



Université Panthéon-Assas

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit pénal et sciences pénales

Dirigé par Monsieur le Professeur Yves Mayaud

2011

Droit de critique et droit pénal

Anne-Lise Fontaine

Sous la direction de Monsieur le Professeur Yves Mayaud

REMERCIEMENTS

Il m'est particulièrement cher d'exprimer ma gratitude et mes remerciements à **Monsieur le professeur Yves Mayaud** qui, par son enseignement, sa disponibilité et ses précieux conseils, m'a guidé et soutenu tout au long de l'élaboration de ce mémoire.

Je remercie également l'ensemble des professeurs du Master 2 qui, par la richesse de leurs enseignements et l'étendue de leur savoir, m'ont également aidé à mener ce projet à terme.

SOMMAIRE

PARTIE 1 : UN DROIT PENAL EN QUETE DE MESURE

Chapitre 1 : Une libre critique consacrée

Chapitre 2 : Des abus de critique sanctionnés

PARTIE 2 : UN DROIT PENAL EN VOIE DE DEMESURE

Chapitre 1 : Une exclusivité désavouée

Chapitre 2 : Une conciliation recherchée

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

LIBELLE	ABREVIATION
Actualité juridique – administratif	AJDA
Actualité juridique – pénal	AJ pénal
Assemblée Plénière	Ass. plén.
Chambre correctionnelle	Ch. cor.
Chambre criminelle	Crim.
Code de l'éducation	C. educ.
Code Civil	C. civ.
Code pénal	C. pén.
Code de procédure pénale	C. pr. pén.
Communication, commerce électronique	CCE
Code du travail	C. trav.
Contre	c/
Convention européenne des droits de l'homme	Conv. EDH
Cour d'appel	CA
Cour de cassation	Cass.
Cour européenne des droits de l'homme	CEDH
Dalloz Actualité	Dalloz actu.
Dalloz (Recueil)	D.
Droit pénal	Dr. pén.
Droit de la famille	Dr. famille
Droit du travail	Dr. trav.
Edition	Ed.
Gazette du Palais	Gaz. Pal.
Jurisclasseur périodique	JCP
Jurisclasseur périodique – Edition générale	JCP G
Jurisprudence	Jurispr.
Observations	Obs.
Ordonnance	Ord.
Proposition	Prop.
Rapport	Rapp.
Revue de droit pénal et de criminologie	RD pén. crim.
Revue de droit international privé	RDIP
Revue de sciences criminelles	RSC
Revue internationale de droit pénal	RID pén.
Revue pénitentiaire et de droit pénal	Rev. pénit.
Revue trimestrielle de droit civil	RTD civ.
Semaine juridique – social	JC S
Tribunal d'instance	TI
Tribunal de grande instance	TGI
Voir	V.
Question prioritaire de constitutionnalité	QPC

« Si la critique est juste et pleine d'égards, vous lui devez des remerciements et de la déférence ; si elle est juste sans égards, de la déférence sans remerciements ; si elle est outrageante et injuste, le silence ou l'oubli. »

Jean le Rond D'ALEMBERT, Apologie de l'Etude.

INTRODUCTION

Le droit pénal et le droit de critique. Le sujet semble mettre en exergue un paradoxe latent ; celui de la répression, d'une part, et de la liberté, d'autre part. Pourtant, assimiler le droit de critique à la liberté et le droit pénal à la répression serait bien trop réducteur et serait impropre à rendre compte de la relation qu'ils entretiennent. Pour évincer l'antinomie qui règne entre le droit de critique et le droit pénal, il convient de revenir sur le cheminement qui s'est opéré jusqu'à l'émergence d'un véritable « *droit de critique* » (section 1) avant de montrer pourquoi les deux notions méritent d'être traitées parallèlement. De l'espoir à la déception, de l'envoûtement à la désillusion, le bilan semble plutôt pessimiste mais là encore, s'en tenir à une telle conclusion serait bien trop prématuré (section 2).

Section 1: De la critique au droit de critique

Issue du verbe « *crino* » en grec ancien, qui signifie trier, séparer selon un critère, la critique est véritablement apparue pour la première fois en Grèce. Au sens commun du terme, il s'agit d'un jugement de valeur porté sur un principe, un ouvrage de l'esprit, une œuvre d'art ou une personne.¹ Gérard Cornu relève deux sens à la critique. Il distingue jugement de valeur « positif » et jugement de valeur « négatif ». Le premier consiste à examiner une chose en vue d'en apprécier la valeur et rechercher et les mérites de ce qui est à considérer. Quant au second, il s'agit d'une appréciation défavorable, une prise de position contre quelqu'un ou quelque chose.² *In fine*, la critique au sens large serait « *toute expression de la pensée par laquelle individu, dans quelque domaine que ce soit (artistique, historique, politique, judiciaire, scientifique...) qui expose son point de vue sur les mérites ou les défauts, les qualités ou les imperfections d'une personne ou d'une chose* »³.

¹ Le Grand Robert, *Dictionnaire de la langue française*, au mot « Critique »

² *La liberté de critique*, Éditions LexisNexis, collection « Colloques et débats », 2007, Préface

³ TILLEMENT G., *Droit de critique et droit pénal*, Thèse, Nancy, 1991

Toutes ces définitions recourent à l'idée de jugement que la critique porte sur une chose, une personne ou une activité. « *Adopter une position critique, c'est disposer d'un certain nombre de critères d'évaluation et de jugement, plus globalement de ressources à la fois langagières, émotionnelles ou corporelles qui relient explicitement le jugement au plaisir* »⁴. L'activité de critique consiste donc en une capacité à remettre en question ses propres croyances, de douter et de remettre en cause la vision des événements que nous donnent les institutions. Ainsi, Michel Foucault l'a définie comme une vertu, comme l'art de ne pas être gouverné et asservi. La critique relève donc du for intérieur et est emprunte, par essence, de subjectivité et de partialité. Elle est finalement l'expression même de la personnalité et de la pensée de celui qui en est l'auteur. Paraphrasant Michel Miaille, les critiques « *ne se satisfont pas de la seule contemplation du réel tel qu'il se donne à voir. [...] Ils cherchent à révéler une structure profonde, cachée mais expressive de la réalité, au-delà de ce qui est visible* »⁵.

À l'origine, si l'existence de la critique était indéniable, cette notion demeurait pourtant en dehors de toute réglementation. À titre d'exemple, la légende rapporte que le critique Zoïle fut condamné à mort par le roi Ptolémée Philadelphe pour avoir dénigré l'œuvre d'Homère, puis lapidé et crucifié par la foule indignée.⁶ De nos jours, le dénouement est beaucoup plus pacifique, la querelle se soldant dans la majorité des cas par une décision judiciaire.

C'est au théâtre que s'est développée la critique, notamment par la création du Tribunal des Cinq Juges. Critique officielle et populaire, cette institution était intimement liée aux représentations du théâtre. Si à l'origine, le peuple était chargé de départager les concurrents, cette tâche a été confiée à un jury plus réfléchi que cette foule ardente. L'archonte, qui présidait, tirait au sort le nom de cinq juges qui invoquaient les Dieux, prêtaient serment et rendaient un arrêt à l'issue des débats. Pourtant, ce « tribunal de critique » fut l'objet de nombreuses contestations. Son impartialité et sa maladresse furent dénoncées, souvent à juste titre. La critique n'est en effet pas

⁴ FOSSIER A. et MANICKI A., *Où en est la critique?*, Tracés. Revue de Sciences humaines, n°13 (2007) [en ligne] URL: <http://traces.revues.org/index306.html>.

⁵ GAUDREAUULT-DESBIENS J-F., *La critique identitaire, la liberté d'expression ou la pensée juridique à l'ère de l'angoisse: un essai critique d'épistémologique de la pensée juridique*, 1998, p27.

⁶ BUTTEAU M., *Droit de critique en matière littéraire, dramatique et artistique*. Préface de C. Le Senne, 1910, p 5

toujours aisée, « *au goût littéraire, elle aime qu'on joigne parfois une certaine habileté diplomatique ; réunir ces deux qualités et les concilier, c'est un art difficile* »⁷.

A cette publique officielle et organisée, s'ajoute en Grèce Antique une critique dite « privée », celle qui se manifeste dans les comédies. Frénétique, âpre voire excessive, son existence témoigne de l'absence de réglementation autour de la critique. Aristophane par exemple, condamne l'œuvre d'Euripide, son style et ses idées. Pire, il attaque le poète personnellement ainsi que ses proches. La mort d'Euripide n'a pas mis un frein aux critiques acerbes d'Aristophane dirigées contre lui, critiques qu'il matérialise dans une pièce intitulée *Les grenouilles*.⁸

A Rome, le théâtre n'a pas la même ampleur qu'à Athènes et vit dans une atmosphère d'aversion, de mépris et de censure. La critique ne semble pas la bienvenue dans cet univers hostile, d'autant que les lois romaines sont marquées par la rigueur et la sévérité. Le délit d'injure est déjà puni par les douze tables de Rome et la victime est même autorisée à se venger de son auteur. Dans la société romaine, la capacité de critique est donc limitée dans son principe et dans ses effets.

Au Moyen-âge, en France, il était prématuré d'évoquer un *droit de critique* à proprement parler puisque, de ce temps, « *la littérature avait pour caractère essentiel d'être impersonnelle et anonyme* ». ⁹ Ce n'est qu'au XVII^{ème} siècle que la critique se développe avec les pièces de théâtre qui figurent aujourd'hui parmi les grands classiques. Les œuvres de Corneille¹⁰, Racine¹¹ ou encore Molière¹² font l'objet d'une pléthore de critiques dans les salons. Ces lieux étaient aussi réservés pour formuler des attaques à ces critiques¹³, allant parfois jusqu'à la contre-attaque¹⁴.

⁷ Ibid., p.7

⁸ Aristophane, *Les Grenouilles*, 406 avant J.C

⁹ BRUNETIERE F., *Grande Encyclopédie*, au mot « Critique »

¹⁰ CORNEILLE C., *Le Cid*, 1637

¹¹ RACINE J., *Andromaque*, 1667 ; *Britannicus*, 1669

¹² MOLIÈRE, *Les Précieuses ridicules*, 1659 ; *Le médecin malgré lui*, 1666 ; *L'Avare*, 1668...

¹³ MOLIÈRE, *La Critique de l'Ecole des Femmes*, 1663

¹⁴ BOURSAULT E., *La Contre-critique de l'Ecole des Femmes*, 1663 qui a valu une réponse cinglante de Molière dans *L'impromptu de Versailles*, 1663 ; DONNEAU DE VISE J., *La Vengeance des Marquis* (1663) a mis fin à la polémique.

Cet « esprit critique » va se développer davantage durant le XVIIIème siècle. Kant met ainsi en évidence l'impératif pour les Lumières de se « *servir de son propre entendement* »¹⁵ et de ne pas être soumis aux autorités religieuses et politiques. Selon lui, la critique est à la fois une « possibilité de l'esprit » mais aussi une éthique, représentative de la Modernité. La philosophie kantienne repose donc sur la nécessité d'une critique qui éviterait d'utiliser illégitimement la raison.¹⁶

Le XIXème siècle va connaître un changement substantiel. Jusqu'alors formulée dans des espaces privés, la critique voit le jour dans la presse écrite. La loi du 29 juillet 1881 marque incontestablement l'avènement de la liberté de la presse et se caractérise par un régime dérogatoire au droit commun.¹⁷ Charles Floquet, partisan de la liberté absolue, tente de plaider la cause d'une liberté de la presse affranchie de toute entrave légale et dépourvue de régime spécial.¹⁸ Se rapprochant des conceptions britannique et américaine, la théorie de Floquet ne fut pourtant pas adoptée et ce sont les promoteurs du régime spécial qui obtiendront gain de cause. Le rapporteur de la loi Eugène Lisbonne estime en effet que « *le droit commun serait la mort de la presse écrite* » ; seul un régime dérogatoire est en effet à même d'assurer un équilibre entre la liberté d'expression et les droits de la société.

Par le truchement de la loi du 29 Juillet 1881, on voit apparaître un véritable *droit de critique*, une critique règlementée, encadrée. L'importance de cette loi se manifeste à la fois quantitativement et qualitativement, à tel point qu'elle est parfois considérée comme un « Code de la presse ». En effet, parmi tous les moyens utilisés pour exprimer une critique, la presse reste de loin l'outil le plus répandu, notamment en raison de sa facilité d'accès. Entre protection et répression, la critique porte désormais le masque juridique.

La notion de droit de critique présente cependant des zones d'ombre et fait l'objet de quelques interrogations. Notre droit positif ne le reconnaît pas en tant que tel, de sorte que le droit de critique est marqué par une absence d'autonomie juridique. Aussi ne figure-t-il pas parmi les

¹⁵ KANT E., *Qu'est-ce que les Lumières ?*, 1784, p.51

¹⁶ Kant distingue trois types de critique qui feront l'objet de trois œuvres importantes à la fin du XVIIIème siècle : *La Critique de la raison pure*, 1781 ; *La critique de la raison pratique*, 1788 et *La critique de la faculté de juger*, 1790

¹⁷ Article premier: « *l'imprimerie et la librairie sont libres* »

¹⁸ Deuxième rapport du groupe de travail de l'Académie des Sciences morales et politiques sous la direction de M. Henri PIGEAT, *Liberté de la presse, le paradoxe français*, 2003, Chp 3

droits subjectifs, à l'instar du droit à la vie privée notamment. Cependant, cette absence d'autonomie n'est pas significative d'une inexistence ou d'une absence de consécration. Il s'agit en vérité d'un corollaire de la liberté d'expression, qui jouit d'une reconnaissance considérable.

Formellement, un panel d'expressions est utilisé pour nommer le droit de critique, ce qui fait régner la confusion auprès des libertés du langage. Droit de critique, liberté de critique, droit de libre critique, à quelle expression doit-on de se référer? Leur différence de forme est d'apparence trompeuse. En vérité, toutes ces expressions se rejoignent et reflète une conception de la critique « règlementée » identique. Pour comprendre l'essence de cette conception, il est avant tout nécessaire de procéder brièvement à une distinction entre la liberté et le droit.

La liberté est d'abord définie négativement comme le fait de « *ne pas être entravé dans ses choix par d'autres.* »¹⁹ De manière positive, Isaiah Berlin la définit comme étant « *une volonté d'autodétermination, le désir d'un individu d'être son propre maître.* » Parallèlement, le droit est « *l'ensemble des prérogatives individuelles sur autrui ou contre autrui. C'est la faculté d'exiger une action ou une abstention.* » Le Doyen Roubier explique ainsi que « *la différence entre le droit et la liberté proprement dite est que le droit est affecté d'une certaine finalité particulière par la loi qui l'a créé, tandis que la liberté constitue une prérogative discrétionnaire qui peut s'exercer dans toutes les directions, parce que précisément elle est la liberté* »²⁰. Ainsi, alors que le droit est défini dans ses contours juridiques, la liberté ne présenterait pas véritablement de limite. Si les deux notions présentent cette différence, elles ne sont pas pour autant antinomiques. En effet, entendue dans un sens collectif, la liberté doit garder, pour des raisons sociales, des proportions raisonnables. La démarche individualisée cède alors le pas à la société, et ce dans une logique de tolérance et de respect d'autrui. Dès lors, la reconnaissance d'une liberté s'accompagne d'un droit à exercer cette liberté²¹.

Appliquée à la critique, c'est la conception juridique que l'on retiendra. Une liberté de critique, certes, mais toujours « *à travers le prisme du droit* ». Certains auteurs ont considéré qu'en matière de critique, seule la liberté pouvait la caractériser, nul ne disposant d'une action lui

¹⁹ BERLIN I., *Eloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1969, p178

²⁰ ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris 1963, p. 145 et s.

²¹ LEVINET M., *Théorie générale des droits et libertés*, Droit et justice, 2006

octroyant le pouvoir d'exercer cette critique²². Il existerait donc une liberté « *absolue de critique* ». Pourtant, c'est justement au droit de contrôler la critique, de façon à ce qu'elle puisse s'exercer de manière libre mais proportionnée. Tel que le déclarait Camus, « *la liberté absolue raille la justice. La justice absolue nie la liberté. Pour être fécondes, les deux notions doivent trouver l'une et l'autre, leur limite* »²³. L'expression *droit de critique* semble donc être la plus appropriée et c'est d'ailleurs celle qui est la plus utilisée, notamment par la jurisprudence. Pourtant, que ce soit en termes de liberté de critique, de droit de libre critique ou de droit de critique, une idée commune est sous-jacente : celle d'une critique libre mais conditionnée, encadrée. Toutes les expressions peuvent être valablement utilisées, dès lors qu'elles rejoignent cette idée d'encadrement juridique qui va assurer la protection de la liberté de critique et sanctionner ses abus.

En matière de liberté d'expression, on aurait pourtant tendance à pencher en faveur d'un excès de libéralisme puisque « *toucher à l'opinion, c'est toucher à la fondation même de la démocratie.* »²⁴ En effet, si l'on conçoit assez facilement que le législateur pénal intervienne pour punir le mensonge ou la divulgation de vérités qui ne sauraient être divulguées²⁵, la répression d'une opinion semble difficilement tolérable. En vérité, l'intervention du droit pénal ne peut être la même lorsqu'il s'agit d'une opinion ou d'un fait, ce que la Cour européenne n'a pas manqué de remarquer²⁶. Dans le premier cas, la liberté de critique telle qu'elle doit entraîner une immunité presque totale, alors que, dans le second, un devoir d'objectivité s'impose²⁷. Finalement, lorsque la critique relève de l'opinion, elle est pleinement tolérée alors que lorsqu'elle est associée à des faits, au discours d'intérêt général, elle suppose certaines limites. Afin de déterminer si les propos relèvent de l'opinion ou du discours d'intérêt général, on peut s'interroger sur trois points²⁸. D'une part, il s'agit de se demander si les propos sont susceptibles ou non de preuve contraire. D'autre part, le contexte permet de renseigner sur la nature du propos. Enfin, le langage utilisé peut être un facteur déterminant dans l'appréciation de la critique. La critique dite « *privée* » n'est

²² CICUREL I., *La liberté de critique*, thèse, Paris, 2005

²³ CAMUS A., *L'homme révolté*, Paris, Gallimard, 1951, Collection Folio/Essais, n°15, p.363

²⁴ DE LAMY B., *La liberté d'opinion et le Droit pénal*, LGDJ, 2000, p. 1

²⁵ MAYAUD Y., *Le mensonge en droit pénal*, Thèse, Lyon, 1979

²⁶ CEDH, Commission du 11 déc. 1981, *Ligens c/ Autriche*, req. n/ 9815/82

²⁷ VINEY, G., *Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression*, in Mélanges offerts à B. BOULOC Dalloz, 2006

²⁸ Op. cit. 22, p. 10

donc pas l'affaire du juge et encore moins du juge pénal. En revanche, le *droit de critique* implique une association de la critique au discours qui doit avoir, aux yeux du droit, une forte utilité sociale. C'est précisément cette utilité sociale qui conduit à la nécessité d'établir un équilibre entre liberté d'expression et sanctions des abus. Autant l'opinion suppose une liberté de critique presque absolue, autant la critique objective, liée aux faits ne le permet pas.

Quel va être le meilleur outil pour assurer cette double fonction permettant de faire vivre la critique? Le droit pénal, dans sa nature comme dans ses effets, semble pouvoir remplir parfaitement ces deux objectifs, créant ainsi une forme d'envoûtement. Pourtant, la pratique est décevante, au point que l'on s'interroge sur la véritable efficacité du droit pénal à assurer l'équilibre entre répression et liberté en matière de droit de critique. La désillusion semble avoir pris le pas sur l'envoûtement.

Section 2 : De l'envoûtement à la désillusion

Il est de tradition d'allier au droit pénal une image de répression. Donnedieu de Vabres le définit ainsi comme étant « *l'ensemble des lois qui règlementent dans un pays l'exercice de la répression par l'Etat.* ». Mais cantonner le droit pénal à cette conception serait négliger d'autres aspects qui le caractérisent et qui en constituent toute sa richesse. A cette fonction répressive, s'ajoute un rôle de défense sociale et de protection des libertés individuelles qui ne peut être négligé. Merle et Vitu parviennent ainsi à donner une définition complète du droit pénal en alliant ces deux aspects. C'est « *l'ensemble des règles juridiques qui organisent la réaction de l'Etat vis-à-vis des infractions et des délinquants, et qui traduisent en normes obligatoires les solutions positives appliquées par chaque nation au problème criminel* »²⁹.

En matière de droit de critique, le droit pénal répond donc à un dessein qui est double. D'une part, la consécration d'une critique libre, en ce qu'il consacre la liberté d'expression, droit fondamental ; d'autre part, la sanction des abus de critique, en créant des infractions spécifiques. Les auteurs restent partagés quant aux fondements théoriques exacts du concept d'abus de droit mais la jurisprudence permet de dégager quelques règles simples. A l'origine de l'abus, il doit y

²⁹MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel*, Ed. Cujas, 1997

avoir intention de nuire, mauvaise foi patente ou erreurs de conduite graves, absence de motifs sérieux ou faute légère que ne commettrait pas le « bon père de famille ». Cette faute doit ensuite avoir des conséquences dommageables, peu important que le préjudice soit moral ou matériel. Appliqué au droit de critique, l'abus de celui-ci se manifeste donc quand le critique commet une faute et que le critiqué en subit un dommage. Pour sanctionner ces abus, l'arsenal législatif pénal a donc prévu toute une série d'infractions qui figurent majoritairement dans le Code pénal mais aussi dans d'autres lois substantielles. Le droit pénal a ainsi pour mission de « donner vie » au droit de critique et de le légitimer dans nos sociétés démocratiques. Pour cela, il est en perpétuelle quête d'équilibre et de mesure entre la consécration d'une critique libre et l'établissement de sanctions à l'égard des abus de critique. Du latin *aequus* (égal) et *libra* (balance), l'équilibre se définit comme étant « *la juste proportion entre des éléments opposés, entre des forces antagonistes, d'où il résulte un état de stabilité, d'harmonie* »³⁰. Il s'agit d'une « *proportion considérée comme exacte entre des choses opposées. La stabilité et l'harmonie en résulte* »³¹. C'est à cet état de stabilité et d'harmonie que le droit pénal souhaite parvenir.

Les notions de droit pénal et de droit de critique ayant été éclaircies, on peut désormais exclure tout paradoxe entre ces dernières. Plus encore, les deux notions semblent plutôt se prêter à une complémentarité qu'à une antinomie. Le droit pénal donne en effet le sentiment de pouvoir répondre parfaitement aux attentes du droit de critique, en termes de protection de sa liberté et de répression de ses abus. Pourtant, la réponse du droit pénal au droit de critique est-elle appropriée ? L'arsenal pénal est-il suffisant pour parvenir à cet objectif de mesure tant espéré ?

La pléthore d'incriminations et les garanties protectrices des libertés ont d'abord été la preuve d'un droit pénal véritablement en quête de mesure (Première partie). Très vite cet envoûtement a faibli et les espoirs ont été presque déçus. De la pénalisation à la dépenalisation, ces mouvements ont conduit le droit pénal à emprunter la voie de la démesure (Deuxième partie).

PREMIERE PARTIE – UN DROIT PENAL EN QUETE DE MESURE

DEUXIEME PARTIE – UN DROIT PENAL EN VOIE DE DEMESURE

³⁰ Dictionnaire *Larousse*, au mot « Equilibre »

³¹ Op. cit. 2, p. 6

PARTIE 1 : UN DROIT PENAL EN QUETE DE MESURE

« *Qui publie s'expose à la critique et reconnaît les droits de la critique* », Gustave LANSON

Chapitre 1: Une libre critique consacrée

La liberté d'expression fait aujourd'hui partie du corpus des droits de l'Homme. Elevée au rang constitutionnel, elle est considérée comme un fondement de la démocratie du point de vue de l'idéologie sociale.³² Aussi, la « liberté d'expression » est une formule qui s'apparente incontestablement à une forme de pléonasmе.³³ On retrouve en effet dans l'idée même de liberté la manifestation de la pensée, l'expression. Sans liberté, l'expression n'est plus, c'est pourquoi la « liberté d'expression » suscite la redondance, la répétition. Pourtant, c'est cette expression qui a été choisie en France et qui figure parmi les droits fondamentaux de l'individu. Elle favorise son épanouissement et sa dignité et ne peut se concevoir séparément de la liberté de penser, de conscience et d'opinion. La liberté d'expression englobe donc une série de libertés plus « spéciales », parmi lesquelles figure la liberté de critique. Le droit de libre critique ne peut donc se concevoir au titre des droits autonomes mais plutôt comme une manifestation particulière du « *droit général d'expression* ».³⁴

Malgré cette absence d'autonomie, l'existence du droit de critique est bien réelle, en ce qu'il est incontestablement affirmé par le truchement de la liberté d'expression (section 1), et même renforcé dans certaines circonstances (section 2).

³² JOSENDE L., Liberté d'expression et démocratie, Réflexion sur un paradoxe, Bruylant, 2010, p. 39

³³ POLIN R., *La liberté de notre temps*, Librairie philosophique J. Vrin, 1979, p. 169

³⁴ LECUYER G., *Liberté d'expression et responsabilité*, Thèse, Paris, 2006, p. 404s.

Section 1: Un droit de critique affirmé

Philosophie du droit de critique, la liberté d'expression a été consacrée de façon générale dans de nombreux textes fondamentaux, à l'échelle nationale et internationale. Le droit de critique bénéficie donc d'un fondement normatif et démocratique on ne peut plus solide et constant (§1). Cette stabilité du fondement est contre balancée par une pratique variable de la critique (§2).

§1 - Une libre critique constante dans son fondement

Il est communément admis que la liberté d'expression est l'une des plus importantes libertés publiques. Elle « *constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun.* »³⁵ Cette liberté a été consacrée dans de nombreux textes qui constituent aujourd'hui un véritable pilier, une assise normative stable pour les sociétés démocratiques (B). Outre ce fondement normatif, cette liberté est animée par un fondement idéologique, certes plus abstrait mais d'une portée tout aussi capitale (A).

A. Le fondement idéologique

Tolérance, pluralisme, esprit d'ouverture – La Cour européenne des droits de l'homme a employé ces trois termes sous les articles 8 à 11 de la Convention pour définir la notion de « société démocratique ». Ces caractéristiques sont également celles qui ont été utilisées par Karl Popper pour définir la « société ouverte » qu'il oppose à la « société close, magique ou tribale ». Selon cet auteur, la « société close » est autoritaire et refuse l'esprit critique : ni les lois, ni les mythes, ni l'autorité des chefs ne peuvent être mis en cause. A l'inverse, la « société ouverte » prône la confrontation d'idées, le passage d'une société close à ce type de société supposant « *la découverte de la discussion critique* ». ³⁶ Par cette distinction, il est possible que Karl Popper ait inspiré ces valeurs défendues par la Cour européenne des droits de l'homme. Il démontre que

³⁵ CEDH, 7 Décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, n°5496/72 ; CEDH, 27 Avril 1995, *Piermont c/ France*

³⁶ BOUVERESSE R., *Karl POPPER ou le rationalisme critique*, Ed. Vrin, 1981

chaque Etat doit tenter de promouvoir un rationalisme antiautoritaire, fondamentalement pluraliste et critique.³⁷ Karl Popper récuse l'idée d'acquis, de vérité communément admise, et voit l'erreur comme un signe de progression et d'évolution. Cette conception suppose ainsi qu'on accepte de considérer « *la discussion critique et la pluralité des points de vue non comme des signes de déchéance, mais comme le moyen nécessaire pour constituer une connaissance de plus en plus valable.* »

Discussion - Si Karl Popper a fait le choix de prôner un tel esprit critique, c'est principalement pour des raisons morales. Discuter avec autrui, c'est le meilleur moyen de communiquer avec lui et de le comprendre, en prenant en compte les désaccords qui existent entre nous. Si une telle discussion n'est pas possible, alors on versera dans la violence, le combat, donc dans le totalitarisme. La démocratie en sortirait bafouée et ses valeurs fondamentales fondatrices seraient balayées. Un tel idéal de société démocratique fondée sur une discussion libre n'est pourtant pas nouveau. L'oraison funèbre prononcée par Périclès pour les premiers morts de la guerre du Péloponnèse en est un des plus beaux témoignages : « *La parole n'est pas à nos yeux un obstacle à l'action. C'en est un, au contraire, de ne pas être d'abord éclairé par la parole avant d'aborder l'action à mener.* ».³⁸

L'actualité de cette conception de la démocratie ne s'est pas démentie. La liberté d'expression demeure la pierre angulaire de la démocratie et les valeurs qui la caractérisent constituent un fil conducteur permanent. De nombreux textes fondamentaux sont venus appuyer et concrétiser ce fondement idéologique, de sorte que la liberté de critique se voit pleinement consacrée.

B. Le fondement normatif

La liberté d'expression est reconnue par tous les grands textes protecteurs des droits de l'homme en des termes plus ou moins précis, mais dont la portée reste proche. En France, comme dans beaucoup de pays libres, cette liberté est un principe intangible qui est consacré à la fois en droit interne (1) et en droit international (2).

³⁷ Op. cit. 21, p. 10

³⁸ Thucydide, la Guerre du Péloponnèse, II, 37, 40 (traduction J. de Romilly)

1. En droit interne

La déclaration des droits de l'homme et du citoyen - A l'échelle la plus haute, figure la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 qui dispose en son article 11 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."* En France, c'est donc dans un contexte révolutionnaire que la liberté d'expression en tant que droit fondamentalement garanti vit le jour.

Dans une décision *Liberté d'association*³⁹, le Conseil Constitutionnel a consacré la valeur constitutionnelle de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, en même temps que le préambule de la Constitution du 4 Octobre 1958 et de celle du 27 Octobre 1946. On peut donc désormais parler d'un véritable « bloc de constitutionnalité » selon le juriste Louis Favoreu⁴⁰. Dès lors, la liberté d'expression s'est vue reconnaître la qualité de droit constitutionnellement garanti apparaissant au rang des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République.

La consécration de la liberté d'expression en France suit de très près celle des Etats-Unis qui a été proclamée dans le premier amendement de la Constitution américaine du 17 septembre 1787. Ce texte déclare que *"Le Congrès ne fera aucune loi accordant une préférence à une religion ou en interdisant le libre exercice, restreignant la liberté d'expression, la liberté de la presse ou le droit des citoyens de se réunir pacifiquement et d'adresser à l'État des pétitions pour obtenir réparation de torts subis"*.

La loi du 29 juillet 1881 - A une échelle plus basse, la liberté d'expression est également consacrée dans de nombreux textes législatifs, ce qui est le signe d'une protection normative affirmée. C'est inéluctablement la loi du 29 Juillet 1881 relative à la liberté de la presse, qui a renforcé cette liberté d'expression. Contrairement à son intitulé, cette loi ne vise pas uniquement la liberté de la presse mais la liberté de communication et d'expression plus largement. Ainsi, son article 1 énonce que *« l'imprimerie et la librairie sont libres »* et en vertu de l'article 5, *« tout journal ou écrit périodique peut être publié sans autorisation préalable et sans dépôt de*

³⁹ Conseil Constitutionnel, *Liberté d'association*, 16 Juillet 1971, n°71-44 DC

⁴⁰ FAVOREU L., Revue française de droit constitutionnel

cautionnement ». Parfois considérée comme un « Code de la presse » cette loi est venue apporter un véritable socle juridique au principe de liberté de la presse.

D'autres lois sont venues appuyer la consécration nationale de la liberté d'expression. Parmi celles-ci, figurent la loi du 29 Juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, la loi du 30 Septembre 1986⁴¹, celle du 21 juin 2004⁴² sur la confiance dans l'économie numérique ou encore la loi du 4 janvier 2010 dite loi Vauzelle⁴³ sur la protection des sources journalistiques, véritable pierre angulaire de la liberté de la presse.

La protection de la liberté d'expression s'est également manifestée en droit communautaire et international. C'est notamment par leur autorité supérieure à celle des lois que les textes supranationaux ont une valeur fondamentale.

2. En droit européen et international

A titre préliminaire, il convient de rappeler que la hiérarchie des normes impose une supériorité des textes supranationaux par rapport à celle des lois, et ce en vertu de l'article 55 de la Constitution. Cet article dispose que « *les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.* »

A l'échelle européenne - La Convention européenne des droits de l'homme du 4 octobre 1958 fait véritablement figure de référence en termes de liberté d'expression. L'article 10 de cette Convention en donne une définition dont la formule est régulièrement reprise: "*ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir d'ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières.*" Il résulte de cette disposition que la liberté est à la fois passive, au sens où elle

⁴¹ Article 1: « *la communication au public par voie électronique est libre.* »

⁴² L'article 1^{er} de cette loi renvoie directement au premier article de la loi du 30 septembre 1986 en vertu duquel « *la communication au public par voie électronique est libre.* »

⁴³ La loi Vauzelle a introduit un alinéa 2 à l'article 109 du Code de procédure pénale, qui dispose que « *tout journaliste, entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine.* »

implique une liberté de recevoir des informations ou des idées, et active en ce qu'elle est la liberté de communiquer à autrui.

Le champ d'application de l'article 10 peut s'envisager à la fois *ratione personae* et *ratione materiae*. En effet, l'article 10 dispose que "*toute personne a droit à la liberté d'expression*". L'application de la liberté d'expression doit être exempte de tout traitement discriminatoire et s'applique à toutes les personnes, aussi bien physiques que morales. Quant au domaine d'application que couvre l'article 10 de la Convention, il peut être entendu largement. Ainsi, les informations ou les idées librement exprimées, communiquées et reçues ne concernent pas seulement le champ social, politique ou philosophique mais aussi tous les champs de l'activité humaine. Peuvent donc être visés des programmes de musique, des informations publicitaires ou encore des œuvres d'art.

En date du 10 décembre 1948, la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen prévoit également, en son article 19, que "*tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.*"

A l'échelle internationale - Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté à New York le 16 décembre 1966 contient également des dispositions prônant la liberté d'expression. L'article 18 dispose ainsi que « *toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion.* » et l'article 19 selon lequel « *nul ne peut être inquiété pour ses opinions* » vient renforcer cette affirmation.

Enfin, c'est à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux du 7 décembre 2000 qu'est confirmé ce droit fondamental ainsi que la pluralité des médias.

La liberté de critique est donc issue d'un fondement textuel quantitativement et qualitativement important qui vient se greffer à un modèle de valeurs démocratiques immuables. Le droit de critique repose par conséquent sur un fondement stable qui va lui permettre d'asseoir toute sa légitimité. Cette constante trouve son pendant dans une pratique qui est certes variable, mais bien réelle. On retrouve donc les idées de mesure et d'équilibre au sein même de la consécration de la liberté de critique.

§2 - Une libre critique variable dans sa pratique

La critique dispose d'un champ d'application très large en ce qu'elle peut s'exprimer de diverses manières et dans différents domaines. Elle peut s'exprimer tant à titre occasionnel (A) qu'à titre professionnel (B).

A. Critique et vie personnelle

Il est deux domaines pour lesquels le droit de manifester sa critique touche à la vie personnelle. Il s'agit d'une part de la critique religieuse (1) et d'autre part de la critique du salarié en dehors de sa vie professionnelle (2).

1. La liberté de critique religieuse

Le fait religieux – Cette notion recouvre à la fois une dimension individuelle, en ce qu'il provient d'une adhésion à un mouvement religieux, et une dimension collective, de par la réunion autour d'un idéal religieux commun. Quoi qu'il en soit, il relève de croyances personnelles, de convictions, qui méritent d'être protégées au titre de la liberté. Certains iront jusqu'à dire que la liberté religieuse « *touche au plus profond de l'humain, de sa singularité, de son intimité voire de son âme* »⁴⁴ et l'on ne peut qu'approuver. C'est dans cette lignée que s'est inscrite la liberté de pensée, de conscience et de religion, prévue par l'article 9 de la CEDH. Dans un arrêt célèbre⁴⁵, la CEDH affirme pour la première fois que chacun doit bénéficier d'un « *droit à la jouissance paisible de la liberté de religion* ». Ce droit englobe d'une part, la protection contre les entraves directes à l'exercice de la liberté de religion ou de convictions et d'autre part, le droit de ne pas se voir offensé dans ses croyances religieuses. Sont donc exclues de la liberté de critique religieuse les injures, outrages et autres troubles graves motivés par l'appartenance religieuse. Toutefois, le pluralisme de nos démocraties ne peut faire l'économie du risque de critique, voire du rejet des convictions religieuses.

⁴⁴ FRANCILLON J., *Liberté d'expression et respect des convictions religieuses*, n° 232, RSC 2006, n°232, p. 625

⁴⁵ CEDH, 20 sept. 1994, *Otto-Preminger-Institut c/ Autriche*, Série A n°295-A

A ce titre, la Cour a déclaré que « *ceux qui choisissent d'exercer la liberté de manifester leur religion [...] doivent tolérer et accepter le rejet par autrui de leurs croyances religieuses et même la propagation par autrui de doctrines hostiles à leur foi.* »⁴⁶. C'est incontestablement « l'esprit de tolérance » invoqué par le juge européen qui gouverne cette assertion, sans quoi la critique ne s'inscrirait plus dans le débat mais bien dans l'attaque personnelle.

Ce qui marque bien la distinction entre libre critique et abus réside dans la manière dont la religion est critiquée. S'il s'agit d'une dérision publique, gratuite et provocatrice d'événements et de symboles religieux, l'abus sera largement constitué. En revanche, si la critique s'exerce dans le cadre d'un débat d'idées, comme cela a été le cas par exemple lors d'une campagne de prévention du SIDA, la liberté d'expression sera prônée⁴⁷.

La tendance est orientée en faveur de la liberté d'expression, ce qui peut être illustré par de nombreux arrêts de la Cour de cassation⁴⁸. Le plus significatif d'entre eux est certainement l'affaire des caricatures de Mahomet⁴⁹. En l'espèce, le directeur du journal *Charlie Hebdo* avait publié un numéro spécial consacré aux caricatures de Mahomet et intitulé « Mahomet débordé par les intégristes ». Le prévenu a été relaxé sur le fondement d'une absence d'injure justifiant une limitation de la liberté d'expression. Cette tendance libertaire montre les difficultés de rencontrées par la pratique pour tracer la frontière entre liberté et atteinte. Les juges européens accordent en effet une large marge d'appréciation aux Etats dans le domaine de la critique religieuse car aucun consensus concernant la définition d'une atteinte à la liberté de critique en matière religieuse n'a pu être dégagé⁵⁰. Cette absence de consensus est d'ailleurs révélateur s'agissant du blasphème, non incriminé en France mais réprimé en Grande-Bretagne.

Il est un autre domaine où la critique relève de la vie personnelle. Il s'agit de la liberté d'expression du salarié en dehors du contexte professionnel.

