



ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT PRIVÉ

PRIVÉ ET PUBLIC EN DROIT PÉNAL

Thèse pour le doctorat en droit privé
soutenue publiquement le 15 mars 2022 par

Simon HUSSER

sous la direction de

Madame le Professeur Agathe LEPAGE

– Membres du jury –

Madame Agathe LEPAGE

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Madame Haritini MATSOPOULOU

Professeur à l'Université Paris-Saclay

Monsieur Jean-Baptiste PERRIER

Professeur à l'Université Aix-Marseille, *Rapporteur*

Monsieur Evan RASCHEL

Professeur à l'Université Clermont Auvergne, *Rapporteur*

Monsieur Didier REBUT

Professeur à l'Université Paris-Panthéon-Assas

AVERTISSEMENT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propre à leur auteur.

À Olivia

REMERCIEMENTS :

Au terme de ces longues et riches années de doctorat, je souhaite exprimer ma sincère reconnaissance à Madame le Professeur Agathe Lepage pour m'avoir confié ce beau sujet, pour son suivi constant, aussi exigeant que bienveillant, ainsi que pour la liberté qu'elle m'a laissée dans l'élaboration de ce travail, tout en pourvoyant de précieuses pistes de réflexions pour surmonter certaines difficultés épineuses.

Parmi tous ceux qui m'ont fait part de leur expérience et de leurs conseils avisés pour mener l'aventure qu'est la thèse à son terme, je remercie chaleureusement Alice Dejean de la Bâtie, Florence Dequatre et Antoine Touzain.

Je souhaite aussi exprimer ma gratitude à tous mes relecteurs, en particulier à Alice Manchon, Candice Ranc, Gabriel Stettler et Raphael Galvao pour avoir doublé la minutie de leurs relectures d'un amical soutien doctoral, au sein des locaux accueillants de l'Institut de criminologie ou ailleurs.

Je remercie également ma famille et ma belle-famille de m'avoir procuré le cadre affectif nécessaire à la réalisation de ce travail, ainsi que pour leur soutien inconditionnel.

Je souhaite enfin remercier Olivia pour sa présence fidèle et patiente tout au long de ces années, sans laquelle cette thèse n'aurait pas pu aboutir.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>AJDA</i>	Actualité juridique de droit administratif
<i>AJ pénal</i>	Actualité juridique de droit pénal
Al.	Alinéa
AMF	Autorité des marchés financiers
<i>Arch. phil. droit</i>	Archives de philosophie du droit
<i>Arch. pol. crim.</i>	Archives de politique criminelle
Art.	Article(s)
Ass. plén.	Assemblée plénière
<i>Bull. civ.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
<i>Bull. crim.</i>	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C/	Contre
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
C. déf.	Code de la défense
C. douanes	Code des douanes
C. env.	Code de l'environnement
C. pén.	Code pénal
C. proc. pén.	Code de procédure pénale
C. route	Code de la route
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
Cass.	Cour de cassation
<i>CCE</i>	Communication commerce électronique
CCH	Code de la construction et de l'habitation
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGI	Code général des impôts
CJPM	Code de la justice pénale des mineurs
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne

Ch.	Chambre
Chron.	Chronique
Civ. (1 ^{re} , 2 ^e , 3 ^e)	Chambre civile de la Cour de cassation (première, deuxième, troisième)
CMF	Code monétaire et financier
CPCE	Code des postes et des communications électroniques
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
Comp.	Comparer avec
Conv. EDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CPI	Code de la propriété intellectuelle
CSI	Code de la sécurité intérieure
CSP	Code de la santé publique
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D.</i>	Digeste
<i>D. actu.</i>	Dalloz actualité
<i>Dir.</i>	Sous la direction de
<i>Dr. pén.</i>	Revue de droit pénal
<i>Éd.</i>	Édition
<i>Et s.</i>	Et suivant(e)s
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i> , de même, même endroit
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>J.-Cl.</i>	JurisClasseur
<i>JCP G</i>	La semaine juridique, édition générale
<i>JO</i>	Journal officiel de la République française
<i>Lebon</i>	Recueil des arrêts du Conseil d'État
<i>Loc. cit.</i>	<i>Loco citato</i> , à l'endroit cité
Loi pénit.	Loi pénitentiaire du 24 novembre 2009
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
<i>LPF</i>	Livre des procédures fiscales

Màj.	Mise à jour
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i> , dans l'ouvrage précité
Ord.	Ordonnance
P.	Page(s)
Préc.	Précité
Préf.	Préface
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
Rapp.	Rapport
Rappr.	À rapprocher de
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire Dalloz de droit civil
<i>Rép. pén.</i>	Répertoire Dalloz de droit pénal
<i>RPDP</i>	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<i>RSC</i>	Revue de science criminelle
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
<i>S.</i>	Sirey
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
TJ	Tribunal judiciaire
Th.	Thèse
Trib. corr.	Tribunal correctionnel
V.	Voir
V°	<i>Verbo</i>
Vol.	Volume

NB : Le soulignement est toujours de notre fait.

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION DE L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC EN DROIT PÉNAL

Titre 1 : Les qualifications issues de l'opposition privé-public

Chapitre 1 : Les qualifications simples

Chapitre 2 : Les qualifications complexes

Titre 2 : La conceptualisation de l'opposition privé-public

Chapitre 1 : La conceptualisation d'un caractère privé et d'un caractère public

Chapitre 2 : La conceptualisation d'un caractère hybride : le caractère commun

SECONDE PARTIE : LES FONCTIONS DE L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC EN DROIT PÉNAL

Titre 1 : La flexibilité du droit pénal permise par l'opposition privé-public

Chapitre 1 : La limitation de la répression pénale

Chapitre 2 : La gradation de la répression pénale

Titre 2 : L'équilibre du droit pénal garanti par l'opposition privé-public

Chapitre 1 : L'équilibre entre la préservation des libertés et la répression pénale

Chapitre 2 : L'équilibre entre l'information du public et l'efficacité de la justice pénale

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« Nous survenons, en quelque sorte, au beau milieu d'une conversation qui est déjà commencée et dans laquelle nous essayons de nous orienter afin de pouvoir à notre tour y apporter notre contribution ».

P. RICOEUR¹.

1. Dans son œuvre la plus célèbre, PROUST avançait que la société, « pareille aux kaléidoscopes qui tournent de temps en temps, [...] place successivement de façon différente des éléments qu'on avait cru immuables et compose une autre figure »². Les variations des significations prêtées aux termes « privé » et « public » selon les sociétés et les époques font écho à cette image. De même que le kaléidoscope permet de « dessiner des figures diverses et symétriques, et dont les combinaisons sont illimitées »³, les usages linguistiques des termes évoqués font émerger de multiples adjectifs, noms communs, verbes, adverbes ou encore locutions ; il en résulte ce qui a pu être poétiquement décrit comme une « polysémie étoilée »⁴. Or, les vocables ainsi construits se trouvent souvent mobilisés dans la loi, en particulier dans la loi pénale. Cela se comprend, car la partition privé-public est une « évidence fondatrice »⁵ ayant trait aux « rapports constamment redéfinis de l'individu et de la collectivité »⁶. Le droit pénal étant lui-même le reflet des valeurs sociales essentielles d'une société donnée, il est logique que

¹ *Du texte à l'action*, t. 2, Seuil, 1986, p. 48.

² *À la recherche du temps perdu*, t. 2., Ligarán, 2015 (1919), p. 82.

³ G. LÉGO, « Kaléidoscope », *Vie sociale et traitements*, 2013/2, n° 118, p. 98.

⁴ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2005, p. 100 : « Le polysème étoilé est celui qui jette une multitude de sens, comme autant d'éclats, dans des directions très diverses et parfois opposées. Sans en avoir le monopole, l'adjectif est le champion de ces miroitements de sens, dans la profusion et la dispersion ». L'auteur précise alors que le terme « public » a quinze sens. Plus encore, « c'est le mariage avec un substantif qui est, en général, à l'origine de la démultiplication des sens ». En effet, les adjectifs étudiés font l'objet de compositions fréquentes (sur cette technique, v. *ibid.*, p. 170) – la « vie privée », le « lieu public », etc. – mais aussi de dérivations (*ibid.*, p. 154) – « publier », « publication », « privatisation », etc. –, sans compter l'importance de la synonymie – « diffusion », « étatique », « inaccessible », etc.

⁵ J. CAILLOSSE, « Droit public-droit privé, sens et portée d'un partage académique », *AJDA*, 1996, p. 959. V. aussi, J. CHEVALLIER, « Présentation » in *Public/privé*, CURAPP, PUF, 1995, p. 16, pour qui « la bipartition public/privé apparaît [...] comme la seule manière légitime de concevoir l'organisation des sociétés ».

⁶ G. SARFATI, « Le partage notionnel privé/public : esquisse d'une phénoménologie linguistique du sens commun », in A. CAIN (dir.), *Espace(s) public(s), espace(s) privé(s). Enjeux et partages*, L'Harmattan, 2004, p. 28. V. aussi, M. PERROT, « Public, privé et rapports de sexe » in *Public/privé*, *op. cit.*, p. 73 : « L'articulation du public et du privé est un des problèmes majeurs des sociétés démocratiques. Elle est au cœur de la théorie politique comme de la vie quotidienne ».

les liens entre ce clivage et cette matière soient si prégnants par comparaison aux autres matières du droit privé¹. Il n'en demeure pas moins que l'observateur de la loi pénale peut être décontenancé, à première vue, par l'omniprésence de la terminologie issue du partage étudié. En effet, au-delà d'une apparente familiarité attachée aux mots concernés, dont l'usage dans le langage courant est quasiment quotidien, leurs sens varient et peuvent même paraître contradictoires². Plus encore, la recension de leurs occurrences dans les différentes branches du droit pénal donne une impression de foisonnement désorganisé, et ce, même lorsque l'on fait abstraction de tous les synonymes envisageables, ce qui peut d'emblée être constaté.

2. Cheminant dans les méandres du droit pénal contemporain en quête d'expressions de la distinction privé-public, le pénaliste croisera d'abord sur sa route le droit pénal spécial, ce qui ne saurait surprendre, dès lors que celui-ci constitue « *le guide des comportements et des activités de l'homme* »³. Les occurrences du clivage étudié sont ainsi innombrables en la matière. D'un côté, c'est le terme « *privé* » qui se trouve décliné de bien des manières. Par exemple, les atteintes à l'« *intimité de la vie privée* » sont réprimées⁴ – en particulier l'espionnage d'une personne dans un « *lieu privé* »⁵ ou la captation de ses paroles tenues « *à titre privé ou confidentiel* »⁶ –, de même que le vol ou la destruction d'un « *document d'archives privées* »⁷. D'un autre côté, le vocable « *public* » n'est pas en reste. De nombreux textes conditionnent la répression d'un propos à sa « *publicité* », laquelle peut notamment résulter de sa « *publication* », du fait de « *publier* » le message, de le diffuser dans des « *lieux ou réunions publics* », de l'exposer au « *regard du public* » ou encore de tenir le propos « *publiquement* »⁸. Est aussi puni le fait de réaliser une « *publicité* » commerciale interdite par loi⁹ ou de ne pas avoir procédé à une « *mesure de publicité* » pourtant obligatoire¹⁰. Des

¹ Bien entendu, l'importance revêtue par des notions très présentes en droit privé, comme celles de « *vie privée* » ou de « *propriété privée* », ne sera pas occultée.

² Par ex., le « *secteur privé* » n'est-il pas le lieu où s'inscrit la vie professionnelle, souvent décrite comme une composante de la « *vie publique* » d'un individu ?

³ A. VITU, *Traité de droit Criminel. Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, t. 1, n° 12, p. 18. V. aussi, plus largement, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8^e éd., 2018, n° 3, p. 3, sur le paradoxe tenant au fait que le droit pénal spécial soit enseigné après le droit pénal général, alors que le premier précède en tout point le second, notamment sur le plan historique, si bien que, théoriquement, « *le Droit pénal général a découlé du Droit pénal spécial et non l'inverse* ».

⁴ C. pén., art. 226-1 à 226-7.

⁵ C. pén., art. 226-1, 2°. Sur ce syntagme, v. *infra* n° 32 et s.

⁶ C. pén., art. 226-1, 1°. Sur cette locution, v. *infra* n° 88 et s.

⁷ C. pén., art. 311-4-2, 1° et 322-3-1, 1°.

⁸ Sur l'étude de cette terminologie éclatée, concernant principalement les infractions de presse, v. *infra* n° 114 et s.

⁹ Par ex., en faveur des produits du tabac (CSP, art. L. 3412-6).

¹⁰ Par ex., en matière d'émission de valeurs mobilières « *offertes au public* », C. com., art. R. 247-2, 1°. V., plus largement, *infra* n° 21.

comportements sont réprimés lorsqu'ils se déroulent dans un « *lieu public* »¹, sur la « *voie publique* »², dans l'« *espace public* »³, dans un « *lieu accessible aux regards du public* »⁴, voire – ici encore – « *publiquement* »⁵. Le détournement de « *fonds publics* » est illégal⁶. Les « *personnes depositaires de l'autorité publique* » sont parfois auteurs ou victimes de certaines infractions⁷. Le fait de « *troubler l'ordre public* » est un résultat redouté textuellement mis en lumière⁸. Dès lors que toutes ces expressions sont intégrées à la définition de certaines infractions, la place particulière qu'occupe le partage privé-public en droit pénal par rapport aux autres branches du droit apparaît d'emblée.

Quant à la place de cette partition en droit pénal général, ensuite, l'originalité de la matière pénale est moins marquée, le pénaliste croisant en l'occurrence des figures qui intéressent également d'autres branches du droit. Ainsi, comme toute loi, la loi pénale est concernée par une exigence de « *publication* »⁹. De même, si la question de la « *publication* » d'une décision pénale prend un relief particulier dès lors qu'il peut s'agir d'une peine¹⁰, les décisions rendues par des juridictions non pénales sont également susceptibles d'être publiées¹¹. Dans un autre registre, la question de la responsabilité pénale des collectivités territoriales est liée à la notion de « *délégation de service public* »¹². Plus largement, entre les lignes de la loi, la place du droit pénal par rapport à la distinction du « *droit privé* » et du « *droit public* » est souvent discutée¹³.

Enfin, en procédure pénale, l'opposition privé-public occupe aussi une place de choix, ce qui, là encore, ne saurait étonner, puisque cette matière se présente comme « *le reflet des conceptions, libérales ou autoritaires, des droits de l'individu face à l'État* »¹⁴. Le « *ministère public* », mentionné par les textes¹⁵, est ainsi opposé, dans le langage courant, aux « *parties privées* »¹⁶. Certains actes de police sont strictement encadrés lorsqu'ils concernent un « *lieu*

¹ Par ex., la vente à la sauvette (C. pén., art. 446-1). Sur la notion de lieu public, v. *infra* n° 51 et s.

² Par ex., la mendicité agressive (C. pén., art. 312-1-1). Sur la notion de voie publique, v. *infra* n° 253.

³ Par ex., la dissimulation intégrale du visage (Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, art. 1^{er} ; v. *infra* n° 260).

⁴ Il en va ainsi pour l'exhibition sexuelle (C. pén., art. 222-32 ; v. *infra* n° 195 et s.).

⁵ Par ex., l'usurpation de signes réservés à l'autorité publique (C. pén., art. 433-15 ; v. *infra* n° 117).

⁶ C. pén., art. 432-12. On notera toutefois que les « *fonds privés* » sont aussi concernés par la prohibition.

⁷ V. *infra* n° 7.

⁸ Par ex., en matière d'attroupement (C. pén., art. 431-3 ; v. *infra* n° 208).

⁹ CRPA, art. L. 221-2 et s. V. *infra* n° 21.

¹⁰ C. pén., art. 131-35. V. *infra* n° 409 et 531.

¹¹ Sur l'*open data* des décisions de justice, v. *infra* n° 21 et 408.

¹² C. pén., art. 121-2. V. *infra* n° 7.

¹³ V. *infra* n° 5.

¹⁴ J. LARGUIER, *Le droit pénal*, Que sais-je, 2005, p. 7.

¹⁵ V. not., C. proc. pén., art. 31 et s.

¹⁶ Que l'on songe aussi à la figure du « *délit privé* » (v. *infra* n° 16).

privé » ou des « *paroles tenues à titre privé ou confidentiel* »¹. La « *publication* » de la décision de saisie pénale immobilière fait l'objet d'un dispositif spécifique². Le procureur peut « *rendre publics* » certains éléments de la procédure³. Quant à l'audience, elle est en principe « *publique* », ce qui vaut ici encore pour d'autres branches du droit⁴.

Ce panorama, bien loin d'être exhaustif, révèle l'impossibilité d'une conception unitaire des termes « *privé* » et « *public* ». Partant, il apparaît nécessaire de dégager plus précisément les différentes conceptions dont ils font l'objet en droit pénal, afin d'identifier celles qui seront exclues dans le cadre de la présente étude (section 1) puis, à l'inverse, celle sur laquelle il conviendra de se focaliser (section 2).

Section 1 : Les conceptions exclues des termes « public » et « privé » en droit pénal

3. Malgré l'éclatement terminologique précédemment relevé, les vocables construits autour des termes « *privé* » et « *public* » ont une essence commune. En effet, de même qu'à chaque rotation d'un kaléidoscope, « *les perles bougent, laissant place à une nouvelle figure organisée, toujours, à partir d'une loi* »⁵, le recours à la terminologie découlant de la dichotomie privé-public est guidé par la nécessité de favoriser l'organisation de la vie en société. Plus précisément, le foisonnement des vocables découle des rapports constants entre les trois entités structurant la société contemporaine : l'individu, la société et l'État.

Historiquement, les prémices d'une partition entre privé et public s'observent dans l'Antiquité. Dans la cité grecque, « *la sphère de la polis, la chose commune (koinè) à tous les citoyens libres, est strictement séparée de la sphère de l'oïkos qui est propre (idia) à chaque individu* »⁶. La sphère publique, lieu de la délibération politique, de la soumission librement consentie à la norme élaborée collectivement, est alors plus valorisée que la sphère privée⁷,

¹ C'est le cas pour les sonorisations et fixations d'images (C. pén., art. 706-96 ; v. *infra* n° 344 et 349).

² C. proc. pén., art. 706-51 et s.

³ C. proc. pén., art. 11, al. 3 (v. *infra* n° 404 et s., 514 et s.).

⁴ Sur le « *principe de publicité* » de l'audience pénale, v. *infra* n° 490 et s.

⁵ G. LÉGO, « Kaléidoscope », art. préc., *loc. cit.*

⁶ J. HABERMAS, *L'Espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, 1993 (1962), p. 15.

⁷ H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, *op. cit.*, p. 76, soulignant que pour les Grecs, « *une vie passée dans l'intimité du chez-soi [...], loin du monde commun est "idiote" par définition* » et précisant que pour les Romains, « *la vie privée ne sert qu'à se retirer temporairement des affaires de la res publica* ».

associée à la nécessité – la procréation et le travail¹ –, le chef de famille exerçant un pouvoir total sur la maisonnée². À Rome, la logique est la même : la noble *res publica* d'un côté, l'autorité illimitée du *paterfamilias* de l'autre ; la femme se voit cantonnée à la sphère domestique, l'homme étant seul concerné par les affaires publiques³. En toute hypothèse, s'il est bien possible de distinguer un pouvoir privé et un pouvoir public, ni l'un ni l'autre « ne tolère les insoumissions de l'individualisme »⁴. En somme, dans l'Antiquité, société et État ne font qu'un, la sphère privée est domestique, et l'individu n'est pas une réalité pleinement consensuée⁵.

Ce n'est qu'à partir du Moyen Âge que, très progressivement, le trio entre l'individu, la société et l'État va se structurer. Comme le résume un historien : « *Le "long" Moyen Âge que [certains inscrivent] dans une chronologie sautillant du III^e siècle au XIX^e siècle (si l'on considère le servage comme sa principale caractéristique) voit en son sein, à la fois, s'instituer un "État national" [...] et se manifester l' "individu" »⁶. Ce dernier va finir par incarner la sphère privée⁷, dès lors que la famille va peu à peu perdre la place centrale qu'elle occupait*

¹ G. SARFATI, art. préc., p. 33 : « *Le monde du travail, c'est à dire la pratique économique est rigoureusement distincte de l'espace public. Au demeurant, le travail définit une activité servile par excellence, la sphère des échanges repose sur l'activité servile ou populaire, la sphère publique étant entièrement définie en vertu de la tâche d'administration et de gouvernement de la cité* ». V. toutefois, T. PAQUOT, *L'espace public*, La Découverte, 2009, p. 51 : « *Les Grecs conçoivent l'économie comme relevant des individus et de la communauté, elle correspond à ce qui les satisfait tous les deux, en quelque chose qui n'est ni strictement politique ni strictement économique, mais qui confère à la communauté et aux individus leur dimension communautaire* » ; c'est dire que, déjà, la sphère sociale était en germe.

