement de l’action publique	228
B – Une ingérence de groupements privés dans l’exercice d’une liberté publique	231
§ 2 – Une influence parfois excessive : l’exemple du contentieux relatif aux publicités illicites pour le tabac et l’alcool	235
A – Une réglementation justifiée par l’impératif de protection de la santé publique	236
B – Une réglementation détournée de ses fins par un contentieux militant	239
1 – Un objectif de prévention des incitations à une consommation immodérée	239
a – Une restriction de la réglementation relative à la publicité en faveur du tabac	240
b – Un assouplissement de la réglementation relative à la publicité en faveur de l’alcool	243
2 – Un contentieux saturé par l’action militante	245
 Conclusion du chapitre 1	250

Chapitre 2 – L’entrave à l’expression publique par l’usage déraisonnable de l’action en Justice	252
Section 1 – La poursuite abusive d’une expression vulnérable	252
§ 1 – Une intimidation de l’expression contrainte	253
A – Les témoins, cibles d’une dualité de pressions	253
1 – Une expression imposée par la loi	253
2 – Un silence intimé par les tiers	256
B – La solution de l’extension des immunités légales	259
1 – Une assimilation des témoins par l’action successive de la jurisprudence et de la loi	259
2 – Une solution juridiquement mal fondée mais bénéfique à la qualité des auditions	263
§ 2 – Une intimidation de l’expression volontaire	264
A – Les lanceurs d’alerte et universitaires, cibles des procédures-bâillons	265
1 – Une dualité des cibles	265
a – L’intimidation d’une expression citoyenne : le cas des lanceurs d’alerte	265
b – L’intimidation d’une expression académique : le cas des universitaires	268
2 – Une identité de la menace : les procédures-bâillons	273
B – Le traitement d’un abus par la protection et la prévention	275
1 – Une protection distincte en aval	275
a – Un statut général du lanceur d’alerte sous la protection du Défenseur des droits	276
b – Une amélioration de la protection fonctionnelle des universitaires	278
2 – Une prévention commune en amont	281
a – L’écueil d’une solution catégorielle	281
b – La procédure-bâillon, nouvel avatar de l’abus d’ester en Justice	284
Section 2 – La poursuite inopportune d’une expression renforcée	287
§ 1 – Une inhibition de l’expression représentative	287
A – L’inhibition des droits de la défense	287
B – L’inhibition du débat démocratique	291
§ 2 – Une valorisation de la parole représentative	294
A – La vaine revendication d’une « extériorisation » des immunités légales	294
1 – Une protection traditionnellement circonscrite selon un critère spatial	295
2 – Une inadéquation des immunités légales à la sphère publique	298
a – Une inadéquation à la bonne administration de la Justice	298
b – Une inadéquation à la dignité du débat politique	300
B – La protection de la parole représentative par la jurisprudence européenne	304
1 – La reconnaissance d’un droit renforcé à la liberté d’expression représentative : une jurisprudence favorable à l’expression des élus	304
2 – La justification acquise par la médiatisation du contexte : une protection étendue de l’expression des avocats	308
Conclusion du chapitre 2	313
Conclusion du titre 2	315
Conclusion de la première partie	317