⁴⁶ Op. cit. 45, p. 20

⁴⁷ Crim, 14 fév. 2006, *Bull. crim.* n°42, obs. J. Francillon, RSC 2006 p. 625

⁴⁸ Cass. crim., 14 févr. 2006, n° 05-81.932, F-P+F+ I : Juris-Data n° 2006-032591 ; Bull. crim. 2006, n° 42 ; Dr. pén. 2006, comm. 67 ; Cass. 1e civ., 14 nov. 2006, n° 05-15.822 et n° 05-16.001, FS-P+B : Juris-Data n° 2006-035890

⁴⁹ TGI Paris, 17e ch., 22 mars 2007, Sté des habous et des lieux saints de l'islam et a. c/ Philippe V., Sté Éditions Rotatives : Juris-Data n° 2007-327959, obs. A. LEPAGE

⁵⁰ Op. cit. 45, p.20

2. La liberté d'expression extraprofessionnelle du salarié

Distinction entre vie personnelle et vie professionnelle - Si au départ, la Cour de cassation utilisait la notion de « vie privée », elle a dégagé depuis 1994 la notion de « vie personnelle », plus générale car englobant la vie privée et l'exercice des libertés civiles et civiques⁵¹. En principe, le salarié jouit d'une grande liberté d'agissement en dehors de l'entreprise. Il est en effet citoyen avant tout et peut donc se livrer à des critiques à l'égard de l'entreprise quand bien même celles-ci seraient vives, sauf à virer dans l'abus⁵². Ainsi, la Cour de Cassation a formulé un attendu de principe selon lequel « *sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression à laquelle seules des restrictions justifiées par la nature de la tâche à accomplir et proportionnées au but recherché peuvent être apportées.* »⁵³

Devoir de réserve et obligation de loyauté - S'il est de principe que les propos du salarié dans sa vie personnelle ne peuvent être retenus contre lui, celui-ci est toutefois soumis à un devoir de réserve et à une obligation de loyauté à laquelle son contrat de travail l'astreint⁵⁴. Ces obligations découlent de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil selon lesquelles les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Elle implique ainsi pour le salarié une exigence de modération dans les critiques publiques qu'il formule en dehors de son travail.

En dehors de l'entreprise, c'est le régime « du droit commun » relatif à la liberté d'expression qui s'applique et s'appuie sur des textes de portée générale⁵⁵. Les modalités de sa mise en œuvre n'obéissent pas à des règles restrictives et ne doit pas se confondre avec le « droit d'expression » spécifique au cadre de l'entreprise et répondant à des critères stricts. C'est justement à la critique dans le cadre professionnel que l'on va s'attacher de manière à affiner la distinction entre la liberté d'expression extraprofessionnelle et le droit d'expression professionnel.

⁵¹ Sur la différence entre vie personnelle et vie professionnelle, voir le Rapport de la Cour de Cassation de 1999, *La vie personnelle du salarié*, J.-R. de la Tour.

⁵² Soc. 5 mai 1993, n°90-45.893, D. 1994 p. 306

⁵³ Cass. soc., 22 juin 2004, n° 02-42.446 : Juris-Data n° 2004-024299

⁵⁴ Soc., 11 décembre 1991, Bull. n° 564

⁵⁵ Art.10 de la CEDH, art. 11 de la DDHC. Le Code du travail est « discret » en la matière, seul l'article L. 1121-1 garantit implicitement la liberté d'expression du salarié : « *nul ne peut porter atteinte aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché.* »

B. Critique et vie professionnelle

En tant que salariés, les travailleurs peuvent exprimer librement leur mécontentement à l'égard du fonctionnement de l'entreprise (1). De même, les professeurs d'université sont constamment amenés à exercer leur droit de critique, que leur regard se porte sur la vie politique, ou les institutions publiques (2).

1. Le droit d'expression professionnel des salariés

Le droit d'expression du salarié - En droit du travail, la liberté de parole a longtemps été ignorée dans les entreprises. Dans le cadre de ses fonctions, le salarié était tenu de surveiller ses propos et même en dehors de l'entreprise, ce devoir de réserve se maintenait quant aux sujets les plus sensibles. Ce n'est qu'en 1982 que la loi sur les libertés des travailleurs dans l'entreprise, modifiée par la loi du 3 janvier 1986, met en place le droit d'expression du salarié. La Cour de Cassation le consacre alors pour la première fois dans l'affaire *Clavaud*⁵⁶, dans laquelle un salarié avait critiqué dans un journal les conditions de travail de son entreprise. Primordiale, la violation de la liberté d'expression présente des conséquences redoutables. Dans cette affaire, le débat s'est soldé par la reconnaissance de la liberté d'expression du salarié ainsi que par la nullité de son licenciement du fait de la violation d'une liberté. Le Code du travail, en son article L. 2281-1, dispose que « *les salariés bénéficient d'un droit à l'expression directe et collective sur le contenu, les conditions d'exercice et l'organisation de leur travail.* » Par « directe », le législateur a voulu préciser que chaque salarié bénéficie d'un droit individuel, quels que soient son statut et la nature juridique de son contrat⁵⁷. Quant au caractère collectif, il renvoie à l'expression individuelle dans le cadre de réunions collectives regroupant l'ensemble des salariés.

Les moyens de critique - Le salarié en désaccord avec son employeur peut le faire savoir par le truchement de moyens divers⁵⁸. La manière la plus simple pour le salarié d'exprimer sa critique

⁵⁶ Soc. 28 avril 1988, n°87-41.804, Dr. Soc. 1988, p. 428

⁵⁷ JEAMMAUD A., *La place du salarié individu dans le droit français du travail*, 2006, p 347s.

⁵⁸ CORRIGNAN-CARSIN D., *La liberté de critique du salarié : de l'expression à la dénonciation*, La liberté de critique, Colloques et débats, 2007, p. 52

reste la parole. Il peut extérioriser sa pensée lors d'une réunion d'information⁵⁹, au cours d'un déjeuner professionnel⁶⁰ ou encore lors d'un entretien préalable à l'engagement de poursuites disciplinaires, sans crainte de sanction, exception faite de la critique abusive⁶¹. Outre la parole, c'est par écrit que le salarié peut exprimer ses remontrances. Il peut effectivement adresser une lettre à la direction mais aussi utiliser la voie de presse comme cela a été le cas dans l'affaire *Clavaud*. Enfin, internet est devenu le moyen le plus répandu pour manifester une contestation à l'égard d'une entreprise, que ce soit par le truchement de réseaux sociaux, de blogs ou encore de messages électroniques internes à l'entreprise⁶².

La modération - Notons que les critiques du salarié sont soumises à une certaine modération, à une mesure indispensable au bon fonctionnement de l'entreprise. En son alinéa 2, l'article L. 2281 du Code du travail précise en effet que « *l'expression directe et collective des salariés a pour objet de définir les actions à mettre en œuvre pour améliorer leurs conditions de travail, l'organisation de l'activité et la qualité de la production dans l'unité de travail à laquelle ils appartiennent et dans l'entreprise.* » Les salariés ont donc un rôle actif dans la prise de décision relative aux différentes questions qui se posent dans l'entreprise⁶³, à condition que la critique reste constructive et ne verse pas dans la diffamation ou l'injure.⁶⁴ La Cour de cassation a précisé le champ d'application de l'article L. 2281 qui, selon elle, ne s'applique pas pour les propos tenus par le salarié hors de l'entreprise⁶⁵. Il s'agit donc d'un régime spécifique aux critiques inhérentes à l'entreprise qui se distinguent, on l'a vu, du droit commun applicable à la liberté d'expression du salarié.⁶⁶ L'arrêt du 28 avril 1994 en est une parfaite illustration et repose sur cette distinction⁶⁷. En l'espèce, un salarié avait adressé au gérant de l'entreprise qui l'avait employé une lettre individuelle de « demande de licenciement » en critiquant de manière abusive le

⁵⁹ Soc 21 juin 1994 : *Dr. Soc.* 1994, p. 805

⁶⁰ CA Versailles, 16 mars 2004 : RJS 2005, n°107

⁶¹ Soc 8 janv. 1997 : *Bull. civ.* n°5

⁶² CA Paris 3 juin 2003 : *Bull. civ.* n°1492

⁶³ MAZEAUD A., *Droit d'expression des salariés*, RDT 1989

⁶⁴ Soc 14 déc. 1999, *Bull. civ.* n°488, p 362: le droit pour un salarié de formuler, dans l'exercice de ses fonctions et au sein de l'entreprise, des critiques mêmes vives sur une nouvelle organisation proposée par la direction est reconnu, dès lors que les termes de sont pas injurieux, diffamatoires ou excessifs.

V. aussi : Soc 4 fév. 1997, n°96-40.678, D. 1997 p.78 : « *L'abus de droit est la seule limite apportée à la liberté d'expression des salariés en dehors de l'entreprise* »

⁶⁵ Soc. 16 nov. 1993: *Bull. Civ.* n°278; Soc 7 oct. 1997: *Bull. Civ.* n°303

⁶⁶ Soc 14 déc. 1999 : *Bull. civ* n°488

⁶⁷ Cass. soc., 28 avril 1994 ; Hébert c/ SARL Schwank, *in* La semaine juridique Entreprise et Affaires, n°19, 11 mai 1995, 680, *Exercice du droit et de la liberté d'expression des salariés*, obs. G. LACHAISE.

directeur de l'établissement. Invoquant à la fois le droit d'expression et la liberté d'expression, la Cour de cassation rejette les deux arguments mais constate l'indépendance entre les deux notions. Elle admet en effet qu'un salarié puisse exercer son droit d'expression dans l'entreprise sans bafouer sa liberté d'expression, plus largement définie. Aussi fine qu'elle puisse être, la distinction entre les notions est bien réelle et le seul point commun qui les unit réside dans le fait qu'elles trouvent leurs limites dans l'abus.

La critique du supérieur hiérarchique - Enfin, la question s'est posée de savoir si la critique du supérieur hiérarchique ne rentrait pas en contradiction avec l'existence même du lien de subordination. En effet, le contrat de travail implique un devoir d'obéissance du salarié mais en aucun cas ce devoir ne l'exonère du bénéfice de la libre critique⁶⁸. Le cadre est certes chargé d'appliquer la politique décidée par l'employeur mais il peut formuler des contestations, à la condition de ne pas basculer dans l'abus. Comme l'a très justement rappelé la jurisprudence, « *la fonction de cadre implique, dans une certaine mesure et en permanence, une démarche de critique constructive en vue de l'amélioration du fonctionnement et des résultats de l'entreprise* »⁶⁹.

A titre professionnel, la critique peut également se rencontrer dans le cadre des universités et être formulée par les enseignants-chercheurs.

2. La liberté de critique des universitaires

Il n'est pas de lieu plus adapté à la critique que l'université. Si elle n'est pas toujours présente dans toutes les universités, elle est pour le moins indispensable à l'enseignement. Il semble en effet impensable d'envisager la formation scientifique, littéraire, historique ou encore artistique sans la reconnaissance d'un véritable droit de critique, au bénéfice de ceux qui en ont la charge.

Fondement - Le droit de critique des universitaires est issu de deux libertés plus générales⁷⁰ ; celle de l'enseignement, et plus particulièrement de l'enseignement supérieur issue de la loi dite Dupanloup du 18 juillet 1875, et celle de la liberté de conscience et d'opinion. Cette dernière a

⁶⁸ Soc 7 juin 2006, n° 04-45.781, F-D, Dufour c/ SA Saman : Juris-Data n° 2006-033968

⁶⁹ Soc. 14 déc. 1999 : Bull. civ. n°488

⁷⁰ DRAGO G., *La liberté de critique universitaire*, La liberté de critique, Colloques et débats, 2007, p. 65s.

d'ailleurs été érigé en principe fondamental reconnu par les lois de la République⁷¹. L'indépendance des professeurs d'université a également acquis une valeur constitutionnelle dans une décision en date du 20 janvier 1984⁷². De toute évidence, s'ajoute à ces deux libertés la liberté d'expression, qui constitue la véritable essence de la libre critique universitaire.

Code de l'éducation - C'est à l'article L. 141-6 du Code de l'éducation que figure explicitement la liberté de parole des enseignants à l'université. En vertu de cet article, « *le service public de l'enseignement supérieur est laïc et indépendant de toute emprise politique, religieuse, ou idéologique ; il tend à l'objectivité du savoir ; il respecte la diversité des opinions. Il doit garantir à l'enseignement et à la recherche de leurs possibilités de libre développement scientifique, créateur et critique.* » Cet article a été inséré par la loi du 26 janvier 1984 relative à l'enseignement supérieur. L'idée sous jacente à cette loi est la nécessité d'une indépendance des enseignants-chercheurs, qui doivent bénéficier d'une très grande liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions et de leurs activités de recherche⁷³. Une affaire relativement récente est passée devant la Cour européenne des droits de l'homme qui a tranché en faveur de la liberté d'expression universitaire. Dans cet arrêt, un professeur d'université avait critiqué le mode de recrutement des professeurs-assistants dans sa discipline. La Cour conclu à une violation de l'article 10 de la Convention en ce que la liberté des universitaires comprend « *la liberté d'exprimer librement leurs opinions au sujet de l'institution ou du système dans lequel ils travaillent et la liberté de diffuser sans restriction le savoir et la vérité.* »⁷⁴

Tolérance et objectivité - Il est à noter que cette liberté doit nécessairement s'accompagner des principes de tolérance et d'objectivité sans quoi la critique verserait dans l'abus. Toutefois, le devoir de réserve des professeurs d'université est de moindre portée puisque leur activité consiste justement à remettre en question ce qui est acquis. Tout repose donc sur le débat, l'échange et le droit de critique ne peut en être que renforcé. Il est d'autres domaines encore plus significatifs où la critique est accrue du fait de son importance dans l'activité exercée.

⁷¹ Cons. Const., n°77-87 DC, 23 nov 1997, *Liberté d'enseignement*, Rec. 423 : « *la liberté d'enseignement constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle.* »

⁷² Cons. Const., n°83-165, 20 janvier 1984, *Libertés universitaires*, Rec. 30, §55

⁷³ C. éduc, art. L. 952-2

⁷⁴ CEDH, 25 juin 2009, *Sorguç c/ Turquie*, Req. n°17089/03

Section 2: Un droit de critique renforcé

Par définition, le critique a le droit de ne pas apprécier, de l'exprimer et de porter des jugements de valeur même de façon ironique. Ainsi, l'auteur de la critique doit pouvoir jouir d'une large liberté d'expression et d'opinion, même s'il s'exprime en termes vifs, voire acerbes, pourvu qu'il ne s'agisse pas d'attaques personnelles. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10 de la CEDH, 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.* » Cette assertion répond à l'idéal de tolérance, de pluralisme et d'esprit d'ouverture sans lesquels la société démocratique n'existerait pas.

Il est donc des situations où le droit pénal est plus permissif à l'égard de la critique qui, dans un autre contexte, relèverait de l'interdit. Plus encore, le législateur a prévu des faits justificatifs permettant d'échapper à toute responsabilité en matière de liberté d'expression. Une plus large tolérance est donc accordée à l'auteur de la critique lorsque celle-ci est circonstanciée (§1) ou justifiée (§2).

§1 - La critique circonstanciée

Dans les domaines où la critique est substantielle à certaines activités, celle-ci sera beaucoup plus permissive au regard de ses auteurs. Deux circonstances autorisent un droit de critique plus étendu et renforcé ; le contexte polémique, d'une part (A) et le contexte humoristique, d'autre part (B).

A. Le contexte polémique

Certains domaines sont particulièrement sujets à la polémique et à l'expression d'une libre critique (1). C'est notamment dans ces domaines où le débat est libre que le droit de réponse s'est vu limité, voire refusé (2).

1. Le champ d'application de la polémique

Que ce soit en matière politique (a), électorale ou syndicale (b), ces trois domaines relèvent de la polémique et peuvent donc bénéficier d'un assouplissement dans l'appréciation de la critique.

a. La polémique politique

La notion - Dans un arrêt du 9 Juillet 1980⁷⁵, la Cour de Cassation s'est livrée à une définition de la notion de polémique politique. Son domaine, affirme-t-elle, « porte sur les opinions et les doctrines relatives au rôle et au fonctionnement des institutions fondamentales de l'Etat. » Cette définition permet de dégager un critère d'appréciation objectif⁷⁶ pour déterminer si l'on se situe ou non dans un contexte de polémique politique. L'importance de ce critère est de taille car la matière politique fait l'objet d'un régime spécifique, plus libéral, et ce quels que soient les acteurs en jeu. « Le débat politique doit bénéficier d'un régime libéral. Tout citoyen qui se lance dans l'arène politique doit pouvoir s'exprimer avec la plus grande liberté. »⁷⁷ Il paraît en effet difficile d'exiger d'un homme politique de la prudence et de l'objectivité dans ses propos, quand, au contraire, l'intérêt du débat se situe dans la lutte et la confrontation d'opinions divergentes. De là naît un débat vif, subjectif et passionné qui ne peut faire l'objet de prudence.

La jurisprudence européenne - Cette position est conforme à la jurisprudence de la Cour européenne qui estime 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 ; il doit, par conséquent, montrer une plus grande tolérance.* »⁷⁸ La Cour considère ainsi que les hommes politiques doivent être conscients du caractère public de leur activité, lequel implique un contrôle attentif de leurs faits et gestes, dans le but d'informer la société.

⁷⁵ Crim, 9 Juillet 1980 : *Bull. Crim.* n°219; Voir aussi: Crim., 4 déc. 2007, n° 05-87.384, obs. E. DREYER

⁷⁶ Crim., 4 déc. 2007, n° 05-87.384, obs. E. DREYER

⁷⁷ TAVIEAUX-MORO N., *Polémique politique et bonne foi*, Recueil DALLOZ 1999, p134

⁷⁸ CEDH, , 8 Juillet 1986 , *Ligens c/ Autriche*, Req. n° 9815/82

L'assouplissement de la bonne foi - La spécificité de la polémique tient en vérité à l'appréciation de la bonne foi. En principe, la jurisprudence apprécie la bonne foi à travers ses quatre paramètres traditionnels, que sont la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, l'existence d'une enquête sérieuse et la prudence dans l'expression⁷⁹. Dans le cadre de la polémique, cette appréciation est assouplie, puisque la bonne foi n'est pas nécessairement subordonnée à la prudence dans l'expression de la pensée.⁸⁰

b. Les polémiques électorale et syndicale

La polémique électorale - A l'instar des hommes politiques, les candidats aux élections bénéficient d'une liberté de critique plus étendue. La jurisprudence est constante et reconnaît que la polémique électorale peut comprendre des critiques vives et acerbes, sans tomber, dans une certaine mesure, sous le coup de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 relatif à la diffamation. Ainsi, il est de principe que « *la circonstance que les imputations diffamatoires s'insèrent dans le cadre d'une polémique électorale ne saurait en modifier le caractère légal.* »⁸¹ Le régime est similaire en matière électorale comme en matière politique mais est doté d'une portée d'autant plus importante que la loi du 29 juillet 1881 n'admet aucune exception aux règles qu'elle a tracées⁸². La Cour de Cassation précise ainsi que « *par le seul fait qu'il [le candidat] se présente aux élections, il appelle sur sa personne le jugement des électeurs et se livre à leur appréciation, ce qui légitime des attaques, même vives.* »⁸³ Dès lors, il sera légitime de discuter, non seulement des opinions du candidat mais aussi de ses actes, lorsqu'ils concernent sa vie publique. Cette décision est motivée par la nécessité de renseigner les électeurs sur la personnalité du candidat, sans être limité par la prudence et l'objectivité des propos.

La polémique syndicale – Elle suppose que la critique puisse être plus virulente qu'en droit commun, sans pour autant dépasser les limites admises en la matière. Là encore, malgré le peu de

⁷⁹ TGI Paris, 9 mai 1997 : *Dr. Pénal* 1998. *Chron.* 5

⁸⁰ Crim. 9 juill. 1980, *Bull. crim.*, n° 219 ; Voir aussi : Crim. 11 juin et 27 juill. 1981, *ibid.*, n° 195 et 238 ; Crim. 22 juin 1993, *ibid.*, n° 218 ; Crim. 9 oct. 1995, *Gaz. Pal.*, 1996.1 ; Crim. 4 déc. 2007, n°05-87.384, FS-P+F : *Juris-Data* n°2007-042147

⁸¹ Crim. 12 fév. 1897 : DP 1897. 1. 399 ; Crim. 18 janv 1950, *Bull. Crim.* n°18, D. 1950.281 ; Crim, 20 juin 1952: *Bull. Crim.* n°159 ; D. 1953. *Somm.* 30 ; Crim, 12 juil. 1971: *Bull. Crim.* n°229

⁸² Crim 3 mai 1972 : *Bull. Crim.* n°151 ; Crim 10 oct. 1973: *Bull. Crim.* n°352 ; Crim 1er oct. 1996: *Bull. Crim.* n°339, RSC 1997. 632, *obs. BOULOC*

⁸³ Cass. Crim 28 janvier 1916, D.. 1920, 1, 94

décisions jurisprudentielles, le principe est solide ; « *dès lors que les propos dénoncés dans un tract syndical traduisent l'expression d'un libre droit de critique sans excéder les limites de la polémique, toujours particulièrement vive en matière syndicale, ce que tout lecteur de tract ne saurait ignorer, la diffamation n'est pas établie.* »⁸⁴ Très récemment, la Cour de cassation a été amenée à se prononcer sur une espèce intéressante, puisqu'elle concernait la publication de propos par l'Association syndicale des avocats libres (COSAL), mettant en cause le comportement de certains membres du Conseil de l'Ordre du Barreau de Paris pendant l'Occupation⁸⁵. La cour d'appel a retenu que le prévenu, en l'espèce le fondateur de l'Union des jeunes avocats (UJA), avait exercé son droit de critique sur un sujet d'intérêt général, notamment celui des institutions judiciaires. Le ton sarcastique utilisé est tout à fait autorisé dans le cadre d'une lutte syndicale, ce que n'a pas manqué de rappeler la Cour de cassation en rejetant le pourvoi.

2. Les atténuations du droit de réponse

Un principe absolu - Le droit de réponse est un principe général et absolu qui peut être exercé dès lors qu'une personne est mise en cause dans un article⁸⁶. En ce sens, « *pour une personne nommée ou désignée, à faire connaître ses explications ou ses protestations sur les circonstances et dans les conditions même qui ont provoqué sa désignation.* »⁸⁷ Ce droit de réponse peut s'exercer en matière de presse selon les conditions prévues par l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 mais également en matière audiovisuelle. Ainsi, l'article 6 de la loi du 29 juillet 1982⁸⁸ dispose que « *Toute personne physique ou morale dispose d'un droit de réponse dans le cas où les imputations susceptibles de porter atteinte à son honneur ou à sa réputation auraient été diffusées dans le cadre d'une activité de communication audiovisuelle.* » Enfin, la loi du 21 juin 2004⁸⁹ dispose d'un article 6 IV selon lequel « *Toute personne nommée ou désignée dans un service de communication au public en ligne dispose d'un droit de réponse, sans préjudice des*

⁸⁴ Paris, 20 janv. 1994 : *Gaz. Pal.* 1994. 2. Somm. 376.

⁸⁵ Crim, 9 nov. 2010, n°10-80.816, F-D: JurisData n°2010-022615

⁸⁶ Civ 2^e 27 janv. 1993, *Bull. Civ.* II. n°37

⁸⁷ Crim. 28 avr. 1932, *Bull. crim.* n° 117 ; D.P. 1932. 1. 68, note Nast ; 15 déc. 1934, *Bull. crim.* n° 210

⁸⁸ Loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle

⁸⁹ Loi pour la confiance dans l'économie numérique dite LCEN

demandes de correction ou de suppression du message qu'elle peut adresser au service. » Il s'agit donc d'une restriction à la liberté d'expression, qui doit, en conséquence, être nécessaire à la protection de la réputation et des droits d'autrui⁹⁰. Si l'insertion d'un droit de réponse lorsque des propos abusifs ont été diffusés est absolue, une seule limite vient justifier le refus d'insertion. En effet, lorsqu'il poursuit un but étranger à la défense des droits de la personnalité, le droit de réponse sera considéré comme un abus de droit de réponse et pourra être refusé⁹¹. En dehors de ce champ, le refus pour le directeur de la publication d'insérer une réponse dans le périodique dans lequel celle-ci doit figurer, constitue une infraction prévue à l'article 47 de la loi de 1881.

Le débat d'idées – Dans les domaines où la liberté d'opinion et la liberté de critique est accrue, comme c'est notamment le cas en matière de polémique, le refus d'insérer une réponse est beaucoup plus fréquent. L'objectif est avant tout de protéger la liberté de critique, particulièrement dans les domaines où s'exerce un véritable débat d'idées. A titre d'exemple, un arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 16 novembre 1995 a précisé « *qu'il n'y avait pas lieu d'accorder un droit de réponse à un syndicat à l'origine d'un mouvement de grève [...] dès lors que le message incriminé restait dans les limites de la libre critique appartenant à chacun et ne portait pas d'imputations susceptibles de porter atteinte à l'honneur ou à la réputation du syndicat.* »⁹² En matière audiovisuelle, le législateur a même prévu qu'à l'exception du droit de la presse, le refus d'insertion ne constituerait pas une infraction. Quant à la voie électronique, le seul point qui diffère avec les autres domaines de réponse tient à la disparition du droit de réponse lorsque l'utilisateur dispose déjà d'une libre expression sur le site. Ainsi, le décret d'application du 24 octobre 2007 relatif au droit de réponse sur internet prévoit que « *la procédure ne peut être engagée lorsque les utilisateurs sont en mesure, du fait de la nature du service de communication en ligne, de formuler directement [leurs] observations* ». En d'autres termes, la seule existence d'un forum de discussion ou d'une conversation instantanée serait exclusive d'un droit de réponse.

L'exception en matière politique – Les atténuations au principe « absolu » de droit de réponse sont encore plus patentes en matière politique. Le souci de ne pas enserrer la liberté de critique

⁹⁰ TGI Paris, 20 oct. 2008

⁹¹ Y. MAYAUD, *L'abus de droit en matière de droit de réponse*, « Liberté de la presse et droits de la personne », Dalloz, 1997, p. 10

⁹² Paris, 16 nov. 1995, D. 1996, 429

d'un homme politique a en effet conduit la jurisprudence à créer une exception au principe général et absolu du droit de réponse, formulée dans un arrêt de la Cour d'Appel de Versailles⁹³. Le considérant visé mérite d'être rappelé dans son intégralité : « *Lorsque la personne concernée est un parti politique, la mention critique, péjorative ou dévalorisante qui peut, directement ou non, en être faite dans un article de presse s'inscrit, lorsqu'elle est de nature politique, dans un débat ou dans une polémique de même nature ; elle ne constitue pas une mise en cause et il appartient au parti politique visé d'y répliquer par les moyens d'expression dont il dispose sans imposer au journal concerné la publication d'un texte qui, répondant alors à une critique politique, serait une riposte de même type et dont l'insertion forcée méconnaîtrait la liberté dudit journal* » En matière de presse, lorsqu'une personne est mise en cause dans un article, l'insertion d'une réponse est obligatoire et doit respecter une série de conditions. La Cour d'Appel de Versailles vient déroger à ce principe en refusant de faire du droit de critique politique une mise en cause et du droit de réponse « *l'instrument juridique des duels politiques* »⁹⁴.

Notons que dans cet arrêt, la Cour d'Appel de Versailles prend soin de préciser les critères permettant de n'avoir aucun doute sur la nature politique de la mention exclue du droit de réponse. Il faut en effet que celle-ci fasse référence « *à des idées, options ou méthodes relatives à l'organisation sociale ou à l'exercice du pouvoir* », ce qui rejoint le domaine de la polémique politique défini auparavant par la jurisprudence.

Il semble que la jurisprudence ait choisi le terrain du libéralisme qui s'écarte des rigueurs du droit de la presse. Ces trois contextes de polémique disposent donc d'un régime qui leur est propre, permettant à la libre critique de prendre toute son ampleur. A l'instar de ces domaines de polémique, le contexte humoristique permet une plus grande liberté en matière de critique.

⁹³ CA Versailles, 3 juillet 1996, *Gaz. Pal.*, 7-9 juill. 1996, obs. Y. MAYAUD, RSC 1996, p. 857

⁹⁴ Op. cit. 91, p. 31

B. Le contexte humoristique

En matière littéraire et artistique, la critique bénéficie d'une grande liberté d'expression sans laquelle l'exercice même de la profession relèverait de la fiction. Cette impunité étendue se manifeste à l'égard du champ d'application de la critique humoristique (1) et de son régime (2).

1. Le champ d'application

Parodie, pastiche et caricature - L'exercice du droit de critique humoristique est ici visé et comprend la parodie, le pastiche et la caricature. Ces trois termes bénéficient d'une tolérance plus large de la part du législateur qui les a érigés au rang des dérogations au droit d'auteur à l'article L. 122-5-4° du Code de la propriété intellectuelle.⁹⁵ En vertu de cet article, « *lorsque l'œuvre a été divulguée, l'auteur ne peut interdire [...] la parodie, le pastiche et la caricature, compte tenu des lois du genre.* » Ces « *lois du genre* » font référence à l'usage, voire à la déontologie dont bénéficient certaines professions, et ce pour assurer pleinement une liberté de critique.⁹⁶

« **Lois du genre** » - N'étant tolérés qu'en vertu des *lois du genre* qui ne sont pas définies par le législateur, la définition de chacun de ces termes reste relativement floue et imprécise. Alors que la jurisprudence a parfois considéré que parodie était une forme de caricature⁹⁷, les auteurs n'ont pas toujours la même position concernant les trois définitions. On retiendra par conséquent une « *position rigoureuse* » qui consiste à séparer les termes en fonction de leur domaine d'application. Ainsi, la parodie concernerait les œuvres musicales, le pastiche s'appliquerait aux œuvres littéraires et la caricature se rapporterait aux œuvres d'art plastique.⁹⁸ Si ces trois termes peuvent être distingués au plan terminologique, ils bénéficient d'un régime unitaire relatif à l'humour.

⁹⁵ Desbois H., *Le droit d'auteur*, n° 254

⁹⁶ HAUSER J., *Caricature et personnalité : fallait-il épingler les épinglettes ?* RTD Civ. 1998, p. 341

⁹⁷ TGI Paris, 24 févr. 1975, D. 1975.438 : « *La parodie constituerait le support de la caricature, le moyen technique d'atteindre un but satirique* »

⁹⁸ FIECHTER-BOULVARD F., *La caricature : dualité ou unité*, RTD Civ. 1997, p.67

2. Le régime

Les libertés de caricaturer, de parodier et de pasticher ne sont pas prévues de manière expresse par le législateur mais trouvent leur fondement dans la liberté d'expression et, de surcroît, dans la liberté de critique. Faute de les considérer comme des droits à part entière, la trilogie est rattachée à une liberté de haut rang. Quelle que soit la forme de la satire, il n'existe pas à proprement parler de régime prévu par le législateur. Le régime applicable est celui de « *la loi du genre* » dont les conditions doivent être dûment respectées. Pour cela, deux éléments peuvent être dégagés.⁹⁹

Elément matériel - Il ne doit pas y avoir de confusion possible entre l'œuvre originale et l'œuvre revisitée par l'humoriste. Ainsi, la production du caricaturiste ne doit pas relever de la reproduction pure et simple de l'œuvre originale mais indéniablement d'une innovation. Il doit s'agir d'une déformation de l'œuvre sans aucune confusion possible¹⁰⁰ auquel cas le caricaturiste pourrait se voir infliger des poursuites pour contrefaçon. En matière de parodie, la règle est identique, et la Cour d'Appel de Paris l'a d'ailleurs rappelé dans l'affaire Yves Saint Laurent. Les juges du fond ont considéré que la création de chaussures revêtues de la marque Yves Saint-Lorent's ne relevait pas de la parodie « *mais d'une contrefaçon de marque pure et simple.* »¹⁰¹ Le but est ici de « *permettre l'identification immédiate de l'œuvre parodiée* »¹⁰², la transformation doit être perceptible et ne peut faire l'objet d'un doute.

Elément moral - L'humoriste doit toujours agir dans l'intention de susciter le rire sans avoir pour objectif de nuire à autrui¹⁰³. Cet élément moral est commun aux trois formes de la satire et s'avère fondamental pour que celle-ci soit tolérée. Contrairement aux autres formes de critique, la satire suppose une certaine distance, un travestissement de la réalité.¹⁰⁴ Elle est donc emprunte de subjectivité et n'est donc pas soumise à la prudence et l'objectivité habituellement exigées. Le travail du juge consiste ainsi à vérifier l'intention de l'artiste de parvenir à un unique but, celui de

⁹⁹ Op. cit. 98, p. 33

¹⁰⁰ TGI Paris, 3^{ème} ch., 13 février 2002, Agence Presse (et autres) c/ M. Ivan Callot, SARL Magnitude : « *Ne relève pas de l'exception de parodie ni de caricature l'utilisation de l'œuvre qui ne permet pas d'éviter le risque de confusion avec l'œuvre première.* »

¹⁰¹ BAUD E. et COLOMBET S., *La parodie de marque : vers une érosion du caractère absolu des signes distinctifs?*, D. 1998, p. 227

¹⁰² EDELMAN B., *Vers une reconnaissance de la parodie de la marque*, D. 2001, p. 259

¹⁰³ CA Paris, 15 octobre 1985, *RIDA*, juillet 1986, p. 182

¹⁰⁴ *Ibid* 102

provoquer le rire. Cette appréciation est d'autant plus délicate que la limite entre l'intention de faire rire et l'intention de nuire est souvent particulièrement étroite.

L'excès, l'exagération et la déformation sont en effet les mots d'ordre de la satire car, comme l'a rappelé à plusieurs reprises la jurisprudence, « *la caricature, manifestation de la liberté de la critique, autorise un auteur à forcer les traits et à altérer la personnalité de celui qu'elle représente...* ». ¹⁰⁵ Par essence, cette liberté comporte une insolence, le fait de savoir si la satire se trouve toujours dans le giron de la liberté d'expression peut donc relever du défi pour le juge.

Il convient enfin de préciser que la satire ne peut s'appliquer qu'à l'égard des personnes exerçant une activité sur la scène publique. Les hommes politiques sont en effet la cible la plus fréquente des humoristes ainsi que les personnes ayant acquis une certaine notoriété aux yeux du public. « *La caricature constitue une tolérance traditionnelle admise à l'égard de ceux dont la profession ou l'activité permet de présumer de leur part une autorisation tacite.* » ¹⁰⁶

Les contextes humoristique et polémique sont donc deux facteurs qui peuvent retirer tout caractère fautif à la critique dès lors qu'ils ne versent pas dans l'illégalité ou dans l'abus. Il ne s'agit pas de causes d'exonération ni de faits justificatifs en tant que tel mais plutôt de circonstances qui méritent un seuil de tolérance plus élevé. A ces permissions, s'ajoutent des faits justificatifs qui peuvent mener à l'irresponsabilité.

¹⁰⁵ CA Paris, 19 juin 1987, JCP 1988, II, n°20957 ; CA Paris, 22 novembre 1984, D. 1985, IR p. 164 ; CA Paris, 28 janvier 1982, D. 1985, IR p. 165

¹⁰⁶ CA Versailles, 31 janvier 1991, D. 1991, IR p. 182

§2. La critique justifiée

Les faits justificatifs permettent de rendre compte que la liberté peut parfois prendre le dessus et dépasser ce qui a été considéré comme une infraction par la loi. Le fait justificatif de vérité est facteur d'exonération pour l'auteur d'une critique diffamatoire (A). Quant aux immunités, elles protègent une certaine catégorie de personnes, dans un contexte très particulier (B).

A. La vérité exonératoire

La notion - La diffamation peut être rendue légitime par des faits justificatifs généraux comme l'ordre de la loi par exemple mais aussi par des faits justificatifs spéciaux. L'*exceptio veriditatis*, exception de vérité, est une cause de justification propre à la diffamation. Elle est prévue aux articles 35 de la loi du 29 juillet 1881 concernant le délit de diffamation publique et R. 621-1 relatif à la contravention de diffamation privée. En vertu de ces articles, si la personne poursuivie établit la vérité du fait diffamatoire en rapportant la preuve de l'exactitude du reproche adressé à autrui, elle ne saurait être condamnée¹⁰⁷. Parce que l'auteur a dit vrai, aucune peine ne peut lui être infligée, tout comme celui qui a publié ses propos ne saurait se voir reprocher un tel acte.¹⁰⁸

Les conditions - Le prévenu doit donc rapporter la preuve de la vérité du fait diffamatoire, et ce selon des exigences strictes et une procédure plutôt contraignante¹⁰⁹. En effet, celui-ci doit, dans les dix jours suivant la signification de la citation, signifier auprès du Ministère public ou du plaignant (suivant que l'assignation du prévenu a été faite à la requête de l'un ou de l'autre), le fait dont elle souhaite prouver la vérité. Pour cela, elle doit impérativement produire la copie des pièces produites et les noms, professions et adresses des témoins. Il convient de souligner que cette procédure revêt un caractère d'ordre public et qu'à défaut de l'une de ces conditions, le prévenu est déchu de la possibilité d'établir la vérité du fait diffamatoire. Ainsi, la Cour de Cassation a rappelé récemment que si « *la preuve de la vérité des faits diffamatoires n'était pas*

¹⁰⁷ Crim. 18 juillet 1990 : *Dr. Pén.* 1991, n°5 ; Crim 14 juin 2000 : *Bull. Crim.* n°225 ; Crim, 20 février 2007, *Bull. Crim* n°51

¹⁰⁸ DREYER E., *Droit de la presse et de la personnalité*, Janvier 2010-décembre 2010, Recueil DALLOZ 2011, p. 780

¹⁰⁹ Civ. 1re, 17 mars 2011, no 10-11.784, Dalloz actualité, 28 mars 2011, obs. S. Lavric

parfaite et corrélative aux diverses imputations »¹¹⁰, la justification de l'infraction était exclue. Quant au Ministère public et au plaignant, ils sont soumis à la même procédure moins de trois jours francs avant l'audience, et ce pour établir la preuve contraire.

L'exception de vérité apparaît comme un véritable « sauvetage de la critique », d'une critique permise non pour elle-même mais en contre-épreuve.¹¹¹ C'est d'ailleurs tout l'objet des faits justificatifs spéciaux, qui correspondent, d'une certaine manière, à la version négative de l'incrimination.¹¹² Deux lectures de l'incrimination sont alors possibles ; une première lecture, classique et directe, permet de découvrir les éléments constitutifs de l'infraction. La seconde lecture est en revanche plus subtile et indirecte, et consiste à rechercher davantage d'éléments en complément de la première lecture. De cette interprétation naît l'idée que c'est le respect des valeurs sociales protégées qui poussent le législateur à décriminaliser. Ainsi, l'incrimination protège une valeur sociale que la justification, définition *a contrario* de l'infraction, protège également. Il existe néanmoins certains cas exclusifs du bénéfice de l'exception de vérité.