² H. ARENDT, *op. cit.*, p. 64 : « *Aux yeux des grecs, contraindre, commander au lieu de convaincre étaient des méthodes pré-politiques de traiter les hommes : c'est ce qui caractérisait la vie hors de la polis, celle du foyer et de la famille, dont le chef exerçait un pouvoir absolu, ou celle des empires barbares de l'Asie, dont on comparait le régime despotique à l'organisation de la famille* ».

³ R. DEBRAY, *Ce que nous voile le voile : La République et le sacré*, Folio, 2006, p. 39 : « *publicus procède du latin pubes, le poil, désignant la population mâle adulte en âge de porter les armes et donc de prendre part aux délibérations du forum* ». V. aussi, T. PAQUOT, *op. cit.*, p. 50, évoquant le couple divin formé par Hestia, la déesse du foyer, de la maison et de la famille, et Hermès, messenger des dieux, des routes et des frontières, mais soulignant qu'associer la première à la sphère privée et le second à la sphère publique « *consiste en une simplification aussi hâtive qu'exagérée* ». Sur les évolutions de ce clivage dans l'histoire, dont les mentalités contemporaines sont parfois toujours imprégnées, v. M. PERROT, art. préc.

⁴ P. VEYNE, « *L'empire Romain* », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée, Tome 1. De L'Empire romain à l'an mil*, Seuil, 1999, p. 22.

⁵ H. ARENDT, *op. cit.*, p. 76 : « *nous nommons aujourd'hui privé un domaine intime dont on peut chercher l'origine à la fin de l'antiquité romaine, et dont on ne trouverait guère de traces dans l'antiquité grecque, mais dont la diversité, la complexité singulière furent à coup sûr inconnues avant l'époque moderne* ».

⁶ T. PAQUOT, *op. cit.*, p. 53.

⁷ M. PERROT, « *Introduction* » in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée, Tome 4. De la Révolution à la Grande Guerre*, Seuil, 1999, p. 7 : « *La Renaissance marque le début de ce mouvement de fond dont la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen est en quelque sorte la charte. Mais il faut bien du temps pour que l'individu juridique abstrait devienne une réalité. C'est toute notre histoire : celle du XIX^e siècle* ».

encore au XIX^e siècle dans l'organisation de la société¹. Plus encore, durant cette longue période, dès lors que le travail sort de la sphère domestique² pour intégrer la « *sphère sociale* »³, laquelle se dépolitise en grande partie⁴, la *société*, au sens moderne du terme, peut faire son apparition. C'est ainsi qu'à partir du XIX^e siècle, les philosophes⁵ comme les juristes⁶ prennent comme point de départ de leurs analyses le triptyque évoqué.

On aura l'occasion de revenir à plusieurs reprises sur cette évolution. Il s'agit surtout ici de souligner que l'articulation des rapports entre ces trois entités est à l'origine des différentes conceptions dont découlent les nombreux vocables construits autour des termes « *privé* » et « *public* ». Parmi celles les plus souvent mises en lumière, mais que l'on ne retiendra pas dans la présente étude, il est ainsi possible d'identifier une conception *verticale*, consistant à analyser les rapports politiques qu'entretient l'État avec le citoyen comme avec la société qu'il surplombe. Dans cette conception, « *le public, c'est l'État, le service de l'État et d'autre part, le privé, ou plutôt [...] le "particulier" [concerne] tout ce qui [échappe] à l'État* »⁷ (§1). Par

¹ A. PROST, « Frontières et espaces du privé », in G. DUBY et P. ARIÈS (dir.), *Histoire de la vie privée. Tome 5. De la Première Guerre mondiale à nos jours*, Seuil, 1999, p. 52 : « *La famille qui se consacre désormais exclusivement à ses fonctions privées [...] cesse d'être une institution forte ; sa privatisation est une désinstitutionalisation* ».

² G. SARFATI, art. préc., *loc. cit.* : « *L'émergence de la bourgeoisie, la généralisation du système fiduciaire, l'apogée ainsi que l'influence de la Réforme ont pour effet de déplacer vers la sphère publique la dimension économique, jusque-là recluse à l'espace domestique* », ce qui impose une « *mutation à la valeur travail, désormais condition de la dignité et non plus indice d'une condition servile* ».

³ H. ARENDT, *op. cit.*, p. 65 : « *l'apparition du domaine social qui n'est à proprement parler, ni privé ni public, est un phénomène relativement nouveau, dont l'origine a coïncidé avec la naissance des temps modernes et qui a trouvé dans l'État-nation sa forme politique* ».

⁴ *Ibid.*, p. 85 : « *La société est la forme sous laquelle on donne une importance publique au fait que les hommes dépendent les uns des autres et rien de plus ; c'est la forme sous laquelle on permet aux activités concernant la survie pure et simple de paraître en public* ».

⁵ HÉGEL, *Principes de la philosophie du droit*, Gallimard, 1989 (1821), analysant les rapports entre trois instances fondamentales : l'individu, la société civile et l'État. Comp. P. RICŒUR, *Soi-même comme un autre*, Seuil, 2015 (1990), p. 202, définissant la « *visée éthique* » comme la visée de la « *vie bonne, avec et pour autrui, dans des institutions justes* ». V. aussi, M. PERROT, « La famille triomphante », in *Histoire de la vie privée*, t. 4, *op. cit.*, p. 81 : « *Définir les relations entre État et société civile, entre collectif et individuel devient le problème majeur [après la Révolution] [...], la pensée politique se montre soucieuse de délimiter les frontières et d'organiser les intérêts privés* ».

⁶ Pour LABOULAY : « *Entre l'État et l'individu, il y a un espace naturel que le pouvoir tente de détruire : la société, et l'association qui est "une petite société dans la grande"* », cité par F. SAINT-BONNET, « Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire. Les "libertés sociales" comme dépassement de l'alternative entre libertés individuelles et libertés politiques », *Jus politicum*, n° 3, 2011, p. 7, qui précise (p. 8) : « *Cette petite société dans la grande est le lieu dans lequel les hommes peuvent éprouver et développer leur sociabilité, le sentiment d'amitié* ». Comp., Haut conseil à l'intégration, avis relatif à l'expression religieuse dans les espaces publics de la République, remis au Premier ministre en mars 2010, distinguant « *l'espace public où s'appliquent, avec rigueur, les principes de laïcité et de neutralité qui concernent, au premier chef, les agents du service public [...]; l'espace civil qui comprend juridiquement le domaine public de circulation et les entreprises privées ouvertes au public et aux usagers [...]; enfin, l'espace intime qui est, pour l'essentiel, celui du domicile* ». Sur cette présentation, v. O. BUI-XUAN, « L'espace public : l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », *RFDA*, 2011, p. 551, estimant qu'il aurait été « *plus pertinent d'appeler le premier "sphère publique", le second "sphère sociale" et le troisième "sphère domestique"* ».

⁷ P. ARIÈS, « Pour une histoire de la vie privée » in G. DUBY et P. ARIÈS (dir.), *Histoire de la vie privée. Tome 3. De la Renaissance aux Lumières*, Seuil, 1999, p. 20.

ailleurs, les relations entre la société et l'individu peuvent être décrites comme la conception *horizontale* de l'opposition étudiée. En effet, dans de nombreuses situations, la vie publique ne se confond pas avec l'étatique, par exemple lorsqu'un individu se rend à une manifestation culturelle. Là encore, il s'agira de comprendre la logique de cette conception tout en excluant d'en faire l'angle d'analyse à partir duquel la partition privé-public sera appréhendée (§2).

§1. La conception verticale : l'État et le particulier

4. *Les contours de la conception verticale.* Dans le langage courant, plusieurs acceptions des termes « *privé* » et « *public* » renvoient à la conception verticale de ceux-ci. Ainsi, « *public* » se présente en l'occurrence sous la forme d'un adjectif désignant ce qui est « *relatif aux collectivités sociales juridiquement définies, et spécialement à l'État* »¹, ou comme un substantif désignant tout bonnement l'État². En revanche, « *privé* » se trouve ici exclusivement sous la forme adjectivale³ et renvoie à ce qui « *n'a aucune part aux affaires publiques* », « *n'est pas l'État, ne dépend pas de l'État* »⁴. En toute hypothèse, d'innombrables syntagmes sont composés avec le premier adjectif⁵ comme avec le second⁶. Si ceux-ci traduisent une approche statique de l'opposition-privé-public, les dérivations s'inscrivent en l'occurrence dans une

¹ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le petit Robert*, 2011, sens I, A, 2. V. aussi, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd., 2018, sens 3 à 9 : « *Relatif au gouvernement, à l'administration d'un pays* » ; « *Qui est inhérent à la Constitution ou à l'organisation de l'État* » ; « *Qui est soumis à un régime de Droit public* » ; « *Qui détient une parcelle de l'autorité de l'État et participe à l'exercice d'une fonction qui en dépend* » ; « *Qui est au service de l'État* » ; « *Qui est exercé au nom de l'État* » ; « *Qui appartient à l'État* » ; « *Qui émane d'une autorité de l'État ou est placé sous le contrôle d'une telle autorité* ». V. encore, A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, 2012 : « *Dès ses premiers emplois, l'adjectif qualifie ce qui concerne peuple, collectivité dans son entier, ce qui est relatif à l'État, entrant dans quelques syntagmes comme la chose publique (vers 1355), calqué du latin res publica, bien public (bien publique, 1362), charges publiques (1699), droit public (1701). Un homme public (1690) est un homme exerçant des fonctions dans le gouvernement ou la haute administration* ».

² *Ibid.*, sens II, 1. Les premiers emplois substantivés remontent « *au XIV^e siècle (1391, le publique) et s'expliquent, soit à partir du français public, soit comme un emprunt au latin publicum, substantif neutre tiré de publicus, désignant le domaine public, spécialement Trésor public, la chose publique (c'est-à-dire l'État)* » (A. REY (dir.), *op. cit.*).

³ Il est toutefois courant d'affirmer travailler dans « *le privé* ».

⁴ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *op. cit.*, sens 4 et 5. En l'occurrence, la signification « *qui n'a pas part aux affaires publiques* », remonte au moyen français « *en parlant d'une personne ou d'une chose qui n'a pas de caractère officiel et, selon le contexte s'oppose aux notions de public, politique, social (vers 1367)* » (A. REY (dir.), *op. cit.*).

⁵ Par ex. : « *pouvoirs publics* », « *autorité publique* », « *administration publique* », « *fonction publique* », « *trésor public* », « *dette publique* », « *charges publiques* », « *instruction publique* », « *travaux publics* », « *secteur public* », « *finances publiques* », « *collectivités publiques* ».

⁶ Par ex. : « *école privée* », « *secteur privé* », « *investissements privés* », « *subsidés privés* », « *clientèle privée* », « *clinique privée* », « *peine privée* ».

approche dynamique, que l'on songe à la « *privatisation* »¹, terme trouvant ici sa dénotation la plus importante, auquel est souvent opposé la « *publicisation* ».

Au-delà de cette approche sémantique, il convient surtout d'observer que la conception verticale de la dichotomie privé-public se dédouble. Historiquement, avant même que l'État moderne se structure, la puissance publique a toujours été opposée au corps social, et ce, même à l'époque féodale où le pouvoir était morcelé entre de multiples seigneuries². La meilleure illustration tient aux chartes de franchise négociées entre des seigneurs et les communautés rurales ou urbaines de leurs domaines, lesquelles avaient pour objet « *de reconnaître aux habitants du lieu certains droits particuliers qui [constituaient] pour leurs bénéficiaires, au sens strict, des privilèges : privatae leges, "lois privées" »*³. On peut aussi souligner que depuis que l'État moderne s'est clairement démarqué de la société civile, ces deux entités sont censées être en relation perpétuelle, ce que traduit le concept philosophique d'« *espace public* », défini comme « *l'usage public du raisonnement* » par HABERMAS⁴, ainsi que le concept juridique de « *libertés publiques* », du moins en partie⁵.

Parallèlement, l'État peut aussi être directement opposé au citoyen⁶, c'est-à-dire à l'individu envisagé sous un angle politique. Sur un plan philosophique, l'enjeu est alors « *la nature et les limites de la subordination des personnes privées par rapport à l'autorité de l'État. L'équilibre s'effondre aussi bien lorsqu'une puissance publique devient despotique et tend à réduire à néant la liberté des citoyens [...] que lorsque les citoyens, refusant toute obéissance*

¹ Ce mot est d'origine récente et anglo-saxonne, apparaît vers 1965 (A. REY (dir.), *op. cit.*).

² G. DUBY, « Pouvoir privé, pouvoir public », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée. Tome 2. De l'Europe féodale à la Renaissance*, Seuil, 1999, p. 24, précisant qu'« à aucun moment, même au creux de la dépression, autour de l'an 1100, ne se perdit l'idée qu'il est une manière spécifiquement publique de dominer, qu'il existe des droits distincts des autres parce qu'ils sont d'essence publique, tels ces regalia que l'empereur se mit à revendiquer au XII^e siècle en Italie ».

³ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2014, n° 55, p. 119.

⁴ *L'espace public, op. cit.*, p. 38. Ainsi, là où l'« *opinion publique* » peut concerner des éléments n'ayant aucun lien avec la politique – au sens de l'organisation de la cité – et aurait émergé avec l'apparition du public de masse (v. *infra* n° 152), l'espace public traduirait exclusivement le rapport vertical de la discussion démocratique.

⁵ En effet, les libertés de réunion, d'association ou d'expression sont le préalable nécessaire à l'organisation politique des sociétés contemporaines, mais elles peuvent aussi être analysés, sous l'angle de la conception horizontale de la dichotomie privé-public, comme le moyen de faire société sans s'intéresser à la délibération politique. En ce sens, v. F. SAINT-BONNET, « Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire », art. préc., p. 3 : « *Pour se libérer de l'alternative entre la démocratie et la liberté, les libéraux de la fin du Second Empire veulent canaliser la liberté du citoyen en la laissant déployer son énergie hors des rets du pouvoir politique et étatique. Ainsi, l'association permet de parler, de délibérer, d'agir, de mener à bien des projets sans pour autant vouloir ou prétendre s'emparer du pouvoir politique* ».

⁶ Cette opposition est centrale dans certaines cultures, v. T. PAQUOT, *L'espace public, op. cit.*, p. 61, soulignant qu'en japonais « "public" se dit ooyake, "privé" watakushi. Le premier terme suggère une origine opposée à celle de notre "public" ("chose du peuple") ; car ooyake, c'est la chose du chef. Quant à watakushi, il se trouve que c'est aussi le terme qu'on utilise le plus couramment comme équivalent de notre "je/moi". Il semblerait donc qu'à la dualité romaine public/privé corresponde au Japon un couple étatique/ personnel ».

[...] nient la puissance publique et essayent de jouir de leur liberté, une liberté sauvage dans un État anarchique »¹. Sur le plan juridique, c'est bien entendu le concept de « liberté individuelle » qui sera invoqué².

Cela étant, le plus souvent, comme le suggèrent les définitions précitées, est « privé » tout ce qui n'est pas l'État, soit l'individu comme la société civile ; c'est ce qu'on peut observer pour les principales oppositions³ de notions juridiques issues de la conception verticale.

5. Droit privé, droit public. La distinction entre droit privé et droit public, *summa divisio* en apparence incontournable en droit français⁴, est la plus haute expression juridique de la conception verticale de la dichotomie privé-public ; en découlent les autres oppositions notionnelles que l'on évoquera par la suite. Ainsi, « il est courant d'affirmer que le droit public est l'ensemble des règles qui gouvernent l'ensemble des personnes publiques tandis que le droit privé est l'ensemble des règles qui gouvernent l'ensemble des personnes privées »⁵. Plus encore, le droit public a trait à l'intérêt général⁶, ce que traduit la notion de service public⁷, là où les intérêts privés sont l'apanage du droit privé⁸. Par ailleurs, cette distinction se traduit sur un plan procédural par le principe de dualité des ordres de juridiction, formalisé par la loi des 16 et 24 août 1790⁹. Cet aspect opératoire de la distinction étudiée semble être d'ailleurs le seul

¹ R. POLIN, « Le sens du privé dans l'opposition du privé et du public », in *Il pubblico e il private, Archivio di filosofia*, 1979, II-III Padova, Cedam. Casa Editrice Dott.-Antonio Milani, p. 183.

² Là encore néanmoins, une liberté individuelle peut être analysée tant sous son aspect vertical que sous son aspect horizontal. C'est toute l'ambiguïté, notamment, du droit au respect de la vie privée (v. *infra* n° 11).

³ G. CORNU, *Linguistique juridique, op. cit., loc. cit.*, précisant, à propos de la polysémie étoilée : « Le tableau des oppositions est encore la meilleure manière de dresser la carte des sens, en lui donnant une portée lexicale ».

⁴ V. F.-X. TESTU, « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », *D.* 1998, p. 345, rappelant que si l'idéologie classiquement attachée au droit public est « d'inhiber le souverain, pour que la société soit moins troublée et plus propice au commerce », ce droit « a une nature artificielle : certes, il est utile dans le système où il prend place, mais il ne constitue pas le vrai droit ». Ainsi, « ce que nous appelons "droit public" en prétendant l'isoler d'un corpus dit "droit privé", n'a pas été un résultat spontané de l'histoire, mais le produit d'une construction intellectuelle », dont l'auteur identifie BODIN comme le promoteur initial.

⁵ R. DRAGO et M.-A. FRISON-ROCHE, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridiction et de la justice administrative », *Arch. Phil. Droit*, n° 41, *Le privé et le public*, 1997, p. 136.

⁶ L. DUGUIT, *Les transformations du droit public*, A. Colin, 1913 ; M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, 2^e éd., 1916, p. 6 ; S. PAPAETHYMIU, *La distinction "droit public-droit privé" dans la théorie du droit et de l'État*, th. Paris 10, 1994, p. 173 et s.

⁷ L. RICHER, « Service public et intérêt privé », *Arch. Phil. Droit*, n° 41, *op. cit.*, p. 300. V. aussi, F.-X. TESTU, art. préc., jugeant la notion de service public « indéfinissable ».

⁸ C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés, op. cit.*, n° 2, p. 4 : « Toute la distinction du droit public et du droit privé repose sur ce syllogisme : les personnes publiques sont exclusivement en charge de missions d'intérêt général et celui-ci ne peut pas être entièrement servi par le droit privé ; il est donc indispensable de doter les personnes publiques d'un système juridique leur conférant des prérogatives exorbitantes du droit commun ».

⁹ *Ibid.* : « Le juge administratif est principalement le juge de la puissance publique, c'est-à-dire qu'il doit être saisi lorsque des règles exorbitantes du droit commun ont été appliquées ou devraient l'être. Le juge judiciaire

véritable gage de son existence¹, ce qui n'empêche pas certains de remettre en cause la pertinence d'un tel dualisme².

Plus largement, c'est le clivage entre droit privé et droit public qui se trouve régulièrement remis en question³. La raison majeure⁴ de cette contestation tient aux interactions constantes entre les systèmes normatifs⁵. Du côté de la publicisation du droit privé, certains auteurs ont pu critiquer l'expansion de l'État-providence et l'intervention croissante de l'État dans la sphère privée du citoyen⁶, en particulier sa mainmise sur la famille et l'éducation. Sur le plan économique, les nationalisations ont également pu brouiller les frontières entre droit privé et droit public⁷. Toutefois, depuis la crise de l'État-providence⁸, la critique dominante semble être celle d'une privatisation excessive du droit public. D'un point de vue axiologique, la poussée de l'individualisme tout au long du XX^e siècle aurait engendré une confusion de l'intérêt général et de l'intérêt particulier⁹, ce que traduit de façon symptomatique, au niveau

est compétent pour statuer sur les questions relatives au droit privé, alors même qu'une personne publique serait concernée ».

¹ R. DRAGO et M.-A. FRISON-ROCHE, art. préc., p. 137 : « On en arrive à dire que le droit public se définit comme ce qui est soumis au juge administratif et le droit privé comme ce que connaît le juge judiciaire ». V. aussi, M. TROPER, *La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique, Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994, p. 190.

² V. not., M. BAZEX, « L'implosion du dualisme de juridictions », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 35. V. toutefois C. BROUELLE, « La fin du dualisme juridictionnel : un point de vue universitaire », *Revue de droit d'Assas*, 2019, n° 18, p. 52 ; J. ROUSSEAU, « Le dualisme juridictionnel : le point de vue d'un praticien », *ibid.*, p. 55.

³ V. not., H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. H. THÉVENAZ, éd. de la Baconnière, 2^e éd., 1988, p. 164 ; C. EISENMANN, « Droit public, droit privé », *Rev. dr. pub.* 1952, p. 959 ; L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. 1, Boccard, 3^e éd., 1927, p. 686 et s.

⁴ On n'évoquera pas ici les éléments qui remettent en cause la distinction du fait qu'ils englobent le droit privé et le droit public, comme le droit constitutionnel ou le droit communautaire.