Partie II – La pénalisation de l’expression publique à l’épreuve de la modernité	320
Titre 1 – La médiatisation de l’expression publique	321
Chapitre 1 – L’inévitable libéralisation de l’expression infamante	321
Section 1 – L’expression infamante endiguée par une pénalisation constante	322
§ 1 – Les fondements sociaux de la pénalisation de l’expression infamante	322
A – Une doctrine religieuse du langage	322
B – Une doctrine politique de l’honneur	325
§ 2 – Les fondements juridiques de la répression de l’expression infamante	327
A – L’élaboration du cadre répressif par les Droits anciens	327
1 – L’apparition du cadre répressif en Droit Romain	327
a – Une conception extensive de l’ <i>injuria</i>	328
b – Une répression étendue de l’ <i>injuria</i>	330
2 – L’amplification du cadre répressif en Droit Ancien	333
a – Une inflation du champ d’incrimination	333
b – Une inflation de la sanction	335
B – La modernisation du cadre répressif par le droit de la presse	338
1 – Une conception objective de l’expression infamante	338
2 – Une conception pluraliste de l’expression infamante	340
a – L’autonomisation de la diffamation et de l’injure	340
i – L’incrimination autonome de la diffamation	341
ii – L’incrimination autonome de l’injure	346
b – La protection du souverain face à l’offense	350
Section 2 – L’expression infamante libéralisée par une information omniprésente	352
§ 1 – La porosité originelle de la pénalisation de l’expression infamante	353
A – Une automaticité de la répression fondée sur l’intention de nuire	353
1 – Le conditionnement de la répression à l’ <i>animus injuriandi</i> en Droit Romain	353
2 – Une intention de nuire présumée en droit de la presse	354
B – Une pondération de l’automaticité fondée sur l’utilité sociale du propos	356
1 – Une exonération de la répression controversée en Droit Romain	356
2 – Une exonération de la répression consacrée en droit de la presse	359
a – La diffamation justifiée par la vérité ou la précaution du propos	359
b – L’injure excusée par le contexte du propos	363
§ 2 – La porosité croissante de la pénalisation de l’expression infamante	366
A – L’abrogation des infractions d’offense	367
1 – Un régime de protection exorbitant	367
2 – Une abrogation d’inspiration strasbourgeoise	370
B – L’extension de la justification par la légitimité du propos	374
1 – L’élargissement du domaine de l’ <i>exceptio veritatis</i>	374
a – Des ambiguïtés de forme : la complexité du régime légal	375
b – Des incompatibilités de fond : l’entrave aux débats historique et scientifique	377
2 – L’émergence de la notion de débat d’intérêt général	380
a – Une notion prétorienne d’inspiration strasbourgeoise	381
i – La réception française d’une notion européenne	381
ii – Le parallélisme des conceptions française et européenne de la notion	383

b – Une portée justificative encore incertaine	387
i – Un potentiel disproportionné en droit européen	387
ii – Un fonctionnement équivoque en droit français	390
Conclusion du chapitre 1	395
Chapitre 2 – L’indispensable rééquilibrage du contentieux de presse	397
Section 1 – Le droit de la presse en conflit	397
§ 1 – La responsabilité civile admise par le droit de la presse	398
A – Une admission légale	398
B – Une admission logique	400
§ 2 – La responsabilité civile atrophiee par le droit de la presse	404
A – Le droit de la presse débordé par la responsabilité civile	404
1 – Le magnétisme contentieux de la responsabilité aquilienne	405
2 – L’émergence de la protection des droits de la personnalité	408
3 – L’absorption du contentieux par la juridiction des référés	411
B – La responsabilité civile écartée par le droit de la presse	415
1 – La responsabilité civile absorbée	415
2 – La responsabilité civile évincée	419
Section 2 – Le droit de la presse en crise	423
§ 1 – Un régime légal contesté	423
A – La liberté de la presse entravée ?	423
B – Les droits des victimes altérés	426
1 – L’épreuve du temps : la prescription réduite de l’article 65	427
2 – L’épreuve de la forme : le formalisme des articles 50 et 53	430
§ 2 – Un régime légal à conforter	434
A – Le procès pénal, garant de l’équilibre du débat public	434
B – Le juge, restaurateur de l’équilibre du contentieux	438
1 – Une application corrigée des règles processuelles de 1881	438
a – L’efficacité modérée d’un rééquilibrage par la loi	439
b – L’efficacité durable d’un rééquilibrage par la jurisprudence	441
2 – Une réhabilitation contrôlée de la fonction complétive de l’action civile	443
Conclusion du chapitre 2	448
Conclusion du titre 1	450
Titre 2 – La dématérialisation de l’expression publique	452
Chapitre 1 – Les difficultés d’adaptation de la pénalisation à l’expression numérique	452
Section 1 – L’évolution des modes de commission	453
§ 1 – La communication électronique, facteur d’amplification de l’expression punissable	454
A – Une prolifération du comportement infractionnel	454
1 – L’internaute, nouvel acteur de la communication au public	454
2 – L’internet, moyen de communication au public soumis au droit applicable	457
B – Une adaptation de la répression aux spécificités de l’expression en ligne	459