Les exceptions - L'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit trois cas dans lesquels l'*exceptio veriditatis* ne peut être invoquée¹¹³. Le premier cas est celui des imputations concernant la vie privée de la personne diffamée. Par « vie privée », la Cour de cassation vise les agissements personnels concernant la vie familiale, la moralité et l'honnêteté de la victime.¹¹⁴ D'autre part, pour les faits qui remontent à plus de dix ans, la vérité du fait diffamatoire ne vaut pas fait justificatif. La loi du 17 juin 1998 relative à la répression des infractions sexuelles et à la protection des mineurs est toutefois venue enrayer ces deux premières exceptions. La preuve de la vérité est ainsi toujours possible lorsqu'il s'agit d'agressions sexuelles et de mise en péril des mineurs. La troisième hypothèse qui échappe à l'exception de vérité est le cas où l'imputation est relative à des faits constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision. Ainsi, la Cour de cassation interdit formellement d'engager le moindre débat contradictoire pour ce qui est des faits relevant du

¹¹⁰ Crim, 2 février 2010, n°09-80.371

¹¹¹ LANGLES O., *Le droit de critique*, Thèse, Paris, 1996, Tome 1, p. 220

¹¹² MAYAUD Y., *Droit pénal général*, 3^{ème} Ed., Puf, 2010, p. 425

¹¹³ Op. cit. 112, p. 36

¹¹⁴ Crim, 19 mars 1956, B.C., n°275

passé, soit parce qu'ils ont été prescrits ou amnistiés ou encore parce qu'ils ont été commis il y a plus de dix ans¹¹⁵.

L'*exceptio veriditatis* n'est pas la seule justification qui peut être apportée à l'abus de critique. Les immunités figurent aussi parmi les causes d'irresponsabilité dont peut bénéficier l'auteur du délit d'expression.

B. Les immunités protectrices

Les immunités sont des exceptions prévues par la loi, interdisant la condamnation d'une personne qui se trouve dans une situation bien déterminée.¹¹⁶ Qu'elles soient parlementaires (1) ou judiciaires (2), elles sont apparentées à des faits justificatifs.

1. Les immunités parlementaires

La notion - L'alinéa 1 de l'article 26 de la Constitution dispose « *qu'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.* » Cet article repose sur le mécanisme d'irresponsabilité parlementaire, qui permet à un élu de s'exprimer sans crainte de poursuites judiciaires, et sur celui d'inviolabilité parlementaire, qui oblige à obtenir autorisation de l'Assemblée ou du Sénat pour pouvoir le poursuivre ou l'arrêter pour crime ou délit pendant la durée des sessions.¹¹⁷ L'alinéa 1 de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit que « *ne donneront ouverture 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 l'ordre de l'une de ces deux assemblées.* »

¹¹⁵ Crim, 4 nov. 1972, *Bull. Crim*; Crim, 24 nov. 1960, *Bull. crim* n°551

¹¹⁶ GUILLIEN R. et VINCENT J., *Lexique des termes juridiques*, 14^{ème} éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 306

¹¹⁷ Op. cit. 111, p. 36

Le fondement - Cette immunité parlementaire est fondée sur deux principes significatifs.¹¹⁸ D'une part, cette immunité se justifie par la liberté d'expression de l'Assemblée Nationale et du Sénat nécessaire pour assurer un véritable débat sans avoir la crainte d'être poursuivi devant les tribunaux. Cette liberté découle de la séparation des pouvoirs qui implique que le Parlement puisse être indépendant et bénéficier d'une plus grande liberté en étant à l'abri du pouvoir judiciaire. D'autre part, l'immunité parlementaire est fondée sur une souveraineté nationale. En raison de cette souveraineté, il semble normal que les députés et sénateurs n'aient pas à rendre compte aux tribunaux.

Les caractéristiques - L'immunité parlementaire présente trois caractères. La première caractéristique, commune avec l'immunité judiciaire, est celle d'ordre public, c'est-à-dire qu'un parlementaire ne peut y renoncer. D'autre part, cette immunité est permanente, en ce que cette irresponsabilité s'applique pendant la durée du mandat et perdure après son expiration. Enfin, l'immunité parlementaire est absolue dans la limite du respect d'un certain ordre dans le déroulement des débats. Chaque Parlement est ainsi doté d'un règlement dont les dispositions visent à faire régner la discipline en son sein.

L'alinéa 1 de l'article 41 vise les « *discours tenus dans le sein de l'Assemblée Nationale ou du Sénat ou les rapports ou autres documents imprimés par ordre des assemblées, ainsi que les comptes rendus des séances publiques tenues par ces assemblées.* »¹¹⁹. Le terme « discours » doit s'entendre des propos prononcés par un député ou un sénateur à la tribune du parlement et en présence d'autres parlementaires. Les autres documents et comptes rendus bénéficient du même régime d'irresponsabilité, ceux-ci étant étroitement liés aux discours prononcés à l'Assemblée et au Sénat.¹²⁰ Cette immunité ne vaut que pour les propos tenus à la tribune de l'assemblée à laquelle les parlementaires appartiennent. La Cour européenne des droits de l'homme l'a rappelé dans l'affaire *Castells c/ Espagne*¹²¹ qui concernait un sénateur espagnol condamné pénalement pour injures au gouvernement. La Cour a conclu à une violation de l'article 10 de la convention, les propos ayant été tenus en dehors du Sénat, dans la presse. A l'appui de sa décision, elle

¹¹⁸ Ibid. 117

¹¹⁹ Cass. Crim., 24 novembre 1960 PV92.790-59: *Bull. Crim.* n°551

¹²⁰ WACHSMANN P., *Participation, communication, pluralisme*, AJDA 1998, p. 165

¹²¹ CEDH, *Castells c/ Espagne*, 23 avril 1992

rappelle 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.* »

Enfin, il convient de noter que le droit à immunité s'entend de manière restrictive et ne peut être entendue en dehors des prévisions de l'article 41 de la loi de 1881, notamment par les personnes appelées par les commissions d'enquête parlementaires¹²².

L'immunité n'existe pas uniquement en matière parlementaire mais aussi en matière judiciaire.

2. Les immunités judiciaires

Dans sa mission d'assistance juridique, l'avocat voit sa liberté d'expression renforcée par le respect dû aux droits de la défense. La liberté de parole de l'avocat est un démembrement de sa liberté d'expression et bénéficie d'une protection particulière liée aux exigences d'un procès équitable. Cette liberté est déjà prônée dès le début du XVIIIème siècle puisque l'ordonnance de Lorraine (1707) permettait à l'avocat de « *parler librement quelle que fût la qualité de son adversaire.* »

L'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 est venu supporter ces grands principes, en ce qu'il crée une immunité pour les écrits et les propos tenus lors de l'audience. Ainsi, « *ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage, ni le compte rendu fidèle fait de bonne foi des débats judiciaires, ni les discours prononcés ou les écrits produits devant les tribunaux.* » La sauvegarde des droits de la défense et la garantie de la sincérité des témoignages étant en jeu¹²³, ces dispositions sont d'ordre public¹²⁴.

Par « discours », sont entendues non seulement les plaidoiries des parties et de leurs conseils mais aussi de simples phrases émises isolément.¹²⁵ Quant aux écrits, ils correspondent à tous manuscrits ou imprimés soumis à l'appréciation des juges et produit en justice en raison des nécessités de la défense.

¹²² Civ. 1^{re}, 23 nov. 2004 =02-13.293 : *Bull. civ.* I, n° 283

¹²³ Crim. 1^{er} déc. 1992 PV88-85.650 : *Bull. crim.* n° 397

¹²⁴ Civ. 2e, 15 juin 1972 : D. 1972. Somm. 186 ; Crim. 9 oct. 1978 PV77-93.161 : *Bull. crim.* n° 262 ; 4 févr. 1980 PV77-92.290 : *Bull. crim.* n° 44 ; 23 juill. 1984 PV84-90.183 : *ibid.* n° 265

¹²⁵ LAMY, B. *La liberté d'opinion et le droit pénal*, L.G.D.J, 2000, p. 138

Cette immunité de parole vise essentiellement les avocats, qui peuvent de ce fait développer leur argumentation comme ils l'entendent, tout en restant à l'abri d'une action en diffamation, injure ou outrage. L'avocat doit en effet pouvoir parler sans crainte et ne peut être astreint au silence.¹²⁶

Cette extension de liberté se manifeste notamment par la possibilité pour les avocats de critiquer une décision judiciaire, notamment par l'exercice des voies de recours.¹²⁷ Cette action est généralement motivée par la volonté de modifier une décision qui n'est pas satisfaisante pour la partie représentée. Ainsi, la décision du juge qui est, pour reprendre l'expression de Montesquieu, « *bouche de la loi* », peut être remise en cause par l'avocat mais seulement dans le respect de certaines conditions.

La Cour européenne distingue en effet deux domaines dans lesquels l'avocat peut librement exprimer sa critique.¹²⁸ Lors du déroulement d'une procédure, l'avocat jouit d'une grande liberté de critique, protégée par les dispositions de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881. Ainsi, cet article vise expressément les propos tenus « *devant les tribunaux* », ce qui inclut toutes les juridictions devant lesquelles les droits de la défense peuvent s'exercer. En revanche, le bénéfice de l'immunité disparaît en dehors du déroulement de la procédure, et ce pour inciter les avocats à ne pas utiliser la liberté d'expression comme une stratégie procédurale au profit de leur client en dehors du prétoire. Les discours ne sont couverts par l'immunité que dans la mesure où ils sont tenus « *entre l'ouverture des débats et la fin de l'instance* »¹²⁹ c'est-à-dire dans la salle d'audience proprement dite et sous le contrôle du président. Des propos tenus devant des journalistes en dehors de cette enceinte ne peuvent ainsi bénéficier de cette protection¹³⁰. De même, un communiqué de presse de protestation contre le déroulement d'un procès ne figure pas parmi les écrits produits devant une juridiction.¹³¹

¹²⁶ BOULOC B., *Le secret professionnel de l'avocat*, Mélanges offerts à Raymond Gassin, Sciences pénales et criminologiques, 2007

¹²⁷ TEITGEN F., *Liberté de parole et droit de critique de l'avocat*, La liberté de critique, Collection : « Colloques et débats », Ed. Litec, p. 191, 2007

¹²⁸ N. FRICERO, *Condamnation d'un avocat qui a critiqué publiquement le fonctionnement de la justice : marge d'appréciation des autorités*, Recueil DALLOZ 1999, p. 272

¹²⁹ PAUVRET P., *Les immunités*, in H. BLIN, A. CHAVANNE, R. DRAGO, J. BOINET, Droit de la presse, Litec, fasc. 120, p11

¹³⁰ TGI Paris, 14 juin 1999, D. 1999. 566, note Beignier.

¹³¹ Crim. 3 déc. 2002 PV01-85.466 : *Bull. crim.* n° 217

Enfin, en matière de preuve, c'est à celui qui se prévaut de l'immunité de prouver que les conditions en sont réunies, et ce selon les modes de preuve prévus par le droit commun.¹³²

Les dispositions de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 rendent compte de l'extension de la liberté de critique au cours des débats judiciaires. Toutefois, cette immunité peut présenter des limites, notamment en raison de la dignité associée à la profession de l'avocat ainsi qu'au serment qu'il a prêté en début de carrière. La liberté de critique de l'avocat est donc soumise à une certaine modération car « *la retenue, la sobriété, même dans les affaires criminelles, sont des armes puissantes* » explique Maître Levy. Cette modération n'empêche pas d'avoir une certaine vivacité dans le ton et dans les propos mais dès lors que l'on verse dans la raillerie, l'injure ou l'outrage, ces actes doivent être dénoncés.¹³³

Ainsi, la partie qui s'estime lésée peut demander la suppression des discours injurieux, outrageants ou diffamatoires accompagnée de l'allocation de dommages et intérêts. De plus, la Cour d'Appel l'a rappelé très récemment, une poursuite sur le plan disciplinaire devant le Conseil de l'Ordre peut être engagée.¹³⁴ La question d'éventuelles poursuites disciplinaires s'est en effet posée dans le procès très médiatique du gang des barbares. Dans cette affaire, M^e Szpiner, avocat de la famille Halimi, a qualifié l'avocat général près la cour d'appel de Paris de « *traître génétique* ». Si cette expression n'a pas été considérée comme étant un manquement aux principes essentiels de la profession d'avocat c'est en raison de la liberté d'expression plus extensive accordée à l'avocat. Ce dernier doit user de son droit de critique pour en faire une critique du droit, sans pour autant celui-ci oublier sa qualité professionnelle ni même montrer du mépris pour la magistrature¹³⁵.

Le droit de critique n'est pas toujours envisagé sous l'angle de la liberté. On peut en effet se demander s'il n'y a pas quelques contradictions à assurer la promotion d'une telle liberté alors qu'elle est souvent source, par nature, de confusions et de désordre. Certains parlent même de

¹³² Crim. 6 oct. 1992 PV91-85.434 : *Bull. crim.* n° 304

¹³³ GAZZANIGA J-L., *Notes sur la liberté de parole de l'avocat*, Pouvoirs et libertés, Mélanges offerts à Jacques Mourgon, 1998

¹³⁴ CA de Paris, 24 mars 2011, n° 10/20346

¹³⁵ Montpellier, 2 juin 1985, *Gaz. Pal.* 1985, 2, 555

« droit de nuire »¹³⁶, ce qui suppose qu'il serait générateur de préjudice pour autrui. Une telle conception paraît bien excessive mais on ne peut omettre le caractère « dérangeant » et troublant de la critique. Toutefois, si la critique peut se permettre d'être irritante, elle ne peut verser dans l'abus, auquel cas il incombera au droit pénal de sanctionner ces excès.

*

* *

¹³⁶ CADIET L. et LE TOURNEAU Ph., *Abus de droit*, Rep. Civ. Dalloz, 2008, p. 5
V. aussi sur le droit de nuire : ATIAS Ch., *Le droit de nuire*, D. 1997, p. 385

Chapitre 2 : Des abus de critique sanctionnés

*« Entre le fort et le faible (...) c'est la liberté qui opprime,
c'est la loi qui affranchit », Lacordaire.*

Bien qu'étant considérée comme consubstantielle à la démocratie, la liberté d'expression, comme tout droit, est loin d'être absolue. Dans son article 4, la Déclaration de 1789 rappelle d'ailleurs que *« la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, 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. »* Cette formule poursuit fidèlement parfaitement à l'adage selon lequel *« la liberté de chacun s'arrête où finit celle des autres. »*

Après avoir longtemps privilégié la liberté d'expression au détriment de la réputation ou des droits d'autrui, la Cour européenne des droits de l'homme semble désormais s'orienter vers la recherche d'un « juste équilibre » entre ces droits fondamentaux. Si la liberté d'expression est considérée comme un droit de premier rang, cette primauté ne peut être synonyme de supériorité. Les restrictions à la liberté de critique doivent impérativement s'inscrire dans un cadre légal et trouver leurs justifications dans un souci de conciliation avec les intérêts d'autrui et la protection de l'ordre public (Section 1). Pour préciser cette répression, le législateur a établi une multitude d'incriminations, poursuivant toujours le dessein de protection d'autrui et de l'ordre public (Section 2).

Section 1: Une répression justifiée

A ce stade, le droit pénal intervient non plus pour protéger la liberté d'expression, mais pour sanctionner ses abus. Le désaveu de l'absolutisme et de la hiérarchie s'exprime par une obligation qui pèse sur les Etats à deux égards. Négativement, d'une part, en ce qu'ils doivent s'abstenir d'une ingérence portant atteinte aux droits et libertés fondamentaux (§1). Positivement, d'autre

part, en ce qu'ils doivent veiller à la garantie effective de ces droits et assurer leur conciliation (§2).

§1- Une obligation négative d'ingérence

Les Etats bénéficient, de prime abord, d'une large marge d'appréciation de la liberté d'expression, qui passe par le caractère subsidiaire de la Convention européenne (A). Ce principe de subsidiarité n'empêche pas l'exercice d'un contrôle de proportionnalité effectué par la Cour de Strasbourg, afin d'écartier toute ingérence attentatoire à la liberté d'expression (B).

A. Le principe de subsidiarité

Le contrôle de conventionalité - La Cour européenne des droits de l'homme présente un caractère subsidiaire, en ce sens qu'elle accorde aux Etats signataires de la Convention une grande liberté de choix quant aux mesures qu'ils estiment appropriées pour la mise en œuvre de leurs obligations conventionnelles. Elle ne contrôle que la compatibilité des différentes mesures prises à l'échelle nationale avec la Convention. Ce contrôle, dit de conventionalité, met en évidence l'impossibilité pour la Cour de Strasbourg d'imposer ses propres normes. Cela découle de la signature des Etats à la Convention qui implique nécessairement une perte relative de souveraineté pour les Etats. Chaque Etat bénéficie donc d'une certaine autonomie dans la mise en place de leurs mesures restrictives de liberté. Cette autonomie nationale prend classiquement le nom de « marge nationale d'appréciation », notion apparue pour la première fois dans l'arrêt *Handyside*¹³⁷. Cette marge se définit comme un pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des restrictions aux droits protégés¹³⁸. Certes, certains droits sont intangibles, mais beaucoup d'entre eux bénéficient d'une certaine souplesse. La liberté d'expression en fait partie, ce qui amène la Cour à accorder une large marge d'appréciation aux Etats pour limiter les propos

¹³⁷ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c/ Royaume Uni*, Req. n° 5493/72

¹³⁸ SUDRE F., MARGUENAUD J-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2005, p. 73.

critiques lorsqu'ils incitent à l'usage de la violence à l'égard d'un individu ou d'un représentant de l'Etat¹³⁹.

La marge d'appréciation est cependant plus ou moins importante selon la nature des informations divulguées et le contexte qui s'y attache¹⁴⁰. Ainsi, elle a rappelé à plusieurs reprises que cette marge d'appréciation était beaucoup plus étroite lorsqu'une question d'intérêt public était soulevée et lorsqu'il s'agissait d'informations s'inscrivant dans un débat public d'intérêt général¹⁴¹. Dans ce domaine en effet, la Cour estime que « *les restrictions à la liberté d'expression appellent une interprétation particulièrement étroite.* »¹⁴²

Nonobstant cette marge d'appréciation accordée aux Etats, la Cour européenne exerce un contrôle sur les Etats lui permettant de vérifier qu'aucune mesure restrictive à la liberté d'expression n'est attentatoire. Ce contrôle, réalisé à travers le prisme de la « proportionnalité », est affaibli par des conditions restrictives.

B. Le contrôle de proportionnalité

Les Etats doivent s'abstenir de commettre des ingérences portant atteinte à autrui ou à l'ordre public. La Cour vérifie que l'ingérence repose sur une base légale suffisante et répond effectivement aux modalités du contrôle de proportionnalité. Ce contrôle exige ainsi une adéquation entre un objectif à atteindre et les moyens mis en œuvre pour y parvenir, et ce selon une triple condition¹⁴³.

La légalité - La première condition qui s'impose aux Etats repose sur une *exigence de légalité*. L'ingérence doit être prévue par la loi, qui doit être entendue dans son sens matériel et non formel. Il importe donc peu que la règle soit une disposition législative, réglementaire,

¹³⁹ CEDH, 25 novembre 1997, *Zana c. Turquie*, Req. n°18954/91

¹⁴⁰ CEDH, 15 janv. 2009, *Orban et a. c/ France*, Req. n°20985/05 : « *L'ampleur de cette marge d'appréciation varie en fonction des circonstances de chaque espèce.* »

¹⁴¹ CEDH, 21 janv. 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, Req. n°29183/95

¹⁴² CEDH, 7 nov. 2006, *Mamère c/ France*, Req. n°12697/03

¹⁴³ Article 10, §2

jurisprudentielle ou qu'elle soit non écrite. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle elle accepte qu'une norme internationale puisse être invoquée, dès lors qu'elle a été intégrée en droit interne¹⁴⁴. En tout état de cause, la loi doit répondre aux critères classiques de précision, de clarté, de prévisibilité et d'accessibilité. La clarté suppose qu'elle doit être facile à comprendre et sans équivoque. La précision signifie qu'elle ne doit pas laisser d'indécision et de doute dans l'esprit du lecteur¹⁴⁵. Enfin, la Cour impose aux Etats que la mesure soit accessible et prévisible¹⁴⁶ de manière à faciliter la compréhension du justiciable et de prévoir si telle action relève de l'illégalité ou non. Ainsi, la Cour a tranché très récemment pour une violation de l'article 10 en raison du manque de prévisibilité d'une loi interdisant une émission télévisuelle en Belgique¹⁴⁷. Elle a estimé que « *le cadre législatif combiné avec le cadre jurisprudentiel existant en Belgique, tel qu'il a été appliqué à la requérante, ne répond pas à la condition de prévisibilité voulue par la Convention et ne lui a pas permis de jouir d'un degré suffisant de protection requise par la prééminence du droit dans une société démocratique* »

La légitimité - La deuxième condition tient à une *exigence de légitimité*. L'ingérence doit en effet viser un but légitime, c'est-à-dire être fondée sur un objectif de protection d'autrui ou de l'ordre public. L'article 10. En son paragraphe 2, l'article 10 énumère les objectifs de protection qui peuvent justifier une ingérence de la part de l'Etat.

La nécessité - Enfin, l'ingérence doit répondre à une *exigence de nécessité*, ce qui signifie que la mesure doit être nécessaire dans une société démocratique. Par « nécessaire » la Cour renvoie à l'existence d'un « *besoin social impérieux* »¹⁴⁸. Un arrêt très récent¹⁴⁹ vient illustrer l'absence de nécessité de la restriction formulée par la France. En l'espèce, un conseiller municipal d'opposition fut condamné pour diffamation envers une personne chargée d'une mission de service public après avoir, entre autre, accusé le maire de détournement d'argent. Si la

¹⁴⁴ CEDH, *Gropper Radio AG*, 28 mars 1990, A n° 173

¹⁴⁵ CEDH, gde ch., 22 oct. 2007, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, n°s 21279/02 et 36448/02, § 41

¹⁴⁶ CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, A n°30, §47

¹⁴⁷ CEDH, 29 mars 2011, *RTBF c/ Belgique*, req. n° 50084/06

¹⁴⁸ Op. cit. 141, p. 45 : « *Eu égard à l'ensemble des circonstances de la cause et sur la base de la démarche définie au paragraphe 65 ci-dessus, la Cour conclut que l'ingérence incriminée ne correspondait pas à un besoin social assex impérieux pour primer l'intérêt public s'attachant à la liberté d'expression au sens où l'entend la Convention.* » V.

aussi : CEDH 25 juill. 2001, *Perna c/ Italie*: BICC 2001. 851

¹⁴⁹ CEDH, 11 mai 2010, *Fleury c/ France*, Req. n°29784/06, Dalloz actu. 2011

condamnation était prévue par l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 et poursuivait le but légitime de protection de la réputation, son caractère nécessaire était discutable. Les juges européens concluent finalement à la primauté de la protection de la réputation, en insistant sur le fait que les critiques ne s'inscrivaient pas dans le cadre d'un débat public ou d'une polémique politique. A l'inverse, la condamnation pour diffamation publique n'est pas proportionnée lorsque les critiques s'inscrivent dans un débat d'actualité¹⁵⁰, en l'occurrence au lendemain des attentats du 11 septembre 2001.

Ainsi, la Cour exerce sur les Etats un contrôle afin de les empêcher de dépasser les limites qu'elle leur impose. Dans l'exercice de son contrôle, la Cour doit vérifier si l'ingérence attaquée était proportionnée au but légitime poursuivi¹⁵¹ et si les motifs invoqués apparaissent pertinents et suffisants¹⁵². Pour cela, elle s'attache à la nature de la peine et à son importance au vu des faits incriminés. Son contrôle est strict, au point qu'elle a considéré que le fait de sanctionner une diffamation par une peine de prison ferme était disproportionné¹⁵³.

La Cour est allée plus loin que cette obligation négative d'ingérence. Elle a également fait peser sur les Etats une obligation positive afin que les droits soient garantis de manière effective. Les Etats sont contraints d'adopter des mesures efficaces pour protéger la liberté d'expression, ce qui passe par une nécessaire conciliation dans les rapports individuels et entre les droits fondamentaux.

§2 - Une obligation positive de conciliation

Le droit de critique, issu de la liberté d'expression, est un point de friction au confluent de plusieurs principes antagonistes qui ne peuvent faire l'objet d'une hiérarchie. Dans un souci d'équilibre, la liberté d'expression doit donc nécessairement être conciliée avec d'autres droits

¹⁵⁰ CEDH, 6 mai 2010, *B.L et Lyon Mag c/ France*, Req. 17265/05

¹⁵¹ CEDH 25 juill. 2001, *Perna c/ Italie*: BICC 2001. 851;

¹⁵² CEDH, 22 mai 2005, *Pakdemirli c/ Turquie*, Req. n°35839/97

¹⁵³ CEDH, 17 décembre 2004, *Cumpana et Mazare c/ Roumanie*, Req. n° 33348/96

fondamentaux consacrés par la Cour européenne (A). Cet équilibre se répercute à l'échelle nationale, et plus spécifiquement en matière de presse (B).

A. Un équilibre dans les droits fondamentaux

Le professeur René Cassin a très justement rappelé que la protection des droits de l'homme ne se concevait pas uniquement de manière verticale, c'est-à-dire dans les rapports entre l'Etat et l'individu, mais également de façon horizontale, dans les rapports entre individus.¹⁵⁴ De fait, une double exigence pèse sur les Etats ; d'une part, une exigence de conciliation avec d'autres intérêts privés (1) et d'autre part un impératif de conciliation avec l'ordre public (2).

1. La conciliation avec les intérêts privés

Les droits de la personnalité - La liberté d'expression et de communication peut entrer en concours avec d'autres droits fondamentaux d'ordre privé, prévus par la Convention européenne. Une conciliation doit alors être trouvée avec d'autres intérêts légitimes privés, de sorte que l'article 10, considéré comme *lex generalis*, cède devant les autres dispositions spéciales de la Convention¹⁵⁵. Le juge européen ayant une conception très extensive de la liberté d'expression, on peut s'interroger sur l'importance de ces dispositions pour qu'elles puissent primer sur la liberté d'expression. En vérité, ces droits concurrents ne sont autres que les « droits de la personnalité ». Cette notion, difficile à cerner, ne figure ni dans le Code pénal ni dans le Code civil. C'est à la jurisprudence qu'il faut se référer puisqu'elle apparaît pour la première fois dans un arrêt *Lecocq* de la Cour de Cassation, qui la définit comme « *la faculté inhérente à la personnalité même* »¹⁵⁶. La doctrine envisage ces droits comme « *ceux qui ont pour objet d'établir des droits subjectifs sur les différents éléments de la personne humaine.* »¹⁵⁷ En d'autres

¹⁵⁴ JurisClasseur Europe, vol.7, fasc. 6500, §25.

¹⁵⁵ D. GARREAU, *L'article 10 de la CEDH à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg*, Justice et Cassation, Dossier : Communication et liberté, Dalloz, 2006, p. 65

¹⁵⁶ Civ, 25 juin 1902, DP 1903. 1. 5

¹⁵⁷ G. BEAUSSONIE, *Recherche sur la notion de personnalité en droit pénal*, RSC 2010, p. 525

termes, il s'agit de la défense de tout ce qui est propre à la personne et de tout ce qui constitue son individualité au travers de sa vie privée, de son image ou encore de sa voix¹⁵⁸.

La protection de la réputation d'autrui - Parmi ces droits de la personnalité, figure la protection de la réputation d'autrui protégé par l'article 8 de la Convention, en tant qu'élément de la vie privée¹⁵⁹. A titre d'exemple, dans une affaire mettant en cause Jean-Marie Le Pen¹⁶⁰, la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que l'auteur d'une fiction relative à la responsabilité morale du Front national dans la commission de crimes racistes pouvait être condamné sans qu'il y ait une quelconque atteinte à sa liberté d'expression. La raison invoquée par la Cour tenait à la poursuite d'un but légitime, celui de la protection de la réputation d'autrui. Le Code pénal protège également la vie privée d'autrui en son article 226-1, qui incrimine le fait de prononcer des paroles à titre privé ou confidentiel ou de capter l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé sans son consentement. Il y aurait donc abus de la liberté d'expression lorsque l'auteur publie de fausses informations ou modifie l'image d'une personne. L'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 s'inscrit dans cette lignée en ce qu'il interdit de rapporter la preuve de la vérité de faits diffamatoires lorsqu'ils relèvent de la vie privée. Pourtant, un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme¹⁶¹ vient limiter la portée de cet article en autorisant, pour la première fois, que la preuve d'un fait relatif à l'intimité sexuelle d'un individu pouvait être rapportée. Certes, cet arrêt est isolé mais il illustre la difficulté à trouver le point d'équilibre entre la protection de la liberté et celle de la liberté d'expression.

La liberté de conscience et de religion – Cette liberté, prévue à l'article 9 de la Convention européenne, peut aussi être mise en balance avec le droit de communiquer au public ses idées sur la théorie religieuse. Dans ce contexte, la Cour sanctionne le fait de formuler des critiques offensantes pour autrui et profanatrices¹⁶². La Cour s'attache en effet particulièrement à la manière dont la religion est critiquée. Ainsi, la dérision publique, gratuite et provocatrice d'événements et de symboles religieux fondamentaux dépasse le seuil de la libre critique

¹⁵⁸ J-M BRUGUIERE, *Dans la famille des droits de la personnalité je voudrais...*, Recueil Dalloz 2011 p. 28

¹⁵⁹ CEDH, 17 Déc. 2004, *Cumpana et Mazare c/ Roumanie*, Req. n°33348/96

¹⁶⁰ CEDH, Gr. Ch., *Affaire Lindoln Otchakovsky-Laurens et July c/ France*, 22 oct. 2007, Req. n° 21279/02 et 36448/02)

¹⁶¹ CEDH, *Porubova c/ Russie*, 8 oct. 2009, Req. 8237/03

¹⁶² CEDH, *Otto Preminger Institut c/ Autriche*, 20 sept. 1994, série A n° 295-A, §49 ; CEDH, *Murphy c/ Irlande*, 10 juil. 2003, Req. n°44179/98

admissible¹⁶³. Il convient de rappeler néanmoins que la protection des sentiments religieux est écartée quand l'atteinte s'inscrit dans le cadre d'un débat d'idées portant sur des questions d'intérêt général¹⁶⁴.

La liberté d'expression peut donc céder devant d'autres droits fondamentaux dans un souci de protection de l'individu et de sa personnalité. Cette conciliation doit également s'opérer dans le but de protéger l'ordre public.

2. La conciliation avec l'ordre public

Sécurité et sûreté publiques - La Convention vise très précisément « *la protection de la sécurité nationale, de la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime* ». A ce titre, elle entend lutter contre la discrimination raciale et la propagande néonazie ainsi que contre toute autre forme de discrimination ou de xénophobie. A cela vient s'ajouter un impératif de protection des institutions publiques, notamment celle des agents publics dans l'exercice de leurs fonctions.¹⁶⁵ Ce même article vise également à garantir « *l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire* ». Le secret de l'instruction, prévu à l'article 11 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale, doit ainsi être protégé. Certes, ce secret s'impose à toutes les personnes qui concourent à la procédure, ce qui exclut les journalistes. Néanmoins, lorsque l'information a été dévoilée par un magistrat, un avocat ou un policier à ces derniers, le comportement des journalistes tombera sous le coup de la loi pénale. C'est la présomption d'innocence qui peut également être en jeu, d'où l'importance de restreindre les cas d'abus d'information.

Morale et santé publiques - Outre la sécurité publique, ce sont la morale publique et la santé qui sont protégées par la Convention. Ainsi, un dispositif de contrôle de la presse a été mis en place au nom de la protection de la jeunesse. C'est en effet dans un souci de protection contre les publications « démoralisatrices » et « criminogènes » qu'on pu être légitimé ces restrictions. Ainsi, l'Etat doit se mobiliser pour lutter contre le caractère obscène de certaines publications¹⁶⁶

¹⁶³ Francillon J., *Liberté d'expression et respect des convictions religieuses*, RSC 2006, p. 625

¹⁶⁴ CEDH, 27 fév. 2001, *Jerusalem c/ Autriche*, n°26958/95, Sect. 3, bil.; CEDH, 31 janv. 2006, *Ginewski c/ France*, D. 2006, IR, p. 468

¹⁶⁵ CEDH, 17 Déc. 2004, *Cumpana et Mazare c/ Roumanie*, Req. n° 33348/96

¹⁶⁶ CEDH, *Muller et al. c/ Suisse*, A n°133, §27

ou de la violence de certains propos. La notion de morale étant marquée par une absence de consensus dans l'espace européen, les Etats disposent d'une large marge d'appréciation en la matière. En effet, la Cour a rappelé récemment qu'il n'existe toujours pas d'uniformisation de la notion de morale dans l'ordre juridique et social européen, ce qui réduit considérablement l'étendue de son contrôle en matière d'atteinte aux bonnes mœurs¹⁶⁷.

Enfin, la santé est un domaine protégé par la Convention, en ce qu'elle justifie que des restrictions soient apportées lorsque l'information publicitaire vise, par exemple, des médicaments, l'alcool ou le tabac¹⁶⁸.

L'équilibre avec les intérêts privés et avec l'ordre public se répercute dans un domaine plus spécifique, celui de la presse.

B. Un équilibre en matière de presse

Cet équilibre est sous-jacent au droit de la presse et se manifeste, là encore, par une exigence de prudence et d'objectivité (1) ainsi que par la protection des sources journalistiques (2).

1. Une exigence de prudence et d'objectivité

Obligation de prudence - Il est une constante en matière de critique que celle-ci doit toujours respecter une obligation de prudence conduisant notamment son auteur à s'assurer de l'exactitude des informations ou des faits relatés.¹⁶⁹ En matière de presse, cela se manifeste par une exigence, pour celui d'informer, de « bonne foi ». La jurisprudence a dégagé quatre critères cumulatifs pour qu'elle soit admise : la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, l'existence d'une enquête sérieuse et la prudence dans l'expression.¹⁷⁰ La bonne foi implique donc des faits donnant à penser que l'auteur s'est comporté correctement et avec professionnalisme en réalisant

¹⁶⁷ CEDH, 16 févr. 2010, *Akdas c/ Turquie*, n° 41056/04, § 27

¹⁶⁸ Commission, 12 mars 1983, DR 34, p.158, Obs. Du Pr. Cohen-Jonathan

¹⁶⁹ Agissements fautifs, *Droit de critique et de satire*, Répertoire Dalloz, 2010

¹⁷⁰ TGI Paris, 9 mai 1997 : Dr. Pénal 1998. Chr.5 ; aussi : TGI Paris, 19 mars 1999 : *Gaz. Pal.* 1999

par exemple une « *enquête sérieuse, minutieuse, prudente et objective* »¹⁷¹ ou encore en écrivant des articles « *modérés et prudents* »¹⁷². Le journaliste doit donc s'assurer faire preuve, d'une façon générale, de modération dans sa présentation des informations. Il ne saurait déformer ses informations pour former implicitement sa critique ou pour lui donner davantage de poids. La Cour de cassation a d'ailleurs eu l'occasion de préciser « *si un journaliste peut, dans la retranscription des propos recueillis, commettre des erreurs que les guillemets n'ont pas pour vertu d'effacer, l'usage de ce procédé typographique traduit, tout au moins de la part du journaliste, la volonté d'affirmer à ses lecteurs que les propos recueillis ont bien été tenus par la personne entretenue dans la forme où ils ont été rapportés.* »¹⁷³ Il convient néanmoins de préciser que l'appréciation des guillemets reste à la libre appréciation des juges et dépend de chaque cas d'espèce. La Cour de cassation a, par exemple, conclu dans un arrêt de 1983 que l'usage des guillemets créait un doute préjudiciable à la personne concernée¹⁷⁴. Ce qui ne fait nul doute néanmoins tient à ce que les passages incriminés doivent s'apprécier au regard de l'ensemble de l'article et de son contexte et ne pas se limiter aux mots placés entre guillemets¹⁷⁵.

Devoir d'objectivité - Plus qu'un devoir de prudence, le journaliste est soumis à un devoir d'objectivité. Les journalistes ont pour obligation d'informer le public et de renseigner les lecteurs ou les auditeurs sur les évènements présentant un retentissement d'intérêt général. Celui-ci doit donc faire preuve d'honnêteté et d'objectivité de manière à ne pas altérer la sincérité de sa démarche¹⁷⁶. Ce devoir d'objectivité passe par deux types d'obligation¹⁷⁷. D'une part, une obligation négative pèse sur le journaliste, en ce qu'il ne saurait se prévaloir de la notoriété du fait ou de sa publication antérieure¹⁷⁸. D'autre part, une obligation positive de vérification des renseignements, véritable marque d'objectivité, s'impose à lui. Le journaliste qui publie des

¹⁷¹ CA Paris, 10 mai 1994

¹⁷² CA Paris 1er Avril 1997

¹⁷³ Cass 2^e civ 24 juin 1987, 86-10.642

¹⁷⁴ Crim, 15 mars 1983 : JCP G 1984, II, 20145

¹⁷⁵ Crim 29 janv. 2008, n°06-88.097, F-D : JurisData n°2008-042712

¹⁷⁶ TGI Paris, 4 juill. 1985 : D. 1986. 5

¹⁷⁷ B. BOULOC, *Critique et objectivité, causes d'exonération de la diffamation*, La liberté de critique, Colloques & débats, 2007, p.15

¹⁷⁸ Cass, 2^e civ 14 janv. 1998 : *Bull. Civ. II*. n°11; crim, 23 mai 1991: *Bull. Crim.* n°219

déclarations spectaculaires sans être en mesure de rapporter la preuve de leur authenticité n'a donc pas respecté ce devoir de vérification¹⁷⁹.

Ce devoir de prudence, d'objectivité, de circonspection et de sincérité dans l'expression est une constante qui ne souffre que de rares exceptions¹⁸⁰. Hormis les cas où la critique est consubstantielle à l'activité, le devoir de prudence et d'objectivité gît au cœur du droit de critique. Il en constitue l'essence même et lui donne toute sa légitimité. C'est particulièrement dans les rapports individuels que la modération prend tout son sens, et ce pour répondre à une logique d'harmonie et de tolérance. Cet impératif s'accompagne de la possibilité pour un journaliste de protéger ses sources.