⁵ J. RIVERO, « Droit public et droit privé : conquête ou *statu quo* ? », *D.* 1947, chron., p. 69. L'auteur met bien en évidence le caractère oppositionnel de la dichotomie étudiée, en filant la métaphore guerrière. Il évoque ainsi quatre stratégies à la disposition du droit public : la conquête, le protectorat, l'encerclement et l'infiltration. V. aussi, R. GUILLEN, « Droit public ou droit privé », in *Mél. Offerts à J. Brethe de la Gressay*, Bière, 1967, p. 315 et 323 : « Venue de l'affrontement du libéralisme et de l'interventionnisme, la distinction du droit public et du droit privé a donc un fondement politique [...]. La distinction du droit public et du droit privé n'est donc pas sûrement en voie de disparition. Si elle ne comporte aucune ligne de démarcation, elle correspond à des élans juridiques bien distincts qui sont en lutte permanente ». V. aussi *infra* n° 24

⁶ V. not., E. RIEZLER, « Oblitération des frontières entre le droit privé et le droit public », *Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert*, t. 3, LGDJ, 1938, p. 124 ; H. MAZEAUD, « Défense du droit privé », *D.* 1946, chron., p. 15 ; R. SAVATIER, *Du droit civil au droit public à travers les personnes, les biens et la responsabilité civile*, LGDJ, 2^e éd., 1950 ; J. CARBONNIER, « Le droit administratif du droit civil », *Rev. hist. dr. fr.*, 1974, p. 758 et s. V. aussi, plus récemment, N. MOLFESSIS, « Les lois domestiques », *Pouvoirs*, 2005, n° 130, p. 81, évoquant notamment « la publicisation du de la question du bien individuel : c'est l'État qui est ainsi en charge de définir ce qui est bien pour l'individu et entend se substituer à ses choix » ; J.-H. ROBERT, « La musique grinçante des sphères », *Dr. pén.*, 2021, repère 11.

⁷ Sur l'âge d'or des nationalisations au XX^e siècle et la question de leur réactualisation avec la crise de la Covid-19, v. S. BRANET, « Fasc. 26 : nationalisation d'entreprises », *J.-Cl. Propriétés publiques*, 2020, n° 3.

⁸ P. ROSANVALLON, *La crise de l'État-providence*, Seuil, 1981, 192 p.

⁹ C. CHAMARD, *op. cit.* n° 5, p. 5 : « la libre poursuite des intérêts individuels est en effet conçue comme la forme la plus achevée de l'intérêt général ». Adde : R. SENNETT, *Les Tyrannies de l'intimité*, Seuil, 1995, 288 p.

terminologique, l'effacement de la terminologie « *libertés publiques* » au profit de celle de « *droits fondamentaux* »¹. Dans le même ordre d'idées, l'État aurait été contaminé par la logique managériale du secteur privé, le primat de l'efficacité étant incontournable². En sont témoins les rapports constants du secteur public avec les règles du marché et de la concurrence, favorisant la transposition en droit public de mécanismes juridiques de droit privé, comme le droit de la responsabilité ou la notion de contrat³. Plus encore, l'essor de la sécurité privée⁴ ou encore la privatisation qu'a connue la vidéoprotection⁵ pourraient laisser entrevoir un déclin du fameux monopole de l'État quant à la violence légitime, dont découle notamment le rattachement de la préservation de l'ordre public à la police administrative. Du fait de toutes ces évolutions, d'aucuns s'interrogent alors sur l'avenir du droit public⁶.

6. *Quid* de la place du droit pénal au sein de cette *summa divisio* fragilisée ? La question est classique et il ne s'agit pas dans cette étude de trancher ce débat « *fort académique* »⁷, en particulier car l'on se propose de traiter de l'articulation entre les termes « *privé* » et « *public* » en droit pénal, non des rapports entre ceux-ci et le droit pénal. Cela étant, la réponse incertaine

¹ Y. MADIOT, « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in *Écrits en l'honneur de J. Savatier*, PUF, 1992, p. 354 : « Contre celle, consacrée en France, de "libertés publiques" qui traduit la place seconde des droits fondamentaux par rapport à l'État, celle de droits de l'homme, plus large et plus intemporelle, marque l'affranchissement progressif des droits fondamentaux par rapport aux contraintes étatiques et un recentrage nécessaire l'individu ».

² J. CAILLOSSE, « Le public du droit administratif », in *Mél. Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 390.

³ Sur ce point, v. not., B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préf. J.-J. BIENVENU, Éditions Panthéon Assas, 2003 ; C. EISENMANN, « Sur le degré d'originalité du régime de la responsabilité extracontractuelle des personnes publiques », *JCP*, 1949, n° 1, 751 ; M. HAURIU, « L'utilisation en droit administratif des règles et principes du droit privé », in *Recueil d'études sur les sources du droit, en l'honneur de Fr. Gény*, t. 3, Sirey, 1935, p. 92.

⁴ V. CSI, art. L. 611-1 et s ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis, 12^e éd., 2019, n° 329, p. 259. On notera toutefois qu'une telle délégation de l'autorité publique à des personnes privées tend à être légitimée par un encadrement législatif étroit (v. J.-H. ROBERT, « Commentaire des principales dispositions de la loi n° 2021-646 du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés », *Dr. pén.*, 2021, étude 15, n° 20 et s.).

⁵ Les instances gardiennes des libertés étaient à l'origine hostiles aux dispositions la délégation de pouvoirs de police administrative à des personnes privées (Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC ; X. LATOUR, « Une privatisation partielle de la vidéoprotection sur la voie publique ? », *JCP A*, 2015, n° 24, 4). La possibilité pour les commerçants d'installer eux-mêmes des dispositifs de vidéoprotection fut pourtant introduite par voie d'amendement (CSI, art. L. 251-2, issu de la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014). La doctrine est sceptique quant à la constitutionnalité, non encore évaluée, de ce cavalier législatif (J.-F. KERLÉO, « Un développement de la vidéoprotection », *Dr. adm.*, 2014, comm. 62). Il est néanmoins peu probable que le dispositif soit déclaré inconstitutionnel, étant donné l'importance accordée à cette possibilité par les commerçants, notamment les bijoutiers qui réclamaient avec insistance cette mesure. Sur le régime de la vidéoprotection, v. *infra* n° 345 et 484.

⁶ Si certains évoquent un « *recul* » du droit public (J. CAILLOSSE, « Droit public-droit privé », art. préc., p. 961), d'autres annoncent sa « *fin* » (O. VALLET, « La fin du droit public ? », *Rev. adm.*, 1992, p. 5).

⁷ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 5^e éd., 2019, n° 186, p. 172. On notera qu'il est fréquent que les auteurs concluent, de façon nuancée, au caractère mixte du droit pénal. Par ex., v. J. CARBONNIER, « L'État dans une vision civiliste » in *L'Etat*, t. 1, Droits, n° 15, 1992, p. 34, évoquant un « *droit public matiné de droit privé* ».

à la question soulevée justifie que l'on retienne, dans les présents développements, une définition large de ce droit. On peut donc rappeler que si plaident en faveur d'un rattachement du droit pénal au droit public la construction historique du droit pénal¹, la centralité de l'intérêt général – critère du droit public² –, le monopole étatique de la répression pénale³, la vocation potentiellement répressive du droit administratif⁴ ou encore l'inaptitude du juge judiciaire à traiter de matières complexes du droit public⁵, ce droit reste associé, en France, au droit privé, dans les programmes universitaires⁶ comme, surtout, au plan de l'organisation juridictionnelle, dès lors qu'il relève de la compétence du juge judiciaire.

Parmi les raisons justifiant ce rattachement⁷, on peut insister sur le fait que l'on ne saurait confondre l'État et la société, or « *le droit pénal et les institutions qui le mettent en œuvre [expriment] essentiellement les volontés de cette dernière* »⁸. Autrement dit, si le ministère public est bien une institution étatique, le procureur représente les intérêts de la société⁹, dans une optique horizontale, là où le rapporteur public – anciennement « *commissaire du gouvernement* » – défendra ceux de l'État devant le juge administratif, dans une optique verticale.

En réalité, moins que l'approche statique de ce débat, c'est surtout le tiraillement du droit pénal entre le droit administratif et le droit civil, engendrant alternativement son

¹ Sur le passage de la justice privée, familiale ou clanique, à la justice étatique, v. J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, n° 1, 144 et 164.

² G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif*, préf. Y. GAUDEMET, LGDJ, 1997, n° 60, p. 39.

³ V. déjà, J.-L.E. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, Plon, 3^e éd., 1863, n° 24, p. 10 : « *Le rapport d'où se déduit la conception du droit pénal n'est pas un rapport d'homme privé homme privé [...] : le mal fait par le lésé après coup et par réaction [...] serait vengeance et non justice pénale. Le droit pénal ne fait donc pas partie du droit privé [...]. Il faut donc dire que le droit pénal est une partie de droit public interne qui intervient, comme moyen sanctionnateur, dans toutes les branches quelconques du droit* ».

⁴ Sur cet argument, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 188, p. 173.

⁵ Comme le droit des marchés publics. En ce sens, R. DRAGO et M.-A. FRISON-ROCHE, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridiction et de la justice administrative », art. préc., p. 143.

⁶ On notera toutefois que si le droit pénal est enseigné par des professeurs de droit privé, ceux-ci sont agrégés « *en droit privé et sciences criminelles* » ; le droit pénal ne serait donc qu'une modeste science dont le noble droit privé tolérerait le voisinage.

⁷ Sur le fait que l'autorité judiciaire reste la mieux placée pour lutter contre les abus de pouvoir de l'État, le cas échéant, ou encore l'absence de monopole du droit public quant à la préservation de l'intérêt général, relativisant la centralité de ce critère, v. E. DREYER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸ *Ibid.*

⁹ L'origine de cette institution plaide en ce sens, v. J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, n° 15, p. 40, rappelant que sous la République romaine, « *chaque citoyen devait se sentir responsable de l'ensemble de l'ordre public, et toute violation de la loi était censée le concerner directement. En portant une accusation il exerçait donc un ministère public – officium publicum ; au lieu d'être, comme aujourd'hui, réservé aux seuls magistrats du parquet, ce ministère incombait ainsi à l'ensemble du corps civique* ». Adde, M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992, p. 111 et s., sur l'éviction progressive des « *instances "sociétales"* – le groupe social, la victime, le délinquant » sous l'Ancien Régime et, plus largement, sur le rôle ponctuellement accordé au groupe social en droit pénal contemporain.

« *administrativisation* »¹ ou sa « *civilisation* »² qui justifie qu'au-delà de la définition classique du droit pénal³, on évoque dans cette étude des éléments ayant trait à la « *matière pénale* »⁴ au sens européen du terme⁵.

7. Personnes privées, personnes publiques. Un des corollaires majeurs de la distinction entre droit privé et droit public est celle entre les personnes privées et les personnes publiques, « *personnes morales dont l'activité permet la satisfaction de l'intérêt général et qui sont en conséquence titulaires de prérogatives de puissance publique* »⁶, qu'incarnent fonctionnaires et agents publics. Logiquement, le flou qui caractérise la distinction matricielle rejaillit sur cette distinction complémentaire⁷. Si l'enjeu de la partition est surtout économique en l'occurrence⁸, quoique d'autres questions puissent être évoquées, comme celle de la laïcité⁹, le droit pénal accorde tout de même une place importante à ce clivage.

¹ V. not., J.-H. ROBERT, « La dépénalisation », in *Arch. Phil. Droit*, n° 41, *op. cit.*, p. 195, présentant l'essor des autorités admiratives pourvues de pouvoir de sanction comme une « *forme machiavélique de dépénalisation* ». V. aussi, M. DELMAS-MARTY, et C. TEITGEN-COLLY, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992. V. toutefois, E. DREYER, *op. cit.*, n° 190, p. 175, estimant qu'il est moins question d'un dépouillement du droit pénal par le droit administratif que du rayonnement du premier sur le second.

² Que l'on songe à l'essor de la sanction-réparation, à l'apparition des procédures négociées, à la place prise par la victime dans le procès pénal ou, plus largement, à la prise en compte croissante d'intérêts privés en droit pénal. Sur ces points, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 191 et s. ; X. PIN, « La privatisation du procès pénal », *RSC*, 2002, p. 245 ; P. CONTE, « La participation de la victime au processus pénal : De l'équilibre procédural à la confusion des genres », *RPDP*, 2009, n° 3, p. 521 ; Y. JOSEPH-RATINEAU, *La privatisation de la répression pénale*, th. dir. M. GIACOPELLI, Aix-Marseille, 2013.

³ On peut le définir comme « *la branche du droit à l'occasion de laquelle une sanction spécifique – la peine – est prononcée, au nom de la société, suite au trouble ou au risque de trouble à l'ordre public causé par la transgression, dans certaines circonstances, d'une norme tenue pour essentielle* » (E. DREYER, *op. cit.*, n° 2, p. 1).

⁴ Sur les visites administratives, la vidéoprotection, les contrôles d'identités administratifs et le flou de la frontière entre police administrative et police judiciaire, v. *infra* n° 484 et s. Sur l'absence de publicité des audiences « *para-pénales* », v. *infra* n° 496.

⁵ E. DREYER, *op. cit.*, n° 145 et s.

⁶ C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, *op. cit.*, n° 2, p. 3. *Adde* : J.-B. AUBY, *La notion de personne publique en droit administratif*, th. Bordeaux 1, 1979, p. 125 ; C. BLAVOËT, « Personnes privées et personnes publiques. Objectivité du droit public français », *JCP* 1950, n° 1, 889.

⁷ *Ibid.*, note 10, p. 3, évoquant le problème de la distinction des établissements publics et des établissements d'utilité publique, la multiplication des organismes privés gérant des services public, comme les organismes corporatifs et l'intervention croissante de l'administration dans des secteurs réservés auparavant aux personnes privées, dont les établissements publics industriels et commerciaux sont le meilleur exemple. Pour l'auteur, la période contemporaine « *n'est guère plus lisible avec le retour des privatisations, le développement des démembrements de l'administration, le développement des filiales des entreprises publiques et surtout, l'impression diffuse que les institutions publiques et privées sont largement interchangeables* ».

⁸ *Ibid.*, n° 26, p. 24 : « *Ainsi, les personnes publiques sont celles qui détiennent le privilège du préalable, le privilège de l'exécution forcée, le pouvoir d'acquérir des biens de manière autoritaire et d'émettre un état exécutoire ou un arrêté de débet. Ce sont également celles qui sont susceptibles de soumettre une partie de leur patrimoine aux règles protectrices de la domanialité publique* ».

⁹ Que l'on songe à la célèbre affaire de la crèche associative « *BabyLoup* ». V. not., I. DESBARATS, « Affaire Baby Loup : laïcité fragilisée ou liberté religieuse renforcée ? », *JCP S*, 2013, 1297. V. *infra* n° 467.

En premier lieu, la personne publique ou le fonctionnaire sont parfois envisagés comme des *auteurs* d'infractions devant être traités de façon particulière. D'un côté, le droit pénal fait part d'une sévérité accrue à l'égard des abus de l'autorité publique¹, les « *personnes dépositaires de l'autorité publique* » et les « *personnes morales chargées d'une mission de service public* » étant souvent punies plus sévèrement que les particuliers pour certains comportements², l'encadrement de l'action des enquêteurs étant bien entendu un enjeu majeur en procédure pénale³.

D'un autre côté, la personne publique bénéficie parfois d'un régime de faveur. Ainsi, l'État ne peut-il voir sa responsabilité pénale engagée⁴ et les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public⁵. Quant aux autres personnes publiques, bien qu'elles dussent, au regard du droit positif, être également irresponsables⁶, la Cour de cassation applique à leur égard les règles de droit commun applicables aux personnes morales⁷. Si les fonctionnaires ne bénéficient pas d'une telle exonération de responsabilité, la loi n° 2000-647 dite « *Fauchon* » du 10 juin 2000 visait à dépenaliser l'action des « *décideurs publics* »⁸ en matière d'infractions par imprudence⁹. On peut aussi évoquer la Cour de la justice de la République, compétente pour juger les membres du gouvernement français pour les infractions commises dans l'exercice de leur fonction, dont l'existence est parfois perçue comme une faveur indue à l'égard de ces derniers¹⁰. Enfin, si le personnage public bénéficie aussi d'une liberté de parole accrue, en principe, par rapport à celle

¹ Sur le plan historique, v. J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, n° 223, p. 440 : « Sur un total de 150 incriminations prévues par le code de 1791, on en compte 82 qui sont de nature politique – les ministres et autres “agents du pouvoir exécutif” étant particulièrement visés ». Et les auteurs d'ajouter qu'il s'agissait de « défendre les citoyens contre les abus de pouvoir des agents de l'autorité, toujours suspects de pulsions “despotiques” et donc placés sous stricte surveillance » (*ibid.*, n° 240, p. 466).

² Au sein du Code pénal, on peut dénombrer pas moins de vingt-trois infractions faisant de ces qualités soit une condition préalable de l'infraction (par ex., C. pén. art. 432-1 à 432-16 C. pén pour les abus d'autorité commis contre les particuliers), soit une circonstance aggravante (par ex., C. pén., art. 222-3 pour le crime de torture et actes de barbarie ; art. 311-4, pour le vol ; art. 412-1, pour l'attentat). Sur les délits d'expression visant des fonctionnaires ou des institutions publiques, v. *infra* n° 369, 424, 437, 441 et s.

³ Sur cet encadrement et le droit à la sûreté, v. *infra* n° 479 et s.

⁴ C. pén., art. 121-1, al. 1^{er}. Pour une critique de cette immunité absolue, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1153, p. 889.

⁵ C. pén., art. 121-2, al. 2. Sur les subtilités de ce régime et sa mise en œuvre délicate, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1156 et s. ; R. MÉSA, « Les délégations de service public vues par le juge pénal », *JCP A*, 2013, étude 2058.

⁶ En ce sens, M. DALLOZ, « Le mythe la responsabilité pénale des personnes morales de droit public », in *Fonctionnaires et droit pénal*, L'Harmattan, 2015, p. 63.

⁷ J.-B. THIERRY, « La responsabilité pénale des établissements de santé », *AJ pénal*, 2012, p. 317.

⁸ F. BOTTINI, *La protection des décideurs publics face au droit pénal*, préf. G. LEBRETON, LGDJ, 2008.

⁹ C. pén., art. 121-3, al. 3 et 4.

¹⁰ D'où sa suppression régulièrement préconisée (v. not. Projet de loi constitutionnelle n° 911, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 9 mai 2018 ; Projet de loi constitutionnelle pour un renouveau de la vie démocratique n° 2203, déposé à l'Assemblée nationale le 29 août 2019).

d'un simple particulier¹, le législateur attend tout de même du premier qu'il s'en montre digne, d'où la récente aggravation de plusieurs infractions de presse lorsque celles-ci sont commises par un fonctionnaire², ce qui illustre pleinement la double prise en compte de ce dernier en tant qu'auteur d'une infraction.

En second lieu, les institutions publiques et leurs représentants sont également appréhendées comme des *victimes* en droit pénal. Une protection accrue peut leur être accordée, ce dont témoignent en particulier les chapitres du Code pénal consacrés aux atteintes « à l'administration publique commises par les particuliers »³ ou « à l'action de la justice »⁴, de même que les différents délits de diffamation ou d'injures envers des serviteurs de l'État ou ses institutions⁵, ou encore la définition de la compétence réelle⁶, voire la reconnaissance de l'action civile des personnes morales publiques⁷. Toutefois, cette protection accrue, potentiellement suspecte⁸, est aussi nuancée à d'autres égards. Par exemple, l'homme public doit s'attendre à être critiqué du fait de son exposition et peut moins facilement obtenir la condamnation de propos infamants le concernant⁹. Dans un registre voisin, si la catégorie des

¹ Par ex., v. CEDH, 23 avr. 1992, n° 11798/85, *Castells c/ Espagne*, § 42 : « Précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ». Adde : A. GUEDJ, « L'homme public et la presse », in *Mél. Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, p. 917.

² Il en va ainsi en matière de provocations discriminatoires (Loi du 29 juillet 1881, art. 24, al. 9), de négationnisme (*ibid.*, art. 24 bis, al. 5) et d'injures racistes ou sexistes (*ibid.*, art. 33, al. 5) depuis la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021 confortant le respect des principes de la République.

³ C. pén., art. 433-1 à 433-26.

⁴ C. pén., art. 434-1 à 434-48.

⁵ Loi du 29 juillet 1881, art. 30, 31 et 33. Adde : D. DE LA BURGADE, « La physionomie actuelle de la notion de diffamation politique », *LPA*, 24 janv. 1997, n° 11, p. 13, relevant l'énumération désordonnée de l'article 31 et suggérant de dégager « un concept général, en ne visant que toute personne participant, à quelque titre que ce soit, à la vie publique ». Au surplus, la jurisprudence précise que le reproche relatif à la vie privée d'un serviteur de l'État ne constitue qu'une diffamation envers un particulier (Cass. crim., 1^{er} sept. 2005 ; CCE 2006, comm. 73, obs. A. LEPAGE).