1 – L’assouplissement par la jurisprudence des critères de la bonne foi	459
2 – L’aggravation par le législateur de certaines infractions	462
§ 2 – La communication électronique, facteur de diversification de l’expression punissable	464
A – Un dépassement de l’incrimination par la modernisation des moyens d’expression	464
1 – L’insuffisance des champs d’incrimination	465
2 – L’inadéquation des champs d’incrimination	467
B – Une adaptation de la pénalisation à la modernisation des atteintes	470
Section 2 – L’évolution des modes de poursuite	473
§ 1 – La communication électronique, facteur de pérennisation de l’infraction	474
A – Une permanence des délits de presse en ligne	474
1 – La discussion doctrinale	474
2 – La position jurisprudentielle	477
B – Des aménagements envisageables	480
1 – L’application modernisée de la notion de « nouvelle publication »	480
2 – L’intervention pondérée du législateur	482
§ 2 – La communication électronique, facteur de démultiplication des responsabilités	485
A – Une responsabilisation limitée des intermédiaires techniques	485
1 – La neutralité acquise des prestataires de circulation	485
2 – La neutralité discutée des prestataires de stockage	488
a – Un régime de responsabilité atténuée	488
b – Un statut aux contours incertains	490
B – Une responsabilisation circonstanciée des éditeurs de services	493
1 – Une responsabilité « en cascade » à raison du contenu éditorial	493
2 – Une responsabilité atténuée à raison du contenu contributif	497
Conclusion du chapitre 1	502
Chapitre 2 – Les difficultés d’adaptation de la pénalisation à l’expression transnationale	504
Section 1 – La pénalisation transnationale étendue dans la théorie	504
§ 1 – L’ubiquité de la compétence pénale française en matière d’infractions d’expression publique	505
A – Une portée extensive de la loi pénale française dans l’espace	505
1 – Le rayonnement limité des règles de compétence extraterritoriale	505
2 – Le rayonnement étendu des règles de compétence territoriales	508
B – Une portée amplifiée par le droit de la presse	511
§ 2 – L’ubiquité portée à son paroxysme par la communication au public en ligne	513
A – Le critère d’accessibilité sur le territoire, facteur d’« omnijuridictionnalité » de l’expression en ligne	514
1 – Un critère amplificateur de compétence	514
2 – Un critère générateur de difficultés	517
B – Le critère du public visé, facteur d’une compétence légitime du juge national	519
1 – Un critère consacré par la jurisprudence	519
2 – Un critère mis en péril par le législateur	523

Section 2 – La pénalisation transnationale limitée dans la pratique	525
§ 1 – L’effectivité de la répression à l’épreuve du souverainisme étatique	526
A – Une coopération frileuse des états	526
1 – L’inadaptation de l’entraide répressive internationale à la délinquance d’expression publique	526
2 – La privation d’effet extraterritorial des condamnations nationales	530
B – Une harmonisation insuffisante des législations : l’exemple des discours de haine	532
1 – Une insuffisance ancienne	532
2 – Une insuffisance persistante	534
§ 2 – L’effectivité de la répression à l’épreuve des paradis médiatiques	537
A – Une conception exorbitante de la liberté d’expression en droit américain	538
1 – La conception particulariste de la liberté d’expression aux Etats-Unis	538
a – Une consécration dogmatique et évolutive de la liberté d’expression	538
b – Une représentation métaphorique des fondements de la liberté d’expression	541
2 – L’ample protection jurisprudentielle des discours de haine aux Etats-Unis	543
a – Une neutralité exigée de la loi à l’égard du contenu de l’expression	543
b – Une répression quasi-impossible des discours de haine	545
B – Un affaiblissement de la répression sous l’influence du droit américain	549
1 – L’emprise du modèle américain sur la liberté d’expression en ligne	549
2 – L’imperfection de la répression pénale en tant qu’instrument de régulation de l’expression publique en ligne	552
Conclusion du chapitre 2	556
Conclusion du titre 2	558
Conclusion de la deuxième partie	560
Conclusion générale	563
Bibliographie	573
Index des décisions de justice	603
Index alphabétique	630
Table des matières	635