2. La protection des sources journalistiques

Principe - La Cour européenne des droits de l'homme a énoncé avec force et à plusieurs reprises que la protection des sources journalistiques était « *la pierre angulaire de la liberté d'expression* »¹⁸¹. La Cour a toujours condamné les Etats ayant porté atteinte à ce secret des sources qui consiste à protéger les journalistes plus particulièrement exposés au risque de condamnation pénale. La France n'a pas toujours été bonne élève en la matière puisque seule la loi du 4 janvier 1993, dite loi Vauzelle, prévoyait une mesure permettant de ne pas révéler l'origine des sources journalistiques. Ainsi, l'alinéa 2 de l'article 109 du Code de procédure pénale dispose que « *tout journaliste, entendu comme témoin sur des informations recueillies dans l'exercice de son activité, est libre de ne pas en révéler l'origine* ». Cette disposition ne vise que « l'origine des informations » et non leur contenu, et ne concerne que le contexte particulier de l'instruction. Quant aux moyens de contourner cet article, ils ne manquent pas et les journalistes se voyaient sans cesse condamnés. L'article 109 n'assurant pas la protection absolue des sources au journaliste, et dans un souci de conformité avec le droit européen, le législateur est intervenu à nouveau. La loi du 4 janvier 2010 a ainsi inséré un article 2 à la loi de 1881 qui dispose que « *le secret des sources des journalistes est protégé dans l'exercice de leur mission d'information du public.* » En cela, le droit français aligne sa jurisprudence sur celle du droit

¹⁷⁹ CA Paris, 9 mars 1990, D. 1990, IR 67

¹⁸⁰ V. Infra p. 19 : en matière de polémique politique et électorale, mais aussi dans un contexte humoristique

¹⁸¹ CEDH, 27 mars 1996, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 16/1994/463/544

européen et admet officiellement que le droit pour les journalistes de garder secrètes leurs sources fait partie de « *la liberté de recevoir et de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence des autorités publiques.* »¹⁸²

Limites - Toutefois, cette liberté est loin d'être absolue et souffre de limites formulées à l'alinéa 3 de l'article 2. Nulle atteinte ne peut en effet être portée à cette protection des sources sauf si « *un impératif prépondérant d'intérêt public le justifie et si les mesures envisagées sont strictement nécessaires et proportionnées au but légitime poursuivi.* » En d'autres termes, l'intérêt public vient l'emporter sur le principe de protection des sources dans le but d'instaurer un équilibre entre la protection des sources et les nécessités de l'ordre public. La chambre criminelle n'a pas encore eu l'opportunité d'en mesurer l'application par les juges du fond mais l'idée reste que, pour des raisons impérieuses de sécurité nationale, il pourrait être justifié de démasquer une source d'information. Ainsi, la loi précise que « *l'identification dans le cadre d'une procédure pénale de l'origine d'une information ne pourra être recherchée qu'à titre exceptionnel et à condition que la nature et la particulière gravité du crime ou du délit ainsi que les nécessités des investigations le justifient* ».

Depuis quelques mois, la protection des sources journalistiques est mise à mal par deux affaires politico-médiatiques. Dans l'affaire *Bettencourt*, des poursuites pour violation du secret des sources journalistiques sont engagées suite au vol de trois ordinateurs appartenant à des journalistes impliqués dans l'enquête et à la révélation d'informations provenant d'enregistrements clandestins. Dans l'affaire *Wikileaks* mettant en cause l'armée américaine en Irak et en Afghanistan, c'est au contraire le problème de l'absence de source qui s'est posé. La transparence a alors été portée à son paroxysme et la question du « droit de savoir » est amenée sur le terrain¹⁸³. En tout état de cause, en matière de transparence et de droit de savoir, seuls règnent les principes de mesure, d'équilibre et de balance des intérêts. Ces affaires témoignent de l'absence de cette mesure et sont symptomatiques des difficultés de concilier liberté d'expression et intérêt public.

¹⁸² CEDH, 4ème sect. 15 déc. 2009, *Financial Times LTD et autres c/ Royaume-Uni*, Req. n°821/03

¹⁸³ Rapport annuel 2010 de la Cour de Cassation, *Etude : le droit de savoir*, troisième partie, Avant-propos d'A. LEPAGE

Si l'équilibre entre une parole libre, les droits personnels et l'intérêt public est indispensable, il n'est pas toujours respecté, ce qui amène le droit pénal à remplir son rôle de sanctionneur. De nombreuses incriminations viennent alors réprimer les atteintes à autrui et à l'ordre public.

Section 2 : Une répression précisée

Si la liberté de critique peut prendre la forme de propos prudents et nuancés mais elle peut aussi se manifester de manière plus agressive et déplaisante. Certes, la marge d'appréciation des Etats en la matière est relativement large mais dès lors que la critique porte atteinte à autrui (§1) ou à l'ordre public (§2), celle-ci est réprimée.

§1. La répression des atteintes à autrui

L'individu qui a été la cible de propos condamnables pourra s'engager dans la voie de la répression et des poursuites pourront alors être lancées sur le fondement d'infractions spécifiques. Ainsi, les infractions de diffamations et d'injures ont été créées pour réprimer les atteintes à l'honneur et à la considération d'autrui (A). Ces critiques diffamatoires et injurieuses peuvent faire l'objet d'aggravations, qui souffriront alors d'une répression bien plus sévère (B).

A. La critique diffamatoire et injurieuse

Si l'atteinte à l'honneur ou à la considération s'est produite publiquement, il s'agira d'un délit de presse relevant du régime spécifique prévu par la loi du 29 juillet 1881 (1). En revanche, si l'atteinte à l'ordre privé, le droit commun sera applicable (2).

1. La diffamation et l'injure publiques

L'incrimination de diffamation - L'article 29 alinéa 1 de la loi du 29 juillet 1881 définit la diffamation comme « *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.* » La définition de l'infraction est tellement large que chaque élément mérite d'être précisé.

L'acte diffamatoire – Il s'agit d'une allégation ou d'une imputation. L'allégation peut être définie comme étant une assertion faite sur la foi d'autrui, un « autrui » qui peut être identifié (l'agent répète ce qu'on lui a dit) ou non (existence d'une rumeur). Quant à l'imputation, c'est l'affirmation ou l'assertion d'un fait que l'on prétend avoir personnellement constaté. Ces allégations ou imputations sont majoritairement directes mais peuvent aussi se manifester indirectement. La Cour de cassation a d'ailleurs admis que les insinuations telles que le sous-entendu diffamatoire tombaient sous le coup de l'article 29 de la loi de 1881.¹⁸⁴ La diffamation suppose avant tout que l'acte d'assertion soit public. En tant que délit de presse, le critère de la publicité est en effet exigé, à défaut de quoi l'infraction ne constituera qu'une contravention de première classe réprimée à l'article R. 621-1 du Code pénal. L'article 23 de la loi de 1881 distingue trois modes de publicité entendus dans leurs sens larges. La diffamation peut ainsi s'exprimer par le biais de la parole (discours, cris, menaces proférés dans un lieu public ou lors d'une réunion publique), d'un écrit (lettres, circulaires, livres, tracts mais aussi dessins, gravures, peintures...) ou encore par voie électronique¹⁸⁵ (projection cinématographique, diffusion sur internet ou encore émission de télévision). La diffamation implique également l'assertion d'un fait précis, c'est-à-dire d'un fait déterminé et attribué en principe à une victime visée, singularisée.¹⁸⁶ La précision du fait implique la possibilité de l'établissement d'une preuve et d'un débat contradictoire. Ainsi, la Cour de cassation déclare que « *pour être diffamatoire, une allégation ou une imputation doit se présenter sous la forme d'une articulation précise de faits de*

¹⁸⁴ Le sous-entendu diffamatoire consiste à procéder soit par juxtaposition (Crim. 11 déc. 1990, B.C., n°427) ou rapprochement (Crim. 29 oct. 1991, B.C. n°387) soit par voie d'interrogation ou d'allusion (Crim. 23 nov. 1993, B.C. n°350)

¹⁸⁵ Introduit par la loi 2004-575 du 21 juin 2004

¹⁸⁶ CONTE Ph., *Droit pénal spécial*, La répression des atteintes à l'honneur : la diffamation et l'injure (chapitre 2), p. 2229s.

nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire. »¹⁸⁷ C'est en cela que la diffamation se distingue de l'opinion ou du jugement de valeur. Ces appréciations subjectives ne pouvant faire l'objet d'une preuve ou d'un débat contradictoire, elles seront largement tolérées. La Cour européenne des droits de l'homme a confirmé cette position dans une décision du 27 mars 2008, dans laquelle elle affirme que la condamnation pénale infligée au requérant n'était pas justifiée en ce qu'il s'agissait de « *jugements de valeur qui ne se prêtent pas à une démonstration de leur exactitude.* »¹⁸⁸ En revanche, lorsque la critique est émise à l'occasion d'un contexte factuel, il est possible qu'elle puisse être susceptible d'un débat probatoire et qu'elle porte alors atteinte à l'honneur ou à la considération¹⁸⁹. *In fine*, lorsque la critique est de type factuel et porte sur un sujet d'intérêt général, le risque de diffamation est existant car le jugement de valeur qui y est attaché devient secondaire face au contexte factuel qu'il convient de respecter.

Le résultat - Il doit s'agir d'une atteinte à l'honneur ou à la considération, ce qui, là encore, mérite quelques développements. L'honneur correspond à la dignité de la personne, c'est « *un élément de son patrimoine moral qu'il est en droit de faire respecter de chacun* »¹⁹⁰. La considération, moins personnelle, est l'estime que l'on porte à quelqu'un. A titre d'exemples, on peut citer l'affirmation selon laquelle un homme se fait entretenir par sa maîtresse¹⁹¹, ou encore l'assertion qu'un journaliste est « un ivrogne bien connu »¹⁹². Pour déterminer si l'assertion atteint l'honneur ou la considération, la question est de savoir si l'on doit se référer à une conception abstraite et objective ou subjective et relevant de l'opinion personnelle. La jurisprudence tranche clairement en faveur d'une appréciation *in abstracto*, c'est-à-dire sans égard ni à l'opinion de la victime sur l'accusation dont elle fait l'objet ni à l'opinion que le public a de cette personne.¹⁹³ Il suffit donc que l'assertion soit de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération, ce qui fait de la diffamation une infraction formelle. En d'autres termes,

¹⁸⁷ Crim., 17 Février 1981, *Bull. Crim.* n°64

¹⁸⁸ CEDH, 27 mars 2008, req. 20620/04, M. Leonel Lucas Azevedo c/ Portugal : il s'agissait en l'espèce d'une plainte à l'encontre de l'auteur d'un livre critiquant la qualité, faible à ses yeux, de certains ouvrages sur les jardins du palais épiscopal de Castelo Branco.

¹⁸⁹ BIGOT C., *Connaître la loi de 1881 sur la presse*, Guide legipresse, 2004, p. 59

¹⁹⁰ CORNU G., *Vocabulaire juridique*

¹⁹¹ Crim., 12 juillet 1884, B.C., n°235

¹⁹² Crim., 6 décembre 1988

¹⁹³ Voir par ex : Crim., 15 novembre 1900 : *Bull. Crim.* n°333 ; Crim., 2 juillet 1975, *Bull. Crim.* n°174, *Gaz. Pal.* 1975. 2. 666

l'atteinte à l'honneur ou à la considération n'a pas besoin d'être effective pour que l'infraction soit constituée. Le préjudice est évincé, ce qui témoigne d'une volonté répressive accrue de la part du législateur. Pour que la matérialité de la diffamation soit pleinement constituée, il faut enfin que les allégations ou les imputations soient dirigées contre des personnes. La jurisprudence est formelle sur ce point, « *l'atteinte personnelle n'est pas seulement une condition de l'action, elle forme un élément constitutif du délit de diffamation, en l'absence duquel l'infraction n'existe pas.* »¹⁹⁴ Sont ainsi exclus les propos litigieux envers les produits, les services et les prestations d'une entreprise industrielle ou commerciale.¹⁹⁵ En matière politique, syndicale, littéraire et artistique, si la liberté de critique est nettement plus significative, les limites n'en existent pas moins. La jurisprudence souligne ainsi que « *la polémique politique cesse là où commencent les attaques personnelles* »¹⁹⁶ et que les avis sur la valeur des œuvres artistiques, littéraires ou cinématographiques ne sauraient être assortis de digressions diffamatoires.¹⁹⁷ En ce sens, l'article 29 de la loi de 1881 vise « la personne ou le corps » sans autre précision, ce qui comprend aussi bien les personnes physiques que les personnes morales.¹⁹⁸ La Cour de cassation doit ainsi vérifier si les allégations ou imputations visent une personne déterminée, l'essentiel étant que les termes utilisés par l'auteur rendent l'identification de la personne visée possible.

L'intention - L'élément moral requis pour que l'infraction de diffamation soit constituée est l'intention. S'agissant d'une infraction formelle, le fait que l'auteur ait eu conscience de l'atteinte à l'honneur ou à la considération suffit, ce qui implique que l'auteur des propos a été de mauvaise foi. Il est à noter que cette mauvaise foi est présumée en matière de diffamation¹⁹⁹, ce qui va entraîner deux conséquences.²⁰⁰ La première conséquence tient à ce que la mauvaise foi n'a pas besoin d'être constatée dès lors que le caractère diffamatoire des allégations et des imputations est établi. Quant à la deuxième conséquence, il s'agit du caractère réfragable de la présomption. Il

¹⁹⁴ TGI, 25 oct. 1978 : *D.* 1980.

¹⁹⁵ V. Crim. 8 févr. 1994 PV90-85.699 : *Bull. crim.* n° 58. V. Aussi « *La diffamation suppose une imputation dirigée contre une personne et n'existe pas en cas de dénigrement d'un produit* » : Amiens, 12 janv. 1901, D.P. 1901. 2. 394; Paris, 9 mai 1988, D. 1988. IR. 179. - TGI Paris, 18 avr. 1984, JCP 1985. II. 20368, note Chavanne.

¹⁹⁶ Crim, 20 Octobre 1992, Bull Crim n° 329

¹⁹⁷ Crim. 22 mars 1996 : *Bull. crim.* n°109

¹⁹⁸ « *L'article 29 de la loi du 29 juillet 1881, qui définit notamment la diffamation envers la personne, s'applique aussi bien aux personnes morales qu'aux personnes physiques.* », Crim, 12 oct. 1976, *Bull. Crim.* n°287

¹⁹⁹ Crim, 20 fév. 1990: *Dr. Pén.* 1990, comm. 250 : « *les imputations diffamatoires sont réputées de droit faites avec intention coupable et cette présomption ne peut disparaître qu'en présence de faits justificatifs suffisants pour faire admettre la bonne foi.* »

²⁰⁰ PRADEL J., *Droit pénal spécial*, 4^{ème} Ed., Cujas, 2007/2008

incombe ainsi au prévenu d'apporter la preuve de sa bonne foi, de sorte que la charge de la preuve est inversée. Tout comme les présomptions en matière de circulation routière, la présomption de mauvaise foi n'aurait pas été compatible avec les articles 6 et 10 de la CEDH si elle avait un caractère irréfragable. La difficulté réside néanmoins dans le fait que la preuve de la bonne foi n'est pas toujours aisée à rapporter. Ainsi, la simple croyance dans l'exactitude des faits allégués²⁰¹, l'absence d'animosité personnelle²⁰² ou encore lorsque le prévenu s'est cru à tort dans le cas de figure où l'exception de vérité pouvait être invoquée ne suffisent pas²⁰³.

L'infraction d'injure - Le délit d'injure est défini à l'article 29 alinéa 2 de la loi du 29 juillet 1881 comme étant « *toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne réferme l'imputation d'aucun fait.* » L'expression outrageante et le mépris ne sont pas nécessairement des propos grossiers, étant entendu que le mépris vise plus particulièrement l'expression d'un dédain à l'égard de la victime. Quant à l'invective, il s'agit de paroles violentes envers la victime. Comme en matière de diffamation, l'injure doit viser une personne déterminée ou du moins déterminable et non être formulée de manière générale. De même que la diffamation en tant que délit de presse requiert la publicité, celle-ci est nécessaire pour que le délit d'injure soit constitué. Enfin, la mauvaise foi est également présumée et la charge de la preuve contraire, renversée, incombe au défendeur.

Distinction entre diffamation et injure - Il est possible que les délits de diffamation et d'injure soient retenus ensemble et qu'une double déclaration de culpabilité soit prononcée mais uniquement si les imputations diffamatoires et injurieuses sont détachables les unes des autres²⁰⁴. En cas d'indivisibilité entre les deux types de propos, le délit d'injure est absorbé par celui de la diffamation, de sorte que seul ce dernier doit être retenu.²⁰⁵

²⁰¹ V. Crim, 20 juin 1952, B.C., n°159, D., 1953, Somm., 30 ; Crim. 3 juin 1975, B.C., n°142

²⁰² Crim, 3 novembre 1955, B.C., n° 451 ; Crim, 19 octobre 1960, B.C., n°460

²⁰³ Crim, 17 novembre 1953, D., 1954, Somm., 29.

²⁰⁴ Crim. 3 mai 1956, *Bull. crim.* n° 344 ; 12 juin 1956, *ibid.* n° 458 ; 18 janv. 1994 PV92-80.717 : *Dr. pénal* 1994, *chron.* 64 ; 24 janv. 1995 PV93-84.701 : *Bull. crim.* n° 33. - Trib. corr. Melun, 14 juin 1982, JCP 1982. II. 19918 ; *Rev. sc. crim.* 1983. 87, obs. Levasseur

²⁰⁵ Crim. 23 juin 2009, n° 08-88.016, JCP G 2009, n° 31-35, p. 28 ; *ibid.*, n° 46, 441, § 7, obs. Dreyer.

2. La diffamation et l'injure privées

Droit commun - A défaut du critère de publicité, ces infractions basculent dans le droit commun et ne constituent que des contraventions. Les délits de diffamation et d'injure non publiques n'ont pas toujours fait l'objet de deux incriminations distinctes. L'ancien Code pénal prévoyait en effet une assimilation de la diffamation non publique à l'injure non publique. Si le Code pénal de 1810 avait fait de la diffamation une hypothèse particulière de l'injure, la loi du 29 juillet 1881 les a distinguées par référence à un fait précis imputé uniquement en matière de diffamation. Pourquoi refuser de reproduire cette séparation lorsque les délits sont non publics? Avant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, la Cour de Cassation est catégorique sur le sujet et déclare que « *la diffamation, lorsqu'elle n'est pas publique, dégènerait en contravention d'injure non publique, prévue et réprimée par l'article R. 26-11° du Code pénal.* »²⁰⁶

Pourtant, le 1^{er} mars 1994, le « nouveau » Code pénal vient mettre en terme à cette jurisprudence constante en séparant les deux délits lorsqu'ils sont commis en privé. En matière de diffamation et d'injure privées, le régime est donc passé de l'assimilation à l'instauration d'une incrimination spécifique.²⁰⁷ Désormais, à défaut du critère de publicité, la diffamation constitue une contravention prévue à l'article R. 621-1 du Code pénal et l'injure non publique est réprimée par l'article R. 621-2 du même Code.²⁰⁸ On ne peut que se satisfaire de cette solution, qui est un véritable gage de cohérence. L'assimilation de la diffamation non publique à l'injure non publique faisait perdre à la diffamation sa spécificité, « *son caractère propre* »²⁰⁹ issu de l'imputation d'un fait précis et de *l'exceptio veriditatis*. Une décision de la Cour d'Appel de Paris du 7 Octobre 1992 a d'ailleurs eu le mérite de soulever cette incohérence en refusant de suivre le mouvement d'assimilation de la jurisprudence, qu'elle a jugé *contra legem*. La Cour d'Appel a fait preuve d'audace en allant à l'encontre d'une jurisprudence constante et traditionnelle. Sa décision a certes été cassée et annulée à l'époque, mais le revirement opéré par le législateur en 1994 vient confirmer la position de la Cour d'Appel et lui redonner toute sa valeur.

²⁰⁶ Jurisprudence constante : Crim. 18 mai 1954 : *Bull. crim. n°187* ; Crim, 23 déc. 1959 : *Bull. crim. n°577* ; Crim, 27 mai 1975, *Bull. crim. n°134* ; Crim, 4 janv. 1990, *Bull. crim. n°10* ; Crim, 26 janv. 1993, *Bull. crim n°21* ; Crim, 25 mai 1993, *Bull. Crim. n°190*

²⁰⁷ V. sur ce point Y. MAYAUD, *Diffamation non publique : de l'assimilation à l'incrimination*, RSC 1996, p. 122

²⁰⁸ Crim, 21 fév. 1995, *Bull. crim. n°76*; Crim, 12 sept. 2000, *Bull. Crim. Bull. Crim. N°67*

²⁰⁹ Op. cit. 200, p. 58

Le législateur a également prévu un arsenal répressif particulier pour les critiques diffamatoires et injurieuses aggravées.

B. Les critiques diffamatoire et injurieuse aggravées

La diffamation et l'injure discriminatoires - La loi du 1^{er} juillet 1972, dite « loi Pleven » a créé les articles 32 alinéa 2 et 33 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 qui incriminent respectivement la diffamation et l'injure commises « *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.* » Circonstances aggravantes des délits de diffamation et d'injure publiques, ces infractions demeurent les seules, avec celle de la contestation de crimes contre l'humanité, à être sanctionnées d'une peine d'emprisonnement. La gravité d'un tel comportement donne nécessairement prise au droit pénal, c'est la raison pour laquelle le législateur a fait le choix de conserver une peine si importante.

Les éléments constitutifs des diffamations et injures à des fins racistes sont similaires à ceux des autres délits de presse. Ce qui marque la véritable différence avec les autres infractions de presse est principalement l'exclusion de l'exception de vérité²¹⁰. Devant la gravité de ce type de comportement, le refus d'admettre ce fait justificatif paraît tout à fait justifié. Le seul revers à cette forte répression est finalement l'identification précise du mobile. En effet, si les propos ont été tenus dans le cadre d'un discours politique, ils pourront être considérés comme étant « d'intérêt général » et échapper aux articles 32 alinéa 2 et 33 alinéa 3²¹¹. Ainsi, on ne pourra pas évoquer une diffamation envers les immigrés mais une critique sur l'immigration.

De la même façon, il n'y aura pas d'attaque contre les fidèles d'une religion mais plutôt des critiques à l'égard de l'institution qu'est l'Eglise²¹². Il convient de préciser cependant que le contexte politique ne doit pas constituer un prétexte pour agresser les ressortissants d'une

²¹⁰ Crim, 11 juillet 1972 : *Bull. crim. n°236*

²¹¹ DREYER E., *Le fondement de la prohibition des discours racistes en France*, Legipresse n°199, cahier II, p. 19, mars 2003

²¹² Civ 2^e, 26 avril 2001, non pub. *Bull.*, LP n°183-1, juill. 2001, p.92

communauté déterminée. La détermination du contexte est laissée à la libre appréciation des juges mais il est vrai que la distinction est parfois délicate.

On le voit, le législateur a fait le choix de mettre en place des moyens répressifs sévères allant jusqu'à prévoir une peine d'emprisonnement. Une telle répression ne semble pas dépasser les limites de la nécessité et ne peut faire l'objet de contestations. Le trouble à l'ordre public est bien réel, de sorte qu'il ne peut en aucun cas bénéficier d'une clémence du législateur.

La provocation discriminatoire - La loi Pleven a également créé l'infraction de provocation « à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine, ou de leur appartenance ou de leur non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée », délit qui figure désormais à l'article 24 alinéa 6 de la loi du 29 juillet 1881.

Pour que la provocation soit constatée, une relation précise et incontestable doit exister entre le fait de la provocation et les crimes visés dans la prévention²¹³. En d'autres termes, la provocation doit nécessairement être directe, sans quoi le délit ne peut être caractérisé. Quant à l'élément moral de cette infraction, il s'agit de l'intention et, à l'instar des délits de diffamation et d'injure publiques, une présomption de mauvaise foi pèse sur son auteur²¹⁴. Très récemment, Eric Zemmour a été condamné par le Tribunal correctionnel de Paris pour provocation à la haine raciale ou à la discrimination raciale²¹⁵. Lors d'une émission télévisée, Eric Zemmour avait en effet déclaré que la plupart des trafiquants étaient « *des noirs et des arabes* ». Si certaines associations invoquaient la diffamation à caractère racial, le tribunal l'a relaxé de ce chef, en ce qu'il n'a pas visé un groupe donné. Cette illustration récente permet de mettre en parallèle les délits de diffamation à caractère racial et de provocation à la discrimination raciale, qui peuvent présenter des difficultés de distinction pour les juridictions. En tout état de cause, ces délits aggravés sont certes des atteintes à l'honneur ou à la considération d'autrui mais ils peuvent tout fait être considérés comme des atteintes à l'ordre public.

²¹³ Crim, 5 janv. 1883: *DP 1884. 1. 95*; Crim, 25 fév. 1954 : *Bull. crim. n°89*

²¹⁴ Crim, 16 juillet 1992, *Bull. crim. n° 273*

²¹⁵ T. Corr. 18 fév. 2011

§2 - La répression des atteintes à l'ordre public

En principe, « *nul ne doit être inquiété pour ses opinions, mêmes religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la loi* ». ²¹⁶ Parmi ces atteintes à l'ordre public, on distingue celles envers l'Humanité (A) et celles envers l'Etat ou ses institutions (B).

A. Les atteintes à l'humanité

L'auteur de propos racistes assigne à une personne une identité qu'il récuse et la confine à la marge de la société. Ce message d'infériorisation ne peut que faire l'objet d'une répression de la part du législateur, étant entendu que la mise en place d'une société démocratique passe avant tout par la tolérance et la reconnaissance de l'égale dignité de chacun. Contester les crimes contre l'humanité ou en faire l'apologie fait également partie des formes de critique qui ont versé dans l'abus. Le législateur a donc prévu plusieurs incriminations permettant de lutter contre l'expression négationniste (1) ainsi que contre l'apologie des crimes contre l'humanité (2).

1. Les propos négationnistes

Le fondement législatif - La loi du 13 juillet 1990 dite loi « *Gayssot* » est considérée comme la « *mère de toutes les autres lois mémorielles* » ²¹⁷ et tend à réprimer tout propos raciste, antisémite ou xénophobe. Son article 1^{er} n'a rien d'innovant en ce qu'il rappelle que « *toute discrimination fondée sur l'appartenance ou la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion est interdite.* » La loi Gayssot innove par son article 9 relatif à la négation des crimes contre l'humanité, ce qui participe des atteintes à l'ordre public.

Elément matériel - L'article 9 de la loi Gayssot se distingue des autres dispositions réprimant les propos racistes, en ce qu'il introduit dans la loi du 29 juillet 1881 le délit de négationnisme, jusqu'alors inexistant.

²¹⁶ Article 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

²¹⁷ Pierre Nora, président de l'association *Liberté pour l'Histoire*.

Ce délit figure à l'article 24 bis de la loi et vise à réprimer le fait de contester publiquement l'existence d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité tels qu'ils sont définis par l'article 6 c) du statut du tribunal militaire annexé à l'accord de Londres le 8 août 1945. L'article 6 (c) de ce statut définit les crimes contre l'Humanité comme étant « *l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation, et tout autre acte inhumain commis contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime.* » Le renvoi de l'article 24 bis à ce texte rappelle ainsi que le négationnisme ne concerne que les crimes contre l'humanité réalisés pendant la Seconde Guerre Mondiale. La portée de ce texte est donc très restreinte et vise spécifiquement le génocide des juifs perpétrés par les nazis.

Elément moral - Il n'a pas été précisé pour l'infraction de négationnisme par le législateur mais en vertu de l'article 121-3 du Code pénal, « *il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* ». Le délit de négationnisme est donc, de toute évidence, intentionnel.

Dès le lendemain de la Seconde guerre mondiale, Paul Rassinier publie un ouvrage²¹⁸ qui, pour la première fois, conteste les chambres à gaz et met en doute l'existence des crimes nazis. Alors que les auteurs de ces contestations se font appeler les « révisionnistes » ce terme fut très rapidement perçu comme inadapté. Le révisionnisme renvoie en effet à une interprétation critique de l'Histoire, tandis que le négationnisme rejette, désavoue, conteste. Cette infraction peut faire l'objet de confusion avec l'apologie de crimes de guerre.

2. L'apologie des crimes de guerre

L'abus de critique n'est uniquement défavorable et négatif, il peut être élogieux et défendre une infraction, avec une ferveur telle qu'elle constituera le délit d'apologie. La doctrine a défini l'apologie comme « *le fait de présenter un crime comme un acte digne d'éloges et d'en féliciter ou d'en glorifier l'auteur. Elle doit dénoter, par sa forme même, l'intention non de discuter une*

²¹⁸ RASSINIER P., *Le mensonge d'Ulysse, regard sur la littérature concentrationnaire*, 1950

théorie ou de soutenir une réforme, mais d'agiter et de remuer des passions. »²¹⁹ Juridiquement, c'est l'article 24 de la loi de 1881 qui réprime l'apologie de certains crimes, notamment les crimes contre l'humanité à l'alinéa 3. Comme toute infraction de presse, l'apologie des crimes de guerre doit présenter un caractère de publicité, ce qui signifie que l'auteur peut se manifester dans un journal, un livre ou encore par le biais d'internet. De même, à l'instar des autres délits de presse précédemment évoquées, l'apologie de crimes contre l'humanité doit être intentionnelle pour être caractérisée.

Distinction entre apologie et provocation directe - En vérité, toute la difficulté réside dans la distinction qu'il existe entre ce délit, celui de la provocation directe et l'infraction de contestation de crimes contre l'humanité. Pour éluder la question du choix de la qualification idoine²²⁰, il est indispensable de rapprocher les trois notions et de les confronter entre elles. La provocation suppose l'existence d'un lien étroit entre le fait de la provocation et les crimes contre l'humanité, ce qui implique une volonté de la part de l'auteur de façonner l'opinion publique dans le sens d'une commission de l'infraction. Peu importe donc que cette provocation ait été suivie immédiatement d'effets²²¹, seule la volonté de « *surexciter les esprits et de créer la mentalité qui appelle à l'infraction* »²²² prime. C'est en ce sens que la provocation se distingue de l'apologie qui n'a pas pour but de causer, de susciter la réalisation de l'infraction mais de faire l'éloge d'un crime qui s'est déjà produit. Le professeur Agathe Lepage vient appuyer cette position en affirmant que « *la provocation semble tournée vers l'avenir quand l'apologie regarde plutôt vers le passé.* »²²³ La Cour de Cassation a d'ailleurs rappelé à plusieurs reprises que provocation et apologie ne pouvaient faire l'objet d'une confusion, eu égard à leurs éléments constitutifs distincts²²⁴.

²¹⁹ POITTEVIN G., *Traité de la presse*, Paris, 1902-1903, tome 2, p. 52

²²⁰ Sur ce sujet : A. LEPAGE, *Apologie de crimes de guerre : Conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme ; qualification et interprétation*, RSC 2005, p. 583

²²¹ Crim. 29 oct. 1936: *Bull. Crim. N°1014*

²²² T. corr. Paris, 15 avril 1986, RSC 1987, p. 209, obs. P. Bouzat

²²³ *Ibid* 220

²²⁴ « *L'apologie des crimes spécifiés à l'article 24, alinéa 3, de la loi du 29 juillet 1881 est une infraction distincte de la provocation, non suivie d'effet, aux crimes énumérés aux alinéas 1er et 2 du même article ; les éléments constitutifs propres à chacun de ces délits ne sauraient être confondus* », Crim, 11 juillet 1972, Bull. crim. n°236 ; Crim, 7 déc. 2004, Bull. crim n°310

Distinction entre apologie et contestation de crimes contre l'humanité – Cette distinction réside dans la nature du contenu et dans l'appréciation de ces infractions. Alors que l'apologie d'un crime consiste à en faire l'éloge, la contestation vient, *a contrario*, le nier, en minimiser les effets. La Chambre criminelle de la Cour de Cassation précise ainsi que « *l'apologie, qui repose sur une logique de justification d'une certaine réalité, ne doit pas être confondue avec la présentation fallacieuse des faits que constitue la contestation.* »²²⁵

Les excès de critique, on le voit, peuvent aller jusqu'à porter atteinte à l'humanité, c'est la raison pour laquelle le droit pénal est venu y apporter des restrictions. Toujours dans l'optique de protéger l'ordre public, l'arsenal législatif pénal intervient également lorsque des atteintes sont portées à l'Etat et à ses institutions.

B. Les atteintes à l'Etat et à ses institutions

La critique peut tout à fait s'exercer librement à l'égard de l'Etat ou de ses institutions. Toutefois, dès lors que cette critique verse dans l'abus, elle souffre de restrictions légitimes de la part du législateur. Ces propos abusifs peuvent être formulés à l'encontre des agents publics (1) mais également envers les décisions de justice (2).

1. Critique et agents publics

La notion d'outrage - Dans le langage courant, l'outrage est entendu comme ce qui outrepassé les limites de l'admissible et verse dans l'offense et l'injure. Juridiquement, le Code pénal connaît deux formes d'outrage ; l'outrage envers une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service publique, prévu à l'article 433-5 et l'outrage envers un magistrat, un juré ou une personne siégeant dans une juridiction, réprimé à l'article 434-26. Les définitions classique et juridique de l'outrage ne suffisent pas à rendre compte de l'essence de

²²⁵ Crim, 12 avril 2005, D. 2005, IR, p. 1378

l'infraction, de sorte que, pour y parvenir, il convient d'opérer une comparaison de ce délit avec ceux de la diffamation, de l'injure et de l'offense²²⁶.

Les confusions possibles - A première vue, l'outrage et les infractions de diffamation et d'injure semblent avoir des éléments constitutifs si proches qu'il serait tentant de les confondre. Il s'agit dans les trois cas de propos méprisants portant atteinte à l'honneur ou à la considération d'autrui. Mais il est une différence essentielle qui marque la spécificité de l'outrage par rapport à l'injure et la diffamation. Cette spécificité tient au fait qu'en matière d'outrage, les propos doivent viser un agent public *à l'occasion* de sa mission et de sa fonction et non seulement *à raison* de ses fonctions et de sa qualité²²⁷. L'essentiel pour que l'infraction d'outrage soit constatée est donc que les propos s'adressent précisément à la personne initialement visée²²⁸ alors que la critique diffamatoire ou injurieuse peut être adressée à un public indéterminé. L'écart se creuse d'autant plus que l'article 433-5 ne vise que l'outrage non rendu public, là où la diffamation et l'injure peuvent être publiques ou non.

L'infraction d'outrage doit être confrontée à celle d'offense au Président de la République prévue à l'article 26 de la loi du 29 juillet 1881. Le texte et jurisprudence ne sont pas très clairs quant à la notion « d'offense » et n'apportent aucune précision quant à la personne visée. On peut ainsi s'interroger sur le contexte dans lequel une offense peut être proférée pour que le délit soit constitué. Est-ce nécessairement la fonction ou l'homme qui est visé dans la prévention ? Les travaux parlementaires semblent préciser que le personnage public n'est pas dissocié de l'homme privé et que le délit est véritablement constitué lorsqu'une atteinte à la dignité du Président s'est réalisée²²⁹. On peut alors douter de l'utilité de cette incrimination pour la simple raison que les éléments constitutifs de cette infraction sont presque similaires à ceux de la diffamation et de l'injure. Ainsi du critère de la publicité, de l'allégation ou de l'imputation d'un fait de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération et de l'exigence l'intention, tous ces éléments sont communs avec ceux des délits de diffamation et d'injure publiques. Pourtant, la Cour de cassation a voulu marquer un point de divergence entre ces infractions en excluant l'exception de

²²⁶ VERNY E., *L'outrage, La liberté de critique*, Colloques et débats, LexisNexis, 2007, p. 198

²²⁷ E. DREYER, *Sous quelle qualification saisir la vulgarité ?*, Recueil Dalloz 2011, p. 570

²²⁸ Crim, 26 oct. 2010, *D. 2011*, p. 570

²²⁹ Op. cit. Note 159, p. 199

vérité prévue à l'article 35 de l'offense au chef de l'Etat²³⁰. L'infraction prévue à l'article 26 garde sa spécificité également à l'égard de l'outrage puisqu'elle ne s'applique seulement dans les cas non qualifiés d'outrage par le Code pénal²³¹.

Les personnes morales - La critique portant atteinte à l'ordre public ne se manifeste pas seulement envers les personnes physiques, elle peut aussi s'adresser aux personnes morales. C'est le cas de l'Etat qui peut faire l'objet de critiques excessives rentrant dans le champ pénal. Ainsi de l'article 433-5-1 du Code pénal qui prévoit le délit d'outrage à l'hymne national ou au drapeau tricolore, introduit par la loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure. La volonté de légiférer ne cessant de croître, une nouvelle incrimination qui semble faire doublon avec la précédente a été introduite récemment. Ainsi, par un décret du 21 juillet 2010, la contravention d'outrage au drapeau tricolore a été insérée à l'article R. 645-15 du Code pénal. Deux types de contravention en résultent²³² ; d'une part, l'outrage commis dans un lieu public ou ouvert au public, du drapeau tricolore, par destruction, détérioration ou dégradation et d'autre part, la diffusion des images de tels faits, même commis dans un lieu privé. Si la première incrimination se rapproche du délit, la deuxième s'en distingue déjà plus mais la parenté est immanquablement perceptible.

Ce qui ne fait aucun doute, c'est que le dessein de ces incriminations est le même, celui d'assurer le respect des symboles de la Nation et de l'Etat. La liberté de critique ne saurait aller au-delà de ces exigences qui s'imposent également à l'égard des institutions de l'Etat, notamment de la justice.

2. Critique et décisions de justice

La critique doit pouvoir s'exprimer librement dans tous les domaines, y compris à l'encontre d'une décision de justice. Une proposition de loi a d'ailleurs été déposée le 19 janvier 2000 visant à autoriser la libre critique des actes de justice et des décisions juridictionnelles. La justice doit être publique, accessible à tous et transparente, c'est la raison pour laquelle il paraît logique de

²³⁰ Crim, 21 déc. 1966: *Bull crim n°300*

²³¹ Crim, 5 janv. 1900 : *DP 1901. 1. 406*

²³² A-G. ROBERT, *Décret n°2010-835 du 21 juillet 2010 relatif à l'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore (JO n°168 du 23 juillet 2010, p. 13589)*, RSC 2010, p. 927

confronter cette justice aux critiques des justiciables. Seulement ces critiques ne doivent pas dépasser les limites de l'admissible et ne peuvent susciter du mépris à l'égard des décisions et des actes judiciaires. Le législateur a donc pris la décision d'insérer un l'article 434-25 réprimant « *le fait de chercher à jeter le discrédit, publiquement par actes, paroles, écrits ou images de toute nature, sur un acte ou une décision juridictionnelle, dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance* ». Comme l'affirme le Professeur Vitu, « *la violence des termes employés, le caractère injurieux des expressions dont le prévenu s'est servi ne sont pas des choses indispensables* » et l'article 434-25 est venu mettre en exergue la distinction entre cet excès et l'exercice normal de la critique.