⁶ C. pén., art. 113-10 : « La loi pénale française s'applique aux crimes et délits qualifiés d'atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation et réprimés par le titre Ier du livre IV, à la falsification et à la contrefaçon du sceau de l'État, de pièces de monnaie, de billets de banque ou d'effets publics réprimés [...] et à tout crime ou délit contre les agents ou les locaux diplomatiques ou consulaires français, commis hors du territoire de la République ».

⁷ V. not., Cass. crim., 27 nov. 1996, *Bull. crim.* n° 431 ; Cass. crim., 7 avr. 1999, *Bull. crim.* n° 69. Adde : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1251 et s.

⁸ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, op. cit., n° 240, p. 466, rappelant qu'avec le Code pénal de 1810, « la perspective est totalement inverse [par rapport au Code de 1791] : le crime de forfaiture n'est plus qu'une infraction marginale et il s'agit avant tout de défendre l'État et son appareil contre tout ce qui pourrait l'affaiblir ou le contester ».

⁹ CEDH, 8 juill. 1986, n° 9815/82, *Lingens c/ Autriche*, § 42, jugeant que « la liberté de la presse fournit à l'opinion publique l'un des meilleurs moyens de connaître et juger les idées et attitudes des dirigeants [...]. Partant, 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 ». La solution vaut aussi pour les fonctionnaires (CEDH, 7 nov. 2006, n° 12697/03, *Mamère c/ France*, § 27) ainsi que pour les « personnages publics » (par ex., CEDH, 29 nov. 2005, n° 75088/01, *Urbino Rodrigues c/ Portugal*, § 31, pour un journaliste).

« *infractions politiques* » peut concerner des actes dont les victimes ne sont pas nécessairement des personnes publiques¹, l'idée sous-jacente à ce mécanisme, soumettant en théorie l'auteur de l'infraction à un régime de faveur², est bien de traiter moins sévèrement celui qui inscrit son action dans une logique de contestation politique ; la protection de l'État s'en trouve donc mécaniquement amoindrie³.

En toute hypothèse, la présente étude ne portera pas directement sur les éléments évoqués, pas plus que sur les rapports entre le droit pénal et la distinction entre biens publics et biens privés.

8. Biens privés, biens publics. Le partage entre les biens privés et les biens publics constitue le corollaire direct de la distinction entre les personnes privées et les personnes publiques. En effet, pour définir les biens publics, la doctrine administrative met le plus souvent en avant un critère organique, tenant à les présenter comme ceux « *qui appartiennent à une personne morale de droit public, c'est-à-dire à l'État, aux collectivités locales ou aux établissements publics* »⁴, par opposition « *aux biens qui sont la propriété de personnes privées et qui peuvent tout aussi bien être destinés à satisfaire les intérêts de leur propriétaire comme l'intérêt général* »⁵. D'aucuns considèrent toutefois que le bien public doit être affecté à l'utilité publique, c'est-à-dire que le bien doit satisfaire l'intérêt général, directement ou indirectement⁶. Quant au régime de la propriété publique, l'insaisissabilité et l'incessibilité des biens à des prix

¹ Le champ d'application du délit politique est en réalité incertain. En matière criminelle, il suffit de s'intéresser à la peine de référence, à savoir la « *détention criminelle* », pour l'identifier. En matière délictuelle, les auteurs hésitent en revanche entre une conception objective, tenant à la nature de l'acte délictueux (E. GARÇON, *Code pénal annoté*, Sirey, 2^e éd., 1959, art. 1, n° 157) et une conception subjective, focalisée sur le « *le mobile de l'agent, son intention, le but qu'il se proposait d'atteindre* » (*ibid.*, n° 162). Il semblerait que ce soit la seconde conception qui l'emporte aujourd'hui (v. not., R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, t. 1, Cujas, 7^e éd., 1997, p. 534). En réalité, cette incertitude conceptuelle résulte du refus ponctuel du législateur ou du juge d'identifier une infraction politique, afin de ne pas permettre à son auteur de bénéficier des faveurs procédurales qu'engendre une telle qualification (J.-J. LEMOULAND, « Les critères jurisprudentiels de l'infraction politique », *RSC*, 1988, p. 16). Sur le caractère politique des délits commis lors de rassemblements publics, v. *infra* n° 456.

² À savoir l'impossibilité de recourir à la procédure de comparution immédiate (C. proc. pén., art. 397-6) ou à celle de l'extradition (C. proc. pén., art. 696-4).

³ Ce qui conduit parfois la doctrine à remettre en cause la légitimité d'une telle catégorie (v. not. E. DREYER, *op. cit.*, n° 239, p. 210).

⁴ C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, *op. cit.*, n° 25, p. 23. Dans le même sens, G. BOLORIA KELLY, *Les biens publics en droit français*, éd. Gerbo, 1992, p. 1, pour qui « *l'élément déterminant de la notion de bien public, c'est la liaison de celui-ci, comme un objet de propriété, à une personne juridique de droit public* ».

⁵ C. CHAMARD., *op. cit.*, *loc. cit.* L'auteur précise ainsi que, « *contrairement aux économistes qui considèrent que c'est le caractère exceptionnel des biens publics qui justifie sa dépendance à l'État, les juristes démontrent précisément l'inverse : c'est la nature particulière du propriétaire qui influe sur le régime des biens publics en les soumettant à des principes spécifiques* » (*ibid.*, n° 41, p. 24).

⁶ V. not., B. BOURDEAU, *La notion d'affectation dans la théorie du domaine public*, th. Poitiers, 1980 ; Y. LENOIR, *Le rôle de l'affectation dans la propriété administrative et les autres droits réels administratifs*, Sirey, 1966.

inférieurs à leur valeur constitueraient ses deux éléments caractéristiques¹. Il convient aussi de préciser que la propriété publique se dédouble, les personnes publiques pouvant disposer d'un domaine public mais aussi d'un domaine privé², – ce qui, on en conviendra, ne facilite pas l'appréhension conceptuelle de la dichotomie privé-public –, soumis pour l'essentiel au droit privé³.

En l'occurrence, le droit pénal accorde souvent une protection renforcée à la propriété publique. Sont ainsi réprimés le détournement de fonds publics⁴, le vol ou la destruction d'un « *bien culturel qui relève du domaine public mobilier* »⁵ ou encore diverses contraventions de voiries visant à préserver le « *domaine public routier* »⁶. De façon intéressante, le délit de prise illégale d'intérêts vise notamment à éviter la confusion des patrimoines privés et publics en réprimant le fait, pour les personnes investies d'un mandat électif public et dépositaires de l'autorité publique, d'acquérir des biens appartenant à la collectivité publique ou de prendre en location de tels biens, sauf lorsqu'il est question d'une petite commune⁷.

En somme, les rapports entre le droit pénal et la conception verticale des termes « *privé* » et « *public* » sont conséquents. Cette approche ne sera néanmoins pas retenue dans cette étude, pas plus que la conception horizontale de la dichotomie étudiée.

§2. La conception horizontale : la société et l'individu

9. Les contours de la conception horizontale. La conception horizontale de la dichotomie privé-public a trait à « *l'opposition implicite entre individu et société* »⁸. Sur le plan sémantique, elle est assez discrète : « *privé* » renvoie en l'occurrence à ce qui est « *individuel, particulier*

¹ P. YOLKA, *La propriété publique. Éléments pour une théorie*, LGDJ, 1997, *passim*.

² P. CHRÉTIEN, *La distinction des domaines comme forme symbolique. Recherches relatives au droit des biens publics*, th. dir. G. DUPUIS, Paris 1, 1990 ; O. DE DAVID BEAUREGARD-BERTHIER, *La justification actuelle de la distinction entre domaine public et domaine privé*, th. dir. C. DEBBASCH, Aix-Marseille, 1994. Sur l'étendue du domaine privé, v. G. EVEILLARD et S. CARPI-PETIT, « Fasc. 409 : Domaine privé », *J.-Cl. Administratif*, 2012, n° 5 et s., expliquant qu'il s'agit essentiellement des propriétés publiques non affectées à l'utilité publique, affectées à l'utilité publique mais ne remplissant pas une autre condition de la domanialité publique, ou rattachées à ce domaine par des dispositions législatives.

³ G. EVEILLARD et S. CARPI-PETIT, *op. cit.*, n° 46 et s.

⁴ C. pén., art. 432-15.

⁵ C. pén., art. 311-4-2, 3° et 322-3-1, 3°.

⁶ C. voirie routière, art. R. 116-2.

⁷ C. pén., art. 432-12.

⁸ G. SARFATI, « Le partage notionnel privé/public », art. préc., p. 31.

(opposé à collectif, commun, public) »¹, ce qui « ne concerne que les intérêts personnels des particuliers », ou encore ce qui est « intime »² ; là où « public » désigne ce qui « concerne le peuple pris dans son ensemble »³, ce qui « est d'ordre général et supérieur », voire ce qui est « commun, qui appartient à tous »⁴. À s'en tenir aux mots, cette conception horizontale n'apparaît donc pas comme une évidence. Néanmoins, il est indéniable que « le privé au sens moderne, dans sa fonction essentielle qui est d'abriter l'intimité, s'oppose non pas au politique mais au social, auquel il se trouve par conséquent plus étroitement, plus authentiquement lié »⁵.

La particularité de cette conception est son caractère *graduel*. En effet, si l'individu et la société s'imposent comme deux pôles bien déterminés, plusieurs entités sont supposées les relier en socialisant l'individu, des amis aux collègues de travail, en passant par la famille⁶. Comme le souligne un philosophe : « Tout privé a un public, c'est à dire, à la limite, l'autre que lui, ce public fût-il réduit à une seule autre personne privée, à autrui, pris en particulier ou pris en général »⁷. En d'autres termes, l'*altérité*, le rapport de soi à autrui, est aussi au cœur de la conception étudiée⁸. Il n'en demeure pas moins que le rapport de soi à soi – ou encore le « *for interne* » – inhérent à la constitution de l'*identité* de l'individu est aussi abordé par les auteurs analysant les termes « privé » et « public » au prisme de la conception horizontale⁹. À cet égard, si les présentations de la gradation ainsi engendrée varient, une constante est le recours à la terminologie des « sphères »¹⁰.

¹ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le petit Robert*, op. cit., sens 2.

² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., sens 1 et 6. Quant à l'évolution historique de ce vocable, il serait apparu vers 1140. Par ailleurs, le substantif « un privé » désignait un ami intime, mais le mot semble avoir disparu du langage courant (A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit.).

³ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), op. cit., sens I, A, 1.

⁴ G. CORNU (dir.), op. cit., sens 2 et 15. V. aussi, A. REY (dir.), op. cit. : « À partir de la Renaissance, public qualifie [...] ce qui est l'usage tous et non d'une minorité (1538), fille publique (1771), autrefois femme publique (vers 1545), vie publique (1757), morale publique (avant 1825) ».

⁵ H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, op. cit., p. 77.

⁶ Ce qui vaut aussi, dans une certaine mesure, pour la conception verticale des termes « privé » et « public » (M. PERROT, « La famille triomphante », art. préc., p. 82 : « l'individu est subordonné à la famille, qui, avec les corporations, est l'un des "cercles" essentiels de la société civile. Sans elle, l'État n'aurait affaire qu'à des "collectivités inorganiques", à des foules, propices au despotisme »).

⁷ R. POLIN, « Le sens du privé dans l'opposition du privé et du public », art. préc., p. 181.

⁸ Comp. J. DABIN, *Théorie générale du droit*, Nlle éd. Dalloz, 1^{re} éd., 1969, p. 19, associant « altérité » et rapports interindividuels, « solidarité » et relations communautaires, « société » et association.

⁹ V. F. DE SINGLY « Identité personnelle et identité statutaire », in *Arch. Phil. Droit*, n° 41, op. cit., p. 53, distinguant « une sphère extérieure, celle des apparences, celle des rôles, et une sphère intérieure, celle des profondeurs où se cache le vrai moi », et déduisant une partition entre le « soi intime » et le « soi statutaire ».

¹⁰ V. not., C. GUSY, « La théorie des sphères », *AJJC*, 2002, p. 467. Selon cette théorie, issue de la doctrine allemande et helvétique, il s'agirait de distinguer entre « une sphère intime », comprenant notamment les informations personnelles que l'individu souhaite soustraire à autrui, telles que des données de santé, une « sphère privée », englobant les relations intimes que l'individu entretient avec autrui, mais aussi les relations de travail, et une « sphère publique », désignant la vie de l'individu prenant place dans des lieux publics ou à travers des

Dès lors, il est permis de penser que quatre sphères peuvent être distinguées : la *sphère personnelle* de l'individu, incluant le rapport de soi à soi, ou d'une personne sur ses biens ; la *sphère familiale*, enveloppant, parmi les relations intimes de l'individu, celles qui sont le plus fréquemment saisies juridiquement ; la *sphère collective*, comprenant les relations professionnelles, associatives ou purement économiques de l'individu ; la *sphère sociale*, enfin, englobant les relations impersonnelles de ce dernier. Cette présentation se retrouve sur le plan *patrimonial* – la propriété privée s'oppose alors à la propriété collective ou commune –, sur le plan *extra-patrimonial* – la vie privée rentre en conflit avec la moralité publique – et sur le plan *procédural* – le délit privé et, surtout, l'action civile, permettent de traduire différents intérêts dans une logique de gradation.

10. Propriété privée, propriété collective, biens communs. La propriété privée, au sens fort du terme, s'inscrit bien entendu dans la sphère personnelle de l'individu, dès lors que le propriétaire exerce son droit réel sur le bien sans partage, ce droit étant en principe absolu¹. En revanche, dès lors que la propriété se trouve partagée, différentes notions juridiques apparaissent pour saisir la réalité de la propriété collective². Plus précisément, dans la sphère familiale, les « *biens communs* » renvoient, en matière de régimes matrimoniaux, aux biens appartenant indistinctement et concurremment aux époux³, chacun d'eux disposant d'une quote-part portant sur la totalité du bien commun. Ces biens s'opposent alors aux

communications publiques. V. aussi, F. SAINT-BONNET, « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa. Réflexions sur la mort au monde et l'incarcération volontaire », *Jus politicum*, n° 7, 2012, p. 28 : « *Il n'est [...] pas absurde de distinguer au sein de la sphère privée lato sensu deux éléments : la sphère privée stricto sensu (la vie privée) et l'espace public (la vie sociale). Or ces deux éléments ne sont pas de même nature : l'un est une sphère, l'autre un espace [...]. La sphère privée stricto sensu se conçoit de manière solide, étanche (au liquide et au gaz) tandis que la notion d'espace public est davantage rétive à toute circonscription dans une définition hermétique, elle n'est pas solide (et s'assimile plus volontiers à l'état liquide ou gazeux)* ». Comp., dans une approche anthropologique, E.-T. HALL, *La dimension cachée*, Seuil, 2014 (1966), p. 143 et s., distinguant la distance *intime*, la distance *personnelle*, la distance *sociale* et la distance *publique*, préludes aux activités et relations sociales, ainsi qu'aux notions de personnages publics et de rapports publics.

¹ C. MOULY, « Propriété publique, propriété privée et justice », *Arch. phil. droit*, n° 41, *op. cit.*, note 5, p. 269 : « *Par propriété privée, nous entendons la seule vraie propriété, celle d'un propriétaire unique qui prend les décisions d'exploitation et en supporte toutes les conséquences, positives (profits) et négatives (responsabilité). Dès qu'il ne peut plus écarter l'interférence de tiers, l'on s'approche de la propriété collective* ».

² *Ibid.*, p. 287. L'auteur précise que le domaine de la propriété collective couvre trois applications principales : « *mitoyenneté, voisinage, et certaines indivisions. Il faut y ajouter le droit sur la valeur concédée au titulaire d'une sûreté réelle [...]. En font aussi partie les servitudes, les utilités simultanées aux possessions promiscues* » ; il évoque aussi les situations suivantes : « *pluralité de titulaires de droits réels par démembrement : usufruit/nue-propriété ; bail à construction ; pluralité de titulaires de droits réels par division abstraite : indivision, communauté entre époux, copropriété par appartement* ». V. également : F. TERRÉ, P. SIMLER, *Doit civil. Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018, n° 533 ; F. ZÉNATI-CASTAING, « La propriété collective existe-t-elle ? » in *Mél. Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 589 ; F. MASSON, *La propriété commune*, préf. P. STOFFEL-MUNCK, LGDJ, 2021.

³ C. civ., art. 1421 et s.

« *biens propres* », lesquels constituent le patrimoine personnel d'un époux et sont soumis à sa maîtrise exclusive¹. Dans le même ordre d'idées l'indivision², en pratique, est souvent une situation subie par des cohéritiers, si bien qu'elle s'inscrit aussi dans la sphère familiale.

La sphère collective n'est toutefois pas en reste, que l'on songe à la copropriété, dont découlent les notions de « *parties communes* » – opposées aux « *parties privatives* » – ou de « *services communs* »³. Dans la même logique, l'article L. 113-3 du Code de propriété intellectuelle dispose, en son alinéa premier, que l'œuvre de collaboration est la « *propriété commune* » des coauteurs, le troisième alinéa de cet article faisant mention de « *l'œuvre commune* ». On peut également songer à la propriété partagée par les associés d'une société⁴ ou les membres d'une association⁵. Le point commun entre tous ces mécanismes est le régime contraignant découlant du partage des prérogatives sur le bien concerné⁶, si bien que certains n'hésitent pas à juger défavorablement la propriété collective⁷.

Pourtant, une partie de la doctrine prône la reconnaissance de la propriété collective au niveau de la sphère sociale, ce qui renvoie à la *théorie des biens communs*. Il ne s'agit pas de se prononcer sur la validité de cette théorie – bien délicate à circonscrire au demeurant⁸ –, mais de réaliser que la référence au « *commun* » se présente ici comme un remède à la binarité de

¹ C. civ., art. 1403 et s.

² C. civ., art. 1873-1 et s.

³ V. not., Loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis, art. 3.

⁴ V. C. MOULY, art. préc., p. 289, indiquant la nécessité de distinguer entre les « *sociétés-structures* », dans lesquelles la propriété privée est de mise puisque « *le maître de l'affaire est seul aux commandes* » et les « *sociétés-contrats* », au sein desquelles « *certaines associés au moins mettent en commun des biens, et entendent surveiller où contribuer à leur gestion [...]. Même s'il y a un maître de l'affaire, il n'a plus une totale liberté de choisir la gestion qu'il souhaite, et il partage les conséquences des choix de gestion (profits et responsabilité). Ces sociétés-contrats sont donc bien les propriétés collectives, dans lesquelles toutefois les restrictions aux libertés évoquées sont aménagées et réduites* ».

⁵ *Ibid.*, envisageant la distinction des « *associations-structures* » et des « *associations-contrats* ».

⁶ J. ROCHFELD, « Biens communs (approche juridique) » in M. CORNU et J. ROCHFELD (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 103 : « *Ce qui réunit [ces mécanismes] est qu'ils renvoient peu ou prou à l'idée de destination collective, caractéristique qui en influence le régime* ».

⁷ C. MOULY, art. préc., p. 287. : « *Les inconvénients de la propriété collective sont connus : tous les cas de pluralité de titulaires sont considérés, par expérience, comme des situations désastreuses pour la gestion des biens* ». L'auteur ajoute, néanmoins : « *Dans les hypothèses où le nombre de copropriétaires est limité, le plus souvent à deux ou trois personnes, les inconvénients de la propriété collective sont surmontables, ou compensés par des avantages spécifiques* ».

⁸ M. SPANÒ, « Présentation » in P. NAPOLI, « Indisponibilité, service public, usage. Trois concepts fondamentaux pour le "commun" et les "biens communs" », *Tracés*, 2014, n° 27, p. 211, n° 1 : « *Les "biens communs" incarnent un signifiant vide et "flottant" : ni substantif ni adjectif, ni chose ni qualité intrinsèque à la chose, le syntagme "biens communs" désigne plutôt un processus ou une pratique. Qu'il s'agisse d'un espace physique, d'une ressource naturelle ou immatérielle, d'un savoir ou d'une pratique, une chose est dite "commune" à partir du moment où, et parce que, elle est revendiquée comme telle* ».

l'opposition privé-public sur le plan patrimonial¹. La discussion a, en l'occurrence, été initiée par la littérature économique à la fin du XX^e siècle². Les juristes se sont emparés de la théorie évoquée au début du XXI^e siècle, notamment en Italie où, en 2007, une commission chargée de remanier les textes du Code civil consacrés aux biens publics a fait émerger la catégorie des « *biens communs* » : « *Ne relevant ni du public – c'est-à-dire de l'État – ni du privé – cette sphère dans laquelle les biens sont soumis à ce droit d'usage et d'abus [...] –, les “biens communs” renverraient à un tertium genus de la propriété* », à savoir « *les choses fonctionnellement utiles à l'exercice des droits fondamentaux et au libre développement de la personne* »³. Concrètement, il s'agirait de qualifier de biens communs le fond des mers, l'Antarctique, l'espace extra-atmosphérique, le patrimoine culturel de chaque État, ou encore le génome humain. L'idée générale est donc de disjoindre propriété et accès à la jouissance du bien⁴ et de mettre l'accent sur l'administration⁵ de celui-ci. Au fondement de ce mécanisme, se trouverait la notion issue du droit romain de *res communes*⁶, dont l'article 714 du Code civil, évoquant les « *choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous* »,

¹ S. RODOTÀ, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXI^e siècle », *Tracés*, 2016, n° 16, p. 211, n° 38 : « Nous sommes [...] obligés d'aller au-delà du schéma dualiste, de la logique binaire qui a dominé ces derniers siècles la réflexion occidentale – propriété publique et privée, État et marché ».