La pénalisation de l'expression publique

Résumé

Si les contours de la liberté d'expression sont régulièrement discutés ces dernières années, c'est le plus fréquemment s'agissant de la régulation par le droit pénal de l'expression publique que les polémiques se font les plus vives. En effet, c'est assurément sous cette dimension, c'est-à-dire lorsqu'elle consiste dans l'extériorisation directe de la pensée dirigée vers un public indéterminé, que l'expression emporte ses répercussions les plus spectaculaires au sein d'une société. Source de mobilisations citoyennes et d'une réflexion collective aux fins de l'élévation des mentalités vers le bien commun, l'expression publique peut également constituer le ferment de comportements antisociaux par l'alimentation des inimitiés, de l'intolérance et d'un état d'esprit criminel. Partant, la pénalisation, qui désigne l'ensemble des processus d'intervention du droit pénal dans un domaine déterminé, se trouve pleinement légitimée face aux dangers d'une expression publique immodérée.

Toutefois, la pénalisation peine à trouver ses repères dans l'établissement des critères de sa nécessité et de son opportunité, à une époque où la place prise par l'expression publique au sein de notre société apparaît, plus que jamais, prépondérante.

La pénalisation de l'expression publique est d'abord mise à l'épreuve de son instrumentalisation. La norme pénale semble en effet souffrir, de nos jours, d'une surestimation de ses vertus régulatrices dans sa création et dans sa mise en oeuvre en matière d'expression publique.

La pénalisation de l'expression publique est ensuite mise à l'épreuve de la modernité. L'évolution des techniques place en effet l'expression publique au cœur d'une mutation profonde de ses usages au sein de notre société, modifiant les paradigmes classiques du rapport entretenu par celle-ci avec le droit pénal.

Abstract

While the contours of freedom of expression have been regularly discussed in recent years, it is most frequently in the case of the regulation of public expression by criminal law that polemics are most heated. Indeed, it is certainly under this dimension, that is, when it consists in the direct exteriorization of thought directed towards an indeterminate public, that the expression has its most spectacular repercussions within a society. A source of citizen mobilization and collective thinking for the purpose of raising mentalities towards the common good, public expression can also constitute the ferment of antisocial behaviour by feeding enmities, intolerance and a criminal state of mind.

Consequently, penalization, which refers to all the processes of criminal law intervention in a given field, is fully legitimate in the face of the dangers of immoderate public expression.

However, penalization is struggling to find its bearings in establishing the criteria of its necessity and timeliness, at a time when the place taken by public expression within our society appears, more than ever, predominant.

Penalization of public expression is first put to the test of its instrumentalization. The penal norm seems to suffer, nowadays, from an overestimation of its regulatory virtues in its creation and in its implementation in the area of public expression.

Penalization of public expression is then put to the test of modernity. The evolution of technology places public expression at the heart of a profound change in its uses in our society, modifying the classic paradigms of the interplay between public expression and criminal law.

Mots clés : *[Droit pénal, Liberté d'expression, Liberté de la presse, Pénalisation, Dépénalisation, Expression publique, Droit de la presse, Loi du 29 juillet 1881, Provocation, Apologie, Outrage, Discours de haine, Négationnisme, Diffamation, Injure, Offense, Procédures-bâillons, Immunités, Débat public, Internet, LCEN, Paradis médiatiques]*