L'affaire d'*Outreau* en fut un exemple éclatant. Les membres de la commission d'enquête parlementaire se sont attachés à chaque point du dossier d'instruction et se sont interrogés de manière critique sur l'opportunité de nombreux actes juridictionnels. De tels travaux ont inévitablement suscité l'émoi et ont été dénoncés comme portant doublement atteinte au crédit de l'institution judiciaire et au principe de séparation des pouvoirs²³³. Quant à la presse, elle a également participé au bouleversement de l'affaire d'*Outreau* en faisant primer l'information sur le secret de l'instruction. Ainsi, les journalistes ont transformé la justice en scène de spectacle et la justice n'a pu que pâtir de ces excès d'informations et de critiques.

On le voit, rendre la justice suppose de protéger les magistrats contre toute attaque injustifiée ainsi que les décisions dont ils sont les auteurs. En ce sens, le Conseil Supérieur de la Magistrature (le CSM) a rendu un avis en 2004 « *sur les mesures qui pourraient être prises pour mieux garantir l'autorité judiciaire contre la mise en cause injustifiée de tel ou tel de ses membres* »²³⁴.

La justice a fait l'objet d'une pléthore de critiques ces dernières années, que ce soit de la part du justiciable ou des journalistes. La raison qui pourrait justifier de tels reproches serait peut-être celle de la « crise » de la société contemporaine. Comme l'ont souligné Monsieur Burgelin, Procureur général de la Cour de Cassation, et Maître Paul Lombard, « *la critique de l'institution*

²³³ Y. BENHAMOU, *La commission d'Outreau et la séparation des pouvoirs*, D. 2007, p. 589

²³⁴ J-F KRIEGK, *La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique*, D. 2005, p. 1592

*judiciaire est un signe déterminant d'une crise plus profonde du fonctionnement de l'Etat. »*²³⁵

Néanmoins, il serait faux de déclarer que le constat est aujourd'hui alarmant. On remarque que la critique des justiciables et des journalistes est bien plus centrée sur les dysfonctionnements de la justice (longueur de la procédure, que ce soit au stade de l'enquête, de l'instruction ou du jugement) que sur le contenu des décisions²³⁶. Richelieu l'avait prédit, « *il est beaucoup plus aisé de reconnaître les défauts de la justice que d'en prescrire les remèdes.* »²³⁷

Le droit pénal a mis en place de nombreux outils pour assurer l'équilibre entre la protection de la liberté et les limites de ses abus. En quête de mesure, le droit pénal semble pourtant avoir un arsenal répressif bien plus riche que des instruments protecteurs de la liberté. La pléthore d'incriminations doublée d'une jurisprudence prolixie en matière de restrictions témoigne d'un déséquilibre perceptible. La mesure tant désirée par le législateur en matière pénale serait-elle putative ?

*

* *

²³⁵ J-F BURGELIN et P. LOMBARD, *Le procès de la justice*, Plon, 2006, p. 134

²³⁶ LAZERGES C., *Réflexions sur l'erreur judiciaire*, RSC 2006, p.709

²³⁷ RICHELIEU, « Testament politique »

PARTIE 2: UN DROIT PENAL EN VOIE DE DEMESURE

Le droit de critique est incontestablement dicté par les notions de mesure et de modération. Pour cela, le droit pénal a mis en place des mécanismes permettant, *a priori*, de répondre à ces deux idéaux. En quête de mesure, le droit pénal ne cesse d'intervenir dans le but de promouvoir une expression libre et d'en sanctionner ses abus. Loin d'être vaines, ses interventions sont pourtant contestables, presque regrettables.

Aussi le droit pénal a-t-il suivi, dans un premier temps, la voie de la démesure. Ce constat de déséquilibre s'applique exclusivement à la loi du 29 juillet 1881 dont les critiques n'ont cessé de se multiplier depuis sa mise en œuvre. Force est de constater en effet que cette loi, aussi intangible soit-elle, présente des faiblesses qui mènent parfois à l'excès et au déséquilibre. C'est particulièrement sur le plan procédural que ces failles se sont ressenties, ce qui ne manque pas d'avoir des répercussions sur le traitement du droit de critique. Ainsi, le législateur a mis en place une procédure rigoureuse permettant apparemment d'assurer un équilibre entre les droits du prévenu et les droits de la victime. Toutefois, cet équilibre n'est qu'apparent et la pratique montre que c'est plutôt en termes de démesure que l'on peut caractériser la procédure en matière de presse. Alors que le droit pénal a souhaité être autonome, exclusif et s'affranchir du droit commun pour mener sa quête d'équilibre, le constat est relativement décevant.

Une telle autonomie n'a pu être que néfaste pour le droit de critique, dont l'essence semble avoir été oubliée. Entre excès de liberté et conformisme de pensée, le droit pénal n'a pas réussi à parvenir au point d'équilibre tant espéré. Face à cet échec, le droit civil est venu apporter une aide précieuse à un droit pénal désemparé, embarrassé. L'exclusivité pénale (chapitre 1) doit donc laisser place à la conciliation avec la matière civile (chapitre 2) dans le but de sauvegarder l'essence même du droit de critique.

Chapitre 1: Une exclusivité désavouée

*“Craignez-vous pour vos vers la censure publique,
Soyez-vous à vous-même un sévère critique”*,
Boileau, l’Art poétique, I.

A l’heure où la presse prend une place considérable dans notre société, la grande loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 prend toute son ampleur. Le doyen Carbonnier avait d’ailleurs déjà fait valoir dans une chronique célèbre publiée en 1951 que la loi du 29 juillet 1881 relevait d’un « *système clos, se suffisant à lui-même, arbitrant une fois pour toutes tous les intérêts en présence, y compris les intérêts civils* »²³⁸ Marquée par des règles procédurales qui lui sont propres et un système dérogatoire au droit commun, la loi du 29 juillet 1881 s’est inscrite dans cette logique d’exclusivité. Pourtant, la consécration de ce « système clos » (Section 1) n’étant pas dénuée de faiblesses, elle a nécessairement mené au déséquilibre du droit de critique (Section 2).

Section 1 : La consécration d’un « système clos »

Le droit de la presse est marqué par un formalisme procédural rigoureux. Cette spécificité du régime procédural applicable à la presse a été mise en place de manière à pallier les restrictions apportées à la liberté d’expression (§1). Cette procédure dérogatoire met en exergue une exclusivité du droit pénal qui s’est renforcée au point de le faire considérablement primer sur le droit civil. Cette primauté du droit pénal sur le civil relève d’une logique inversée par rapport au droit commun (§2).

²³⁸ CARBONNIER J., *Le silence et la gloire*, Dalloz 1951, Chron. 119

§1. Une procédure spécifique

Le formalisme procédural en matière de droit de la presse est souvent considéré comme une « *course d'obstacles* » ou encore comme un « *parcours du combattant* »²³⁹. Ainsi, des règles spécifiques régissent tout le procès pénal, dès son déclenchement²⁴⁰. Un apparent équilibre procédural a été mis en place, alliant des règles spécifiques favorables au prévenu (A) et d'autres plus favorables à la victime (B).

A. Les règles spécifiques favorables au prévenu

Lors du déclenchement du procès pénal, la prescription, particulièrement courte, joue en faveur du prévenu (1). De même, l'acte introductif d'instance suppose un certain nombre d'exigences susceptibles de le rendre nul (2).

1. Une prescription courte

Trois mois - Alors que la prescription de droit commun est annuelle en matière de contravention, triennale pour les délits et décennale en matière de crimes, la prescription en droit pénal de la presse s'élève à trois mois. En vertu de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 en effet, « *l'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus par la présente loi se prescriront après trois mois révolus, à compter du jour où ils auront été commis ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait* ». La prescription commence donc à courir au jour de la commission des faits punissables, c'est-à-dire au jour où l'écrit comprenant des propos abusifs a été mis à disposition du public. Quant à sa durée, une dérogation a été posée à l'article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881²⁴¹, lorsqu'il

²³⁹ 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*, CCE n°2, février 2006, Etude 4

²⁴⁰ MOUYSSSET O., *Un an de droit pénal de la presse*, Revue Mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur – Juin 2008

²⁴¹ Introduit par la loi n°2002-204 du 9 mars 2004 dite Perben II

s'agit d'une provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence²⁴², d'une contestation de crimes contre l'humanité²⁴³ ou encore d'une diffamation ou d'une injure à caractère discriminatoire²⁴⁴. S'agissant d'infractions teintées d'une particulière gravité, le législateur a porté le délai de prescription à un an.

Les actes interruptifs - L'article 65 prévoit également que le délai de prescription peut tout à fait être interrompu suite à la réalisation d'actes d'instruction ou de poursuite. Les actes interruptifs de prescription sont beaucoup moins nombreux qu'en droit commun, puisque « *seules les réquisitions aux fins d'enquête du ministère public sont interruptives* ». A la lueur de la rigueur procédurale imposée par la loi du 29 juillet 1881, ces réquisitions doivent impérativement « *à peine de nullité, articuler et qualifier les provocations, outrages, diffamations et injures à raison desquels l'enquête est menée* ». Un arrêt du 22 juin 2010 de la chambre criminelle vient illustrer les difficultés d'application des actes interruptifs de prescription, tant les formalités à respecter sont rigoureuses²⁴⁵.

L'emprise de la loi pénale - L'exclusivité de la loi pénale relative à la liberté de la presse se manifeste à deux égards. D'une part, la prescription dérogatoire de trois mois a été étendue à la diffamation et l'injure non publiques, prévues aux articles R. 621-1 et R. 621-2 du Code pénal. Cette assimilation marque l'emprise de la loi de 1881 sur les infractions qui se situent même en dehors de son arsenal. D'autre part, cette emprise s'est manifestée lorsque, de manière tout à fait dérogatoire au droit commun, la solidarité des prescriptions de l'action en responsabilité civile et de l'action publique est restée le principe. La loi du 23 décembre 1980 a en effet supprimé le principe de solidarité des prescriptions pour la plupart des infractions sauf en matière de presse. Se fondant sur l'article 65 de la loi de 1881, la Cour de cassation a continué à déclarer irrecevable, à l'expiration du délai de trois mois, toutes les actions en responsabilité civile fondée sur l'article 1382 du Code civil, dès lors que la faute invoquée s'identifiait à une

²⁴² Art. 24 al. 8

²⁴³ Art. 24 *Bis*

²⁴⁴ Respectivement art. 32 al. 2 et art. 33 al. 3

²⁴⁵ Crim 22 juin 2010, obs. A. LEPAGE, Dalloz actu., 2 septembre 2010, *Apologie des crimes de guerre : réquisitions non interruptives de prescription*. En l'espèce, faute d'articuler les faits, les réquisitions aux fins d'enquête prises par le parquet ne pouvaient être considérées comme interruptives.

infraction de presse²⁴⁶. C'est dire à quel point le régime procédural de la presse est dérogatoire et tend à l'emporter sur le droit commun.

La prescription n'est pas la seule contrainte qui pèse sur la partie désireuse de déclencher l'action répressive. L'acte de poursuite en lui-même doit également respecter un certain nombre de conditions pour ne pas être déclaré nul.

2. Un acte de poursuite encadré

Un dommage personnel direct - Pour que l'acte introductif d'instance soit recevable et non frappé de nullité, il faut avant tout que ce soit la personne ayant « *personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* »²⁴⁷ qui se constitue partie civile par voie d'action, afin de lancer le procès pénal. Toutefois, les articles 47 et 48 de la loi de 1881 disposent qu'en matière de diffamation publique commise envers une administration publique, le ministère public bénéficie du monopole de la poursuite²⁴⁸.

La régularité de l'acte de poursuites – Pour qu'un acte de poursuite soit jugé régulier, fait des exigences strictes ont été prévues par les articles 50 et 53 de la loi. L'article 50 prévoit en effet que le réquisitoire introductif ou la plainte avec constitution de partie civile doivent impérativement articuler et qualifier les faits, ainsi que préciser le texte édictant la peine dont l'application est demandée. Une triple condition pèse alors sur le ministère public qui requiert une information, et ce sous peine de nullité de l'acte. Cette nullité, d'ordre public, doit être soulevée par les juges du fond ainsi que par la cour de cassation²⁴⁹. L'article 53 est tout aussi contraignant quant aux conditions à respecter pour que l'acte de poursuite soit régulier. La citation, à la requête du plaignant, doit préciser et qualifier les faits incriminés ainsi qu'indiquer le texte de loi applicable. Dès lors, le juge ne pourra pas fonder une condamnation sur des faits autres que ceux précisés dans la citation²⁵⁰. Cette exigence procédurale a été posée

²⁴⁶ V. par ex. Civ 2^e, 20 av. 1983, *Bull. Civ. II*, n°97; Civ 2e, 6 janv. 1993, *Bull. civ. II*, n°1

²⁴⁷ Art. 2 CPP

²⁴⁸ Crim, 11 mars 2008 : JurisData n° 2008-043744

²⁴⁹ Crim, 30 mai 2007 : JurisData : n°2007-040090

²⁵⁰ Crim, 22 mai 1974 : *Bull. crim n°196*

dans l'unique but de permettre au prévenu de connaître exactement les points sur lesquels il aura à se défendre. Toute confusion doit en effet être évitée, ce qui a amené la jurisprudence à écarter le cumul de qualifications qui ne peut que créer une incertitude dans l'esprit du prévenu²⁵¹.

Ces exigences ont été initialement mises en place pour contrebalancer les restrictions à la liberté d'expression, telles que le prévoit la CEDH dans son article 10 §2. On retrouve ces règles strictes tout au long du procès pénal, toujours dans le but de limiter les condamnations en matière de liberté d'expression.

B. Les règles spécifiques favorables à la victime

Les obstacles procéduraux fixés lors du déclenchement des poursuites sont bien plus favorables pour le prévenu que pour la victime des propos. Pour compenser ce déséquilibre procédural, le droit de la presse a instauré un système de responsabilité dite « en cascade » (1). Il a également ajouté la possibilité pour la victime de critiques diffamatoires d'insérer un droit de réponse, qui doit, là encore, répondre à une série de conditions très strictes (2).

1. La responsabilité en cascade

La notion - Le système de responsabilité dite « en cascade » suppose que, dès lors qu'un abus de critique est diffusé par la voie de la presse, la responsabilité de l'auteur sera systématiquement engagée, qu'elle soit directe ou indirecte. L'article 42 dispose ainsi que « *seront passibles, comme auteurs principaux [...] des crimes et délits commis par la voie de la presse dans l'ordre ci-après, les directeurs de publication ou éditeurs [...], à leur défaut les auteurs, à défaut les imprimeurs, à défaut les vendeurs, les distributeurs et afficheurs* ».

²⁵¹ Crim, 16 janv. 1990 : *Bull. crim.* n°26

Le rejet de la responsabilité du fait d'autrui - Cette responsabilité peut s'apparenter à une responsabilité du fait d'autrui, ce qui est impossible en droit pénal. Comme l'atteste l'article 121-1 du Code pénal en effet, « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait.* » Qu'en est-il de la responsabilité en cascade en matière de presse ? Aussi étonnant que cela puisse paraître, il s'agit d'une responsabilité personnelle, en ce qu'il y a bien un fait qui sera directement reproché à l'auteur. Ce fait personnel repose sur un défaut de vigilance à l'égard du contenu de l'information diffusée. Le directeur de la publication a en effet pour objectif de rendre public ce qui est écrit et doit impérativement vérifier tout ce qui est publié par la voie dudit écrit. Bien que légitime, ce système fait pourtant peser une lourde responsabilité sur l'auteur visé, qui n'est pas l'auteur matériel de l'infraction. Le législateur a eu conscience qu'un journal pouvait très bien être signé par un auteur utilisant un pseudonyme ou ayant fait le choix de rester anonyme. La prescription étant très courte, le législateur a préféré donner la possibilité d'identifier le directeur de la publication que l'on discerne dans l'ours. Notons que lorsque le directeur ou le co-directeur est tenu responsable des propos abusifs figurant dans la presse, l'auteur sera automatiquement poursuivi comme complice.

Enfin, preuve de l'emprise la loi du 29 juillet 1881, cette responsabilité en cascade a été étendue en matière audiovisuelle. Les articles 93-2 et 3 de la loi du 29 juillet 1982 prévoient donc ce système de responsabilité dérogatoire.

La volonté répressive du législateur est animée par un désir d'équilibre procédural entre règles favorables au prévenu et règles bénéfiques à la victime. Dans cette même logique, un droit de réponse a été créé pour celui qui a été visé dans un article ou une publication.

2. Le droit de réponse

En droit de la presse, l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 fixe les règles encadrant le droit de réponse. Pour rentrer dans le champ d'application de cet article, il faut que la réponse remplisse des conditions de forme et de fond²⁵².

²⁵² DREYER E., *Droits de réponse (refus d'insérer)*, RDPP, mai 2009

Les exigences de forme - La réponse doit être sollicitée dans l'organe où la mise en cause a été faite, dans les mêmes caractères et doit être de la même longueur que l'article qui a donné lieu à la réponse²⁵³. Elle doit être gratuite et adressée directement au directeur de la publication. Le principe qui gouverne la mise en place de cette réponse est celui de l'indivisibilité. En vertu de ce principe, le gérant d'un journal ne saurait insérer partiellement une réponse²⁵⁴. Enfin, en matière de presse, la réponse devra systématiquement répondre aux conditions de publicité et de périodicité. A l'instar des autres infractions de presse, la mise en cause de propos racistes est soumise au délai de prescription de trois mois, au cours duquel un droit de réponse spécifique peut être exercé. La loi du 13 juillet 1990, tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite et xénophobe, est à l'origine du droit de réponse en la matière, qui peut alors être exercé non seulement par la personne mise en cause mais aussi par toute association répondant aux critères de l'article 13-1 de la loi de 1881.

Les exigences de fond - Il faut avant tout qu'une personne soit mise en cause et soit nommée ou désignée dans l'article. Tel n'est pas le cas lorsque l'idée défendue par un auteur simplement cité est critiquée sans que le propos lui soit personnellement attribué²⁵⁵. Si la personne peut, sans être nommée, uniquement être désignée au sens où elle serait facilement identifiable par ceux qui la connaissent, les mises en cause indirectes sont exclues²⁵⁶. La personne visée est généralement une personne physique mais peut également être une personne morale qui répondra, dès lors, par le biais de ses représentants légaux. D'autre part, la pertinence et le contenu de la réponse sont contrôlés par la jurisprudence dont le travail va parfois au-delà de la vérification objective des conditions requises.

Le travail de la jurisprudence – La jurisprudence va parfois se livrer à une appréciation beaucoup plus subjective de la réponse²⁵⁷. Ainsi, plus qu'un encadrement objectif de la réponse, elle tend à « alourdir » le contrôle judiciaire en vérifiant notamment que la réponse soit conforme aux bonnes mœurs et à l'intérêt légitime des tiers ainsi qu'à l'honneur du journaliste. Ainsi, la

²⁵³ Crim. 30 avr. 1970, *Bull. crim.* n° 151

²⁵⁴ Crim. 11 juill. 1913, D.P. 1915. 1. 133

²⁵⁵ CA Paris, 13 juill. 1988, JCP 1988. II. 21079

²⁵⁶ Op. cit. Note 125

²⁵⁷ Mayaud Y., *L'abus de droit en matière de droit de réponse*, « Liberté de la presse et droits de la personne », D. 1997, p. 10

réponse ne pourra être insérée si elle est insultante, injurieuse²⁵⁸, comporte des propos racistes, xénophobes ou discriminatoires ou est de nature à offenser la mémoire d'un mort²⁵⁹. De même, le mis en cause qui formule une réponse contenant des appréciations blessantes et des insinuations malveillantes à l'égard de personnes étrangères à l'article auquel il est répondu²⁶⁰ a dépassé le droit de réponse qui lui était accordé. Les tiers et le journaliste sont donc protégés par le truchement de ce droit de réponse qui leur est accordé mais dont ils doivent impérativement respecter les conditions. Des limites sont fixées à ce droit de manière à ce qu'il ne verse pas dans l'abus, ce qui soulève quelques interrogations. Ce droit est déjà considéré comme une « limite » à la liberté de critique. Il vient tempérer cette liberté exacerbée en se protégeant contre la presse et en s'inscrivant dans le prolongement des droits de la personnalité²⁶¹. Il s'agit en effet d'une restriction à la liberté d'expression, qui doit, en conséquence, être nécessaire à la protection de la réputation et des droits d'autrui²⁶². En ce sens, la jurisprudence a rappelé à maintes reprises que le droit de réponse, dans ses diverses manifestations, n'était pas une riposte à une attaque mais un moyen de faire connaître ses explications ou ses protestations dans des circonstances équivalentes à celles entourant la critique initiale²⁶³. La Cour de Cassation déclare ainsi que « *l'insertion d'une réponse dépourvue de lien de corrélation avec le teneur de l'article auquel elle prétend répliquer, ne peut être exigée sur le fondement de l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881.* »²⁶⁴ Toute personne dont la réponse serait formulée sans aucune corrélation avec l'article en cause ne peut donc invoquer le bénéfice de l'article 13²⁶⁵. Le droit de réponse n'étant pas une tribune libre, le contenu de la réponse doit être en adéquation avec le sujet traité par l'article²⁶⁶.

Le législateur a tenu à encadrer le droit de réponse de manière très stricte, ce qui donne l'illusion d'une procédure équilibrée. La loi du 29 juillet semble pouvoir se suffire à elle-même et constitue un véritable « système clos » dont la consécration a été renforcée par le travail de la jurisprudence, qui, en matière de presse, a fait primer le droit pénal sur le civil. Cette tendance est pourtant à contre sens du mouvement qui s'est opéré en droit commun.

²⁵⁸ Paris, 29 mars 2006 : JCP 2006. IV. 2089.

²⁵⁹ Crim, 20 juin 1989, Dr Pén. 1990. 3

²⁶⁰ Crim, 16 oct. 1968 : Bull. crim n°256; Crim, 7 avr. 1994 : Bull. Crim n°144

²⁶¹ Op. cit. Note 287

²⁶² TGI Paris, 20 oct. 2008

²⁶³ Crim. 28 avr. 1932, *Bull. crim.* n° 117; Crim 15 déc. 1934, *Bull. crim.* n° 210

²⁶⁴ Crim. 4 nov. 1997 PV97-80.928 : Bull. crim. n° 369

²⁶⁵ Civ. 2^e, 24 juin 1998 PV96-17.347 : Bull. civ. II, n° 218

²⁶⁶ Crim, 4 nov. 1997, *Bull. Crim.* N°369; JuriData n°1197005403

§2 - Une primauté inversée

En droit commun, on constate qu'un net recul de la primauté du criminel sur le civil s'est opéré à des fins d'équilibre et de modération. (A) Pourtant, en droit de la presse, la Cour de cassation n'a cessé d'évoluer dans le sens d'une réduction du champ de la responsabilité civile, qui s'est vue alors évincée dès lors qu'un délit de presse était constaté (B).

A. Le recul de la primauté du criminel sur le civil en droit commun

Le droit commun a été marqué par un recul de la primauté du droit pénal sur le civil, qui se manifeste de deux manières. D'une part, la règle « le criminel tient le civil en état » a vu son champ d'application diminuer (1) et d'autre part, la théorie de l'identité des fautes pénale et civile a disparu (2).

1. Le déclin de la règle « le criminel tient le civil en état »

Enoncé de la règle - La primauté du droit pénal sur le civil a d'abord été marquée par la règle selon laquelle le juge civil devait surseoir à statuer en attendant la décision du juge pénal. C'est le principe de « *l'autorité sur le civil de la chose jugée au criminel* », formulé à l'alinéa 2 de l'article 4 du Code de procédure pénale. En vertu de cet article, « *il est sursis au jugement de cette action [civile] exercée devant la juridiction civile, tant qu'il n'a pas été prononcée définitivement sur l'action publique, lorsque celle-ci a été mise en mouvement.* » En d'autres termes, le tribunal civil, saisi de l'action civile, doit attendre pour statuer sur cette action que le tribunal répressif ait lui-même statué sur l'action publique, et ce que l'action civile ait été exercée avant ou après l'action publique. Exiger une indemnisation civile à une personne alors qu'elle pouvait être

relaxée au pénal paraissait donc incohérent. De ce principe, est issu l'adage « *le criminel tient le civil en état* »²⁶⁷.

Réduction du champ d'application - Le législateur est venu réduire le champ d'application de la règle à l'alinéa 3 de l'article 4 du Code de procédure pénale²⁶⁸. Désormais, il est prévu que « *la mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelques nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil.* » Le législateur distingue alors l'action en réparation, toujours soumise à la règle selon laquelle le juge civil doit surseoir à statuer devant le juge pénal, des « autres actions civiles » qui y échappent. Ce mouvement de recul du droit pénal devant la matière civile s'est renforcé lorsque la théorie de l'identité des fautes pénale et civile a disparu.

2. La disparition de la théorie de « l'identité des fautes »

Fondement de la théorie - La théorie de « *l'identité de la faute pénale d'imprudence et de la faute civile* » été affirmée pour la première fois par le célèbre arrêt *Brochet et Deschamps* du 18 décembre 1912²⁶⁹. Une proximité entre la faute prévue à l'article 1383 du Code civil²⁷⁰ et celle figurant à l'article 319 ancien du Code pénal²⁷¹ est en effet observée, de sorte que les deux fautes viennent à se confondre. Cette conception unitaire des deux fautes a longtemps été suivie par la jurisprudence, et ce pour des raisons de cohérence entre contentieux pénal et civil. Toutefois, cette conception s'est accompagnée de dérives considérables, qui ont amené le législateur à modifier sa position.

²⁶⁷ Sur cette règle, voir: HENO B., *De la règle le criminel tient le civil en état*, Thèse Rennes 1971 ; M. PRALUS, *Observations sur la règle « le criminel tient le civil en état »*, RSC 1972, p. 31

²⁶⁸ Loi du 4 mars 2007 « tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale »

²⁶⁹ Cass 2^e civ. 18 déc. 1912, Gaz. Pal. 1913, 1, p. 107 ; J. Pradel et A. Varinard, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 4e éd., 2003, comm. n° 40, p. 511.

²⁷⁰ « *Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou son imprudence.* »

²⁷¹ « *Quiconque, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements, aura commis involontairement un homicide, ou en aura involontairement été la cause, sera puni d'un emprisonnement de trois mois à deux ans, et d'une amende de cinquante francs à six cents francs.* »

Dépénalisation de la *culpa levissima* - Force est de constater que le juge répressif était amené à ne retenir que des « *poussières de fautes* » pour éviter que la victime ne puisse pas obtenir de dommages et intérêts²⁷². C'est cette *poussière de faute*, la *culpa levissima*, que le législateur a entendu définitivement dépénaliser. Par la loi du 10 juillet 2000, dite loi Fauchon²⁷³, le législateur est alors intervenu pour supprimer cette unité de fautes et a introduit un article 4-1 au Code de procédure pénale aux termes duquel est consacrée la dualité des fautes civile et pénale non intentionnelles²⁷⁴. Cette suppression ne peut être que bienvenue. L'existence de la *culpa levissima* dans le champ pénal participait d'une incohérence regrettable²⁷⁵. Les fautes moins graves ne peuvent en effet figurer aux côtés des fautes relevant d'une délinquance avérée et faire l'objet d'une répression pénale sévère.

Une disparition relative de la primauté du droit pénal sur le civil s'est donc opérée, la faute civile devenant autonome par rapport à la faute pénale. Alors que cette évolution a été opportune en droit commun, le droit pénal de la presse a emprunté la voie inverse.

B. L'extension de la primauté du criminel sur le civil en droit de la presse

La Cour de cassation a d'abord fait le choix d'évincer l'article 1382 du Code civil comme fondement d'une action en responsabilité, lorsque des faits incriminés par la loi du 29 juillet 1881 étaient constatés (1). Quelques années plus tard, elle prend la décision de retirer la faute civile pour tous les cas d'abus de la liberté d'expression (2).

²⁷² VINEY G., *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2e éd., 1995, n° 152, p. 262

²⁷³ Pour un aperçu de l'évolution de la loi, voir : Y. MAYAUD, *La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application...*, AJ pénal 2006, p. 146

²⁷⁴ « L'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie ».

V. sur ce point : BONFILS Ph., *Consécration de la dualité des fautes civile et non intentionnelles*, Recueil Dalloz 2004 p. 721

²⁷⁵ En ce sens, voir : MAYAUD Y., *Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi du 10 juillet 2000)*, D. 2000, p. 603

1. Le repli de la faute civile

Prolifération de la faute civile - En matière de presse, l'article 1382 du Code civil, en vertu duquel « *tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer* », pouvait à l'origine, être applicable à l'action de la victime exercée au civil. Face à une procédure rigoureuse et une liste limitatives d'infractions prévues par la loi du 29 juillet 1881, les échecs de la répression pénale se sont multipliés. Les victimes se sont alors tournées vers le droit commun de la responsabilité civile pour obtenir réparation de leur dommage. C'est donc de façon parcellaire que s'est appliquée la loi de 1881 tandis que la faute de l'organe de presse ou du journaliste était souvent prouvée²⁷⁶. A la fin des années soixante, cet afflux de demandes a donné l'impression que la voie pénale était délaissée au profit de la voie civile, notamment du référé²⁷⁷. Le risque que l'article 1382 envahisse le régime spécial de responsabilité du fait de l'expression devenait trop grand et l'adage *specialia generalibus derogant* semblait être oublié.

Subsidiarité de la faute civile - La Cour de Cassation a finalement opté pour une éviction de la responsabilité civile en matière d'infractions de presse. Ainsi, l'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans les arrêts du 12 juillet 2000, pose pour la première fois que « *les abus de la liberté 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.* »²⁷⁸ Il s'agissait en l'espèce de deux affaires relatives à la diffusion de propos injurieux dans des articles de journaux contre des personnes décédées. L'Assemblée plénière statue dans les deux cas dans le sens des Cours d'appel, et déclare que l'injure contre la mémoire des morts ayant été retenue²⁷⁹, les demandeurs ne pouvaient se prévaloir de l'article 1382 du Code civil.

Ces arrêts étendent la primauté du criminel sur le civil à la fois dans sa portée et dans son domaine. Dans sa portée, ce principe prend toute sa valeur en ce qu'il écarte purement et simplement l'article 1382 du Code civil. Dans son domaine, la règle est affermie car il n'est désormais plus possible pour les victimes d'utiliser la voie civile pour obtenir des dommages et

²⁷⁶ CA Paris 23 mars 1982 ; CA Rouen 20 avr. 1971, Gaz. Pal. 1971, 2, p. 447 ; TGI Paris 26 avr. 1968, JCP 1969, II, 15841, note A. Chavanne

²⁷⁷ DREYER E., *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse*, Recueil Dalloz 2006 p. 1337

²⁷⁸ Cass. ass. plén. 12 juill. 2000, CCE 2000, n° 108, obs. A. Lepage

²⁷⁹ Art. 34 al. 1 de la loi du 29 juillet 1881 relatif à la diffamation et l'injure contre la mémoire des morts

intérêts alors même que les auteurs ne sont pas condamnés au titre de l'une des infractions prévues par la loi de 1881²⁸⁰. La primauté du droit pénal sur le droit commun a été définitivement cristallisée dans un arrêt de la Cour de Cassation qui exclut complètement la responsabilité civile du droit de la presse.

2. Le retrait de la faute civile

Disparition de la faute civile - Dans un arrêt du 27 septembre 2005²⁸¹, la Cour de cassation franchit encore une nouvelle étape. En l'espèce, un article relatif à la disparition d'une famille paru dans un journal de grande diffusion, ce qui a amené la famille des victimes à agir devant les juridictions civiles. Plusieurs d'entre eux ont ainsi fondé leur demande sur l'article 9 de du Code civil, invoquant une atteinte à leur vie privée, ainsi que sur l'article 1382 du même Code. La Cour d'appel a fait droit à toutes ces demandes mais la Cour de cassation estime que les juges du fond ne pouvaient pas admettre la recevabilité de l'action en indemnisation sur le fondement de l'article 1382. Elle formule alors un attendu selon lequel « *les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.* » A ce titre, elle conclut que « *même en l'absence de diffamation ou d'atteinte à la vie privée, les abus de la liberté d'expression ne peuvent être poursuivis sur le fondement de ce texte.* » La responsabilité civile n'est donc plus écartée uniquement lorsqu'il est question d'abus de la liberté d'expression prévus par la loi de 1881 mais de tous les abus d'expression envers les personnes.

Précisions - On peut se demander que recouvre précisément l'expression « *abus de la liberté d'expression envers les personnes.* » La notion de « personne » est relativement large et comprend à la fois les personnes physiques et les personnes morales. Par déduction, il semble que la première chambre civile ait voulu limiter la mise à l'écart de l'article 1382 « *aux propos visant ou désignant les personnes par opposition à ceux visant les produits, services ou créations intellectuelles.* » Seuls les abus de liberté de critique à l'égard des produits peuvent donc être poursuivis sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, ce que plusieurs arrêts ultérieurs ont

²⁸⁰ JOURDAIN J., *Responsabilité civile des dommages résultant d'un délit de presse : exclusion de l'article 1382 même lorsque les auteurs ne sont pas punissables*, RTD civ. 2000, p. 845

²⁸¹ Civ. 1^{ère}, 27 sept. 2005, RTD civ. 2006. 126; Cass. 1^{ère} civ., 27 sept. 2005, n° 03-13.622 : JurisData n° 2005-029905

d'ailleurs confirmé²⁸². Sont ainsi soustraites à cet article toutes les atteintes aux droits de la personnalité, telles que les atteintes à un nom, à la dignité ou alors à la diffamation.

Comme l'a très justement déclaré le professeur Emmanuel Dreyer, « *dans cet océan d'impunités, un îlot de responsabilité devrait subsister s'agissant du dénigrement de produits.* »²⁸³ Le « système clos » évoqué par Jean Carbonnier en 1951 prend alors tout son sens et vient à se concrétiser. L'intrusion de sanctions que peut constituer la mise en jeu de la responsabilité civile sur le fondement de l'article 1382 est désormais exclue. Si cette jurisprudence a eu peu de répercussion par la suite²⁸⁴, il est important de montrer ses limites et de mettre en évidence les méfaits d'une exclusivité pénale. En effet, un tel système clos présente des faiblesses non négligeables qui mettent un terme à l'illusion de l'équilibre et de la mesure.

Section 2: Les faiblesses du « système clos »

Les conditions de mise en œuvre du procès pénal en matière de presse ayant été éclaircies, il convient désormais de montrer en quoi ces conditions présentent des faiblesses. En vérité, le « système clos » de la loi du 29 juillet 1881 a conduit la liberté de la presse à être poussée à son paroxysme. C'est d'abord à travers le prisme d'une faute écartée (§1) puis au regard d'une prescription inadaptée (§2) que ce système s'est révélé excessif.

§1- Les excès d'une faute écartée

La décision de la première chambre civile d'empêcher tout recours à la responsabilité civile en cas d'abus à la liberté d'expression a conduit à « *délaisser quelque peu les droits fondamentaux de l'individu* »²⁸⁵. Ce recul de la protection des victimes au profit de la liberté d'expression (A)

²⁸² Civ, 30 mai 2006, JCPG 2006. IV. 2380 ; Civ 1^{ère} 5 juillet 2006, JCPG 2006. IV. 2682

²⁸³ DREYER E., *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse*, Recueil Dalloz 2006, p. 1337

²⁸⁴ Quelques mois plus tard, la chambre criminelle reprend la formulation des arrêts de l'assemblée plénière : Crim, 26 nov. 2005

²⁸⁵ VINEY G., *Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression*, Mélanges Bouloc, Dalloz 2006, p. 1165 s.

est d'autant plus contestable que la jurisprudence européenne est à contre-sens de cette décision (B).

A. Le recul de la protection des victimes

Le professeur Emmanuel Dreyer n'a pas manqué de dénoncer la décision de la première chambre civile qui semble mieux protéger les choses que les hommes²⁸⁶. En effet, si la protection des produits est maintenue (1), celle des personnes semble délaissée (2).

1. La protection des produits maintenue

Exclusion de la loi du 29 juillet 1881 - La chambre criminelle a rappelé à plusieurs reprises que, dès lors qu'elles ne concernaient pas la personne physique ou morale, les critiques même excessives, touchant les produits, les services ou les prestations d'une entreprise industrielle ou commerciale n'entraient pas dans les prévisions de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881²⁸⁷. Ainsi, cette loi est écartée dès lors que les actes reprochés ne visent pas « *la société mais les marques déposées par elle et en conséquence les produits ou services qu'elles servent à distinguer, de sorte qu'il serait porté atteinte à ses activités et services et non à l'honneur ou à la considération de la personne morale.* »²⁸⁸ Dans le même sens, la cour d'appel de Paris rappelle « *qu'un produit ou un service peut être critiqué mais non diffamé. Il en résulte qu'un article consacré aux établissements privés d'enseignement professionnel et publié par une union de consommateurs ne peut entraîner la responsabilité de cette union sur le fondement de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881* »²⁸⁹ Dans la dernière espèce, l'union des consommateurs a donc commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil du fait du caractère manifestement excessif des critiques portées à l'encontre de l'établissement d'enseignement²⁹⁰.

Dénigrement– L'abus de critique de produits ou de services se manifeste par le dénigrement. Il s'agit d'un acte de concurrence déloyal, qui consiste à jeter le discrédit sur un concurrent en

²⁸⁶ Op. cit. 283, p. 85

²⁸⁷ V. par ex. Crim, 8 fév. 1994, B.C., n°58

²⁸⁸ Civ 1^{ère}, 8 av. 2008

²⁸⁹ Paris, 9 mai 1988

²⁹⁰ R. PLAISANT, *Le droit à la critique*, in Mélanges Chavanne, Litec, 1990

critiquant ses produits ou sa personnalité, afin de détourner sa clientèle²⁹¹. Dans un arrêt du 5 décembre 2006, la première chambre civile rappelle que le dénigrement dépasse le simple droit de critique et a pour unique but de mettre en cause l'honorabilité d'une personne. A ce titre, elle marque bien la distinction avec la diffamation ; cette dernière est effectivement constituée lorsqu'une personne est expressément visée dans les propos malveillants alors que le dénigrement ne l'est uniquement lorsque la volonté est celle de perturber la concurrence à travers des critiques de professionnels²⁹². La frontière entre diffamation et dénigrement est certes fine, mais bien réelle puisque les deux types d'abus de critiques sont soumis à deux régimes différents.