² G. HARDIN, *La tragédie des communs*, PUF, 2018 (1968), 64 p ; E. OLSTROM, *Governing the commons : The Evolution of Instructions for Collective Action*, Cambridge University Press, 1990, 280 p.

³ S. RODOTÀ, art. préc., n° 43 : « Les biens communs sont “à titre de propriété diffus” : ils appartiennent à tous et à personne, au sens que tous doivent pouvoir y avoir accès et que personne ne peut se prévaloir d'une quelconque exclusivité. Ils doivent être administrés en déplaçant le principe de solidarité. Ils incorporent la dimension de l'avenir, et ils doivent donc être gérés dans l'intérêt des générations qui viennent ».

⁴ C. B. MACPHERSON, « Liberal-democracy and property », in *Property. Mainstream and Critical Positions*, University of Toronto Press, 1978, p. 201 : « La propriété [...] peut également consister en un droit individuel à ne pas être exclu par les autres de l'usage ou de la jouissance de certains biens » ; S. RODOTÀ, art. préc., n° 41 : « Le discours sur l'exclusion se transforme ainsi en discours sur l'accessibilité ». L'accessibilité dont il est question est ici plus abstraite que celle abordée dans le cadre de cette étude (v. *infra* n° 193 et s.).

⁵ P. NAPOLI, art. préc., n° 34 : « Pour le droit romain, avoir le dominium sur un bien ne signifie pas l'administrer, mais en jouir pleinement, car une telle jouissance est inhérente à la propriété [...] : au moment de sa première mise en ordre, le droit occidental a conçu le concept d'administration comme constitutivement étranger (plus qu'opposé) à l'exercice du dominium ».

⁶ J. BART, « *Res communes omnium, res nullius, res publicae, res universitatis* », in M. CORNU et J. ROCHFELD (dir.), *op. cit.*, p. 1052 et s. Comme le rappelle l'auteur, il existait ainsi en droit romain une *summa divisio* entre les choses pouvant faire l'objet de transactions entre citoyens (*res in nostro patrimonio*) et celles ne pouvant appartenir à personne (*res nullius, extra patrimonium*, ou encore *extra commercium*). Parmi les secondes, une autre distinction existait entre les choses divines et les choses humaines. Les *choses divines* renvoyaient aux choses sacrées (*res sanctae*) réservées aux « dieux d'en haut » (les temples, les bois sacrés, les objets nécessaires au culte), aux choses religieuses (*res religiosae*) réservées aux « dieux d'en bas » (les lieux de sépulture) et aux choses saintes (*res sanctae*), les choses protégées par les dieux (les murs de la ville, les bornes des champs). Quant aux *choses humaines*, elles renvoyaient aux choses communes (*res communes omnium*), essentiellement des choses naturelles (l'eau, l'air), aux choses publiques (*res publicae*), les choses construites appartenant au peuple romain dans son entier (les voies publiques, les cirques, les théâtres, les thermes) et aux choses d'une université (*res universitatis*), appartenant à une collectivité, l'*universitas* (les membres des villes autres que Rome, les membres de corporations). Certains auteurs contemporains insistent, dès lors, sur la possible déconnexion entre propriété commune et État (en ce sens, v. D. BOLLIER, *La renaissance des communs : Pour une société de coopération et de partage*, Charles Leopold Mayer, 2014, p. 98).

constituerait une réminiscence légale¹. Cette théorie peine néanmoins à s'imposer en France, pour un ensemble de raisons dont, notamment, le fait que les fonctions attribuées à ce concept sont assurées par divers mécanismes². En réalité, la question des biens communs est avant tout une question politique³, le projet partant « *du constat d'échec de la capacité de la propriété publique à préserver l'intérêt collectif et de ses tendances à déployer des logiques de marché qui conduisent dans certains cas à la liquidation de chose publique* »⁴ et proposant les biens communs comme remède, ce sur quoi les avis peuvent diverger⁵.

En toute hypothèse, si les rapports entre le droit pénal et la propriété commune sont ténus⁶, cette construction méritait d'être évoquée car le « *commun* » est ici envisagé comme une alternative au « *privé* » et au « *public* » et l'hybridation des mécanismes existants lui est consubstantielle. Or, on pourra s'appuyer sur une telle présentation dans le cadre de cette étude⁷.

11. La vie privée. Sur le plan extrapatrimonial, il convient en premier lieu de se placer du point de vue de l'individu et de rappeler comment la vie privée – notion que l'on retrouvera évidemment à maintes reprises par la suite, même si elle ne sera pas un objet d'étude en elle-même –, s'est progressivement imposée comme une valeur centrale dans la société contemporaine. On a vu que, dans l'Antiquité, l'individu au sens moderne du terme n'est pas

¹ J. ROCHFELD, art. préc., p. 104 : « *C'est probablement une des notions les plus proches du commun dans la mesure où elle se concentre véritablement sur l'usage collectif. Elle s'en éloigne cependant en ce qu'elle renvoie pour l'essentiel à la nature de certaines ressources que le droit juge inappropriables et, surtout, sans régler plus précisément l'organisation de la gestion de la ressource* ».

² *Ibid.*, p. 106 : « *les figures de voisinage vont tantôt s'attacher à caractériser la ressource (c'est par exemple la notion de chose commune), tantôt encadrer l'accès, en assurer la transmission et la conservation (monument historique) ou encore aménager des règles de gouvernance (les coopératives, le contrat par exemple des Creative Commons, la propriété commune des auteurs où l'indivision). Mais aucune de ces notions, dans le droit français, ne parvient à tenir ensemble ces traits distinctifs des communs* ».

³ S. RODOTÀ, art. préc., n° 11 : « *Les biens définis de manière variable comme "communs" ont évidemment fait l'objet de luttes politiques pour l'obtention et la distribution du pouvoir. Par exemple, on parle beaucoup aujourd'hui de la question de l'eau* ». V. aussi, P. NAPOLI, art. préc., n° 25 : « *Les biens communs se prêtent mal à une taxinomie marchande, puisqu'ils sont déterminés par un processus de reconnaissance et de revendication sociale, venu d'en bas et explicitement conflictuel* ».

⁴ J. ROCHFELD, art. préc., p. 106.

⁵ C. MOULY, art. préc., p. 273 : « *Seul reste le recours à la propriété privée, non parce qu'elle est une institution parfaite, mais parce que personne n'en a trouvé de meilleur. Les communs, donc la propriété collective, ne sont acceptables qu'avec une population de faible densité. L'augmentation de la population conduit à utiliser un autre système* ».

⁶ V. toutefois, C. pén., art. 311-4-2, aggravant le vol d'un « *objet mobilier classé ou inscrit en application des dispositions du code du patrimoine* » ou d'une « *découverte archéologique* ». Comme le relève J. ROCHFELD (art. préc., p. 106), le droit pénal prend en compte en l'occurrence le fait « *qu'au-delà et indépendamment de la propriété privée du bien co-existe une propriété collective* ».

⁷ V. *infra* n° 264 et s.

une réalité sociale, ce qui n'exclut pas que l'homme de l'époque se réserve des « *lieux de retraite individuelle* »¹ et que certains actes intimes échappent au regard d'autrui².

Dans la continuité, du Moyen Âge à la Renaissance s'il existe une sphère privée, il ne s'agit pas d'une sphère personnelle. La solitude relève alors uniquement du registre de la piété avec les monastères ou de la punition avec les prisons, ce qui n'empêche pas l'intimité de se préfigurer dans le registre sentimental³. Dès lors, la sphère privée qui va se construire en parallèle de la sphère étatique est celle de la famille, la sphère domestique. Au sein de celle-ci, chacun vit sous le regard de l'autre, sans aucune intimité. Cependant, à compter de la Renaissance, « *l'idée de soi* »⁴ va se consolider, ce que traduit notamment l'émergence du portrait⁵. Avec les Lumières, l'intimité est mise en mot, comme refuge contre le regard des autres, comme moyen de revendiquer son individualité et de se construire soi-même⁶.

À partir du XIX^e siècle, la sphère privée commence à se dédoubler entre la sphère familiale, déclinante, et la sphère personnelle, grandissante⁷. Cette évolution concerne d'abord la classe bourgeoise, ses membres étant les seuls à disposer de logements suffisamment vastes

¹ Y. THEBERT, « Vie privée et architecture domestique en Afrique romaine », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, t. 1, *op. cit.*, p. 389.

² T. PAQUOT, *L'espace public*, *op. cit.*, p. 48 : « *Ce qui est "privé" s'exprime par le terme aidôs, la "pudeur", qui manifeste autant une réserve qu'une honte. Guère étonnant alors si les "parties honteuses" (génitales) se disent ta aidôia. En fait, aidôs se rapproche de ce que nous nommons, ici et maintenant, "l'intimité"* ».

³ G. DUBY, « L'émergence de l'individu », in P. ARIÈS et G. DUBY, *op. cit.*, t. 2, p. 517 : « *Ce fut là, peut-être, dans les raffinements de la relation du masculin au féminin par l'épreuve, difficile, de la discrétion et du silence, que perça dès la fin du XII^e siècle [...] le premier bourgeon de ce qui deviendra, pour nous, l'intimité* »

⁴ P. ARIÈS, « Pour une histoire de la vie privée », in P. ARIÈS et G. DUBY, *op. cit.*, t. 3., p. 9. Pour l'auteur, les trois événements majeurs fondant cette émergence de l'individu sont le renforcement du rôle de l'État, le développement de l'alphabetisation lié à celui de l'imprimerie et l'apparition de formes nouvelles de religions centrées sur une piété intérieure.

⁵ G. DUBY, art. préc., p. 549 : « *En Occident, le renouveau du portrait figuré, à partir du milieu du XIV^e siècle, exprime la progressive libération de l'individu, sortant du cadre social et religieux où l'avaient figé l'adoration et la munificence privées* ». V. aussi, T. PAQUOT, *op. cit.*, p. 57 : « *À partir de la Renaissance italienne se généralisent le nom propre, la signature, le miroir, le portrait et l'autportrait, la biographie et l'autobiographie, etc., autant de signes marquant l'identité d'un individu* ».

⁶ H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, *op. cit.*, p. 77 : « *Le premier explorateur-interprète, et dans une certaine mesure le premier théoricien, de l'intimité fut Jean Jacques Rousseau [...]. Il fit sa découverte en se révoltant non contre l'oppression de l'État, mais contre la société, contre son intolérable perversion du cœur humain, contre son intrusion dans un for intérieur qui, jusque-là, n'avait pas besoin de protection spéciale* ».

⁷ T. PAQUOT, *op. cit.*, p. 58 : « *Avec la modernité (en gros des années 1840-1850 à nos jours), de façon discontinue et inégale selon les classes sociales et la taille des villes, le "privé" ne se préoccupe que de l'individu. [...] La production quitte le domicile du travailleur [...]. Le logement populaire s'améliore progressivement [...], tout habitant possède son lit, à défaut de sa chambre (ce qui ne tarde pas)* ».

pour pouvoir s'isoler du regard d'autrui¹, avant qu'une démocratisation de la vie privée s'opère au cours du XX^e siècle, dont le facteur essentiel est la révolution du logement populaire².

En bref, l'« intimité » a fait son apparition. Il faut toutefois garder à l'esprit que la naissance de l'individu et de son corollaire, l'individualisme³, n'implique pas exclusivement un retranchement au sein d'espaces clos⁴. Au contraire, pour l'individu contemporain, l'intimité va de pair avec l'« extimité », à savoir « *le désir qui nous incite à montrer certains aspects de notre soi intime pour les faire valider par les autres, afin qu'ils prennent une valeur plus grande à nos propres yeux* »⁵. Tout au long du XX^e siècle, le droit a été appelé à saisir juridiquement ces deux composantes de la sphère personnelle⁶.

12. Les premières théories juridiques relatives à la vie privée furent étrangères et survinrent au tourant du XX^e siècle. Si, Outre-Atlantique, ce vocable fut mis à l'honneur avec la notion de « *privacy* »⁷, c'est dans le cadre de la conceptualisation des « *droits de la personnalité* » que la vie privée s'est inscrite en Europe⁸. En France, l'article fondateur en la matière est publié en

¹ A. PROST, « Frontières et espaces du privé », in G. DUBY et P. ARIÈS (dir.), *op. cit.*, t. 5., p. 17 : « *En un sens, avoir une vie privée était un privilège de classe : celui d'une bourgeoisie grandement logée et qui vivait souvent de ses rentes* ».

² *Ibid.*, p. 59 : « *Le pourcentage de logements "confortables", disposant à la fois de l'eau courante, de WC intérieurs et d'au moins une douche, est passé de 9 % en 1953 à 61 % en 1973 [...]. Une configuration nouvelle de l'espace domestique s'agence, où apparaît une grande nouveauté, pour le peuple du moins : le droit de chaque membre de la famille à sa propre vie privée. La vie privée se dédouble ainsi : au sein de la vie privée familiale, voici celle des individus* ».

³ G. LIPOVETSKY, *L'ère du vide : Essai sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, 1989, 328 p.

⁴ Ce que pouvait laisser supposer la formule de TOCQUEVILLE : « *l'individualisme est le sentiment réfléchi et paisible qui dispose chaque citoyen à s'isoler de la masse de ses semblables et à se retirer à l'écart avec sa famille et ses amis ; de telle sorte que, après s'être créé une petite société à son usage, il abandonne volontiers la grande société à elle-même* » (*De la démocratie en Amérique*, t. 2, Flammarion, 1981 (1835), p. 125).

⁵ S. TISSERON, « Les nouveaux réseaux sociaux : visibilité et invisibilité sur le net », in N. AUBERT et C. HAROCHE (dir.), *Les tyrannies de la visibilité*, Érès, 2013, p. 121. Comme l'auteur le précise, ce désir « *est articulé à l'estime de soi exactement de la même manière que le désir d'intimité. On construit d'abord son estime de soi en construisant son intimité, puis on continue avec son extimité [...]. chacun se construit d'abord un territoire intime caché aux yeux des autres, puis il continue par la construction d'un territoire extime, c'est-à-dire situé dans l'espace public, mais nourri par son intimité* ».

⁶ On ne reviendra pas sur l'appréhension juridique de la sphère familiale, dès lors que celle-ci est surtout l'apanage du droit civil (P. COUV RAT, « La famille, parent pauvre du droit pénal », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 133). On peut tout de même souligner que les immunités familiales prévues, notamment, pour certaines infractions contre les biens (par ex., C. pén., art. 311-12, pour le vol), montrent que la famille constitue une sphère régie en partie par ses propres normes et qu'elle peut être amenée à régler les conflits qui surviennent en son sein de façon autonome. Par ailleurs, la définition de l'étendue du cercle familial intéresse le législateur pénal en matière d'agressions sexuelles incestueuses (C. pén., art. 222-22-3).

⁷ S. D. WARREN et L. D. BRANDEIS, « The Right to Privacy », *Harvard Law Review*, 4, 1890, p. 193. Les deux auteurs proclament l'existence du « *droit d'être laissé seul* » (« *the right to be let alone* ») tout en reconnaissant l'impossibilité de définir les contours de ce droit. *Adde* : F. RIGAUX, « L'élaboration d'un *right of privacy* par la jurisprudence américaine », *RDI com*, 1980, p. 706. Sur la conception anglaise de la *privacy*, v. *infra* n° 21.

⁸ Sur la doctrine suisse des droits de la personnalité, v. A. SIMONIUS, *Les droits de la personnalité*, Travaux de l'association H. Capitant, t. 2, 1947, p. 304 ; sur la doctrine allemande, v. A. LUCAS-SCHLOETTER, *Droit moral et droits de la personnalité. Étude de droit comparé français et allemand*, t. 1, PUAM, 2002, n° 58 et s., 104 et s.

1909¹. De façon intéressante, son auteur distingue le droit de l'individu en tant que tel, le droit de l'individu comme membre de la famille et le droit de l'individu comme membre de la société ; on retrouve l'idée d'une gradation entre différentes sphères. Cette théorie fut toutefois critiquée par une grande partie de la doctrine². Elle n'est d'ailleurs jamais parvenue à s'imposer pleinement, les auteurs étant divisés quant au caractère moniste³ ou pluraliste de la personnalité⁴ et d'aucuns estimant que la notion de vie privée a pris suffisamment d'ampleur pour éclipser la catégorie de droits de la personnalité⁵. Si cette dernière position peut paraître radicale, il est certain que la vie privée constitue « *l'archétype des droits de la personnalité* »⁶.

Quoique la vie privée fût consacrée par divers instruments internationaux après la Seconde Guerre Mondiale⁷, sa consécration légale se fit attendre⁸. Pendant un temps, le juge civil eut recours au droit commun de la responsabilité civile⁹. Cette protection apparut néanmoins insuffisante au regard, notamment, du développement des nouvelles technologies facilitant les immixtions dans l'intimité d'autrui¹⁰. Le législateur intervint donc avec la loi

¹ M. PERREAU, « Des droits de la personnalité », *RTD civ.*, 1909, p. 503 et s.

² V. not., R. NERSON, *Les droits extrapatrimoniaux*, LGDJ, 1939, pour qui la notion de personnalité est « *une appellation séduisante, mais malheureusement [...] très controversée* » ; P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Dalloz, 1963, avançant que ces prétendus droits ne répondent pas à la définition du droit subjectif et qu'il est surtout question de situations juridiques dans lesquelles la responsabilité civile de l'auteur d'un dommage est mise en jeu.

³ En faveur de la consécration d'un droit général de la personnalité, v. not. P. KAYSER, « Les droits de la personnalité. Aspects théoriques et pratiques », *RTD civ.*, 1971, p. 444. V. aussi, B. BEIGNIER, *Le droit de la personnalité*, PUF, 1992 : « *si l'individu est un, comment concevoir un démembrement de sa personnalité ?* »

⁴ En faveur de la reconnaissance d'une pluralité de droits de la personnalité, v. not. P. MALAURIE, « Les droits de la personnalité en 2003 », *Mélanges offerts à A. Decocq*, Litec, 2004, p. 469, n° 8, évoquant une « *scissiparité du droit : un droit unique – le droit de la personnalité – s'est scindé en un faisceau de droits, devenus peu à peu distincts* ». V. aussi, A. LEPAGE, v° « Droits de la personnalité », *Rép. civ.*, 2009 (màj. 2021), n° 24. Sur un recensement synthétique des droits de la personnalité, v. J.-M. BRUGUIÈRE, « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais », *D.* 2011, p. 28, évoquant notamment le droit à l'image, le droit au nom, le droit à la présomption d'innocence, le droit à l'honneur, etc.

⁵ E. DREYER, *Droit de la communication*, LexisNexis, 1^{re} éd., 2018, n° 1631, p. 887 : « *Cette catégorie de droits ne joue aucun rôle structurant ; elle ne sert à rien, voire perturbe l'analyse de chacun [...]. Aujourd'hui, les droits de la personnalité sont pensés à travers leur composante principale qu'est le respect de la vie privée* ».

⁶ A. LEPAGE, *op. cit.*, n° 35. Dans le même sens, v. J. ROBERT, *Libertés publiques*, Montchrestien 2009, p. 233, décrivant la vie privée comme « *l'essence même de la personnalité* ».

⁷ La vie privée est présente dès 1948 au niveau international (DUDH, art. 12 ; v. aussi, PIDCP, art. 17) et dès 1950 au niveau européen (Conv. EDH, art. 8).

⁸ La vie privée apparaissait certes dans certaines dispositions pénales anciennes (Loi du 11 mai 1868, art. 11, réprimant la « *publication dans un écrit périodique relative à un fait de vie privée* » ; Loi du 29 juillet 1881, art. 35, interdisant depuis une ordonnance du 6 mai 1944 la preuve du fait diffamatoire « *lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne* »), mais elles étaient marginales et ne procédaient pas d'une volonté de consacrer la vie privée comme une valeur sociale fondamentale.

⁹ R. LINDON, *Une création prétorienne : les droits de la personnalité*, Dalloz, 1974, n° 74, p. 12, évoquant, à partir de 1965, une « *véritable et abondante floraison de décisions [...] qui, par touches successives, déterminèrent les éléments de la vie privée et les conditions de leur sauvegarde* ». Par ex., v. CA Paris, 17 mars 1966 ; *D.* 1966, p. 749 : « *la personne privée a seule le droit de fixer les limites de ce qui peut être publié ou non sur sa vie intime, en même temps que les circonstances et les conditions dans lesquelles ces publications peuvent intervenir* ».

¹⁰ R. BADINTER, « Le respect de la vie privée », *JCP*, 1968, n° 1, 2136 ; P. KAYSER, « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », in *Mél. Offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 405.

n° 70-643 du 17 juillet 1970, l'article 9 du Code civil proclamant depuis lors : « *Chacun a droit au respect de sa vie privée* »¹. Cette loi fut également à l'origine du dispositif pénal de protection de la vie privée². Laconique, la proclamation précitée soulève deux difficultés majeures. La première tient à l'impossibilité de déterminer clairement le contenu de la vie privée du fait des frontières perpétuellement redéfinies entre vie privée et vie publique³. La seconde problématique est celle de la nature défensive ou offensive de ce droit⁴. Autrement dit, s'agit-il de sanctionner les ingérences des tiers dans la vie privée ou de permettre à l'individu de s'épanouir dans ses projets intimes, quitte à les imposer à la société et à exiger qu'elle en permette la réalisation ?

Dans un premier temps, la conception défensive du droit au respect de la vie privée a prévalu. D'une part, le droit civil, comme le droit pénal, sanctionnent les *immixtions* dans la sphère privée, désignation prenant tout son sens en l'occurrence⁵, dès lors que celle-ci est matérialisée par des contenants clos, comme le domicile ou la correspondance⁶. D'autre part, le droit civil et le droit pénal sanctionnent également les *révélations* d'informations relevant de la vie privée de la personne⁷. L'individu doit donc rester maître des éléments intimes qu'il entend préserver des tiers ou, au contraire, exposer, dans une logique d'extimité.

¹ Le second alinéa dudit article prévoit que les juges peuvent prendre des mesures urgentes afin de faire cesser ou prévenir toute atteinte. Sur cette prérogative, v. J.-C. SAINT-PAU, « Fasc. 20 : Jouissance des droits civils. – Droit au respect de la vie privée. – Régime. Actions civiles », *J.-Cl. Communication*, 2019, n° 8 et s.

² C. pén., art. 369 à 372 ancien ; devenus art. 226-1 à 226-9, placés au sein d'une section intitulée : « *De l'atteinte à la vie privée* ». Si la plupart des dispositions contenus dans cette section feront l'objet d'une étude approfondie, les délits d'usurpation d'identité (C. pén., art. 226-4-1) et d'expulsion forcée (C. pén., art. 226-4-2) ne seront pas évoqués.

³ V. not., P. KAYSER, *La protection de la vie privée*, PUAM., 2^e éd., 1990, n° 143 et s., tentant de lister les différentes composantes de la vie privée. V. aussi, A. BERNARD, « La protection de l'intimité par le droit privé », CURAPP, PUF, 1995, p. 158 et s. Dans une volonté de synthèse, l'auteur évoque, dans un premier temps, les éléments bénéficiant de la protection juridique, à savoir les « *événements qui affectent le corps [...] ceux qui affectent la vie familiale [...] ; [c]eux qui touchent au cœur [...] ; le for intérieur, les opinions politiques, philosophiques* ». Dans un second temps, l'auteur souligne les hésitations jurisprudentielles « *s'agissant du patrimoine* » ou de la « *vie professionnelle* ».

⁴ B. BEIGNIER, « Vie privée et vie publique », *Arch. Phil. Droit*, n° 41, *op. cit.*, p. 163 : « *La vie privée fut une notion défensive à l'origine, dans le droit français, c'est aujourd'hui un concept revendicatif* ».

⁵ Comme l'affirme J. RIVERO, « *la vie privée est une sphère de chaque existence dans laquelle nul ne peut s'immiscer sans y être convié* » (*Libertés publiques*, PUF, 7^e éd., 2003, t. 2, p. 76). De même, pour J. CARBONNIER, il « *sied d'accorder à l'individu une sphère secrète de vie d'où il aura le pouvoir d'écarter les tiers* » (*Droit civil*, PUF, 2004, n° 278, p. 518).

⁶ Sur le premier, v. *infra* n° 242 ; sur la seconde, v. *infra* n° 77 et s.

⁷ La protection pénale est en l'occurrence moins étendue que la protection civile, dès lors que les révélations pénalement sanctionnées doivent être précédées d'une immixtion elle-même délictueuse (v. *infra* n° 474). *Adde* : F.-X. ROUX-DEMARE, « L'appréhension pénale de la diffusion de son intimité sur Internet », *RPDP*, 2015, p. 41.

Dans un second temps, sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme¹, la vie privée a pris un sens nouveau, elle est apparue sous un aspect plus offensif. En vertu de l'interprétation dynamique de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme², les juges de Strasbourg ont ainsi inclus dans le domaine de la vie privée des questions aussi diverses que l'orientation sexuelle³, l'environnement de vie⁴, le recours à l'adoption⁵, la fin de vie⁶, l'identité de genre⁷ ou encore le mode de vie traditionnel d'une minorité⁸. Pour les juges européens, la vie privée doit être comprise comme englobant, « *dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et développer des relations avec ses semblables* »⁹, formule emblématique de cette mutation conceptuelle de la vie privée. Comme le résume de façon éloquente un auteur : « *Que le droit de préserver son intimité et ses secrets contre les intrusions de l'État ou d'autrui tant pour des raisons politiques que dans le contexte d'une société de masse ait été d'abord proclamé, puis assorti de sanctions juridiques, n'a rien d'étonnant à dater du moment où l'individu commence à s'affirmer face à l'État et à la collectivité. Mais c'est un saut qualificatif essentiel que le passage de la protection du secret et de l'intimité de la vie privée, à l'idée selon laquelle le secret n'est que le moyen d'assurer l'épanouissement personnel de chacun, franchissant ainsi d'un jet le chemin qui sépare le "droit d'être laissé seul" au droit à l'auto-détermination (droit-liberté), pour parvenir à l'épanouissement personnel, c'est-à-dire au bonheur (droit-créance)* »¹⁰.

¹ On notera qu'au plan constitutionnel, la vie privée n'est pas consacrée dans le bloc de constitutionnalité, ce qui est pourtant le cas dans plusieurs pays européens (L. BURGORGUE-LARSEN, « L'appréhension constitutionnelle de la vie privée en Europe », in F. SUDRE (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2005, p. 69) et que les Sages la saisissent surtout dans sa dimension verticale, au sens où l'État ne saurait s'immiscer dans la sphère privée de l'individu (v. not., Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, § 3 ; Cons. const., 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC, § 30).

² Sur cette interprétation, visant à conférer aux droits consacrés par la Convention une véritable effectivité en s'assurant de leur adaptation aux évolutions sociétales, v. F. SUDRE, « Fasc. 6524 : Convention européenne des droits de l'homme – Droits garantis. – Droit au respect de la vie privée et familiale. – Principes directeurs. – Protection de la vie privée », *J.-Cl. Europe*, 2018, n° 2. L'auteur précise notamment que cette interprétation « *s'est tout particulièrement déployée dans le domaine couvert par l'article 8, le droit au respect de la vie privée et familiale* ». Adde : A. DEBET, *L'influence de la convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, Dalloz, 2002.

³ V. not., CEDH, 22 oct. 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 61.

⁴ CEDH, 9 déc. 1994, n° 16798/90, *Lopez Ostra c/ Espagne*, § 51.

⁵ CEDH, 26 févr. 2002, n° 36515/97, *Fretté c/ France*, § 32.

⁶ CEDH, 29 avr. 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, § 61.

⁷ CEDH, 11juill. 2002, n° 28957/95, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, § 71.

⁸ CEDH, 18 janv. 2001, n° 27238/95, *Chapman c/ Royaume-Uni*, § 73.

⁹ CEDH, 16 déc. 1992, n° 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*, § 29.

¹⁰ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, 1992, p. 767. Dans le même sens, B. BEIGNIER, art. préc., p. 172 : « *Nous sommes en train de passer du droit au respect de sa vie privée au "droit de mener la vie de son choix"* ».

En somme, le droit a pleinement accompagné la naissance de l'individu sur le plan extra-patrimonial, au point que la question se pose de savoir dans quelle mesure la société dispose des moyens juridiques de contenir les tendances expansionnistes de la personne.

13. *Ordre public, moralité publique.* Dans l'opposition entre la société et l'individu, la première secrète nécessairement des normes dites « *sociales* », afin que la vie en collectivité soit possible, ce qui limite mécaniquement la liberté du second. L'apparition de la « *civilité* »¹, liée au processus de « *civilisation des mœurs* »² initié à la Renaissance, est inséparable de la naissance dudit individu. En toute hypothèse, lorsque ces normes rencontrent le droit, dans l'optique d'assurer une normalisation efficace des comportements sociaux³, émerge la notion juridique d'« *ordre public* », laquelle se décline de diverses manières. À l'instar de la vie privée, l'ordre public peut avoir une vocation *défensive* ; il s'agit alors seulement de fixer des limites aux comportements individuels nuisibles à l'ordre social⁴. À l'inverse, l'ordre public peut avoir une finalité *offensive*, ce que traduit bien la notion d'ordre public « *de direction* ». Comme le relève la doctrine, l'ordre public moderne « *conduit à imposer beaucoup plus souvent des comportements positifs au nom de principes jugés supérieurs. L'ordre public devient alors une arme non plus de protection de la société mais de transformation de celle-ci, de façonnage [...]. Si l'on admet la distinction ordre public de direction / ordre public de protection, au moins comme classification pratique, on est obligé de constater que le premier a connu un essor considérable depuis le milieu du XX^e siècle* »⁵. Ce constat tempère donc d'emblée les craintes relatives à l'expansion supposément démesurée de l'individualisme contemporain.

¹ Ce fut ERASME qui l'introduisit en 1530 avec un ouvrage au succès considérable (*Traité de civilité puérile*, Mille et une nuits, 2001 (1530), 63 p. ; v. aussi J. REVEL, « Les usages de la civilité », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, t. 3, *op. cit.*, p. 167 et s.). On peut noter que l'essor de la civilité est aussi lié à l'autonomisation de la société par rapport à l'État, v. sur ce point F. SAINT-BONNET, « Sujets, citoyens, concitoyens. Espace public et communauté politique », in O. BUI-XUAN (dir.), *Droit et espace(s) public(s)*, Fondation Varenne, 2013, p. 30 : « *Pour le dire autrement, par refus d'être policée par autrui (par le souverain), la société entend se montrée suffisamment civilisée [...]. Le libéralisme, qui postule une défiance envers l'État et une autonomie de la société suppose cette civilisation de l'espace public, né avec la modernité au XVI^e siècle* ».

² V. le résumé de la célèbre thèse de N. ELIAS proposé par T. PAQUOT in *L'espace public*, *op. cit.*, p. 53 : « *Il faut entendre par là, non pas un progrès, mais une progression, non pas un plus civilisé par rapport à un "moins" civilisé, mais une transformation des mœurs qui vise à policer l'individu, à ce qu'il exprime plus de respect vis-à-vis d'autrui* ».

³ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique : essai d'analyse critique*, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1981, p. 108 : « *La norme est donc toujours à la fois instituée – en fonction d'un choix préalable – et instituant en ce sens qu'elle fixe le normal à partir d'une décision normative* ».

⁴ J.-J. LEMOULAND et G. PIETTE, v° « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ.*, 2019, n° 4 : « *L'ordre public classique se borne largement à interdire certains comportements jugés contraires à certains principes fondamentaux [...]* ». Sur cet ordre public défensif et le plus souvent « *matériel* », v. *infra* n° 452 et s.

⁵ *Ibid.*, *loc. cit.* Sur le lien entre cet ordre public offensif et l'ordre public « *immatériel* », v. *infra* n° 458.

De l'ordre public de direction, on peut rapprocher les notions de « *moralité publique* », ou de « *bonnes mœurs* »¹, lesquelles trouvent parfois des expressions juridiques. Si ces dernières sont souvent rattachées à la question de la sexualité – non sans raison, puisque c'est en effet à ce domaine que le concept s'est peu à peu réduit, pour l'essentiel² –, elles ont longtemps été synonymes de morale sociale, *lato sensu*³. Il en va de même au Moyen Âge, les membres du clergé devant certes s'abstenir de toute incontinence, mais également ne pas se livrer à la simonie – au commerce de biens religieux – ni s'impliquer dans les affaires séculières, « *les bonnes mœurs rejoignant ici tout simplement l'honnêteté* »⁴. C'est seulement à partir de la Renaissance que vont se structurer, en dehors du droit, les bonnes mœurs au sens moderne du terme, à savoir, « *en pratique, des mœurs définies comme bonnes par les couches dominantes, aux couches dominées, à l'intérieur du processus global de "civilisation des mœurs"* »⁵. Les Lumières insisteront sur l'importance politique du respect des bonnes mœurs⁶, lesquelles se distinguent alors de la vertu⁷, cette dimension politique étant consacrée par leur intégration au sein Code civil de 1804 ainsi que par le Code pénal de 1810. Toutefois, ce dernier

¹ En effet, celles-ci constituent un standard visant à « *construire une morale sociale en façonnant les comportements humains* » (E. FRAGU, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle. Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, th. dir. Y. LEQUETTE, Paris 2, 2015, n° 45, p. 37).

² V. not., CA Paris, 7 janv. 1958 ; D. 1958, p. 453 : « *L'expression doit être interprétée comme s'appliquant exclusivement aux dessins, images ou livres pornographiques ou de nature à exciter les passions d'ordre sexuel* » ; J. CARBONNIER, *Droit civil, op. cit.*, n° 18, p. 46 : « *les bonnes mœurs ne sont au fond que les coutumes des bonnes gens, spécialement en matière sexuelle, pour un lieu et un temps donné* ».

³ D. LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs : puissance et impuissance de la norme juridique », in *Les bonnes mœurs*, CURAPP, PUF, 1994, p. 40 : « *Si l'on remonte à l'origine étymologique de la notion, aux boni mores, il apparaît qu'elles ont pour les Romains un contenu extensif. Sont contraires aux bonnes mœurs non seulement la licence et l'obscénité, par opposition à la décence et la pudeur, mais aussi : les actes qui enfreignent la pietas [affection envers la patrie, entre parents et entre proches], la gratia [gratitude pour les services d'autrui], la reverentia [le respect], la bona fides [bonne foi]* ».

⁴ *Ibid.*, p. 41.

⁵ *Ibid.*, p. 16.

⁶ C. HAROCHE, « Former les bonnes mœurs », in *Les bonnes mœurs, op. cit.*, p. 194 : « *Les articles "Mœurs" et "Manières" de l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert rappellent, que le gouvernement des conduites, une certaine façon de régler le lien social, sont indispensables à l'ordre public [...]. Ce faisant ils conduisent à saisir l'importance politique des manières et des mœurs* ».

⁷ J.-G.-A. POCOCK, *Virtue, Commerce and History. Essays on Political Thought and History chiefly in the 18th. Century*, Cambridge University Press, 1991 (1985) p. 7 (cité par C. HAROCHE, art. préc.) : « *puisque ces nouveaux liens avaient un caractère éminemment social et non plus politique, les dispositions qu'ils contribuèrent à développer en chaque individu furent appelées non plus "vertus" mais "mœurs", un terme dans lequel les mores éthiques et les consuetudines juridiques étaient imbriquées* ». V. toutefois, J.-E.-M. PORTALIS, « Discours préliminaire sur le projet de code civil présenté le 1^{er} pluviôse an IX », in *Le Discours et le Code*, LexisNexis, 2004, p. LVI : « *Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques [...]; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils, qui font de bons citoyens* ».

ne comportait qu'une seule référence aux bonnes mœurs¹ et c'est surtout au long du XIX^e siècle que les références à ces dernières vont se développer².

14. Une fois consacrées dans les dispositions légales, les bonnes mœurs allaient être soumises à l'interprétation du juge, qui devint alors l'acteur central en la matière, ce qui engendra des critiques³ et causa leur disparition presque totale du discours juridique dans les principales matières concernées. Ainsi, en droit administratif, matière prétorienne par excellence, l'intégration par le juge de la « *moralité publique* »⁴ au triptyque classique de l'ordre public administratif⁵ a suscité un vif débat. Une telle extension s'apparentait pour certains à une « *oppression des consciences* »⁶ allant à l'encontre de la vision traditionnelle selon laquelle seul l'ordre public « *matériel et extérieur* »⁷ concerne le droit administratif, l'impact potentiel de l'évènement sur la sécurité publique devant être pris en considération à titre principal⁸. En pratique, le juge administratif a pu interdire « *un combat de boxe* “contraire à l'hygiène morale” ; [...] *refuser d'autoriser un spectacle forain dans l'intérêt, notamment de la* “moralité publique” ; [...] *prescrire la fermeture de lieux de débauche* “portant atteinte à la moralité publique” ; *[et] interdire les dénominations données à des voies privées qui* “seraient contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs” »⁹. La fin du XX^e siècle est marquée par les arrêts relatifs aux films jugés immoraux¹⁰, avant que la référence à la dignité humaine ne se substitue à la moralité publique pour interdire des manifestations controversées¹¹. Il importe de

¹ C. pén. de 1810 (version d'origine), art. 287, incriminant l' « *exposition ou la distribution de chansons, pamphlets, figures ou images contraires aux bonnes mœurs* ». Le code consacrait toutefois également une section aux « *attentats aux mœurs* » au sein de laquelle plusieurs références étaient faites à la « *pudeur* » (C. pén., art. 330, réprimant l'attentat à l'outrage public à la pudeur ; C. pén., art. 331 et s., réprimant les attentats à la pudeur).

² V. *infra* n° 438.

³ Pour une critique virulente, v. D. LOCHAK, art. préc., p. 53 : « *la règle de droit n'est plus que le paravent, la caution d'un contrôle social exercé en fonction de la conception dominante, véhiculée par le juge, de ce qu'il est séant ou malséant de dire ou de faire, tandis que le jugement n'est plus qu'un simulacre d'application d'une règle de droit dépourvue de toute substance juridique, de toute normativité propre* ».

⁴ Le législateur a emboîté le pas au juge en régissant la fermeture de débits de boissons et de restaurants par arrêté « *en vue de préserver l'ordre, la santé ou la moralité publics* » (C. des débits de boissons, art. L. 62 ; devenu CSP, art. L. 3813-43).

⁵ Sur ce triptyque (salubrité, sécurité, tranquillité), v. *infra* n° 451 et s.

⁶ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Dalloz, 12^e éd., 2002 (1933), p. 549.

⁷ C.-A. DUBREUIL, « L'interventionnisme du juge administratif », *RPDP*, 2016, p. 25.

⁸ CE, 19 mai 1933, *Benjamin, Lebon* 451 ; *S.* 1934, 3, p. 1.

⁹ M. HAURIOU, *op. cit.*, *loc. cit.*, cité par E. FRAGU, *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle. Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, *op. cit.*, n° 60, p. 46 (et les arrêts cités en notes).

¹⁰ V. not., CE, sect., 18 déc. 1959, n° 36385, *Société “Les films Lutetia” et syndicat français des producteurs et Exportateurs de films, Lebon* 693.

¹¹ Que l'on songe à la célèbre affaire du « *lancer de nain* » (CE, ass., 27 oct. 1995, n° 136727, *Cne Morsang-sur-Orge* ; *JCP G* 1996, II, 22360, note F. HAMON ; *Rec. CE* 1995, p. 372) et aux affaires « *Dieudonné* » (CE, ord. réf., 10 janv. 2014, n° 374528 et 374552, *Les Productions de la Plume (Sté), Dieudonné M'Bala M'Bala*), mettant

préciser que, si l'acte de publication sera au cœur de cette étude, dès lors que le droit pénal réprime de nombreuses publications illicites¹, la censure reste l'apanage du droit administratif, qu'elle soit antérieure² ou postérieure³ à cet acte. Dans cette dernière hypothèse, les mécanismes concernés permettent d'opérer une cessation de l'illicite que n'implique pas nécessairement une condamnation pénale⁴.