Explications – Ce qui pourrait justifier une telle exclusion de la critique des produits à la loi de 1881 est éventuellement le fait que ce type de critique est bien plus récent que la critique des personnes. La jurisprudence a donc souhaité redoubler de vigilance en renforçant la protection des produits. Toutefois, cette justification semble insuffisante, la véritable justification résidant plutôt, semble-t-il, dans la différence de traitement qu'il existe entre les différentes critiques²⁹³. En effet, si la critique des œuvres est très personnelle et subjective, celle des produits relève beaucoup plus de l'objectivité. Les défauts d'un produit peuvent en effet être dénoncés sur la base d'éléments précis et objectifs, alors que l'appréciation d'une œuvre sera plutôt de l'ordre de l'opinion. Ainsi de la critique gastronomique, qui peut porter sur les produits et les services proposés par un établissement, sans pour autant porter atteinte à la réputation des exploitants du restaurateur. La nature plus objective de la critique des produits est donc certainement ce qui a conduit la jurisprudence à la soumettre au régime plus protecteur de l'article 1382 du Code civil.

Dans sa décision du 27 septembre 2005, la première chambre civile a rejoint cette volonté protectrice à l'égard des produits en conservant la possibilité pour les mis en cause d'invoquer l'article 1382. Toutefois, en évinçant complètement la faute civile lorsqu'un abus de la liberté de critique a été formulé à l'encontre des personnes, la Cour de cassation semble délaissé la protection des droits des personnes.

²⁹¹ VALETTE-ERCOLE V., *Dénigrement ou diffamation ?*, Recueil Dalloz 2008, p. 672

²⁹² Civ. 1re, 5 déc. 2006, Bull. civ. I, n° 532

²⁹³ Op. cit. 169, p. 51

2. La protection des personnes délaissée

Formule générale - « *Les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.* » La généralité de la formule de l'arrêt de 2005 conduit à exclure toutes les atteintes à la personnalité, à la dignité ou encore au sentiment religieux de la responsabilité civile. Ainsi, on constate un net recul de la protection des personnes qui ne jouissent plus du régime protecteur de l'article 1382 du Code civil. Ces atteintes relèveront de la loi du 29 juillet 1881 dont la procédure est tellement complexe qu'elle laisse place à des excès d'impunités. Pire encore, les journaux n'hésitent pas à soutenir que, derrière la critique des produits, se dissimulent la critique du producteur. Ils invoquent alors l'article 29 de la loi de 1881 relatif à la diffamation de manière à pouvoir bénéficier du régime libéral de la loi spéciale. « *L'ilot de responsabilité civile* » invoqué par Emmanuel Dreyer concernant les critiques de produits semble même être mis à mal, voire être réduit à néant, car, on l'a vu, diffamation et dénigrement doivent impérativement être distingués. Enfin, s'agissant de la diffamation envers les morts, l'atteinte à l'honneur d'un mort suffit amplement pour évincer l'article 1382 et se fonder sur l'article 34 de la loi de 1881. Les dérives sont donc palpables, laissant totalement de côté l'équilibre entre protection de la liberté d'expression et protection des droits de la personnalité. Cette jurisprudence est d'autant plus contestable qu'elle rentre en contradiction avec la jurisprudence européenne.

B. La contradiction avec la jurisprudence européenne

Des dispositions « prévues par la loi » - Les raisons de l'exclusion de la faute civile en matière de presse tenaient principalement à la volonté de protéger la liberté d'expression en matière de presse. Pourtant, c'est justement sur ce point que la Cour de cassation est allée trop loin et semble avoir basculé dans l'excès. En effet, le principal argument avancé pour exclure l'article 1382 du Code civil du champ de la liberté d'expression était fondé sur « *un risque d'arbitraire incompatible avec le critère de prévisibilité de l'article 10 § 2 de la CEDH.* »²⁹⁴ Or, ce risque

²⁹⁴ Rapport GUERDER P., Gaz. Pal. 17-19 juin 2001, p. 22, concl. JOINET M., BICC 523, 1^{er} nov. 2000

d'arbitraire n'a jamais été dénoncé par la jurisprudence européenne. Au contraire, la CEDH a jugé que les dispositions identiques à l'article 1382 français relevaient de limites « prévues par la loi. »²⁹⁵ A titre d'exemple, les Codes belge et luxembourgeois, empruntant au Code civil français, disposent d'un même article 1382. A la différence de la France, les juridictions internes l'utilisent en matière de presse en cas d'abus à la liberté d'expression, y compris lorsqu'une infraction pénale spécifique est constituée. Pourtant, la Cour européenne, dans son arrêt *Haes et Gijssels c/ Belgique*²⁹⁶ a estimé que « *selon la doctrine et la jurisprudence, une infraction à la loi pénale constitue en soi une faute au sens de l'article 1382 du Code civil* » et conclut, en ce sens, que « *l'ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression que constitue la condamnation prononcée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil était prévue par la loi.* » Une solution identique a été retenue dans l'arrêt *Thoma c/ Luxembourg*, du 20 mars 2001²⁹⁷, dans lequel la CEDH retient qu'une faute au sens de l'article 1382 du Code civil peut parfaitement résulter de la violation d'une norme pénale. Enfin, l'écart entre la décision de la première chambre civile en 2005 et celles de la CEDH se creuse encore plus lorsqu'en 2004²⁹⁸, la CEDH estime que la mesure de réparation ordonnée par les juges français « *avait une base en droit interne et était prévisible* ». Un an avant le retrait complet de la faute civile en matière d'infractions de presse, la CEDH avait donc légitimé le recours à l'article 1382 en la matière. Pourquoi la Cour de cassation en a-t-elle décidé autrement en 2005?

La décision du 27 septembre 2005 est teintée de paradoxes et de contradictions. Pire, elle mène à des excès de liberté que le droit ne peut tolérer car l'exercice de la liberté de critique doit impérativement être contrôlé. Tous les excès ne sont pas admis et le droit pénal ne doit pas oublier que son but ultime est celui de parvenir à un équilibre entre la protection de la liberté et la sanction des abus. Cet équilibre est brisé avec cette décision qui écarte complètement la responsabilité civile du droit de la presse. Cet excès de liberté se ressent au sein même de la loi du 29 juillet 1881, par le prisme d'une prescription inadaptée aux nouvelles technologies.

²⁹⁵ CEDH, 29 mars 2001, *Thoma c/ Luxembourg*, § 53

²⁹⁶ CEDH, 24 février 1997, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, Jour. proc., 1997, no 323, pp. 26

²⁹⁷ Ibid 295

²⁹⁸ CEDH, 30 mars 2004, *Radio c/ France*, n°53984/00 [section II]

§2. Les excès d'une prescription inadaptée

Les obstacles procéduraux de la loi du 29 juillet 1881 sont tels que les excès d'impunités se multiplient, plus particulièrement sur internet (A). Le système de responsabilité en cascade a été mis en place pour compenser ces excès mais ce système s'avère insuffisant et inadapté au réseau internet (B).

A. Des impunités excessives

La prescription fait la part belle aux impunités. Lorsque les propos litigieux ont été diffusés sur internet notamment, le point de départ de la prescription (1) et le délai dérogatoire de trois mois (2) présentent en effet des difficultés quant à l'efficacité de la répression.

1. Le point de départ de la prescription

Permanence des propos - En vertu de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881, on l'a vu, la prescription commence à courir au jour de la commission des faits punissables. En pratique, la détermination du point de départ de la prescription ne pose pas de difficulté lorsque les propos abusifs sont publiés sur un support papier ou audiovisuel. Toutefois, le réseau internet doit se distinguer de ces autres supports, étant donné que la personne visée par le message litigieux peut le découvrir que tardivement. En raison de la permanence des propos sur internet, on peut s'interroger sur la fixation du point de départ du délai de prescription. La cour d'appel et le tribunal de grande instance de Paris ont d'abord opté pour le fixer le jour de la suppression du texte litigieux sur le réseau²⁹⁹, raisonnant ainsi comme si l'infraction, parce que commise sur internet, était continue. Les juges du fond déclarent ainsi que « *le délit que cette publication ininterrompue est susceptible de constituer revêt le caractère d'une infraction successive,*

²⁹⁹ Affaires Costes et du Réseau Voltaire : Paris, 15 déc. 1999, D. 2000. Somm. 403, obs. J.-Y. Dupeux ; TGI Paris (17^{ème} ch.), 6 déc. 2000 : D. 2001. IR 180 ; JCP 2001. II. 10515, note A. LEPAGE

*assimilée par la doctrine à l'infraction continue ; le point de départ de la prescription se situe au jour où l'activité délictueuse a cessé. »*³⁰⁰

Notion d'infraction continue - Le raisonnement des juges du fond n'est pas dénué de pertinence et fait même naître l'espoir d'un certain équilibre en droit de la presse. En effet, une infraction est continue lorsqu'elle se prolonge et persiste dans le temps. Elle rend ainsi compte d'une matérialité extensible et reconductible à l'infini³⁰¹, ce qui caractérise une volonté de se maintenir dans la délinquance. La prescription de ces comportements commence à courir dès lors que le comportement a cessé de manière à ce que la répression du comportement incriminé soit effective. Cette définition de l'infraction continue peut-elle s'appliquer aux infractions de presse commises sur internet ? Une réponse positive semble être appropriée. Si la détermination du premier jour de publication des propos est aisée s'agissant d'écrits ou d'images diffusées sur support papier ou audiovisuel, il n'en va pas de même lorsque le message a été publié par voie électronique. Alors que les premiers supports sont marqués par l'instantanéité, le réseau internet suppose que l'information se maintienne dans la durée et que l'émetteur d'un site puisse en conserver une maîtrise constante³⁰². L'infraction ne peut alors qu'être continue en ce qu'elle s'inscrit dans la durée à la fois en termes de matérialité et en termes de volonté³⁰³.

Rejet de l'infraction continue - La Cour de cassation n'en a pas jugé ainsi et a opté pour une fixation du point de départ de la prescription au jour où « *le message a été mis en place pour la première fois à la disposition des utilisateurs* »³⁰⁴. Elle rompt alors avec la conception des juges du fond selon laquelle les infractions commises sur internet seraient continues et devraient, par conséquent, bénéficier d'un régime qui lui sont propres. Ainsi, cette décision suscite des réticences, notamment au regard d'une uniformisation de régime non souhaitable.

³⁰⁰ TGI Paris (17^{ème} ch.), 6 déc. 2000 : D. 2001. IR 180 ; JCP 2001. II. 10515, note A. LEPAGE

³⁰¹ Op. cit. 112, p. 36

³⁰² V. sur ce point : REBUT D., *Prescription des délits de presse sur l'internet, le régime de la loi de 1881*, Légipresse, n°182, Juin 2001, p. 63

³⁰³ Ibid 301

³⁰⁴ Crim., 30 janv. 2001, n° 00-83.00; Crim., 16 oct. 2001, n° 00-85.728; Crim., 27 nov. 2001, n° 01-80.134 et 01-80.135 ; CA Nancy, 4e ch. des appels corr., 24 nov. 2005, Fabrice R. c/ Min. public, Alain B. : Juris-Data n° 2005-308781, osb A. LEPAGE, *Prescription de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881*, CCE n°12, Déc. 2006, comm. 162

De même, la courte prescription de trois mois s'est appliquée pour les infractions de diffamation, d'injure et de provocation commises sur le réseau internet, ce qui est contestable, notamment pour les raisons évoquées précédemment.

2. Le délai de prescription

Le délai dérogatoire de trois mois s'applique quel que soit le moyen ou le support de la publication. Or, lorsque les propos ont été publiés par voie électronique, ce délai semble beaucoup trop court et laisse peu de temps à la victime pour enclencher les poursuites. Lorsque des propos abusifs mettant en cause la victime sont diffusés sur internet, celle-ci est souvent informée tardivement de la publication et n'est alors plus en mesure d'agir.

Allongement du délai - Une évolution en faveur d'un allongement de la prescription semble toutefois se profiler. En 2008, le Sénat a adopté en première lecture une proposition de loi « *tendant à allonger le délai de prescription de l'action publique pour les diffamations, injures ou provocations commises sur internet* » à un an. La proposition a été envoyée à la Commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République, qui n'a pas encore rendu son rapport. Cet allongement serait tout à fait souhaitable en ce qu'il instaurerait un meilleur équilibre entre la liberté d'expression et la protection des citoyens contre les abus d'expression. Pourtant, certains rejettent cet allongement de la prescription, estimant que celle-ci deviendrait de principe étant donné que l'essentiel des publications de presse font l'objet d'une publication en ligne³⁰⁵. Néanmoins, cet argument ne répond pas à la logique de conciliation entre protection des droits de la personnalité et la liberté d'expression.

Il serait faux de déclarer que la loi du 29 juillet 1881 est obsolète et inadaptée. Elle fait preuve, au contraire de beaucoup de modernité en rejoignant les exigences de la CEDH et en insérant des dispositions relatives au contentieux sur internet. Seulement ces dispositions, notamment en matière de communication par voie électronique, peinent à répondre à l'objectif de mesure poursuivi par le législateur. Le délai de prescription est si court que les victimes ont à peine le temps d'agir. A ce titre, Nathalie Mallet-Poujol dénonce « *un rituel judiciaire minutieux, un*

³⁰⁵ E. DREYER, *Droit de la presse et des médias*, La Semaine Juridique Edition Générale n°46, 9 novembre 2009, 441

formalisme tatillon [...] imposé pour garantir la liberté de la presse, en décourageant les poursuites, en les rendant aléatoires et périlleuses. »³⁰⁶ Malgré la volonté du législateur de compenser ces impunités par la mise en place d'une responsabilité en cascade, le déséquilibre est toujours bien réel.

B. Des compensations insuffisantes

La responsabilité en cascade - La procédure en matière de presse apparaît comme une échappatoire pour les auteurs d'infractions de presse. Pourtant, le législateur a mis en place un système de responsabilité qui laisse à penser, au contraire, qu'il a souhaité s'assurer que l'on pourra toujours déterminer un responsable. Pourtant, il semble que cette responsabilité en cascade ne soit pas véritablement adaptée au réseau internet. En effet, lorsque les critiques sont formulées par la voie électronique, des difficultés peuvent se présenter quant à la détermination de l'auteur des propos. Il est très aisé pour ce dernier de se manifester en utilisant un pseudonyme ou en restant dans l'anonymat. Deux arrêts importants de la chambre criminelle du 16 février 2010 sont donc venus préciser qui serait tenu responsable lorsque personne ne semble l'être³⁰⁷. Ainsi, l'article 93-3³⁰⁸, initialement applicable aux infractions commises par un moyen de « communication électronique » est désormais applicable à celles commises par voie électronique. Le système de responsabilité en cascade s'applique donc dans ce dernier cas c'est-à-dire que la responsabilité éditoriale est assumée par le directeur de la publication mais à la condition qu'il ait pu effectuer les contrôles qui relèvent de sa fonction.

L'alinéa 2 de l'article 93-3 précise qu'à défaut du directeur, c'est l'auteur qui doit répondre des faits incriminés, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal. Cette dernière précision mérite l'attention car elle montre, là encore, la volonté du législateur d'éviter une impunité. La plupart des auteurs utilisant un pseudonyme ou des données rendant son identification impossible, le législateur a voulu s'assurer qu'une personne pourrait être tenue

³⁰⁶ 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, II, p. 84

³⁰⁷ Crim. 16 février 2010, 2 arrêts, n° 08-86.301 et 09-81.064, obs. J. FRANCILLON, *Délits de presse commis par voie électronique. Responsabilité pénale du producteur de services en ligne (blogs et forums de discussion)*, RSC 2010, p.

635

³⁰⁸ Introduit par la loi n°85-1317 du 13 déc. 1985

responsable du fait incriminé. C'est donc au producteur que revient cette responsabilité mais aucun texte ne vient définir la qualité de producteur. Dans les deux arrêts du 16 février 2010, c'est donc la Cour de cassation qui a dû déterminer si un blogueur pouvait effectivement être considéré comme un producteur³⁰⁹. Comme aucune définition n'a été prévue par la loi, c'est la conception extensive de la qualité de producteur qui a été retenue. Est donc producteur toute personne qui a pris l'initiative de la mise à disposition d'un site ouvert au public³¹⁰. Cette définition, très large, implique qu'un producteur puisse être tenu responsable alors même qu'il ne connaît pas l'auteur des propos diffamatoires diffusés sur le site.

Les critiques - Une telle solution permet, théoriquement, de mettre fin aux excès d'impunités. Toutefois, deux critiques peuvent être formulées à l'égard de cette décision. D'une part, il semble que le législateur soit allé trop loin en retenant la responsabilité du producteur qui peut, on l'a vu, ne pas être en relation avec l'auteur. Or, une telle distance entre le producteur et l'auteur s'apparente dangereusement à une responsabilité du fait d'autrui qui pourrait faire l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité³¹¹. Certains auteurs s'interrogent ainsi sur l'effet dissuasif d'une telle responsabilité, qui se révèle souvent éloignée de l'auteur matériel de l'acte fautif³¹². D'autre part, cette détermination de trouver un responsable semble disproportionnée par rapport à la mise en place d'une procédure rigoureuse laissant place à l'impunité. Entre responsabilité diluée et impunités excessives, le droit pénal n'a pas su trouver le juste équilibre permettant de promouvoir correctement la liberté de critique en matière de presse. Le paradoxe et l'incohérence gouvernent la loi du 29 juillet 1881 alors qu'elle est comparée à un véritable « Code de la presse ».³¹³ Les difficultés liées à internet se manifestent également quant à la prescription qui, à l'inverse, fait courir le risque des impunités excessives.

³⁰⁹ En l'espèce, la Cour de cassation a déclaré les créateurs d'un blog et d'un forum de discussion responsables du contenu de messages diffamatoires et injurieux, même si les messages n'ont pas été fixés préalablement à leur communication au public.

³¹⁰ DREYER E., *Responsabilité du producteur qui refuse de modérer les messages transmis par les tiers*, Recueil Dalloz 2010, p. 2206

³¹¹ En ce sens, DREYER E. : Op. cit. Note 296 ; FRANCILLON J. : Op. cit. Note 293

³¹² DERIEUX E., *La responsabilité des médias, responsables, coupables, condamnables, punissables ?*, La Semaine Juridique, Edition Générale n°28, 14 juillet 1999, I 153

³¹³ GUERNER P., *Liberté de la presse*, J-Cl. Pénal, Lois annexes, V° « Presse », fasc. 10, n°19

Entre excès d'impunité et excès de responsabilité, le droit pénal semble désemparé. Par le truchement de ce formalisme qui paraît, somme toute, bien trop restrictif et excessif, le droit pénal de la presse penche dangereusement en faveur de la liberté d'expression³¹⁴. En empruntant la voie de la démesure en matière de presse, le droit pénal s'inscrit donc dans le mouvement peu souhaitable de « *procéduralisation* » du droit à la liberté d'expression³¹⁵. Ce mouvement connaît une évolution croissante depuis plusieurs années et concerne tous les droits substantiels protégés par la CEDH. S'il permet de garantir une meilleure efficacité des libertés fondamentales, il a toutefois tendance à ne pas permettre un examen au fond de l'affaire. C'est précisément ce qui est reproché en matière de presse ; la loi de 1881 est certes protectrice de la liberté d'expression mais il ne faudrait pas que cette liberté soit poussée à son paroxysme, sans se soucier de la sanction des abus de critiques. D'autant qu'avec la montée en puissance de la cybercriminalité, les inquiétudes se multiplient et, pour reprendre les propos du professeur Agathe Lepage, « *la société fonde nombre de ses espoirs de sécurité sur le réseau dans le droit pénal.* »³¹⁶ Pourtant, les obstacles procéduraux laissent peu de place à l'espoir, sauf à refonder la loi du 29 juillet 1881. Dans un tel contexte, seule la conciliation avec le droit civil semble pouvoir parer les difficultés rencontrées par le droit pénal. A l'exclusivité pénale doit donc être préférée la conciliation entre les matières pénale et civile pour assurer un droit de critique mesuré.

*

* *

³¹⁴ En ce sens, DERIEUX E.: Op. cit. Note 273

³¹⁵ FRANCOIS L., *La « procéduralisation » du droit à la liberté d'expression par la Cour européenne des droits de l'Homme*, Légipresse n°278 –Décembre 2010

³¹⁶ LEPAGE A., *Droit pénal et internet : la part de la tradition, l'œuvre de l'innovation*, AJ pénal 2005, p. 217

Chapitre 2 : Une conciliation recherchée

*« Le propre de la plus haute intelligence
est dans un équilibre supérieur »,
Sainte-Beuve.*

En quête de mesure, le droit pénal s'est plutôt aventuré dans les méandres de la démesure. Privilégiant la liberté d'expression, parfois même au détriment de la protection des droits de la personne, le droit pénal n'a pas su trouver les bons outils pour parvenir à un bon équilibre. C'est particulièrement à la loi du 29 juillet 1881 que l'on doit ces excès de liberté et c'est d'ailleurs essentiellement avec elle que le droit civil va se concilier.

Le 7 janvier 2009, Nicolas Sarkozy annonce ainsi devant la Cour de cassation un projet de loi comportant « *les dispositions nécessaires pour faire de la diffamation un droit de la réparation civile.* » Ce projet est issu de la Commission Guinchard sur la « réparation des contentieux » rendue publique le 30 juin 2008. De prime abord, cette initiative est de bon augure car elle semble répondre parfaitement à l'objectif de protection des droits de la personnalité, comme pendant de la liberté d'expression. Pourtant, le champ d'application de cette dépenalisation laisse des doutes quant à son opportunité. Celle-ci vise en effet les délits de diffamation et d'injure prévus par la loi du 29 juillet 1881. Cette tentative de conciliation avec le droit civil paraît donc plutôt relever du paradoxe que de la cohérence (Section 1). Toutefois, quelques mois plus tard, la jurisprudence prend le contre-pied de ce paradoxe et décide de revenir au caractère subsidiaire de la faute civile en droit de la presse. Si quelques craintes liées à la permanence de cette décision sont nées, la conciliation n'en reste pas moins idéale (Section 2).

Section 1 : La conciliation paradoxale

« *En fait d'inutilités, il ne faut que le nécessaire.* »³¹⁷ C'est précisément dans cet esprit que doit évoluer le droit pénal afin de promouvoir, au mieux, une critique libre. Parmi les propositions soumises par la Commission, figure la dépenalisation de l'injure et de la diffamation, au profit de la seule voie civile. Cette initiative a été prise dans l'unique dessein de mettre un terme à la pénalisation excessive du droit positif. Les réformes et les lois se multipliaient, ce qui conduit inévitablement à la création d'infractions-doublons ou symboliques³¹⁸ qui viennent se greffer à un arsenal répressif déjà volumineux. Ainsi, se produit une double évolution allant dans le sens d'une surproduction du droit du fait de la prolifération des infractions, et d'une surconsommation du droit par les citoyens multipliant les actions en justice. Il en résulte un droit de critique superflu, délaissé, parfois illusoire. Cette pénalisation excessive s'est notamment manifestée par la création d'infractions superfétatoires par la loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations (§1). Pourtant, la dépenalisation des délits de diffamation et d'injure, infractions substantielles à la loi du 29 juillet 1881, ne semble pas opportune et relève plutôt du paradoxe (§2).

§1 - La création d'infractions superfétatoires

La loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations a introduit trois nouvelles incriminations visant à renforcer la lutte contre les propos discriminatoires à caractère sexiste ou homophobe. Il s'agit des délits de diffamation et d'injure à caractère sexiste ou homophobe ainsi que de la provocation ayant la même nature (A) dont la conformité avec la CEDH semble compromise (B).

³¹⁷ De CHAMFORT N., *Caractères et Anecdotes*

³¹⁸ MALABAT V., *Les infractions inutiles, Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal*, La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, p. 71s.

A. Les délits d'homophobie

Les infractions - La loi de 2004 introduit à l'article 32 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881 le délit de « *diffamation envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap.* » Quant à l'injure à raison des mêmes critères, elle figure à l'alinéa 33 alinéa 4 cette même loi. La première condamnation sur le fondement de ce dernier article fut à l'encontre d'un député à qui des associations de défense des homosexuels reprochèrent d'avoir tenu des propos injurieux envers les personnes homosexuelles³¹⁹. La loi crée également un nouveau délit de provocation à la haine, à la violence ou à la discrimination selon les mêmes critères précités. Le régime y est spécifique puisque le législateur fait la distinction entre la provocation publique qui a été suivie d'effet et celle qui ne l'a pas été. Dans le premier cas, l'auteur sera puni comme complice de l'infraction alors que dans le deuxième, la provocation ne pourra faire l'objet de poursuites pénales.

La prolifération des infractions - La création de délits à caractère sexiste ou homophobe a suscité un sentiment de malaise dans une société qui revendique de plus en plus une protection accrue de la liberté. Paradoxalement, le droit pénal vient en effet allonger la liste des incriminations figurant dans la loi de 1881, de sorte que l'article 1^{er} prônant la liberté de la presse est dilué sous un large corpus d'incriminations et de sanctions. Une telle prolifération de textes pénaux ne peut que conduire à la baisse de la qualité de la loi pénale, à sa dévalorisation. Certains parlent de « marée normative » ou encore de « logorrhée législative et règlementaire » qui mènerait à l'inefficacité du droit pénal, car « *quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite.* »³²⁰ L'introduction dans le droit d'un délit d'homophobie fait justement partie des infractions qui ont suscité la polémique par rapport à la liberté d'expression. Ainsi, le 18 novembre 2004, la Commission consultative des droits de l'homme (CNCDH) a rendu un avis défavorable au maintien du projet de loi initial. « *Légiférer afin de protéger une catégorie de personnes risque de se faire au détriment des autres et, à terme, de porter atteinte à l'égalité des droits* » déclare la Commission. Pourtant, les infractions se sont maintenues et font l'objet de

³¹⁹ CA de Douai, 6e ch., 25 fév. 2007, Ch. V. c/ Act Up-Paris, le syndical national des entreprises gaies (SNEG), SOS homophobie : JurisData n°2007-33131, obs. A. LEPAGE

³²⁰ LAZERGES Ch., *De la fonction déclarative de la loi pénale*, RSC 2004, p.194

nombreuses critiques³²¹ qui pourrait mettre en doute leur conformité avec la Convention européenne.

B. La conventionalité des délits d'homophobie

Une atteinte aux principes fondamentaux - Selon ses détracteurs, les délits à caractère sexiste ou homophobe porteraient atteinte à trois principes fondamentaux issus de la convention de Strasbourg. La proportionnalité des peines serait d'abord en cause. En effet, alors que la loi du 15 juin 2000 a supprimé les peines d'emprisonnement encourues pour les délits de presse, la loi de 2004 vient briser cette logique et semble remettre en cause une des pierres angulaires de notre démocratie. D'autre part, les infractions à caractère sexiste ou homophobe pouvaient d'ores et déjà être sanctionnées en application des articles 32 et 33 de la loi de 1881, ce qui remet en cause la nécessité de cette incrimination. Enfin, la liberté d'expression paraît bafouée car ces nouvelles incriminations semblent plutôt relever de l'opinion. Dans un arrêt important de la Cour d'Appel, il était reproché au prévenu d'avoir précisé qu'il y avait « *un modèle social qui est celui du mariage hétérosexuel et de l'éducation des enfants* »³²². Malgré la condamnation des juges du fond sur le fondement de l'article 33 alinéa 4, cette déclaration apparaît plutôt comme une opinion. Or « *la répression de l'action ne doit pas être confondue avec la répression de l'opinion.* »³²³ D'autant que l'incrimination est marquée par une imprécision qui pourrait engendrer des poursuites systématiques à l'encontre de celui qui critique. Ces arguments ne sont pas dénués de cohérence et on ne manquera pas de souligner, au contraire, le fondement de ceux-ci. La Cour européenne avait en effet estimé dans le fameux arrêt Handyside que « *la liberté d'opinion 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'État ou une fraction de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et*

³²¹ Sur ce point, V. 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* : Legicom n°35-2006/1, p. 125s.

³²² Op. cit. 319, p. 98

³²³ Bigot Ch., *Sexisme, Homophobie et liberté d'expression* : Légipresse, 2004, n° 209, p. 177

l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique »³²⁴. Or ces incriminations ne s'inscrivent pas dans cette logique et font craindre de faire courir le risque de la pensée unique et du conformisme.

On aurait pu penser à une suppression de ces infractions dont l'utilité est limitée et dont la portée tend vers l'inconventionnalité. Pourtant, la volonté de dépenalisation ne s'est pas portée vers ces infractions mais vers les délits de diffamation et d'injure en matière de presse. Cette volonté est on ne peut plus paradoxale, étant entendu que ces délits constituent la « substance » même de la loi de 1881.

§2 - La suppression d'infractions substantielles

Le projet de loi relatif à la « répartition des contentieux » vise la dépenalisation de la diffamation et l'injure, infractions substantielles à la loi du 29 juillet 1881 (A). Pourtant, plusieurs arguments peuvent être avancés pour montrer qu'une telle dépenalisation ne serait pas opportune (B).

A. La dépenalisation de la diffamation

Sur la question de savoir si les délits de diffamation et d'injure étaient utiles et opportuns, la commission Guinchard a répondu par la négative. Pour pallier cette difficulté, la commission a opté pour une dépenalisation de ces infractions (1), au soutien de laquelle plusieurs raisons ont été avancées (2).

1. Le choix de la dépenalisation

La notion - C'est à Merle et Vitu que revient la définition la plus complète et la plus précise de la dépenalisation. Ils soutiennent ainsi que « *la dépenalisation entraine la sortie d'un fait réprouvé hors du champ pénal traditionnel, sans exclure toutefois l'idée de sanction. Le fait cesse d'être infractionnel, mais il reste sanctionné administrativement ou autrement. Il y a donc désescalade*

³²⁴ CEDH, 7 déc. 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, Série A, n° 24. – V. aussi CEDH, 7 nov. 2006, *Mamère c/ France*, n° 12697/03

dans la répression, la justice pénale étant dessaisie au profit d'une instance pénale »³²⁵. En d'autres termes, la dépenalisation *stricto sensu* consiste à exclure d'un fait tout caractère pénal. L'exclusion peut être totale, ce qui implique l'opération de substitution des sanctions civiles aux sanctions pénales. Mais elle peut également être partielle, ce qui se traduira alors par une contraventionnalisation, une correctionnalisation ou encore un abaissement de la peine. En définitive, c'est « *l'affaiblissement de la réaction sociale qui tantôt abandonne la voie proprement pénale, tantôt la modère, tantôt y substitue d'autres voies, moins traumatisantes et plus efficaces* »³²⁶.

Les facteurs - Pourquoi faire le choix d'un tel retrait du droit pénal ? Deux facteurs essentiels peuvent expliquer un mouvement de pénalisation ou de dépenalisation³²⁷. D'une part, le groupe social va jouer un rôle déterminant, ce qui se manifeste par la consécration ou l'obsolescence d'une valeur protégée. Ainsi, l'édiction ou la suppression d'une norme pénale va se réaliser en fonction de l'évaluation sociologique permettant de dire qu'une valeur sociale doit ou non être protégée par le droit pénal. Comme à chaque norme pénale est attachée une valeur sociale, c'est finalement la réalité sociale et les besoins sociétaux qui vont pousser le législateur à pénaliser ou à dépenaliser. D'autre part, le politique peut également être considéré comme un facteur du mouvement, car « *la dépenalisation, tout comme la pénalisation, est une arme essentielle pour le politique en lui permettant d'imposer ses idéaux. Ainsi, il impose ses convictions philosophiques, morales ou sociales, ses choix de société.* »³²⁸

La pertinence - On peut s'interroger sur la pertinence d'un tel mouvement, plus particulièrement quand il s'agit d'une dépenalisation. La suppression de peines et d'incriminations n'est-elle pas un facteur de désordre dans un système organisé ? En elle-même, la suppression de dispositions pénales n'est pas source de désordre et peut, *a contrario*, être facteur d'ordre³²⁹. Dans un contexte « d'inflation législative » et de prolifération d'incriminations pénales, le droit pénal se disperse et

³²⁵ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel*, 7^{ème} Ed., Cujas, Tome 1, p.136

³²⁶ ANCEL M., *Réforme pénale et dépenalisation*. Observations introductives aux Journées latines de politique criminelle et de défense sociale, RSC1983, p. 145

³²⁷ RIPOSSEAU G-H., *Pénalisation et dépenalisation*, Mémoire, Poitiers, 2005

³²⁸ GIROT M., *La dépenalisation, un instrument au service du droit pénal*, thèse, Poitiers, 1994, pp. 3 à 7

³²⁹ En ce sens, V. LEFEBVRE J., *La dépenalisation, facteur d'ordre ou source de désordre ?*

en perd de sa qualité et de son efficacité³³⁰. Il est donc parfois nécessaire de pallier cette dispersion, en évinçant le droit pénal ou en l'alliant avec du droit administratif ou du droit civil. En matière administrative, le législateur a créé des autorités administratives indépendantes (AAI) telles que le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA), l'Autorité des Marchés Financiers (AMF) ou encore la Haute Autorité pour la Diffusion des Œuvres et la Protection des droits sur Internet (HADOPI). Ces autorités disposent du pouvoir de punir par la sanction administrative des comportements hier punis par la sanction pénale. La régulation vient alors se substituer à la répression ou la compléter car la sanction pénale et la sanction administrative peuvent se cumuler.³³¹ Toutefois, si le cumul est possible, celui-ci doit respecter le principe de proportionnalité. Le montant global des sanctions ne doit donc pas dépasser le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues³³².

La conciliation ou la substitution peut également s'opérer au profit du droit civil. C'est le choix qui a été fait par la commission Guinchard, qui, parmi ses soixante-cinq propositions, a suggéré une dépenalisation totale des délits de diffamation et d'injure. A l'exception des diffamations et injures aggravées qui resteraient dans le champ pénal, la commission a estimé que « *la voie civile correspondait mieux à notre temps* »³³³. Plusieurs justifications ont été avancées pour soutenir ce projet.

2. Les raisons de la dépenalisation

Contentieux massif - On peut s'interroger sur les raisons qui ont poussé la commission à choisir la voie de la dépenalisation totale des délits de presse les plus substantiels à la loi du 29 juillet 1881. La Commission a d'abord fait le constat que ces délits servaient de fondement à l'immense majorité des procès en matière de presse. En 2006, une étude fondée sur les chiffres du casier judiciaire montre que 91% des condamnations auraient été prononcées pour injures et diffamations publiques. La domination écrasante de ce contentieux est confirmée par Jean-Yves Dupreux qui, lors d'une audition par la commission, affirme que 80% de son contentieux de

³³⁰ Op. cit. 320, p. 98

³³¹ Op. Cit. 112, p. 36

³³² Ibid 331

³³³ S. GUINCHARD, Discours de remise, à Madame le Garde des Sceaux, du rapport sur la répartition des contentieux, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, 2008

presse concernent les diffamations publiques envers les particuliers. Enfin, le Chef de l'Etat, soutenant la commission, s'est élevé contre « *une pénalisation excessive de notre droit* » et a appelé à faire de la diffamation un droit de la responsabilité civile.

Privatisation du procès pénal - Le deuxième argument avancé en faveur d'une dépenalisation des infractions de presse vise plus spécifiquement les diffamations et injures commises contre les particuliers. La commission constate, à ce titre, que ces délits tendent à être conditionnés par la plainte de la victime et n'encourent qu'une seule peine d'amende réprimant « *des atteintes à des droits de la personne pouvant être tout aussi bien protégés par les règles civiles* ». A cela s'ajoute un autre constat, celui des faibles réquisitions du Ministère public, lors des audiences. La majorité des poursuites sont en effet le fait de citations directes des parties civiles, ce qui renforce la tendance actuelle à la privatisation du procès pénal³³⁴.

L'égalité de traitement - La commission met également l'accent sur le fait que les infractions concernées ne sont pas uniquement les diffamations et les injures à l'encontre des particuliers, mais aussi celles envers les collectivités publiques et les personnes investies d'une autorité publique. Ne viser que la première catégorie aurait fait courir le risque d'une « rupture d'égalité » devant la loi. En ce sens, la commission souligne également sa volonté de respecter les principes de nécessité et de proportionnalité, principes qui pourraient être violés en cas de distinction entre les délits de presse à l'égard des particuliers et ceux à l'égard des personnes publiques.

La résolution 1577 - Enfin, les membres de la commission ont exprimé leur souhait d'être en accord avec la résolution 1577 adoptée le 4 octobre 2007 l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, qui préconise une meilleure protection du discours critique dans les médias. Il est rappelé dans la résolution 1577 que « *la liberté d'expression est une des pierres angulaires de la démocratie et que la presse joue un rôle fondamental en promouvant des débats sur des questions d'intérêt public* »³³⁵. Au soutien de l'article 10 de la Convention européenne, la résolution précise que les limites à la liberté d'expression doivent poursuivre un but légitime et que la prévalence de la protection de la réputation d'autrui sur la liberté d'expression doit impérativement être

³³⁴ V. X. PIN, *La privatisation du procès pénal*, RSC 2002, pp. 245-256

³³⁵ Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1577, *Vers une dépenalisation de la diffamation*, 2007

modérée. Ainsi, si les législations anti-diffamation poursuivent un but légitime, elles ne doivent pas être abusives.

La suppression des peines d'emprisonnement - La résolution 1577 sur la dépenalisation de la diffamation sert véritablement de modèle pour la commission Guinchard. Cette dernière y voit une nécessité de réformer la loi du 29 juillet 1881 en dépenalisant totalement la diffamation et l'injure. Pourtant, une telle dépenalisation est-elle véritablement attendue par la résolution ? Il ne fait aucun doute que cette résolution vise à opérer une dépenalisation sur les délits de diffamation et d'injure. Son point fort est d'ailleurs incontestablement d'inviter les Etats à abolir les peines d'emprisonnement en matière de diffamation. Elle affirme ainsi que *« chaque cas d'emprisonnement d'un professionnel de la presse est une entrave inacceptable à la liberté d'expression et fait peser une épée de Damoclès sur les journalistes dans l'exercice de leur travail d'intérêt public. C'est la société tout entière qui pâtit des conséquences des pressions que peuvent ainsi subir des journalistes muselés dans l'exercice de leur métier. »* En France, les peines d'emprisonnement en matière de presse ont été supprimées avec la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes³³⁶. Toutefois, cette loi laisse subsister la peine d'emprisonnement pour les infractions de caractère racial ou raciste ainsi que pour la négation des crimes contre l'humanité et l'apologie des crimes de guerre. A cette liste d'exceptions, la loi du 30 décembre 2004 est venue y ajouter les injures et les diffamations à caractère homophobe. Sur ce point, la France est parfaitement en accord avec la résolution qui invite les Etats à maintenir le caractère pénal des propos discriminatoires, violents et haineux ainsi que négationnistes.