En droit civil, le standard des bonnes mœurs a amené le juge à délaisser son rôle de « *bouche de la loi* ». La jurisprudence sur cette notion fut abondante au XX^e siècle, notamment au regard de la cause du contrat, les solutions rendues par les juges se faisant de plus en plus libérales dans la seconde moitié du XX^e siècle⁵. Aujourd'hui, si les bonnes mœurs figurent

l'accent sur le caractère attentatoire à la « *dignité humaine* » des propos susceptibles d'être tenus dans le spectacle « Le Mur » ; v. toutefois CE, réf., 6 févr. 2015, *Cne de Cournon d'Auvergne, Lebon 55* ; *AJDA* 2015, p. 1658, note E. SAILLANT-MARAGHNI, autorisant en l'occurrence la tenue du spectacle aux motifs, notamment, qu'il n'avait engendré aucun trouble à l'ordre public dans les autres villes où il avait été tenu, ni entraîné aucune plainte ou condamnation pénale).

¹ V. en particulier, *infra* n° 417 et s.

² V. les dispositifs de police administrative spéciale concernant les publications étrangères (Loi du 20 juillet 1881, art. 14, ne concernant que les publications de presse et les ouvrages édités) ou les publications destinées à la jeunesse (Loi du n° 49-956 du 16 juillet 1949, art. 14, pour les publications papiers ; Loi n° 98-468 du 17 juin 1998, art. 32 pour les vidéogrammes). En réalité, dès la fin du siècle dernier, la doctrine pouvait souligner, statistiques à l'appui, la « *démotivation des censeurs* » dans ces domaines (D. LOCHAK, art. préc., p. 51). V. encore le dispositif prévoyant la classification des œuvres cinématographiques, la commission de classification pouvant interdire, le cas échéant, la projection d'une œuvre à tous les mineurs ou à certains d'entre eux (C. du cinéma et de l'image animée, art. R. 211-12). Là encore, les interdictions se font marginales et les spectateurs choqués par l'obscénité d'une œuvre doivent se résoudre à solliciter la cessation de sa diffusion en contestant devant le juge administratif la décision délivrant le visa d'exploitation (Par ex., CE, 30 juin 2000, n° 222194, 222195, « *Baise-moi* » ; *CCE* 2000, comm. 95, obs. A. LEPAGE ; *LPA* 15 déc. 2000, p. 9, note O. LECUCQ ; v., plus récemment, TA Paris, ord., 14 déc. 2016, n° 1620779/9 et 1620839/9, jugeant à propos du film d'animation *Sausage party* que « *les images stylisées de produits en lien avec l'intimité corporelle, tels des tampons hygiéniques ou des préservatifs, ou les regards et mouvements de tendresse d'un tacos envers un pain à hot-dog ne présentent pas le caractère de scènes de sexe* »).

³ Pour l'audiovisuel, c'est le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), « *gendarme* » de ce secteur, qui sera amené à intervenir (Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, art. 42-10 et 43-8, I, 3) ; le CSA s'apprête toutefois à laisser sa place à l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM), autorité créée par la loi n° 2021-1382 du 25 octobre 2021. Lorsque la diffusion a lieu sur Internet, l'Office central de lutte contre la criminalité liée aux technologies de l'information et de la communication (OCLCTIC) peut mettre en œuvre le blocage de sites diffusant des contenus pédopornographiques ou terroristes (Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, art. 6-1). Si cette mesure est parfois contestée en doctrine (C. COURTAIGNE-DESLANDES, « *A la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines* », *Dr. pén.*, 2013, étude 5, n° 30), sa mise en œuvre est indéniable en pratique (v. CNIL, Contrôle du blocage administratif des sites : premier rapport de la personnalité qualifiée, 15 avr. 2016). Une procédure de déréférencement des sites évoqués a également été introduite (Décret n° 2015-253 du 4 mars 2015). On notera, au surplus, qu'une privatisation de cette censure *a posteriori* se développe (par ex. : CPI, art. 336-2 ; C. civ., art. 9, al. 2).

⁴ En ce sens, J. FRANCILLON, « *Médias et droit pénal, bilan et perspectives* », *RSC*, 2000, p. 59, estimant que « *c'est par souci d'efficacité que le droit pénal s'efface* » dans ce cas.

⁵ Sur la question des libéralités consenties à l'occasion d'un concubinage adultérin, v. E. FRAGU, *op. cit.*, n° 94, p. 67.

toujours à l'article 6 du Code civil, elles ont notamment disparu des dispositions relatives au contenu du contrat et, là encore, d'autres références s'y substituent¹.

Enfin, si l'appréciation de la moralité publique par le juge était critiquée en droit administratif et en droit civil, l'appréciation des bonnes mœurs par le juge l'était d'autant plus en droit pénal, matière soumise au principe de légalité. Comme a pu le relever un auteur, les bonnes mœurs présentaient « *pour le droit pénal positif libéral, une faiblesse essentielle, c'est de ne pouvoir être définies, l'appréciation en [étant] subjective* »². Cette critique de l'arbitraire du juge, conjuguée à la libéralisation des mœurs dans la seconde moitié du siècle dernier, expliquent la disparition de toute référence aux bonnes mœurs ou à la pudeur au sein du nouveau Code pénal. Pour autant, la logique de la morale sociale subsiste aujourd'hui en droit pénal³ sous d'autres désignations⁴.

15. En définitive, sur le plan extra-patrimonial, le partage privé-public apparaît sous les traits d'une véritable opposition. Si les armes de l'individu ou de la société ont évolué, pour parfois se confondre⁵, le rapport de force demeure prégnant et aucun camp ne remporte une victoire décisive. Le rappel de cette tension, quoiqu'il ne constitue pas le prisme au travers

¹ D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », in *Mélanges en hommage à F. Terré, L'avenir du droit*, 1999, Dalloz, PUF, p. 603 ; D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », *Études offertes à P. Catala, Le droit privé à la fin du XX^e siècle*, Litec, 2001, p. 516 ; « Les valeurs morales », *RDC*, 2016. 589.

² D. LOCHAK, art. préc., p. 43. L'auteur ajoute : « *ce sont celles que le Parquet et les juges croient assez fermement, assez substantiellement bonnes pour oser frapper ceux qui les outragent* ». Dans le même sens, v. F. OST, « L'outrage public aux bonnes mœurs », art. préc., p. 111.

³ C. HAROCHE, art. préc., p. 211 : « *Reléguées peu ou prou dans l'ombre à certaines périodes du XIX^e et du XX^e siècles, les mœurs se voient parfois stigmatisées comme émanant de discours moralisateurs dans des écrits qui concluent un peu hâtivement qu'on peut se dispenser de prendre en compte le rôle des mœurs et de la morale dans politique. Peut-on, cependant, se passer si aisément de penser la question des mœurs dans les démocraties contemporaines ?* » (v. *infra* n° 459).

⁴ P. MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC*, 2017, p. 273 : « *Loin d'avoir disparu, les mœurs n'ont en fait jamais cessé d'être au cœur de la politique criminelle et des choix de société portés par le droit pénal. Certes, le concept n'est plus apparent, mais [...] on observe que le concept de mœurs est bien vivant dissimulé derrière les masques que sont par exemple la dignité, les nouveaux droits reconnus et les libertés laissées à chacun dans le choix de sa vie et de ses habitudes de vie* ».

⁵ P. CASSIA, *Dignité(s) : une notion juridique insaisissable ?*, Dalloz, 2016, p. 21 : « *Le caractère ambivalent sinon instrumental de [la notion de dignité humaine] est fréquemment mis en évidence à l'occasion des disputes récurrentes relatives à la légalisation de l'euthanasie : celle-ci serait, pour les uns, justifiée par la dignité humaine, "mourir dignement" permettant d'éviter par exemple les souffrances et l'état de dépendance qui peut précéder la mort naturelle ; pour les autres, l'égalité de la vie interdit qu'il soit mis fin à l'existence de toute personne, y compris si celle-ci a consenti à ce que sa vie soit abrégée. Plus largement, on constate que le concept de dignité peut tout autant, selon les contextes, servir ou bien à garantir les droits et libertés d'une personne contre l'autorité publique ou bien, à l'inverse, à justifier que cette autorité restreigne les droits fondamentaux d'un individu* ». V. aussi, E. FRAGU, *op. cit.*, *passim*.

duquel l'opposition privé-public sera traitée¹, était nécessaire pour mieux appréhender certains points qui seront abordés dans le cadre de cette étude. Reste à évoquer les expressions procédurales de la conception horizontale de la dichotomie étudiée.

16. Délit privé, action civile. Deux mécanismes procéduraux illustrent la façon dont la conception horizontale du partage privé-public pourrait être analysée en droit pénal. Le premier est le concept de « *délit privé* » et a trait à l'action publique. Réminiscence du droit romain², ce mécanisme renvoie aux délits dont la poursuite est conditionnée par la plainte de la victime, ce qui constitue une exception notable au monopole qu'exerce le ministère public sur l'action publique. Ce dernier est ainsi privé du pouvoir de déclencher la poursuite de son propre chef et lorsque l'absence d'une telle plainte est relevée, les poursuites sont frappées d'une nullité d'ordre public pouvant être relevée d'office³. Plus encore, le retrait de la plainte entraîne l'extinction de l'action publique⁴. La justification de ce mécanisme « *réside dans la volonté de ne pas permettre au ministère public de s'immiscer dans des intérêts essentiellement privés sans que la personne concernée ne lui en donne, en quelque sorte, l'autorisation* »⁵. La catégorie évoquée ne se confond toutefois pas avec les délits intégrant dans leur définition le consentement de la victime⁶. Pour l'essentiel, sont rattachées au délit privé les atteintes à l'intimité de la vie privée⁷, ainsi que les diffamations ou injures publiques. Sur ce dernier point, il est frappant de constater que la doctrine n'évoque généralement que les diffamations ou injures dirigées contre les particuliers⁸. Pourtant, cette exigence concerne aussi les propos

¹ Pour une étude sous cet angle, v. A. LEPAGE, « Le droit pénal à l'ère de la souveraineté individuelle. De la contribution de l'individualisme à certaines évolutions contemporaines du droit pénal spécial », *Revue de droit d'Assas*, 2015, n° 10, p. 36.

² J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, n° 24 et s.

³ Par ex., en matière de presse, Cass. crim., 10 déc. 1953 ; *D.* 1954, jurispr., p. 105, rapp. M. PATIN.

⁴ C. proc. pén., art. 6, al. 3. V. aussi, Loir du 29 juillet 1881, art. 49.

⁵ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1475, p. 875. V. aussi A. LEPAGE, art. préc., n° 14 : « *Cette particularité procédurale caractérise quelques infractions pour lesquelles est ainsi portée à son plus haut degré une forme de privatisation de la répression pénale en ce qu'elle trouve son alpha et son oméga dans la volonté individuelle* ».

⁶ Ne sont pas concernées ici les agressions sexuelles ou encore le délit de violation domicile. Si cette exclusion semble aller de soi pour les premières, la question est plus débattue pour le second délit. Analysée comme une atteinte à la vie privée, cette infraction pourrait justifier l'exigence d'une telle plainte (H. MATSOPOULOU, « Fasc. 20 : Violation de domicile », *J.-Cl. Pénal Code*, 2009 (màj. 2016), n° 9). Toutefois, ce délit est aussi une « *forme de violence, effective ou potentielle* » constituant une « *menace pour la sécurité physique* » (A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015, n° 531, p. 369), si bien que l'intérêt général est suffisamment lésé pour justifier l'indisponibilité de la poursuite ; la jurisprudence a pu statuer en ce sens (Cass. crim., 5 sept. 2001, n° 01-81.252).

⁷ C. pén., art. 226-6.

⁸ Loi du 29 juillet 1881, art. 48, 6°. V. aussi, art. 48, 7° et 8° pour les délits prévus aux art. 35 *ter* et 35 *quater*.

infamants visant des serviteurs de l'État ou des institutions étatiques¹. Or, il n'est pas forcément question d'intérêt « *essentiellement privé* » dans ces hypothèses, si bien que le concept de délit privé est relativement trompeur, puisqu'il revêt en réalité un caractère transversal.

Si le délit privé fait la part belle à la *sphère personnelle*, l'action civile est le siège d'une véritable gradation entre les différentes sphères précédemment évoquées. Ainsi, si cette action vise essentiellement à permettre à la victime directe d'une infraction pénale d'obtenir réparation de son préjudice², la jurisprudence a pu admettre que l'intérêt des proches de la victime pouvait être pris en compte³, ce qui renvoie à la *sphère familiale*⁴. Plus encore, l'intérêt collectif des syndicats⁵, des ordres professionnels⁶ ou des associations⁷ est également pris en considération par la loi ; on retrouve ici la *sphère collective*. Enfin, on peut relever que si la *sphère sociale* ne devrait *a priori* entretenir aucun lien avec l'action civile, dès lors que le ministère public agit au nom de la société, la remise en cause de la théorie des « *infractions d'intérêt général* »⁸ – selon laquelle les infractions lésant uniquement l'ordre social⁹ excluent toute action civile de leurs éventuelles victimes – illustre que les intérêts privés de la victime gagnent du terrain.

¹ Loi du 29 juillet 1881, art. 48, 1° à 5°.

² C. proc. pén., art. 2.

³ Par ex. : Cass. crim., 26 févr. 2020, n° 19-82.119 ; *Dr. fam.* 2020, comm. 89, obs. P. BONFILS, admettant que les parents de la victime alléguée d'un viol subissent un préjudice personnel.

⁴ P. BONFILS, comm. préc. : « *De prime abord, ces solutions peuvent paraître extensives. Mais, à y regarder de plus près, elles correspondent à la réalité du crime de viol et à l'ampleur du préjudice qu'il occasionne sur toute la cellule familiale* ».

⁵ Admise par la jurisprudence (Cass. ch. réunies, 5 avr. 1913 ; *D.* 1914. 1, p. 65), puis par la loi (C. trav., art. L. 2132-3, al. 2, issu d'une loi du 12 mars 1920), l'action civile des syndicats est conditionnée par l'existence d'un « *préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent* ». Adde, E. VERNY, *Procédure pénale*, Dalloz, 7^e éd., 2020, n° 104, p. 81 : « *La notion d'intérêt collectif mérite cependant d'être précisée. Il s'agit, selon la jurisprudence, d'un intérêt commun à tous les membres d'une profession [...]. Il convient de distinguer le préjudice collectif tant du préjudice individuel dont seule la victime peut se prévaloir que du préjudice social qui ne peut être invoqué que par le ministère public* ».

⁶ Par ex., CSP, art. L. 4122-1 pour l'ordre des médecins.

⁷ La jurisprudence considère classiquement que cette action civile particulière est irrecevable étant donné que la lésion de l'objet social d'une association ne constitue pas un préjudice personnel et direct lui conférant un intérêt à agir (Cass. ch. réunies, 15 juin 1923 ; *D.P.* 1924.1.153). À compter de la fin du XX^e siècle, le législateur a néanmoins multiplié les habilitations législatives (C. proc. pén., art. 2-1 et s. ; Loi du 29 juillet 1881, art. 48-1 et s. ; CSP, art. L. 3355-1 et L. 3512-1), confiant ainsi à certaines associations « *la défense d'une parcelle de l'intérêt général* » (S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1193, p. 743). Cette privatisation de la répression pénale, souvent motivée par le souci de pallier l'inaction du ministère public dans certains domaines ou de l'aider à réprimer des infractions clandestines, fait l'objet de critiques régulières (V. not., A. DECOCQ, « *L'avenir funèbre de l'action publique* », in *L'avenir du droit, mélanges en hommage à François Terré*, PUF, 1999, p. 782, évoquant des « *réseaux de justiciers privés* » et des « *procureurs aux petits pieds* »), mais est aussi appréciée favorablement par certains (par ex., L. BORÉ, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, 1997, n° 128, p. 143).

⁸ Sur cette théorie et son abandon éventuel, v. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1278 et s.

⁹ Par ex., la non-assistance à personne en danger, le délit de fuite ou la non-révélation d'un crime.

17. Les conceptions horizontale et verticale du clivage privé-public étant identifiées, reste à les démarquer d'une troisième conception, moins visible, mais pourtant essentielle dès lors qu'elle complète les deux premières ; cette conception sera celle que l'on retiendra dans le cadre de cette étude.

Section 2 : La conception retenue des termes « public » et « privé » en droit pénal

18. En art pictural, la technique de l'anamorphose permet au peintre d'introduire dans son œuvre un élément qui ne pourra être perçu qu'en observant la toile sous un angle particulier¹. De même, pour percevoir avec netteté la troisième conception des termes « *public* » et « *privé* » en droit pénal, plus discrète que les deux premières conceptions précédemment mises en lumière, il faut se départir de ces dernières. En effet, dès lors que l'État, la société et l'individu sont parfois amenés à se tenir à distance ou, au contraire, à entrer en relation, apparaît une conception transversale, caractérisée par la dialectique entre l'accessible et l'inaccessible, conception dont il est nécessaire de cerner les contours (§1). Or, il est frappant de constater que cette approche du partage privé-public n'a jamais suscité un réel intérêt de la doctrine pénaliste. Au-delà de l'éparpillement terminologique qui concerne cette seule conception, la doctrine pouvant se contenter d'étudier les vocables concernés à part², sans forcément faire de lien entre eux³, c'est sans doute l'occultation de cette perspective par les deux précédentes qui explique ce désintérêt doctrinal. Les débats tant juridiques que politiques qui peuvent s'attacher à des questions aussi sensibles que les rapports entre les libertés individuelles et l'autorité publique, ou ce qui a trait à la vie privée, à la propriété, voire à l'ordre public peuvent, *a priori*, sembler plus dignes d'intérêt que le simple acte consistant à ouvrir ou fermer une porte, par exemple. Pourtant, cette simplicité apparente de ce qui a trait à l'accessible et à l'inaccessible est un leurre. Les enjeux liés à cette conception sont nombreux et loin d'être étrangers aux grandes questions qui traversent le droit pénal contemporain ; ils méritent d'être mis en lumière (§2).

¹ Que l'on songe à la célèbre toile « Les Ambassadeurs » de HOLBEIN, contenant un crâne visible seulement en se positionnant à droite de la toile.

² Par ex., la doctrine s'intéresse au « *lieu public* » en matière d'infractions de presse ou en matière d'attroupement, sans nécessairement s'interroger sur l'unité de la notion voire, au contraire, en considérant de façon critiquable que le vocable s'entend de façon différente dans l'un ou l'autre cas (v. *infra* n° 70).

³ Les approches parallèles de la « *réunion publique* » par la doctrine pénaliste et la doctrine publiciste (v. *infra* n° 175 et s.) illustrent de façon symptomatique ce phénomène.

§1. La conception transversale : l'accessible et l'inaccessible

19. La conception transversale des termes « *privé* » et « *public* » renvoie à la dialectique entre le montré et le caché. Pour ARENDT, le sens le plus élémentaire de la dichotomie étudiée implique que « *certaines choses, tout simplement pour exister, ont besoin d'être cachées tandis que d'autres ont besoin d'être étalées en public* »¹. En effet, l'État, la société et l'individu peuvent être amenés à s'exposer aux autres membres du triptyque ou, au contraire, à ériger des barrières protectrices visant à les tenir à distance. Il convient toutefois de préciser que cette conception peut se dédoubler. Lorsqu'il est question du degré d'accessibilité d'une connaissance², le *notoire* est opposé au *secret*. Pour autant, l'accessibilité peut aussi être appréciée indépendamment du savoir – que l'on songe à une rue, lieu accessible au public sans qu'il soit nécessairement question de connaissance³ – ; il est alors simplement question d'*ouverture* ou de *fermeture*. Or, il importe de réaliser que ces deux sous-distinctions se présentent comme deux cercles sécants ayant un secteur commun, dès lors que le partage entre le notoire le secret (A) ne recoupe que partiellement l'opposition entre l'ouverture et la fermeture, sur laquelle cette étude sera véritablement focalisée (B).

A. La prise en compte partielle du partage entre le notoire et le secret

20. **Le notoire et le secret en sémantique.** La sémantique est ici révélatrice de l'absence de concordance totale entre les termes « *privé* » et « *public* » et le clivage entre le secret et le notoire. Seul ce dernier terme est en effet présenté, par les dictionnaires, comme une acception du mot « *public* »⁴, d'où les syntagmes « *notoriété publique* » ou « *liaison publique* ». S'il est vrai que la « *publicité* » peut se définir comme le « *caractère de ce qui est public, n'est pas tenu secret* »⁵, il n'en demeure pas moins qu'aucune des nombreuses définitions de l'adjectif

¹ H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, op. cit., p. 115.

² Sur l'appréhension juridique de celle-ci, v. A. LEPAGE, *La connaissance du fait en droit*, th. dir. Y. PACLOT, Paris 11, 1998.

³ Sauf à avoir une vision très large – voire sociologique – de la connaissance. Sur ce point de vue, v. *infra* n° 62.

⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., sens 14. V. aussi, I. JEUGE-MAYNART (dir.), *Le petit Larousse illustré*, 2016, sens 4, exposant que « *public* » renvoie notamment à ce qui est « *connu de tout le monde* ». D'un point de vue historique, « *le sens "connu de tous" est attesté dès le XIV^e siècle tantôt avec la valeur de "porté à la connaissance de tous" (1330), tantôt avec la nuance de "notoire" (XIV^e s.) ou d' "éprouvé, exprimé par tous" (1683)* » (A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, op. cit.).