Certains Etats peinent à supprimer l'emprisonnement en matière de diffamation. Ainsi, les peines peuvent varier d'un an (en Croatie, en Islande ou encore en Lettonie) à cinq ans d'emprisonnement (en Allemagne, en Italie ou en Slovaquie). A titre encore plus exceptionnel, la Pologne prévoit une peine de dix ans d'emprisonnement en cas d'insulte publique. Même si peu d'Etats ont recours, en pratique, à l'incarcération, de telles divergences entre les Etats membres du Conseil de l'Europe relèvent de l'incohérence.

³³⁶ Derieux E., *La loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de la victime et droit de la communication* : JCP G 2000, act. p. 1463

Meilleure définition des termes - Pour ce qui est de la notion même de diffamation, le rapporteur invite les Etats à mieux définir les termes utilisés, afin d'éviter toute confusion risquant d'entraîner une application arbitraire de la loi. En France, la frontière entre le délit d'injure et celui de la diffamation est poreuse, étant entendu que la majorité de leurs éléments constitutifs sont communs. Seule l'absence de fait précis marque la différence entre ces deux délits de presse.³³⁷ De récents arrêts en témoignent et s'inscrivent dans la lignée de la jurisprudence traditionnelle, notamment une décision de l'Assemblée Plénière du 25 juin 2010 selon laquelle « *en l'absence de faits précis de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve ou d'un débat contradictoire, des propos ne sont pas diffamatoires mais injurieux.* »³³⁸ Malgré l'existence de ce critère, la distinction entre les deux délits est souvent source de confusion et, sur ce point, la législation française devrait faire preuve de plus de précision pour être en accord avec la résolution.

L'exceptio veriditatis - Toujours dans une optique de protection de la liberté d'expression et de dépenalisation, la résolution invite les Etats membres à « *garantir dans leur législation des moyens de défense appropriés aux personnes, en particulier des moyens reposant sur l'exceptio veriditatis et l'intérêt général.* ». Selon le rapporteur, l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 n'est que partiellement en accord avec cette disposition car il prévoit des exceptions empêchant le mis en cause de rapporter la preuve de la vérité des faits. C'est notamment l'exception de vérité pour des faits remontant à plus de dix ans qui est visée mais sur ce point, la question est déjà en cours de débat en France³³⁹.

Egalité de traitement - La résolution 1577 de l'assemblée parlementaire évoque enfin le fait que les personnalités politiques et les chefs d'Etat ne doivent pas jouir d'une protection renforcée en matière de diffamation par rapport aux citoyens ordinaires. Tout Etat qui opérerait pour un renforcement de la protection des hommes politiques contre la diffamation violerait l'article 10

³³⁷ V. Crim. 12 juillet 1971 : *Bull. Crim.* n°229; Crim, 9 oct. 1974, *Bull. Crim.* n°282 ; Crim. 6 mars 1974, *Bull. crim.* n° 96 ; 2 déc. 1980, *Bull. crim.* n° 326 ; 14 févr. 2006, *Bull. crim.* n° 40 ; D. 2006. IR 886

³³⁸ Ass. plén. 25 juin 2010, P+B+R+I, n° 08-86.891, *Actualité D.* 2010. V. aussi : Crim. 13 avr. 2010, F-P+F, n° 09-82.389, *Actualité D.* 2010 ; Crim. 7 déc. 2010, F-P+B, n° 10-81.984, *Actualité D.* 2011

³³⁹ V. *Supra* p. 121

de la Cour européenne des droits de l'homme. Du fait de leurs fonctions, on l'a vu, les hommes politiques doivent accepter des critiques plus vives que celles à l'encontre des particuliers.

C'est en particulier sur ce dernier point que la commission Guinchard s'est appuyée pour justifier une dépenalisation totale des délits de presse. En effet, si la législation française répond presque parfaitement aux autres attentes de la résolution, la commission Guinchard a estimé que c'est en dépenalisant totalement les diffamations à l'encontre des particuliers et des hommes publiques que la législation française serait véritablement en accord avec la résolution. Pourtant, il n'en est point. Au regard des dispositions exposées précédemment, on remarque que la résolution est beaucoup plus nuancée que ce qu'estime la commission Guinchard³⁴⁰. Certes, elle prône une protection accrue de la liberté d'expression doublée d'une dépenalisation du délit de diffamation (et donc, par extension, du délit d'injure) mais cette dépenalisation n'est que partielle. En aucun cas elle ne demande aux Etats de s'abstenir de recourir au droit pénal. L'argument selon lequel la législation française doit dépenaliser totalement les délits de presse afin d'être en accord avec la résolution 1577 de l'assemblée parlementaire est donc contestable. Plus que contestable, cette initiative semble inopportune au regard de l'état actuel du droit positif face à l'exercice de la critique.

B. L'inopportunité de la dépenalisation

Le droit de critique ne peut que pâtir de la dépenalisation des infractions de presse. Le Syndicat national des journalistes (SNJ) met en garde contre les dangers d'une dépenalisation totale de la diffamation, car « *le juge civil condamnera là où le juge pénal aurait relaxé.* » Le principal risque que craignent les détracteurs d'une dépenalisation des délits de presse tient avant tout à la facilité d'identifier la faute civile. Cette facilité pourrait mener à une systématisation de la faute, entraînant une restriction du débat libre (1). Une « civilisation » totale du procès de presse fait également craindre une perte de cohérence à la matière pénale (2).

³⁴⁰ Chron. BEIGNIER B., LAMY B., DREYER E. et TAVIEAUX-MOREAU N., *Droit de la presse et des médias*, JCP 2008. I. 209

1. La systématisation de la faute civile

Les erreurs de qualification pénale - L'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit, à peine de nullité, que « *la citation précisera et qualifiera le fait incriminé ; elle indiquera le texte de loi applicable à la poursuite.* » Ce texte participe des exigences de la Convention européenne sur les règles du procès équitable, notamment le droit pour le mis en cause d'être informé, d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui. Malgré cette conformité avec la Convention européenne, l'article 53 fait l'objet de nombreuses contestations, notamment parce qu'il ne tolère aucune ambiguïté à propos du fait poursuivi, ni dans sa définition matérielle, ni dans sa qualification juridique. Les erreurs de qualifications et les confusions sont loin d'être rares, ce qui a entraîné plusieurs relaxes prononcées uniquement sur le fondement d'un non respect du formalisme exigé par ce texte³⁴¹. A l'instar de la prescription, les impératifs liés à l'article 53 mènent à des excès d'impunités intolérables. Les nullités fusent en raison du manque de précision dans les citations³⁴². La commission Guinchard a estimé qu'une dépénalisation de la diffamation pourrait mettre un terme à ces incohérences. Pourtant, en quoi le procès civil apporterait une solution satisfaisante à ces difficultés? Il semble qu'au contraire, la procédure civile soit inadaptée au procès de presse.

Inadaptation de la procédure civile - Procédure écrite, simple envoi de dossiers aux juges et débats entre spécialistes, cette procédure ne correspond pas à l'idéal de contradictoire entre les parties. Pour le Syndicat National des Journalistes, « *dépénaliser la diffamation écarterait totalement la question des libertés publiques et le rôle d'une presse indépendante.* » Les risques de l'unique recours au droit civil sont donc considérables. En matière de liberté d'expression, le manque de clarté et de précision ne peut que jouer en défaveur de l'auteur des propos diffamatoires, qui verra sa responsabilité systématiquement retenue. Une telle systématisation de la faute civile ne peut qu'être porteuse d'un effet dissuasif et entraîner une perte du débat critique. Ce que les américains appellent le « *chilling effect* » (l'effet dissuasif) mène incontestablement à la stérilisation de l'esprit critique car « *pour qu'il y ait débat, il faut qu'il y ait pluralisme* »³⁴³. Or, une dépénalisation totale de la diffamation et de l'injure conduirait à faire peser une « épée de

³⁴¹ CA Toulouse, 15 oct. 2007 : JurisData : n°2007-344448; CA Aix-en-Provence, 6 janv. 2011, n°10/07700 ; CA Paris, Pôle 1, ch. 3, 15 fév. 2011, n°10/09473 ; Civ 1^{ère}, 3 fév. 2011, F-P+B+I, no 09-71.711

³⁴² A titre d'exemple, V. Crim, 9 janv. 2007, n°06-83.042, D. 2007, p. 585

³⁴³ CHARDON, J-M. *La pensée unique, le vrai procès*, Ed. Economica, 1998

Damoclès » sur la tête de tous les journalistes, ce qui réduirait considérablement le débat. L'emprise du « politiquement correct » est palpable et la liberté de critique ne peut qu'en pâtir.

Le passage de la diffamation et de l'injure dans le champ civil conduirait également à faire perdre à la loi du 29 juillet 1881 toute sa substance et, plus encore, sa cohérence.

2. La perte de cohérence de la loi pénale

La grande loi sur la liberté de la presse datant de 1881, on pourrait facilement penser que cette loi est devenue obsolète et archaïque. Pourtant, cette loi reste très moderne et constitue l'un des volets les plus substantiels du droit pénal. Certains vont même jusqu'à dire qu'elle « a été voulue comme un Code complet de la matière. »³⁴⁴ Certes, celle-ci a fait l'objet de plusieurs dizaines de modifications mais cela ne change en rien à son intangibilité et à son rayonnement.

L'éparpillement des infractions d'expression - Toutefois, la loi du 29 juillet 1881 fait l'objet de quelques incohérences qui ne seraient que renforcées par une dépénalisation de la diffamation. En effet, la cohérence de la loi de 1881 a été mise à mal par la survivance ou la création d'infractions ayant trait à la liberté d'expression dans le Code pénal³⁴⁵. A ce titre, subsistent dans le Code pénal l'atteinte à l'intimité de la vie privée³⁴⁶, le fait de chercher à jeter le discrédit sur une décision de juridictionnelle³⁴⁷ ou encore la diffamation et l'injure privées³⁴⁸. D'autres infractions relatives à la liberté d'expression figurent dans le Code pénal mais il sera mis l'accent sur ces quatre infractions en particulier, celles-ci ayant trait plus spécifiquement à la liberté de critique. *A priori*, ces infractions sont soumises au droit commun, soustraites à la procédure dérogatoire de la loi de 1881. Pourtant, certaines règles typiques des infractions de presse ont été étendues à ces infractions appartenant au Code pénal. Ainsi de l'article 226-2 du Code pénal relatif aux atteintes à l'intimité de la vie privée qui voit son régime de responsabilité se calquer sur celui de la presse. La responsabilité dite « en cascade » s'applique donc en la matière, même

³⁴⁴ GUERDER P., *Liberté de la presse*, J. Cl., Lois annexes, V° « Presse », fasc. 10, n°9

³⁴⁵ LEPAGE A., *Le Code pénal et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum

³⁴⁶ Art. 226-1 et 226-6 C. pén.

³⁴⁷ Art 434-25 C. pén.

³⁴⁸ Respectivement R. 621-1 et R. 621-2 C. pén.

si la jurisprudence rappelle que cette extension ne modifie en rien leur nature de droit commun³⁴⁹. De même, l'article 434-25 incrimine le fait de jeter *publiquement* le discrédit sur une décision juridictionnelle. La publicité du fait infractionnel aurait pu faire basculer cette infraction dans la loi du 29 juillet 1881. Le critère de publicité n'a pourtant pas été déterminant dans le choix du classement de l'infraction.

L'incohérence touche à son paroxysme lorsque l'on note que les diffamations et injures privées relèvent du droit commun. On a vu que le critère de publicité n'était pas déterminant pour savoir si l'infraction devait relever du droit commun ou du régime dérogatoire de la presse. Pourquoi les diffamations privées figurent-elles alors dans le Code pénal ? Ce choix est d'autant plus paradoxal que ces infractions empruntent le régime des infractions de presse prévu par la loi de 1881, notamment la prescription de trois mois.

Insatisfaction de la répartition des infractions - On le voit, « *la ligne de partage entre infractions de presse et infractions de droit commun, loin de correspondre rigoureusement à la distinction entre loi du 29 juillet 1881 et Code pénal, est souvent brouillée, par le législateur comme par le juge.* »³⁵⁰ Ce constat ne pourrait que s'aggraver si le projet de dépénalisation venait à se mettre en place. Seules les diffamations présentant un caractère discriminatoire se maintiendraient dans la loi, tandis que les autres relèveraient de la compétence du Tribunal de Grande Instance disposant, de fait, un pôle « diffamation et injure ». Cette répartition n'est pas satisfaisante au regard de la cohérence de la loi de 1881, quant à la forme et quant au fond. Quant à la forme, la suppression des deux infractions les plus substantielles de la loi risquerait de la vider de sa substance et de son esprit³⁵¹. Il serait alors difficile d'admettre que cette loi constitue un véritable « *Code complet en la matière* ». Quant au fond, mettre la diffamation et l'injure dans les mains du droit civil serait oublier que ces faits relèvent des atteintes à la personne. En cela, la loi de 1881 perdrait là encore toute cohérence à ne protéger uniquement les personnes atteintes de critiques litigieuses aggravées. La finalité du projet Guinchard est de « *réserver le droit pénal aux circonstances portant atteinte directe aux personnes ou à la société.* » Or, n'est-il pas d'atteintes aux personnes plus manifestes que la diffamation ?

³⁴⁹ CA Amiens, 4 fév. 2009 : CCE 2009, Comm. 38

³⁵⁰ MALAURIE Ph., *Ne dépénalisons pas la diffamation et l'injure, Contre la proposition n° 12 alinéa 1 du Rapport Guinchard*, JCP 2008, act. 566

³⁵¹ T. MASSIS, *Faut-il dépénaliser la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ?*, Gaz. Pal. 2008, p. 2832

La loi du 29 juillet 1881 souffre de nombreuses failles qui lui font déjà perdre de sa cohérence et de son efficacité. Ecarter totalement le recours au droit pénal semble relever de l'incohérence, de l'inopportunité et de l'excès. Pourtant, ce projet a été initialement réalisé pour pallier les problèmes liés à une pénalisation excessive. Bien qu'il semble de prime abord astucieux et attrayant, la pertinence des arguments ne résiste pas au constat de la démesure et du déséquilibre. Contre toute attente, un espoir vient se profiler à l'horizon. Une évolution récente allant dans le sens d'une dépenalisation partielle des délits de presse fait en effet naître l'espoir d'une réconciliation avec la mesure.

Section 2 : La conciliation idéale

Un arrêt de la chambre criminelle du 30 octobre 2008³⁵² vient ouvrir une brèche dans le système clos de la loi de 1881. Si la tentative de conciliation en dépenalisant les délits de diffamation et d'injure publiques semble inopportune, cette nouvelle voie est tout à fait notable (§1). Malgré le fait que cet équilibre soit atteint, on peut s'interroger sur la permanence de cette conciliation, qui pourrait éventuellement revenir à une autonomie entre droit pénal et droit civil. Cette autonomie ne serait toutefois pas souhaitable, en ce qu'il reviendrait à un déséquilibre dans le traitement du droit de critique (§2).

§1- Une conciliation notable

Cet arrêt est marqué par un retour du caractère subsidiaire de la responsabilité civile, comme l'énonçaient les arrêts de l'assemblée plénière de 2000 (A). Ce retour, loin d'être considéré comme une régression, est au contraire très opportun (B).

³⁵² Civ 1^{ère}, 30 oct. 2008, n°07-19, CCE 2008, Comm. N°12, obs. A. LEPAGE; Même arrêt n° 07-19.223, F P+B, F., épse C. c/ Assoc. Collectif de défense des artisans et commerçants (CDAC) : JurisData n° 2008-045571, Note E. DREYER

A. Le discret retour de la responsabilité civile

Enoncé du principe – De manière à bien mettre en exergue l'importance de l'arrêt du 30 octobre 2008 et de sa portée, il convient de revenir rapidement sur les faits. En l'espèce, des critiques ont été formulées à l'égard d'une association pour avoir distribué une lettre ouverte dans laquelle il lui était imputé d'avoir été l'auteur d'un article de presse. Ce qui était reproché dans cet article était le fait de jeter le discrédit sur la communauté commerçante du centre ville et de renier les engagements pris auparavant lors d'une campagne électorale. La victime de ces propos estimait qu'une faute d'imprudence avait été commise par l'association, engageant sa responsabilité sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Les juges du fond ont déclaré nulle l'assignation à l'encontre de l'association, soutenant que l'article 1382 était inapplicable en l'espèce. Si cette décision s'inscrit dans la lignée de la jurisprudence de 2005 évinçant l'article 1382 toutes les fois où des abus d'expression étaient commis, la Cour de cassation vient casser la décision des juges du fond en leur reprochant d'avoir fait une mauvaise application de l'article 1382 du Code civil et des articles 29 et 53 de la loi du 29 juillet 1881. Ainsi, elle affirme qu'en « *statuant ainsi, quand l'imputation de la paternité d'une publication en l'absence de propos injurieux ou portant atteinte à l'honneur ou à la considération ne relève pas des dispositions de la loi du 29 juillet 1881, la cour d'appel a violé par fausse application les articles 29 et 53 de la loi du 29 juillet 1881 et par refus d'application de l'article 1382 du Code civil.* » La solution retenue par les arrêts de l'assemblée plénière de 2000 est donc réhabilitée. En d'autres termes, l'absence de diffamation ou d'injure ne prive plus de toute action la personne visée par un propos dommageable. Dès lors qu'une faute de droit commun peut être établie, l'action en responsabilité redevient donc possible.

L'intérêt majeur de cet arrêt est incontestablement de redonner une place à l'article 1382 du Code civil lorsque des abus de la liberté d'expression sont commis³⁵³. Un frein a été mis à l'interprétation extensive de la loi du 29 juillet 1881, au détriment de l'article 1382 du Code civil. Au lendemain de l'arrêt du 27 septembre 2005, on ne pouvait que craindre un retrait systématique de l'article 1382 lorsque des abus de liberté d'expression étaient commis à l'égard des personnes.

³⁵³ DUPREUX J-Y. et MASSIS T., *Droit de la presse*, Recueil Dalloz 2009, p.1779

Désormais, une telle répartition du contentieux permet d'assurer un meilleur équilibre en matière de liberté d'expression, comme l'attestent les récentes applications jurisprudentielles.

Applications jurisprudentielles - La portée de l'arrêt du 30 octobre 2008 est considérable et est à l'origine d'une longue liste de décisions allant dans le sens d'une complémentarité. Ainsi, l'article 1382 demeure exclu lorsque les faits reprochés au défendeur correspondent matériellement à un délit prévu et réprimé par la loi du 29 juillet 1881. Ainsi, un arrêt du 6 mai 2010³⁵⁴, la première chambre civile rappelle que « *lorsque la cause du dommage invoqué réside dans la publication de propos constitutifs de l'une des infractions spécialement définies par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, la victime ne peut se prévaloir des règles du droit commun de la responsabilité civile.* » En l'espèce, deux époux avaient adressé une lettre de critiques à l'égard d'une société de recouvrement. Si les juges du fond ont estimé que la demande de réparation au vu des dispositions de l'article 1382 du Code civil était fondée, la première chambre civile prononce la cassation de l'arrêt, estimant que les propos litigieux portaient atteinte à l'honneur de l'employeur. Ainsi, elle retient l'existence de propos diffamatoires, que seule la loi du 29 juillet 1881 peut réprimer. L'exclusion de l'article 1382 du Code civil vaut également pour toutes les autres hypothèses où les abus de liberté d'expression sont sanctionnés par « *un texte spécial du Code pénal.* »³⁵⁵

Cette spécificité mise à part, le droit commun retrouvera son sens dans tous les autres cas d'abus de la liberté d'expression. La victime pourra donc se prévaloir, de l'article 1382 du Code civil toutes les fois où les faits seront matériellement distincts de ceux d'un délit de presse. L'article 1382 intervient alors en tant que « complément » à la loi de 1881, à titre subsidiaire. Ainsi en est-il de la dénonciation calomnieuse, qui fait certes partie des infractions du domaine de la liberté d'expression, mais qui peut être réparée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la loi du 29 juillet 1881 étant inapplicable³⁵⁶. Un arrêt moins récent fait déjà état de cette jurisprudence, ce qui lui donne toute sa valeur. Dans l'arrêt du 17 mai 1995³⁵⁷, la cour d'appel de Versailles a respecté cette logique de complémentarité, en s'interrogeant, dans un premier temps, sur

³⁵⁴ Civ 1ère, 6 mai 2010, FS-P+B+I, n° 09-67.624, Dalloz Actualité 2010

³⁵⁵ Civ. 1ère, 31 janv. 2008, pour les art. R. 621-1 et R. 621-2 c. pén. relatifs à la diffamation et à l'injure non publique

³⁵⁶ Cass. 1re civ., 6 déc. 2007, n° 06-15.290, F-P-B, P. P. c/ C.-P. : Juris-Data n° 2007-041763

³⁵⁷ CA Versailles, 17 mai 1995, Note Y. MAYAUD, *Les abus de la presse, ou de la part respective des responsabilités pénale et civile*, RSC 1996, p. 119

l'éventuelle existence d'une qualification au sens de la loi de 1881. Aucune qualification relevant de la loi spéciale n'étant retenue, c'est vers la faute civile que les juges du fond se sont tournés. La publication litigieuse caractérisait en effet une faute susceptible de donner lieu à réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil.

On ne peut que se satisfaire d'une telle répartition entre contentieux pénal et contentieux civil. On ne peut plus opportune, cette réhabilitation de la responsabilité civile sonne le glas de la mesure et de l'équilibre.

B. L'opportun retour de la responsabilité civile

Un tel retour à la faute civile, qui s'appliquerait alors subsidiairement, va dans le sens d'un véritable équilibre au sein du droit de critique. En effet, ce système alliant les garanties du procès pénal (1) la protection du droit civil (2) permet d'assurer à la fois la protection de la liberté de critique et la sanction de ses abus.

1. Les garanties du procès pénal

Prévisibilité et accessibilité - « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* »³⁵⁸. Le principe de la légalité apparaît à l'article 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, qui prévoit que « *nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international.* » En droit interne, le Code pénal le formule à l'article 111-3, selon lequel « *nul ne peut être défini pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les éléments ne sont pas définis par le règlement.* » Cet article figure en tête du Livre 1 du Code pénal relatif aux dispositions générales, juste après ceux relatifs au classement et à la répartition des infractions. Cette place de choix met en exergue l'importance

³⁵⁸ Nul crime, nulle peine sans loi

qu'a ce principe dans notre droit positif. En effet, au fondement de tout le droit criminel, cet impératif de légalité pénale est certes en repli³⁵⁹ mais est loin d'être tombé en désuétude.

Parmi les conséquences essentielles du principe de la légalité, figure l'exigence de prévisibilité et d'accessibilité à la loi pénale. Ainsi, le législateur doit définir les incriminations de manière claire pour être comprises, et précise pour éviter l'arbitraire et les applications extensives³⁶⁰. Cet impératif a pour corollaire l'interprétation stricte de la loi prévu à l'article 111-4 du Code pénal, car en effet, « *la loi pénale ne saurait s'accommoder de textes flous ou aux contours incertains ; la liberté individuelle mais aussi l'effet d'exemplarité et de prévention dépendent étroitement de la précision des incriminations, c'est-à-dire de l'exactitude sinon même de la rectitude des termes employés pour définir les comportements punissables.* »³⁶¹ Toutefois, cette exigence relève parfois de l'antinomie, en ce qu'une trop grande imprécision deviendrait nuisible la clarté et à l'accessibilité de la loi. La Cour admet ainsi que quelques « zones d'ombres »³⁶² soient présentes car « *en raison même du principe de généralité des lois, le libellé de celles-ci ne peut présenter une précision absolue* ». Une certaine souplesse est donc souhaitable dans la définition des incriminations de manière à laisser une libre appréciation au juge qui pourra, dès lors, dissiper tout les doutes qui pourraient subsister³⁶³. En vérité, le principe de légalité n'est plus celui qui était traditionnellement prôné et qui faisait exclusivement référence à la loi pénale. Désormais, les supports se multiplient pour assurer la prévisibilité et l'accessibilité de la loi. Aujourd'hui, un tel constat mène à la conclusion que la sécurité juridique s'est substituée à la légalité proprement dite³⁶⁴. Cet impératif de sécurité juridique ne figure pas au rang des principes fondamentaux ayant une valeur constitutionnelle ou légale mais la jurisprudence communautaire s'y réfère comme à un principe général³⁶⁵. Que ce soit en termes de légalité *stricto sensu* ou en termes de sécurité juridique, ces deux principes contribuent à une meilleure accessibilité et prévisibilité de la loi pénale.

³⁵⁹ Op. cit. 112, p. 36

³⁶⁰ KOERING-JOULIN R., SEUVIC J-F., *Droits fondamentaux et droit criminel*, AJDA 1998, p.106

³⁶¹ Cartier M-E., Les principes constitutionnels du droit répressif, in *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Colloque des 9-10 décembre 1994, PUAM, 1995, p.158

³⁶² Ibid. 360

³⁶³ CEDH 27 mars 1996, Goodwin c/ Royaume Uni ; CEDH, 15 nov. 1996, Cantoni c/ France

³⁶⁴ Op. cit. Note 347, p. 38

³⁶⁵ F. POLLAUD-DULIAN, *A propos de la sécurité juridique*, RTD civ. 2001, p.487

En matière de liberté d'expression, la loi du 29 juillet 1881 présente certes des défauts liés à une procédure contraignante, mais la philosophie de la loi est bien teintée des principes d'accessibilité et de prévisibilité. Les éléments constitutifs des infractions figurant dans la loi sont relativement clairs et précis et rendent prévisibles les cas de transgressions de la loi et les sanctions encourues³⁶⁶. Il est vrai que des confusions subsistent parmi les incriminations existantes. Ainsi, distinguer l'injure de la diffamation ne relève pas toujours de l'évidence. De même, la diffamation se confond parfois avec le dénigrement car ces deux infractions sont parfois sujettes, en pratique, à des interférences³⁶⁷. Néanmoins, ces confusions paraissent difficilement contrôlables et le droit civil ne semble pas pouvoir y pallier. En effet, l'interprétation stricte de la loi pénale laisserait place à la notion vague et générale de la faute civile.

Protection des droits de la défense - Le procès pénal offre des garanties très fortes en matière de procès équitable. D'une part, la procédure est orale et contradictoire. Elle est davantage tournée vers les droits des parties qui disposent de droits équivalents. Les droits de la défense ne seraient en effet pas assurés si celui qui en profite était placé dans une situation d'infériorité par rapport à son adversaire. Parmi ces droits de la défense, on compte le droit à l'assistance d'un avocat, le droit d'être informé de sa cause et de la nature de l'infraction, le droit de ne pas s'auto-incriminer, ou encore le droit d'avoir accès ou de connaître toutes les pièces du dossier présentées au juge. Dans l'arrêt *Neumeister c/ Autriche*³⁶⁸, la CEDH reconnaît pour la première fois le principe de l'égalité des armes. Ce principe suppose que les droits des parties doivent être non pas identiques mais équivalents, équilibrés entre eux. Chaque partie doit avoir la possibilité de défendre sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de désavantage par rapport à son adversaire.

La loi de 1881 a laissé place à des excès d'impunités liés à des obstacles procéduraux considérables, ce qui a particulièrement joué en faveur de la liberté d'expression du prévenu. Ces excès se sont surtout manifestés lorsque les propos ont été diffusés par la voie électronique, le régime de prescription et de responsabilité n'étant pas du tout adapté au réseau internet. Considérer ces délits comme des infractions continues permettrait de répondre aux exigences de

³⁶⁶ Op. cit. 350, p. 109

³⁶⁷ Op. cit. 351, p. 109

³⁶⁸ CEDH, 27 juin 1968, *Neumeister c/ Autriche*

la CEDH quant au principe d'égalité des armes. De même, la conciliation entre droit pénal et droit civil a permis de compenser ce souci d'impunité par le truchement de la protection des droits de la personnalité de la victime.

2. La protection du droit civil

Une subsidiarité approuvée - Si la réhabilitation de l'article 1382 est bienvenue, c'est principalement parce qu'il n'était pas acceptable de laisser impunies des fautes avérées au prétexte de sauvegarder la liberté d'expression³⁶⁹. Aussi fondamentale soit-elle dans une démocratie, la liberté d'expression ne peut justifier tous les excès. Le système de subsidiarité permet justement de s'inscrire dans une logique de conciliation, où la loi du 29 juillet 1881 réprime les abus les plus graves, tandis que l'article 1382 du Code civil apporte une sanction civile lorsqu'un droit à la personnalité est atteint. Rien ne justifie en effet que seule la loi sur la liberté de la presse apporte une sanction aux abus de liberté d'expression car celle-ci « *n'a fait que parer aux abus les plus graves, qu'elle a d'ailleurs érigés en infractions pénales, mais elle ne saurait être interprétée comme les contenant tous.* »³⁷⁰ La liberté d'expression n'est pas uniquement régie par la loi du 29 juillet 1881, même s'il est vrai que celle-ci couvre la majorité de son contentieux. Ne pas sanctionner les abus autrement caractérisés que par la loi de 1881 participe donc de l'incohérence et de l'inopportunité. L'arrêt du 30 octobre 2008 vient mettre un terme à cette dérive et rappelle que c'est davantage en termes de complémentarité qu'en termes de conflit que sont envisagés la liberté d'expression et le droit à la réparation³⁷¹.

Un empiètement désavoué - Toutefois, si la responsabilité civile s'applique à titre subsidiaire, elle ne saurait empiéter sur la spécificité de la responsabilité pénale en matière de presse. La loi du 29 juillet 1881 est marquée d'une spécificité à laquelle la responsabilité civile ne saurait déroger. La responsabilité civile ne doit en aucun cas empiéter sur les qualifications spéciales de la loi relative à la liberté de la presse, tout comme les principes civils de réparation ne doivent pas contourner les dispositions propres au droit de la presse³⁷². La loi de 1881 garantit la liberté d'expression par le biais d'une procédure dérogatoire au droit commun que la responsabilité

³⁶⁹ JOURDAIN P., *Le discret retour de l'article 1382 en matière de presse*, RTD Civ. 2009 p. 331

³⁷⁰ MAYAUD Y., *Les abus de la presse, ou de la part respective des responsabilités pénale et civile*, RSC 1996, p. 119

³⁷¹ Martin-Valente S. in *Legipresse*, 2003, II, p. 76

³⁷² *Ibid* 370

civile ne peut esquiver. Ainsi, les qualifications du droit de la presse doivent l'emporter sur la qualification générale de faute prévue par l'article 1382. Cela permet d'éviter toute confusion entre les qualifications et de ne pas dénaturer le contenu de la loi sur la presse.

Cette répartition de contentieux est source de modération et ne peut qu'être favorable à une critique mesurée. La loi de 1881 assure ainsi la protection de la liberté d'expression et sanctionne ses abus les plus graves, tandis que la responsabilité civile s'applique pour des abus plus mineurs mais dont les conséquences ne sont pas négligeables pour les victimes. Il semble que le droit pénal ait enfin trouvé un point d'équilibre entre protection de la liberté et répression des abus. Pourtant, on peut se demander si cette évolution jurisprudentielle va s'inscrire dans le temps ou si elle va de nouveau faire l'objet d'un revirement. S'agit-il pour la Cour de cassation d'adopter une nouvelle position ou s'agit-il d'une phase transitoire avant un retour à la séparation du contentieux civil et des poursuites pénales ? Ce retour permettrait à la victime de se prévaloir de la responsabilité civile y compris en présence de faits correspondant à l'élément matériel d'un délit de presse. S'il venait à se remettre en place, il serait peu souhaitable et mettrait en cause l'équilibre enfin trouvé au sein du droit de critique.

§2 - Une autonomie peu souhaitable

Un tel retour en arrière est risqué car une explosion de la responsabilité civile des mis en cause pourrait s'opérer comme c'était le cas avant 2000. La systématisation de la faute civile viendrait à réduire la liberté de critique à l'artifice et le conformisme de pensée pourrait gouverner nos sociétés. Le domaine qui pourrait être le plus atteint par cette évolution est très certainement l'Histoire.

A l'heure actuelle, l'infraction de négationnisme est déjà controversée car elle semble aller dans le sens d'une « pensée unique ». Cette infraction est pourtant parfaitement justifiée en ce qu'elle porte atteinte à l'ordre public (A). En revanche, la diffamation en matière historique est souvent dénoncée comme allant à l'encontre du droit à la libre critique. Aller dans le sens d'une autonomie des droits civil et pénal ne peut que confirmer les craintes d'une Histoire conformiste (B).

A. Les craintes injustifiées liées au négationnisme

« *Le commentaire de l'Histoire est bien toléré sauf à s'aventurer dans les marécages du négationnisme* »³⁷³. Telle est la philosophie de la critique historique. Approuvée par les uns au nom de la sauvegarde de la mémoire et contestée par les autres au nom de la liberté d'expression, l'infraction de négationnisme fait aujourd'hui l'objet de vives controverses³⁷⁴. Pourtant, les craintes liées à la mise en place d'une véritable « pensée unique » (1) ne sont pas justifiées, ce qui a amené le législateur à faire primer la sauvegarde de la mémoire sur la liberté de critique, au nom de la protection de l'ordre public (2).

1. La pensée unique appréhendée

En ajoutant le délit de négationnisme dans la loi du 29 juillet 1881³⁷⁵, le législateur a souhaité réprimer les contre-vérités qui seraient instaurées en matière historique par le biais de publications risquant d'être connues. Plusieurs critiques majeures ont été formulées à l'égard de la législation « mémorielle », terme qui n'apparaît qu'en 2005 pour désigner un ensemble de textes remontant jusqu'en 1990. Ces textes se réfèrent à un événement du passé et ont pour unique but de constater une réalité, une reconnaissance, une gratitude.

Vérité officielle - La première critique avancée par les détracteurs du délit de négationnisme est celle d'ériger une vérité officielle, un dogme d'Etat. « *Des pages entières de l'histoire resteront blanches, à moins que le vide ne soit comblé par la proclamation de vérités d'Etat* » affirment certains³⁷⁶. La recherche ne peut être que stérilisée, la vérité historique cristallisée et la société ne peut qu'adhérer à une seule version de l'Histoire.

³⁷³ MALLET-POUJOL N., *Diffamation et histoire contemporaine*, Légipresse n°34, cahier II, p.97, septembre 1996

³⁷⁴ Commission nationale consultative des droits de l'homme, Ecole nationale de la magistrature et Association française pour l'histoire de la justice, *La lutte contre le négationnisme, Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990, Actes du colloque du 5 juillet 2002 à la Cour d'Appel de Paris*, La documentation Française, 2003.

³⁷⁵ *Infra* p. 63

³⁷⁶ REMOND R., *L'histoire et la loi*, juin 2006, p.764-765

Délit d'opinion - D'autre part, il est reproché au délit de négationnisme de se heurter à la liberté d'expression et de créer un délit d'opinion. Les restrictions qui peuvent être apportées doivent l'être avec la plus grande prudence, faisant l'objet d'une interprétation stricte. Or, au regard du principe de la liberté d'expression, ces lois « mémorielles » n'auraient aucune légitimité³⁷⁷, l'intervention du législateur étant perçue comme une censure. A travers la menace du procès, l'indépendance intellectuelle serait donc atteinte dans son principe et le débat serait mis à mal dans ses effets.

Atteinte à l'interprétation de l'Histoire - Enfin, le dernier argument avancé par contestataires de la loi *Gayssot* est celui de l'atteinte à la liberté d'interprétation des enseignants et des chercheurs. Qu'il s'agisse de la sécurité nationale, de l'intégrité territoriale ou de la sûreté publique, de la défense de l'ordre ou de la prévention du crime, de la protection de la santé, de la morale ou de la réputation, l'interprétation de l'historien relèverait de sa propre appréciation et le juge n'aurait pas à interférer dans son travail. Ainsi, certains formulent une certaine crainte à l'égard d'une histoire « conformiste » et affirment que « *le mouvement de réinterprétation du passé par la mémoire, du jugement sur le passé au nom de la mémoire mène tout droit à l'abolition de toute forme d'esprit et de raisonnement historiques.* »³⁷⁸

En conséquence, beaucoup demandent l'abolition de toutes ces lois mémorielles qui bousculent les opinions et constituent un véritable embarras diplomatique³⁷⁹. Pourtant, ces arguments ne semblent pas convainquant pour évincer le délit de négationnisme de notre arsenal répressif. Les justifications adverses permettent de pencher en faveur de la répression des délits de contestation de crimes contre l'humanité, véritables abus de la liberté d'expression portant atteinte à l'ordre public.

³⁷⁷ En ce sens, V. : J. PRADEL, *La liberté d'expression, jusqu'où ? Brèves remarques sur quelques affaires récentes*, La liberté de critique, Colloques et débats, Litec, 2007, p. 131s.

³⁷⁸ P. NORA, *Malaise dans l'identité historique*, Le Débat, n°141, septembre-octobre 2006.

³⁷⁹ V. le manifeste « Liberté pour l'histoire et liberté de débattre » du 23 décembre 2005

2. Des craintes dissipées

Le législateur est intervenu au nom de la mémoire et, *a fortiori*, de la nécessité anti-raciste. Le rôle du droit pénal est en effet d'arbitrer entre la protection de la mémoire, le savoir historique et la liberté d'opinion. Si les critiques fusent à l'encontre du négationnisme, on ne peut que les désapprouver, et ce pour diverses raisons.

Un abus de la liberté de critique - D'une part, affirmer que la pénalisation du négationnisme se heurte à la liberté d'expression est largement contestable car aucune liberté n'est absolue. On l'a vu, la liberté d'expression s'arrête lorsque que les propos se transforment en attaques personnelles ou en atteinte à l'ordre public. La contestation des crimes contre l'humanité relève-t-elle de l'abus d'expression ? Les crimes contre l'humanité sont d'une gravité telle que les contester relève de la mauvaise foi et de l'intention perverse. Le Code pénal définit d'ailleurs le génocide à l'article 211-1, article qui figure en tête du Livre II relatif aux infractions contre les personnes. Cette place est significative de la volonté du législateur de mettre en exergue sa primauté, sa prédominance par rapport aux autres crimes et délits. Contester une telle infraction, c'est en quelque sorte remettre en cause la position du législateur et surtout nier une partie de l'histoire. Si l'auteur de ces crimes mérite la répression, la négation de ces actes mérite tout autant le désaveu du législateur. Le discours négationniste implique une perversité et une malhonnêteté³⁸⁰ qui mérite d'être dénoncée et contre laquelle on ne peut que lutter. Ainsi, les prévisions de l'article 24 *bis* de la loi de 1881 sur le négationnisme visent à protéger la collectivité de toute manipulation de son passé et des idéologies destructrices.

Un champ d'application strict - D'autre part, alors que les lois allemande et espagnole répriment tout crime contre l'humanité, la loi française a fait le choix de restreindre le champ d'application de la loi *Gayssot*. Dès lors, peut-on aller jusqu'à dire que le législateur a érigé une vérité officielle ? La loi *Gayssot* ne vise que les crimes contre l'humanité définis, de manière claire et précise, par l'article 6 du statut national militaire international de Nuremberg. Le caractère clair et précis ne peut être contesté puisqu'est écartée la contestation d'autres crimes contre l'humanité. C'est justement la raison pour laquelle la Cour de cassation a refusé de

³⁸⁰ BEIGNIER B., Pouvoirs et libertés, *De la langue perfide, délivre moi... Réflexions sur la loi du 13 Juillet 1990 dite loi Gayssot*, in Mélanges Jacques Mourgeon, 1998

transmettre au Conseil Constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité portant sur le point de savoir si l'article 24 *bis* était contraire aux principes de légalité des délits et des peines et à la liberté d'expression³⁸¹. Enfin, le 4 mai 2011, le Sénat a rejeté par 196 voix contre 74 la proposition de loi visant à réprimer la négation du génocide arménien de 1915. Cette décision permet ainsi de confirmer que la loi *Gayssot* n'érige en aucun cas une « vérité officielle ».

La répression de l'antisémitisme - En vérité, à travers la protection de l'Histoire, la répression du négationnisme prévue par la loi *Gayssot* vise surtout à réprimer les comportements antisémites. A titre d'exemple, l'écrivain M. Faurisson a encouru, sur le fondement de la loi *Gayssot*, une série de condamnations après avoir déclaré qu'il avait « *d'excellentes raisons de ne pas croire à cette politique d'extermination des juifs ou à la magique chambre à gaz* ». Les juges ont refusé de lui octroyer le bénéfice de l'immunité prévu à l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 car il ne s'agissait en aucun cas de débats judiciaires. Quant à la bonne foi, elle n'a pas été retenue pour la simple raison que la profération de tels propos relèverait plutôt d'une absence de sincérité.

L'écoulement du temps ne permet pas de tirer un trait sur un passé aussi douloureux. Les craintes liées à une éventuelle « pensée unique » sont donc injustifiées car nier de tels crimes relève plutôt de l'atteinte à l'ordre public que de la liberté de critique. Toutefois, l'Histoire est un domaine sensible où la critique est inhérente à l'activité de l'historien. Sauf à verser dans les méandres du négationnisme, l'historien dispose d'une liberté de critique accrue qui peut parfois être mise à mal lorsque des poursuites pour diffamation sont engagées contre lui. Si l'autonomie entre droit pénal et droit civil venait à se remettre en place, autorisant ainsi à la victime de propos diffamatoires d'invoquer la faute civile quand bien même une infraction de presse serait constituée, le risque de conformisme historique serait parfaitement justifié.

³⁸¹ Cass. QPC, 7 mai 2010, n° 09-80.774, P+B : JurisData n° 2010-005865, obs. A. LEPAGE

B. Les risques justifiés liés à la diffamation historique

Si le négationnisme doit faire l'objet de sanctions en ce qu'il conduit à porter atteinte aux victimes « niées » ainsi qu'à l'ordre public, la diffamation en matière historique peut toutefois susciter quelques doutes quant à l'opportunité de sa poursuite. Ce doute provient avant tout de la difficulté à prouver la vérité des faits, ce qui entraîne, de fait, une référence systématique à la bonne foi de l'historien (1). Pourtant, le terrain de la bonne foi est risqué et semé d'embûches (2).

1. Le piège de la vérité

Les travaux de recherche en histoire est source de difficultés et présentent en ce sens un caractère presque dérogatoire aux autres domaines. Si la loi du 29 juillet 1881 prévoit une exception de vérité en son article 35 alinéa 3 pour échapper à la diffamation, la véracité des faits présente des difficultés de preuve en matière historique.

Les faits remontant à plus de dix ans - La principale difficulté tient à l'exception de l'article 35 alinéa 3 excluant la preuve de la vérité des faits pour ceux remontant à plus de dix ans. L'idée ici sous-jacente est celle de la préservation de la paix publique, au nom de laquelle « *il appartient parfaitement au législateur de décréter que la paix sociale passe par l'oubli des écarts passés et que commet un délit celui qui ravive des plaies que la loi ou le temps ont déjà cicatrisées* »³⁸². Le but ici poursuivi est donc d'éviter d'ériger le citoyen en justicier, ce qui est particulièrement redouté depuis l'élargissement du champ d'application de l'*exceptio veriditatis* aux imputations diffamatoires dirigées contre les particuliers³⁸³. Toutefois, cette exception s'est révélée être un véritable handicap pour la recherche historique. Certes, il existe un « droit à l'oubli » mais cette notion peine à trouver une autonomie et les historiens souffrent d'une impossibilité de mener à bien leur « travail de mémoire »³⁸⁴.

³⁸² DOUCET J-C., note sous TC Saint-Denis-de-la-Réunion, 15 mai 1984, *Gaz. Pal.*, 1984, J472

³⁸³ Ordonnance du 6 mai 1944

³⁸⁴ MALLET-POUJOL N., *Diffamation et « vérité historique »*, Recueil Dalloz 2000, p. 226

Question prioritaire de constitutionnalité - La doctrine a donc montré des réticences à conserver cette exception³⁸⁵ mais jusqu'alors la chambre criminelle semblait ne pas être prête à abandonner sa position.³⁸⁶ Pourtant, par une décision du 15 mars 2011³⁸⁷, la chambre criminelle a accepté de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur la preuve de la vérité des faits diffamatoires lorsqu'ils remontent à plus de dix ans. La raison invoquée est celle de la protection de droits fondamentaux car, selon la haute Cour, *« la disposition concernée est susceptible de mettre en cause la liberté d'expression, l'exercice des droits de la défense et le droit à un procès équitable »*.

Dans l'attente de la décision du Conseil Constitutionnel, on peut d'ores et déjà noter que la CEDH a déjà tranché sur la même question, dans l'affaire *Noël Mamère*³⁸⁸. En l'espèce, il s'agissait de la condamnation de Noël Mamère pour complicité de diffamation publique en raison de propos qu'il avait tenus lors d'une émission télévisée à l'encontre d'un spécialiste de la radioactivité, qui aurait diffusé des informations erronées relatives à la catastrophe de Tchernobyl. Si la Cour européenne a conclu à une ingérence effectivement prévue par la loi et dans le but de protéger la réputation d'autrui, la question de la nécessité de cette ingérence dans une société démocratique a été moins évidente. La Cour européenne des droits de l'homme déclare en effet que *« lorsqu'il s'agit d'événements qui s'inscrivent dans l'Histoire ou relèvent de la science, il peut sembler qu'au fil du temps, le débat se nourrit de nouvelles données susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la réalité des choses »*. A ce titre, elle conclut à une violation de l'article 10 de la Convention relatif à la liberté d'expression. La Cour européenne a uniquement eu à traiter de la conformité de l'ingérence de la France, dans ce cas précis, à la Convention européenne. Le travail du Conseil Constitutionnel est différent mais la philosophie reste la même. Il s'agit de vérifier qu'en matière historique, pour des faits remontant à plus de dix années, l'exclusion de l'*exceptio veriditatis* respecte bien le droit à la liberté d'expression.

La difficulté de la preuve de la vérité des faits tient essentiellement à l'établissement d'une exception pour les faits très anciens. Le terrain de l'*exceptio veriditatis* est donc piégé, ce qui

³⁸⁵ Voir en ce sens M. VERON et M. MALLET-PUJOL

³⁸⁶ Crim, 10 février 1987, B.C., n°68

³⁸⁷ Crim., QPC, 15 mars 2011, F-P+B, n° 10-90.129

³⁸⁸ CEDH 7 nov. 2006, Mamère c. France, req. no 12697/03

amène l'historien à trouver refuge dans la bonne foi. Celle-ci n'est pourtant pas exempte de tout risque et de toute difficulté.

2. Le risque de la bonne foi

Distinction entre bonne foi et fait justificatif de vérité - De manière générale, la confusion entre bonne foi et fait justificatif est fréquente. Pourtant, même si la bonne foi se rapproche dangereusement du fait justificatif de vérité, formellement il n'en est point. S'il y a quelque confusion entre bonne foi et vérité, cela tient notamment à la difficulté de les définir. Alors que la vérité renvoie à la réalité des faits, la bonne foi se rapproche plutôt de la sincérité des faits³⁸⁹. Ainsi, pour établir la vérité d'un fait diffamatoire, le mis en cause doit établir la concordance entre l'imputation diffamatoire et la réalité des faits. *A contrario*, la bonne foi ou la mauvaise foi sont inhérentes à l'auteur et constituent l'élément moral de l'infraction de diffamation. En ce sens, l'individu de bonne foi n'aura pas d'intention coupable constituée. Si la confusion s'entretient entre les deux notions, c'est principalement parce que la mauvaise foi est présumée, présomption qui pèse sur l'auteur de la diffamation. Ce dernier va alors devoir montrer qu'il était de bonne foi en apportant la preuve de la vérité des faits. La bonne foi fonctionne donc comme un fait justificatif, sans pour autant se confondre avec celui-ci.

Le contrôle des sources - En matière historique, l'historien va donc devoir établir qu'il a un intérêt légitime à effectuer ses travaux et prouver que sa critique est sincère. Les juges pourront lui accorder le bénéfice de la bonne foi dès lors que quatre éléments seront réunis. La légitimité du but poursuivi, la prudence et la mesure dans l'expression et la qualité et le sérieux de l'enquête sont les trois critères déterminants avec la recherche historique. A ces trois critères, s'ajoute l'absence d'animosité personnelle. En effet, jamais une information historique ne peut justifier un débat malveillant sur la vie privée des personnes vivantes³⁹⁰ car un impératif d'équilibre entre connaissance historique et protection de la vie privée des personnes doit peser sur l'historien. Pour s'assurer que les qualités requises pour l'établissement de la bonne foi soient respectées, le

³⁸⁹ Sur la distinction entre vérité et bonne foi, V. Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, Thèse, Lyon, 1977, p. 159

³⁹⁰ NERSON R., *Le respect par l'historien de la vie privée de ses personnages*, in Mélanges offerts au professeur Louis FALLETTI, Annales de la Faculté de Droit et des Sciences Economiques de Lyon, Librairie DALLOZ, 1971, II, p499s

juge opère un contrôle qui suscite des réticences. Son contrôle s'opère notamment sur les sources de l'historien, dans le but de s'assurer du sérieux de l'enquête. Certes, ce contrôle est légitime en ce que toute source falsifiée doit être dénoncée et récusée. Toutefois, cette hypothèse étant écartée, on peut s'interroger sur l'opportunité de l'intervention du juge quant à des travaux qui relèvent exclusivement de l'historien. Le juge semble s'immiscer dans le travail du professionnel de l'Histoire et laisse libre court à son appréciation pour déterminer si telle source participe du sérieux de l'enquête ou non. Ainsi, une « hiérarchie » s'établit entre les sources et l'historien ne peut que souffrir de ce classement.

L'exigence de prudence - Plus que le contrôle des sources, c'est l'exigence de prudence dans l'expression qui est à craindre pour l'historien. Ce contrôle paraît, là encore, dérisoire et surtout inapproprié ; Dérisoire, d'une part, car il paraît difficile d'exiger de la prudence dans la critique historique. L'impératif de précaution dans la forme de la critique fait craindre le poids du « *contrôle judiciaire de la manière d'écrire l'histoire* »³⁹¹. Le contrôle des juges est également inapproprié, tant la subjectivité est inhérente au travail de l'historien. Comme l'a très justement souligné Carbonnier, en matière historique, « *la subjectivité est légitime parce qu'elle est inévitable* ».

C'est à l'historien qu'il appartient d'effectuer ce travail de recherche et non au juge qui, pour mieux respecter la souveraineté de l'historien sur son objet, finit par contrôler sa méthode³⁹². Certes, le droit pénal se doit d'intervenir dès lors qu'une infraction a été commise, mais en matière historique, la présomption de mauvaise foi semble inopportune³⁹³. La vérité étant beaucoup plus difficile à établir, tout repose sur la bonne foi de l'historien qui vient alors à son secours. Il est vrai que cette bonne foi n'est pas difficile à démontrer, au sens où la critique historique est très souvent sincère. Seulement le simple fait pour le juge d'exercer un contrôle rigoureux sur le travail de l'historien pour s'assurer de sa bonne foi fait courir le risque du

³⁹¹ Op. cit. 238, p. 72

³⁹² THOMAS Y., *La vérité, le temps, le juge et l'historien*, Le Débat, nov.-déc. 1998, n°102, p.24

³⁹³ LEVASSEUR G., *Réflexions sur l'exceptio veriditatis*, in *Mélanges Chavanne*, Litec, 1990, p. 131 : « *il eût sans doute été préférable de soustraire l'œuvre historique à la présomption de mauvaise foi.* »

conformisme. La crainte d'établir une « histoire officielle »³⁹⁴ est omniprésente et c'est au droit pénal d'œuvrer pour la limiter. L'ère de l'angoisse est entamée depuis quelques temps en matière historique et revenir à une émancipation totale de la responsabilité civile par rapport à la responsabilité pénale ne ferait qu'aggraver ce risque de conformisme qui pèse déjà sur les historiens. En l'état actuel de notre droit, une telle émancipation paraît toutefois prématurée. Cela supposerait une révision complète des rapports entre procédure pénale et procédure civile, ce qui n'est pas à l'ordre du jour.

*

* *

³⁹⁴ Op. cit. 373, p. 118

CONCLUSION GENERALE

La conciliation entre droit pénal et droit civil a quitté le champ de l'espoir pour basculer dans celui de la réalité. Mieux encore, dans sa quête quasi inespérée de mesure, le droit pénal aura réussi à se détourner de la voie de démesure qu'il avait empruntée pour sauvegarder un droit qui est inhérent à tous, le droit de critique. Toutefois, ce point d'équilibre apparemment trouvé reste perfectible, particulièrement en matière de droit de la presse. Bien que la loi du 29 juillet 1881 comprenne la majorité du contentieux relatif à la liberté de critique, elle n'en demeure pas moins celle qui souffre de plus de failles. A l'heure où le réseau internet a pris des proportions inespérées, la loi relative à la liberté de la presse présente d'importantes carences au regard de la mutation des pratiques initiées par le phénomène internet. Au risque d'embrasser l'abus de droit, c'est précisément par le réseau internet que le critique se manifeste le plus. Dans son rôle de régulateur, le droit pénal va donc devoir déployer tous ses attributs pour pallier les difficultés liées aux nouvelles technologies, tout en conservant la mesure nécessaire à une critique libre mais dénuée de tout abus.

Le point d'équilibre permettant d'allier la protection de la liberté de critique et la sanction de ses abus doit donc servir de repère pour le droit pénal auquel il doit constamment se référer. Dès lors qu'il quittera ce repère, la critique relèvera de l'artifice, de l'illusion et n'aura presque plus lieu d'être. Ce risque est d'ailleurs imminent en matière historique et les craintes seront justifiées si le droit pénal était amené à s'affranchir du droit civil. Entre société crispée et pensée unique, le droit de critique ne pourrait qu'en pâtir.

On ne peut négliger tous les efforts qui ont été fournis par le droit pénal pour sauvegarder une critique libre, sans verser dans l'abus. Frôlant la démesure, le droit pénal a pu se ressaisir en alliant ses qualités à celles du droit civil. Toutefois, force est de constater que nos sociétés n'ont pas encore connu « l'âge d'or » de la critique et ne la connaîtront peut-être jamais. Michel

Foucault affirmait d'ailleurs très justement que « *l'optimisme de la pensée, si on veut employer ce mot, est de savoir qu'il n'y a pas d'âge d'or.* » Il ne s'agit pas de constater un échec mais plutôt de rappeler au droit pénal de ne jamais quitter sa quête de mesure. Tant que la mesure gouvernera le droit pénal dans son action, la critique ne pourra être que parfaitement sauvegardée.

*

* *

BIBLIOGRAPHIE

❖ Ouvrages généraux

- CONTE Ph., *Droit pénal spécial*, 3^{ème} Ed., Litec, 2007
- MALABAT V., *Droit pénal spécial*, 3^{ème} Ed., Dalloz-Sirey, 2009
- MAYAUD Y., *Droit pénal général*, 3^{ème} Ed., Puf, 2010
- MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel*, Ed. Cujas, 1997
- PRADEL J., *Droit pénal spécial*, 4^{ème} Ed., Cujas, 2007/2008
- ROUJOU de BOUBÉE G., FRANCILLON J., BOULOC B., MAYAUD Y., *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996.

❖ Ouvrages spéciaux

- AUVRET P., *Les immunités*, in H. BLIN, A. CHAVANNE, R. DRAGO, J. BOINET, *Droit de la presse*, Litec, fasc. 120
- BEIGNIER B., B. de LAMY et E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009
- BEIGNIER B. *Réflexions sur la loi du 13 juillet 1990*, in Mélanges offerts à J. MOURGEON, *Pouvoir et liberté*, Bruylant, 1998
- BERLIN I., *Eloge de la liberté*, Paris, Calmann-Lévy, 1969
- BLOCH P., *Image et droit*, Ed. L'Harmattan, 2002
- BOULOC B., *Le secret professionnel de l'avocat*, in Mélanges offerts à R. GASSIN, *Sciences pénales et criminologiques*, 2007
- BOUVERESSE R., *Karl POPPER ou le rationalisme critique*, Ed. Vrin, 1981
- BURGELIN J-F et LOMBARD P., *Le procès de la justice*, Plon, 2006, p. 134
- BUTTEAU M., *Droit de critique en matière littéraire, dramatique et artistique*. Préface de C. Le Senne, 1910
- CARTUYVELS Y., *Les droits de l'homme: bouclier ou épée du droit pénal?*, publications des fac. Saint Louis, 2007
- CHARDON J-M; D. LENSEL, *La pensée unique, le vrai procès*, Ed. Economica (1998)

- CONTE Ph., *La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle*, in Mélanges offerts à A. CHAVANNE, Litec, 1990
- DE LAMY B., *La liberté d'opinion et le Droit pénal*, LGDJ, 2000
- DERIEUX E., *Le droit des médias*, Connaissance du droit, 4^{ème} Ed., Dalloz, 2010
- DERIEUX E., *Droit de la communication*, 4^e édition, LGDJ, 2003.
- FRANCILLON J., *Liberté d'expression et respect des convictions religieuses*, RSC 2006, p. 625
- FRANCILLON J., *Le secret professionnel des journalistes*, in Mélanges offerts à J. LARGUIER Pug, 1993
- GARREAU D., *L'article 10 de la CEDH à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg*, Justice et Cassation, Dossier : Communication et liberté, Dalloz, 2006
- GAZZANIGA J-L., *Notes sur la liberté de parole de l'avocat*, in Mélanges offerts à J. MOURGEON Pouvoirs et libertés, 1998
- IGOUNET V., *Histoire du négationnisme en France*, Seuil, 2000
- JEAMMAUD A., *La place du salarié individu dans le droit français du travail*, 2006
- JOSENDE L., *Liberté d'expression et démocratie*, Réflexion sur un paradoxe, Bruylant, 2010
- LAWRENCE III CR., *If he hollers let him go: regulating racist speech on campus*, 1990, Duke Law Journal 431
- LEPAGE A., *Le Code pénal et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*, La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, in *Opinio doctorum*
- LEVINET M., *Théorie générale des droits et libertés*, Droit et justice, Bruylant, 2006
- MAYAUD Y., *L'abus de droit en matière de droit de réponse*, in Liberté de la presse et droit de la personne, sous la direction de DUPREUX J-Y. et LACABARATS A. Dalloz 1997. 5
- PINTO R., *La liberté d'opinion et d'information, Contrôle juridictionnel et contrôle administratif*, éd. Domat Montchrestien, 1955
- PLAISANT R., *Le droit à la critique*, Mélanges offerts à A. CHAVANNE, Litec, 1990
- POITTEVIN G., *Traité de la presse*, Paris, 1902-1903, tome 2, p. 52
- POLIN R., *La liberté de notre temps*, Ed. Vrin, 1979

- POLIN R., *Vérités et liberté*, Puf, 2000
- PRADEL J. et VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 4e éd., 2003
- RASSINIER P., *Le mensonge d'Ulysse, regard sur la littérature concentrationnaire*, 1950
- ROLLAND P., *Du délit d'opinion dans la démocratie française*, in Mélanges offerts à J. MOURGEON, Pouvoir et liberté, Bruylant, 1998
- SUDRE F., MARGUENAUD J-P., ANDRIANTSIMBAZOVINA J., GOUTTENOIRE A., LEVINET M., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2005
- VINEY G., *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, 2e éd., 1995, n° 152
- VINEY, G., *Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression*, in Mélanges offerts à B. BOULOC Dalloz, 2006

❖ **Thèses et Mémoires**

- BECLIER F., *La limitation de la liberté d'expression par le droit pénal*, Mémoire, Paris, 2001
- CICUREL I., *La liberté de critique*, Thèse, Paris, 2005
- GAUDREAU-DESBIENS J-F., *La critique identitaire, la liberté d'expression ou la pensée juridique à l'ère de l'angoisse: un essai critique d'épistémologique de la pensée juridique*, Thèse, Ottawa, 1998
- LANGLES O., *Le droit de critique*, Thèse, Paris, 1996
- LECUYER G., *Liberté d'expression et responsabilité*, Thèse, Paris, 2006
- MAYAUD Y., *Le mensonge en droit pénal*, Thèse, Lyon, 1979
- TILLEMENT G., *Droit de critique et droit pénal*, Thèse, Nancy, 1991

❖ **Articles, études et chroniques**

- ATIAS Ch., *Le droit de nuire*, D. 1997, p. 385
- BAUD E. et COLOMBET S., *La parodie de marque : vers une érosion du caractère absolu des signes distinctifs ?*, D. 1998, p. 227

- BEAUSSONIE G., *Recherche sur la notion de personnalité en droit pénal*, RSC 2010, p. 525
- BEIGNIER B. de LAMY et DREYER E., *Droit de la presse et des médias*, JCP G n°45, 5 novembre 2008, I 209
- BELLESCIZE D., *Délit d'opinion et liberté d'expression*, Recueil Dalloz 2006, p.1476
- BELLESCIZE D., *Les médias sous l'ère Sarkozy*, Constitutions 2010, p.123
- BENALCAZAR S., *La liberté d'expression, la démocratie et la CEDH, à propos de la loi du 30 septembre 2004*, Dr. de la famille n°9, Septembre 2006, étude n°39
- BENHAMOU Y., *La commission d'Outreau et la séparation des pouvoirs*, D. 2007, p. 589
- BIGOT Ch., *Connaître la loi de 1881 sur la presse*, Légipresse, 2004
- BIGOT Ch., *Sexisme, Homophobie et liberté d'expression* : Légipresse, 2004, n° 209, p. 177
- BONFILS Ph., *Consécration de la dualité des fautes civile et non intentionnelles*, D. 2004 p. 721
- BRUGUIERE J-M, *Dans la famille des droits de la personnalité je voudrais...*, D. 2011 p. 28
- CADIET L. et LE TOURNEAU Ph., *Abus de droit*, Rep. civ. Dalloz, 2008, p. 5
- 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*, CCE n°2, février 2006, Etude 4
- DERIEUX E., *La responsabilité des medias, responsables, coupables, condamnables, punissables ?*, JCP G n°28, 14 juillet 1999, I 153
- 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*, CCE n°2, février 2006, étude n°4
- DERIEUX E., *Secret des sources journalistiques, à propos de la loi du 4 janvier 2010*, JCP G n°3, 18 janvier 2010, 40
- DREYER E., *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse*, D. 2006, p. 1337

- DREYER E., *Le fondement de la prohibition des discours racistes en France*, Legipresse n°199, cahier II, p. 19, mars 2003
- DREYER E., *Droit de la presse et de la personnalité*, Janvier 2010-décembre 2010, D. 2011, p. 780
- DREYER E., *Où va la Cour de cassation en matière de presse ?*, JCP G n°35, 833, 2010
- DREYER E., *Droits de réponse (refus d'insérer)*, RDPP, mai 2009
- DREYER E., *Droit de la presse et des médias*, JCP G n°46, 9 novembre 2009, 441
- DREYER E., *Sous quelle qualification saisir la vulgarité ?*, D. 2011, p. 570
- DREYER E., *Responsabilité du producteur qui refuse de modérer les messages transmis par les tiers*, D. 2010, p. 2206
- DREYER E., *Disparition de la responsabilité civile en matière de presse*, D. 2006 p. 1337
- DREYER E., *Un an de droit européen en matière pénale*, Dr. Pén. n° 4, Avril 2011, chron. 3
- DUPREUX J-Y et MASSIS T., *Droit de la presse*, D. 2009, p. 1779
- EDELMAN B., *Vers une reconnaissance de la parodie de la marque*, D. 2001, p. 259
- FIECHTER-BOULVARD F., *La caricature : dualité ou unité*, RTD Civ. 1997, p.67
- FOSSIER ; MANICKI A., *Où en est la critique?* , Tracés. Revue de Sciences humaines, n°13, 2007
- FRANCOIS L., *La « procéduralisation » du droit à la liberté d'expression par la Cour européenne des droits de l'Homme*, Légipresse n°278 –Décembre 2010
- FRANCOIS L., *Le conflit entre la liberté d'expression et la protection de la réputation ou des droits d'autrui, la recherche d'un « juste équilibre », par le juge européen*, Le Dalloz, 2000
- FRANCILLON J., *Liberté d'expression et respect des convictions religieuses*, RSC 2006, p. 625
- FRANCILLON J., *Médias et droit pénal, bilan et perspectives*, RSC 2000, p. 59
- FRANCILLON J., *De quelques affaires de diffamation... avant la mise en œuvre du rapport de la « commission Guinchard »*, RSC 2008, p.628
- FRICERO N., *Condamnation d'un avocat qui a critiqué publiquement le fonctionnement de la justice : marge d'appréciation des autorités*, D. 1999, p. 272

- GEIGER Ch., *Droit des marques et liberté d'expression, de la proportionnalité de la libre critique*, Recueil Dalloz 2007, p. 884
- GUERDER P., *La loi de 1881 sur la liberté de la presse à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme*, Gaz. Pal., 23 décembre 2003 n°357, p.3
- HASSLER Th., *Article 1382 du Code civil et abus dans la liberté d'expression : circulez, il n'y a plus rien à voir !*, D. 2006, p. 485
- HAUSER J., *Caricature et personnalité : fallait-il épinglez les épinglez ?* RTD Civ. 1998, p. 341
- ITRAC J-M et SAOUDI H., *La loi sur la liberté de la presse est-elle toujours adaptée ?*, Gaz. Pal. 17 février 2004 n°48, P. 2
- JOURDAIN P., *Le discret retour de l'article 1382 en matière de presse*, RTD Civ. 2009, p. 331
- JOURDAIN P., *Responsabilité civile des dommages résultant d'un délit de presse : exclusion de l'article 1382 même lorsque les auteurs ne sont pas punissables*, RTD civ. 2000, p. 845
- JOURDAIN P., *Le renforcement de l'exclusion de l'article 1382 en matière de presse*, RTD civ. 2007, p. 354
- KOERING-JOULIN R., *Droit à la liberté d'expression : liberté de la presse*, RSC 1998, p. 389
- KRIEGK J-F., *La culture judiciaire : une contribution au débat démocratique*, D. 2005, p. 1592
- LAHALLE T., *Liberté d'expression d'un salarié cadre supérieur*, JCP S n° 29, 18 Juillet 2006, 1581
- LAZERGES Ch., *Réflexions sur l'erreur judiciaire*, RSC 2006, p.709
- LAZERGES Ch., *De la fonction déclarative de la loi pénale*, RSC 2004, p.194
- LECUYER G., *La place de l'article 1382 du Code civil parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d'expression*, D. 2006, p. 768
- LEFEBVRE J., *La dépenalisation, facteur d'ordre ou source de désordre ?*
- LEPAGE A., *Droit pénal et internet : la part de la tradition, l'œuvre de l'innovation*, AJ pénal 2005, p. 217

- LEPAGE A., *De l'intérêt de bien distinguer la dénonciation calomnieuse de la diffamation*, CCE n°2, février 2008, comm. 26
- LEPAGE A., *Application de l'article 1382 du Code civil*, CCE n°9, Septembre 2010, Comm. 91
- LEPAGE A., *Apologie des crimes de guerre : conformité avec la Convention européenne des droits de l'homme ; qualification et interprétation*, RSC 2005, p. 583
- LEPAGE A., *Injure à raison de l'orientation sexuelle*, CCE n°9, Septembre 2007, comm.112
- MALAURIE Ph., *Ne dépénalisons pas la diffamation et l'injure – Contre la proposition n°12, alinéa 1 du rapport Guinchard*, JCP G n°39, 24 septembre 2008, atc. 556
- MALLET-POUJOL N., *Diffamation et histoire contemporaine*, Légipresse n°134, cahier II, p.97, septembre 1996
- MALLET-POUJOL N., *Diffamation et « vérité historique »*, Recueil Dalloz 2000, p.226
- MARON A., VERON M. et ROBERT J-H., *Droit pénal et procédure pénale*, JCP G n°6, 8 février 2010, 164
- MASSIS T., *Faut-il dépénaliser la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ?*, Gaz. Pal., 2008
- MAYAUD Y., *Les abus de la presse, ou de la part respective des responsabilités pénale et civile*, RSC 1996, p.119
- MAYAUD Y., *La vérité du fait diffamatoire, une justification sans sursis*, RSC 1996, p. 124
- MAYAUD Y., *Diffamation non publique : de l'assimilation à l'incrimination*, RSC 1996, p. 122
- MAYAUD Y., *L'abus de droit en matière de droit de réponse*, Liberté de la presse et droits de la personne, A. Dalloz 1997 p.5
- MAYAUD Y., *La loi Fauchon du 10 juillet 2000 après plus de cinq ans d'application...*, AJ pénal 2006, p. 146
- MAYAUD Y., *Retour sur la culpabilité non intentionnelle en droit pénal... (à propos de la loi du 10 juillet 2000)*, D. 2000, p. 603

- 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*, Legicom n°35-2006/1, p. 125s.
- MOUYSSSET O., *Un an de droit pénal de la presse*, Revue Mensuelle Lexisnexis Jurisclasseur – Juin 2008
- PAVODA Y., *Les nouvelles incriminations de la loi du 29 juillet 1881*, La genèse de la loi du 30 décembre 2004 : présentation des nouveaux délits et des nouvelles règles de poursuites, Légicom n°35, 2006
- PETTITI L-E, *Liberté d'expression et libre critique par la presse du comportement de magistrats dans l'exercice de leurs fonctions*, RSC 1995, p. 853
- RACINE J-B et DREYER E., *Le caractère licite de la « relativisation » du génocide des Arméniens*, D. 2007, p. 2513
- RAVANAS J., *La liberté de la caricature ne permet pas son exploitation commerciale*, D. 1999, p. 120
- Revue annuelle des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation, *Justice et Cassation, Dossier Communication et libertés*, DALLOZ, 2006.
- REBUT D., *Prescription des délits de presse sur l'internet, le régime de la loi de 1881*, ROBERT A-G., *Décret n°2010-835 du 21 juillet 2010 relatif à l'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore (JO n°168 du 23 juillet 2010, p. 13589)*, RSC 2010, p. 927
- ROLLAND P., *La critique, l'outrage et le blasphème*, D. 2005, p. 1326
- TAVIEAUX-MORO N., *Polémique politique et bonne foi*, D. 1999, p134
- V. VALETTE-ERCOLE, *Dénigrement ou diffamation ?*, D. 2008, p. 672
- WACHSMANN P., *Participation, communication, pluralisme*, AJDA 1998, p. 165

❖ **Rapports officiels**

- BARTUMEU CASSANY J., *Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, Vers une dépenalisation de la diffamation*, 2007
- DE LA TOUR J-L, *Rapport annuel 1999 de la Cour de cassation, La vie personnelle du salarié*,
- LEPAGE A., *Rapport annuel 2010 de la Cour de cassation, Etude : le droit de savoir, troisième partie, Avant-propos*

- MAZARS J., Rapport annuel 2001 de la Cour de cassation, *La liberté d'expression, la loi et le juge*
- REZENTHEL R., Rapport du Conseil constitutionnel à la X^e Conférence des Cours constitutionnelles européennes, *Jurisprudence du Conseil constitutionnel et libertés de la pensée*, AJFP 1996 p. 6390

❖ Colloques

- *La liberté de critique*, Éditions LexisNexis, collection « Colloques et débats », 2007
- Commission nationale consultative des droits de l'homme, Ecole nationale de la magistrature et Association française pour l'histoire de la justice, *La lutte contre le négationnisme, Bilan et perspectives de la loi du 13 juillet 1990, Actes du colloque du 5 juillet 2002 à la Cour d'Appel de Paris*, La documentation Française, 2003.
- Université Montesquieu-Bordeaux IV, Journée d'étude de l'Institut de sciences criminelles, *La loi du 29 juillet 1881 et le droit pénal commun : faut-il maintenir les spécificités du droit pénal de la presse?*, janvier 2011

❖ Sites internet

- www.courdecassation.fr
- www.assemblee-nationale.fr
- www.senat.fr
- www.legifrance.gouv.fr
- www.echr.coe.int: site officiel de la Cour Européenne des Droits de l'Homme
- www.dalloz.fr
- www.lexinexis.fr
- www.gallica.fr

*

* * *

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	6
<i>Section 1: De la critique au droit de critique</i>	<i>6</i>
<i>Section 2 : De l'envoûtement à la désillusion.....</i>	<i>12</i>
PARTIE 1 : UN DROIT PENAL EN QUETE DE MESURE	14
Chapitre 1: Une libre critique consacrée.....	14
<i>Section 1: Un droit de critique affirmé.....</i>	<i>15</i>
§1 - Une libre critique constante dans son fondement.....	15
A. Le fondement idéologique.....	15
B. Le fondement normatif.....	16
1. En droit interne.....	17
2. En droit européen et international	18
§2 - Une libre critique variable dans sa pratique.....	20
A. Critique et vie personnelle.....	20
1. La liberté de critique religieuse	20
2. La liberté d'expression extraprofessionnelle du salarié.....	22
B. Critique et vie professionnelle.....	23
1. Le droit d'expression professionnel des salariés	23
2. La liberté de critique des universitaires	25
<i>Section 2: Un droit de critique renforcé.....</i>	<i>27</i>
§1 - La critique circonstanciée	27
A. Le contexte polémique	27
1. Le champ d'application de la polémique	28
a. La polémique politique	28
b. Les polémiques électorale et syndicale.....	29
2. Les atténuations du droit de réponse.....	30
B. Le contexte humoristique	33
1. Le champ d'application	33
2. Le régime	34
§2 - La critique justifiée.....	36
A. La vérité exonératoire	36
B. Les immunités protectrices.....	38
1. Les immunités parlementaires.....	38
2. Les immunités judiciaires	40

Chapitre 2 : Des abus de critique sanctionnés.....	44
<i>Section 1: Une répression justifiée.....</i>	<i>44</i>
§1 - Une obligation négative d'ingérence.....	45
A. Le principe de subsidiarité.....	45
B. Le contrôle de proportionnalité.....	46
§2 - Une obligation positive de conciliation.....	48
A. Un équilibre dans les droits fondamentaux.....	49
1. La conciliation avec les intérêts privés.....	49
2. La conciliation avec l'ordre public.....	51
B. Un équilibre en matière de presse.....	52
1. Une exigence de prudence et d'objectivité.....	52
2. La protection des sources journalistiques.....	54
<i>Section 2 : Une répression précisée.....</i>	<i>56</i>
§1 - La répression des atteintes à autrui.....	56
A. La critique diffamatoire et injurieuse.....	56
1. La diffamation et l'injure publiques.....	57
2. <i>La diffamation et l'injure privées.....</i>	<i>61</i>
B. Les critiques diffamatoire et injurieuse aggravées.....	62
§2 - La répression des atteintes à l'ordre public.....	64
A. Les atteintes à l'humanité.....	64
1. Les propos négationnistes.....	64
2. L'apologie des crimes de guerre.....	65
B. Les atteintes à l'Etat et à ses institutions.....	67
1. Critique et agents publics.....	67
2. Critique et décisions de justice.....	69
PARTIE 2: UN DROIT PENAL EN VOIE DE DEMESURE.....	72
Chapitre 1: Une exclusivité désavouée.....	73
<i>Section 1 : La consécration d'un « système clos ».....</i>	<i>73</i>
§1 - Une procédure spécifique.....	74
A. Les règles spécifiques favorables au prévenu.....	74
1. Une prescription courte.....	74
2. Un acte de poursuite encadré.....	76
B. Les règles spécifiques favorables à la victime.....	77
1. La responsabilité en cascade.....	77

2. Le droit de réponse	78
§2 - Une primauté inversée	81
A. Le recul de la primauté du criminel sur le civil en droit commun.....	81
1. Le déclin de la règle « le criminel tient le civil en état »	81
2. La disparition de la théorie de « l'identité des fautes »	82
B. L'extension de la primauté du criminel sur le civil en droit de la presse.....	83
1. Le repli de la faute civile	84
2. Le retrait de la faute civile	85
<i>Section 2: Les faiblesses du « système clos ».....</i>	<i>86</i>
§1 - Les excès d'une faute écartée	86
A. Le recul de la protection des victimes.....	87
1. La protection des produits maintenue	87
2. La protection des personnes délaissée	89
B. La contradiction avec la jurisprudence européenne.....	89
§2. Les excès d'une prescription inadaptée	91
A. Des impunités excessives.....	91
1. Le point de départ de la prescription.....	91
2. Le délai de prescription.....	93
B. Des compensations insuffisantes.....	94
Chapitre 2 : Une conciliation recherchée	97
<i>Section 1 : La conciliation paradoxale.....</i>	<i>98</i>
§1 - La création d'infractions superfétatoires	98
A. Les délits d'homophobie.....	99
B. La conventionalité des délits d'homophobie.....	100
§2 - La suppression d'infractions substantielles	101
A. La dépénalisation de la diffamation.....	101
1. Le choix de la dépénalisation.....	101
2. Les raisons de la dépénalisation	103
B. L'inopportunité de la dépénalisation	107
1. La systématisation de la faute civile.....	108
2. La perte de cohérence de la loi pénale.....	109
<i>Section 2 : La conciliation idéale.....</i>	<i>111</i>
§1 - Une conciliation notable.....	111
A. Le discret retour de la responsabilité civile.....	112
B. L'opportun retour de la responsabilité civile.....	114
1. Les garanties du procès pénal.....	114

2. La protection du droit civil.....	117
§2 - Une autonomie peu souhaitable	118
A. Les craintes injustifiées liées au négationnisme	119
1. La pensée unique appréhendée.....	119
2. Des craintes dissipées	121
B. Les risques justifiés liés à la diffamation historique.....	123
1. Le piège de la vérité.....	123
2. Le risque de la bonne foi.....	125
CONCLUSION GENERALE.....	128
BIBLIOGRAPHIE.....	129
TABLE DES MATIERES	142