⁵ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le petit Robert*, op. cit., sens I, 1.

« *privé* » ne renvoie positivement au secret, à savoir précisément ce dont « *il est interdit de prendre connaissance* »¹. C'est dire que le secret présente une certaine autonomie et, plus fondamentalement, qu'il ne sera pas question dans cette étude d'aborder tout ce qui y a trait.

On peut tout de même rappeler que l'idée de partition « *est inhérente au secret, qui délimite une double ligne de partage, d'une part entre les personnes, d'autre part entre les informations* »². Cette idée de séparation est conforme à l'étymologie du terme : *secretus* est le participe passé du verbe irrégulier *secerno* signifiant « *séparer, mettre à part* »³. C'est ainsi que le secret permet à l'individu de se construire⁴, à l'État de se protéger⁵ ou même à la société et aux groupes qui la composent⁶ d'enfouir des connaissances qui leur seraient nocives, que l'on songe au tabou dans sa dimension linguistique, le non-dit⁷. Plus encore, le secret est « *ambigu, puisqu'il désigne aussi bien le non-dit absolu qu'un certain type de communication entre initiés* »⁸. En d'autres termes, l'opposition entre le secret et notoire recoupe en partie celle entre l'ouverture et la fermeture, ce qui ressort encore davantage de l'évocation des rapports entre ce clivage et le droit.

21. *Le notoire et le secret en droit.* En droit, le secret est moins opposé au notoire qu'à un terme ayant émergé récemment dans les usages linguistiques, celui de « *transparence* »⁹. Les

¹ G. CORNU (dir.), *op. cit.*, sens 3.

² A. LEPAGE, « Le secret, figure polymorphe du droit pénal », in *Mélanges Germain Michel*, LexisNexis, 2015, p. 473, n° 2.

³ A. LEVY, « Évaluation étymologique et sémantique du mot "secret" », *Nouvelle revue de psychanalyse*, 1976, n° 14, p. 117 et s.

⁴ A. LEPAGE, art. préc., n° 17 : « *L'affirmation de l'individualité, à laquelle le droit contemporain est devenu très sensible sous l'effet de l'individualisme croissant, se nourrit de cette séparation entre soi et les autres* ».

⁵ Ce dont la célèbre formule du général DE GAULLE atteste : « *L'autorité ne va pas sans prestige, ni le prestige sans éloignement* » (*Le fil de l'épée*, 1932).

⁶ La figure du « *secret de famille* » est emblématique.

⁷ S. WIDLAK, « L'interdiction linguistique en français d'aujourd'hui », *Revue belge de Philologie et d'Histoire*, 1965, t. 3, fasc. 3, p. 932.

⁸ G. VINCENT, « Une histoire du secret ? », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, t. 5, *op. cit.*, p. 157.

⁹ A. LEPAGE, « Présentation des débats [lors du colloque "Le secret à l'ère de la transparence"] », *JCP G* n° 47, hors-série, 19 nov. 2012, 100003, n° 10 : « *le terme de secret est [...] classique dans la langue juridique alors que celui de transparence n'y figure que depuis quelques décennies* ».

deux mots sont aussi souvent connotés positivement¹ que négativement², ce qui revient à dire qu'ils se caractérisent, en réalité, par une neutralité axiologique³. Les fonctions associées aux secrets juridiquement consacrés sont en effet diverses, de la liberté⁴ à l'efficacité⁵, en passant par la sécurité⁶. Il en va de même pour la transparence⁷. L'enjeu n'est donc pas de faire triompher le premier ou la seconde, mais de s'assurer que la persistance de secrets protégés par le droit se double d'une résistance cohérente de ces secrets aux assauts de la transparence⁸. En

¹ Le secret permet ainsi de donner du sens à bien des actions humaines, ce qui en fait « l'une des plus grandes conquêtes de l'humanité », permettant « un extraordinaire élargissement de la vie, parce que la publicité totale empêche bien des contenus existentiels de se manifester » (G. SIMMEL, *Secret et sociétés secrètes*, Circé, 1996 (1908), note 7, p. 39). V. aussi, H. ARENDT, *op. cit.*, p. 116 et 118 : « Jésus enseigne, par la parole et par l'action, une activité : la bonté ; et la bonté a évidemment tendance à se cacher : elle ne veut être ni vue ni entendue [...]. Car il est clair que dès qu'une bonne œuvre se fait connaître, devient publique, elle cesse d'appartenir spécifiquement au bien, d'être accompli uniquement pour le bien ». Adde, Matthieu VI : 1 à 6 : « Et quand vous priez, ne soyez pas comme ceux qui se donnent en spectacle [...] Mais toi, quand tu pries, retire-toi au fond de ta maison, ferme la porte, et prie ton Père qui est présent dans le secret ; ton Père voit ce que tu fais en secret : il te le revaudra ». À l'inverse, l'appel du chrétien est bien de transmettre la « révélation biblique » à son prochain. Plus largement, la transparence évoque la lumière, l'authenticité vertueuse, ce que symbolise l'architecture contemporaine des immeubles tout de verre construits (A. LEPAGE, art. préc., n° 3). La réclamation de transparence accompagne aussi les changements de société, par hypothèse envisagés comme un progrès par ceux qui les réclament (v. *ibid.*, évoquant notamment la politique de la *glasnost* consubstantielle à la reconstruction de l'URSS dans la seconde moitié des années 1980, terme signifiant littéralement « publicité des débats » ; ou encore la dénudation du corps accompagnant les événements de mai 1968).

² A. LEPAGE, art. préc., *loc. cit.* : « Ce qui est couvert par le secret reste confiné dans une obscurité qui, de l'extérieur, peut paraître menaçante ou suspecte. Le secret évoquerait ainsi les manigances, les manipulations, la noirceur ». Plus largement, v. H. ARENDT, *op. cit.*, p. 114 : « Il est frappant que des origines de l'Histoire jusqu'à nos jours ce qui a besoin du secret, c'est la part corporelle de l'existence » ; et l'auteur d'ajouter que « l'acte criminel, encore que pour d'autres raisons, doit aussi se cacher » (*ibid.*, p. 120). V. aussi G. DUBY, « Pouvoir privé, pouvoir public », art. préc., p. 20 : « À l'aboutissement de cette dérivation, les *privatae*, dans le latin des écrits monastiques, ce sont des latrines [...]. Et l'on voit nettement comment on passe de l'intime, enveloppé d'une affection qui se nourrit de connivences, au clandestin, donc au suspect ». Quant à la transparence, en elle se trouverait le germe du totalitarisme ; v. sur ce point : J.-D. BREDIN, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, 2001, n° 97, p. 5 : « Le combat contemporain, conduit au nom de la transparence, trouve sans aucun doute des justifications démocratiques [...]. Mais toute vertu risque d'envelopper du plus noble idéal les plus dangereux effets. Il n'y a pas loin de la transparence devenue la vertu suprême à cette "vérité terrible" que Robespierre laissait en testament, cette vérité qui commandait tout, justifiait tout, même la mort... » ; dans le même sens, v. G. CARCASSONNE, « Le trouble de la transparence », *ibid.*, p. 17.

³ A. LEPAGE, art. préc., n° 13 : « Ils ne sont, intrinsèquement, ni vertueux, ni pervers. Ce sont les circonstances et l'usage qui en est fait qui leur donne leur valeur ».

⁴ *Ibid.*, n° 7, évoquant la liberté de choix inhérente au secret du vote, ou la liberté de communiquer l'indicible garantie par le secret des correspondances.

⁵ *Ibid.*, n° 8, prenant comme exemple l'action des services secrets, les campagnes militaires ou encore la vie des affaires, le secret représentant en l'occurrence un avantage décisif sur l'adversaire ou le concurrent.

⁶ *Ibid.*, *loc. cit.* : « Le secret, en empêchant leur usage détourné, malveillant, garantit la sécurité de tous – imagine-t-on le code nucléaire qui ne soit pas secret ? – ou la sécurité de certains – que les hommes du RAID apparaissent avec des cagoules pour rester à l'abri de représailles procède d'une élémentaire prudence ».

⁷ En droit, la transparence évoque l'idéal d'un contrôle démocratique lorsqu'elle est dirigée vers des institutions étatiques. Lorsqu'elle concerne des acteurs privés, il est alors essentiellement question de régulation économique ; les particuliers doivent savoir à qui ils ont affaire dans leurs relations juridiques.

⁸ G. LOISEAU, « Rapport de synthèse [du colloque "Le secret à l'ère de la transparence"] », *JCP G* n° 47, hors-série, 19 nov. 2012, 100012.

toute hypothèse, il s'agit surtout ici de distinguer les expressions juridiques¹ du clivage entre secret et transparence, seule la troisième entretenant véritablement un lien avec la dichotomie privé-public telle qu'elle sera abordée par la suite.

En premier lieu, l'opposition entre le secret et la transparence recoupe la dialectique entre la dissimulation et la révélation d'une information. Dans cette optique, la terminologie issue des mots « *privé* » et « *public* » est parfois présente, sans pour autant qu'il soit véritablement question d'accessibilité, au sens où il s'agit de l'entendre ici. D'un côté, le droit vient valoriser l'importance de la discrétion en sanctionnant le dépositaire d'un secret qui l'aurait révélé. En effet, par définition, le secret « *ne doit pas être dévoilé (par ceux qui sont légalement dans le secret) ; en ce sens [le secret] exclut non seulement la divulgation au public mais toute communication ou révélation même privée* »². Le hiatus entre le secret et la dichotomie privé-public ressort nettement de cette présentation. La « *révélation* » n'est pas synonyme de la « *publication* », dès lors que le partage entre ce qui est rendu accessible à un public et ce qui n'est communiqué qu'à un cercle privé ne vaut que pour le second terme. Cette remarque est d'importance, car elle implique d'exclure du champ de cette étude toutes les infractions constituées par la révélation – ou la « *divulgation* »³ – d'une information à une seule personne, en particulier le délit de violation du secret professionnel⁴.

D'un autre côté, le droit pénal vient dans certains cas sanctionner le silence illégitime ; il se présente alors comme le bras armé de la transparence⁵. Parfois, sera réprimée la « *dissimulation* », c'est-à-dire « *le fait de ne pas laisser apparaître volontairement, la réalité d'une information ou d'une infraction en la taisant ou en la transformant, dans le but de*

¹ En dehors du droit, le secret s'inscrit dans le for interne de l'individu : « *Le premier gisement des secrets, en effet, c'est notre esprit* » (A. LEPAGE, art. préc., n° 6). La transparence est alors moins une réalité opposée au secret que la perspective effrayante et techniquement irréalisable – pour lors, du moins – de la lecture des pensées d'autrui à son insu. Dès lors que le droit pénal s'arrête au seuil des consciences individuelles, il ne sera pas question de cette dimension dans cette étude.

² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Secret », sens 1. Adde, G. BACHELARD, *La poétique de l'espace*, PUF, 2012 (1957), p. 91, précisant que le secret « *est une tombe et ce n'est pas pour rien que l'homme discret se vante d'être le tombeau des secrets* ».

³ Par ex., v. C. pén., art. 226-22, réprimant la divulgation de données à caractère personnel. Ce choix terminologique peut prêter à discussion, dès lors qu'étymologiquement, *vulgus* désigne la foule. Pourtant, cette infraction et les autres qui ont recours à ce vocable sont constituées par la communication de l'information à une seule personne. Le terme « *révéler* » – de *velum*, le voile – est donc plus adéquat.

⁴ C. pén., art. 226-13. Il ne sera pas non plus question de la protection du secret contre la révélation extorquée (v. C. pén., art. 312-10, définissant le chantage comme le fait d'obtenir par des moyens frauduleux, notamment, « *la révélation d'un secret* »).

⁵ Dans un autre registre, le droit pénal favorise la transparence en autorisant de façon exceptionnelle la violation d'un secret, comme l'illustre le fait justificatif accordé aux lanceurs d'alertes (C. pén., art. 122-9). De façon symptomatique, le statut de ce dernier est défini par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

défendre ses intérêts personnels ou d'attenter aux intérêts d'autrui ou à l'intérêt public »¹. Par exemple, le blanchiment se définit notamment comme le fait d'apporter un concours à une opération de dissimulation du produit d'un crime ou d'un délit². Par ailleurs, la dissimulation entraînant une atteinte à l'état civil d'un enfant est illicite³, de même que le fait de dissimuler l'affiche d'une décision de condamnation⁴. Dans d'autres hypothèses, la transparence croise la terminologie de la « *publication* »⁵ en droit pénal⁶ dans le cadre des publicités dites « *légal*es », au sens de l'accomplissement obligatoire d'une formalité permettant de rendre un acte juridique opposable ou valable, voire simplement d'informer les tiers de certains faits⁷. S'inscrivent dans cette logique la publication de la norme pénale⁸, le formalisme des saisies pénales immobilières⁹ ou encore les nombreuses déclarations obligatoires pénalement sanctionnées¹⁰. Malgré la proximité terminologique avec le clivage privé-public, ces éléments ne seront pas non plus abordés dans cette étude. En effet, il n'est pas seulement question ici de messages publiés ou

¹ M. CARRASCO-DAËRON, *La dissimulation en droit pénal*, préf. C. MASCALA, LGDJ, 2016, n° 20, p. 28.

² C. pén., art. 324-1, al. 2.

³ C. pén., art. 227-13.

⁴ C. pén., art. 434-39.

⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., sens 3 et 4 : « *Action de porter un acte législatif ou administratif* » ; « *Accomplissement d'une formalité légale de publicité* ».

⁶ Comp. en droit civil, CA Paris, 5 févr. 1996 ; JCP 1966, IV, 99, jugeant que la possession – laquelle doit être « *publique* » pour que les règles de la prescription acquisitive jouent (C. civ., art. 2261) – « *ne cesse d'être publique pour devenir clandestine que lorsque le possesseur dissimule les actes matériels de possession qu'il accomplit aux personnes qui auraient intérêt à les connaître* ». V. encore, C. civ., art. 61-5, énonçant que, pour obtenir un changement de sexe à l'état civil, la personne concernée peut être amenée à prouver qu'elle « *se présente publiquement comme appartenant au sexe revendiqué* » ou encore qu'elle soit « *connue sous le sexe revendiqué de son entourage familial, amical ou professionnel* ».

⁷ En effet, la publicité légale peut être « *constitutive* », « *confortative* », ou « *informatrice* » (v. C.-T. BARREAU-SALIOU, *Les publicités légales : information du public et preuve des actes*, LGDJ, préf. J. GHESTIN, 1991, n° 2 et s. Par ex., en droit civil, la publicité foncière (C. civ., art. 710-1 ; Décret n° 55-22 du 4 janvier 1955) ou la publication des bans (C. civ., art. 166). *Adde* : J. HILAIRE, « *Du crieur public à l'ordinateur : histoire des publicités légales* », in A. SAYAG (dir.), *Publicités légales et information dans les affaires*, Litec, 1992, p. 11.

⁸ Sur la publication des actes réglementaires et des lois au *Journal officiel*, v. CRPA, art. L. 221-2 et s. L'accessibilité de la loi pénale participe ainsi du principe de légalité pénale. V. not., CEDH, 24 nov. 2005, n° 53886/00, *Tourancheau et July c/ France*, § 58, jugeant cette exigence satisfaite lorsque « *la disposition litigieuse se trouve intégrée dans la loi elle-même, publiée et donc accessible* ». V., plus largement, J.-E.-M. PORTALIS, « *Discours préliminaire* », préc., p. 17 : « *Les lois ne pouvant obliger sans être connues, nous nous sommes occupés de la forme de leur promulgation. Elles ne peuvent être notifiées à chaque individu* ». Sur le cas particulier de la jurisprudence et la question de l'*open data* des décisions de justice, v. *infra* n° 408. On peut tout de même noter ici que l'exigence de motivation des décisions pénales est parfois analysée comme une obligation de transparence (en ce sens, v. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1645, p. 1249).

⁹ C. proc. pén., art. 706-150 et s.

¹⁰ Par ex., en ce qui concerne les médias, sont soumises à des déclarations obligatoires tant les entreprises de presse (Loi n° 2016-1524 du 14 novembre 2016, art. 6 ; Loi du 29 juillet 1881, art. 11 ; Loi du 1^{er} août 1986, art. 5 et 6) que celles de communication audiovisuelle (Loi du 30 septembre 1986, art. 43-1) ou de communication au public en ligne (Loi du 21 juin 2004, art. 6, III, 6, I-1 et 6, I-7). *Adde* : E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 216, p. 141 : « *À la Libération, le législateur a voulu faire des entreprises de presse, selon la formule alors en usage, de véritables "maisons de verre" : le public devait savoir qui dirigeait les journaux, à qui ils appartenaient et, éventuellement, à quelles pressions financières ils pouvaient se trouver exposés* ».

communiqués à certains tiers seulement¹, ce qui évoque la partition entre l'accessible et l'inaccessible, mais de l'*inexistence* d'une communication, opposée à son existence normalement obligatoire. De même, la dissimulation vise à faire disparaître une information, donc à la rendre inexistante, davantage qu'à en restreindre l'accessibilité.

En deuxième lieu, le clivage secret-transparence *concorde* avec le couple ouverture-fermeture lorsque le second vient garantir l'effectivité du premier. Le secret est particulièrement concerné en l'occurrence. S'il fait peser sur son détenteur l'obligation de se taire, comme on l'a vu, il impose également aux tiers l'obligation de le respecter. Dès lors, l'inaccessibilité « *trouve une manifestation tangible dans les endroits dont l'accès est prohibé, sauf à ceux qui sont dans le secret des dieux* »². Plus largement, dès lors que le législateur réprime une *immixtion* dans le secret, qu'elle prenne, par exemple, la forme de l'ouverture d'une correspondance cachetée³ ou de l'introduction dans un lieu inaccessible⁴, la fermeture consolide le secret, ce que traduit en partie la conception anglaise de la *privacy*⁵. Dans ces

¹ D'ailleurs, la transparence, dans une acception large, inclut également les obligations d'information à personne dénommée. V. not., dans le cadre du procès pénal, les obligations imposées par l'autorité publique, comme les réquisitions aux fins de remise d'information (C. proc. pén., art. 60-1 et 77-1-1) ou l'information obligatoire du procureur de la République (C. proc. pén., art. 40, al. 2), ou encore, à l'inverse, les obligations imposées à l'autorité publique, ce qu'illustre l'obligation d'informer la personne arrêtée ou accusée des charges ou des chefs d'accusation retenus contre elle (Conv. EDH, art. 5 § 2 et 6 § 3). V. aussi, *infra* n° 403 et 408.

² A. LEPAGE, art. préc., n° 9. L'auteur ajoute que le secret « *oblige celui qui ne sait pas, et qui a conscience d'être hors du secret, à ne pas le brusquer en cherchant à le percer de façon indue* ».

³ C. pén., art. 226-15 et 432-9. Sur la notion de correspondance, v. *infra* n° 77 et s.

⁴ On peut ainsi considérer que le *secret de la vie privée* (P. KAYSER, « Le secret de la vie privée et la jurisprudence civile », art. préc.) est protégé par le délit de violation de domicile (C. pén. art. 226-4 et 432-9) ou que le *secret de la défense nationale* est garanti par la prohibition de l'intrusion dans des lieux intéressant la défense nationale (C. pén., art. 413-5 et 413-7 ; v. *infra* n° 248). Dans un registre proche, l'encadrement strict des perquisitions dans des lieux clos protégeant un secret, comme le cabinet d'un avocat (C. proc. pén., art. 56-1) ou une entreprise de presse (C. proc. pén., art. 56-2), montre que le *secret professionnel de l'avocat* ou le *secret des sources* s'épanouit dans des lieux inaccessibles, donc des lieux privés (v. *infra* n° 247 et 483).

⁵ En effet, contrairement au droit américain où la *privacy* est devenue le réceptacle de revendications individuelles (M. CRANSTON, « Is there a right to privacy? », in *Il pubblico e il private, op. cit.*, p. 99 ; J.-L. HALPÉRIN, « L'essor de la "privacy" et l'usage des concepts juridiques », *Droit et société*, 2005, n° 61, p. 765), à l'instar de ce qu'on a observé à propos de la notion de vie privée (v. *supra*, n° 11), le droit anglais est resté fidèle à la conception originale de la *privacy*, qu'il a d'ailleurs lui-même introduite, l'arrêt fondateur en la matière, *Prince Albert v Strange*, datant de 1849. Des juristes anglais (N. MOREHAM, M. WARBY, *The law of privacy and the media*, Oxford University Press, 2016, p. 43) distinguent ainsi entre l'inaccessibilité des informations (*informational privacy*) et l'inaccessibilité de leur contenant physique (*physical privacy*). La première permet d'assigner un individu pour révélation d'un secret (*breach of confidence*) ou détournement d'informations secrètes (*misuse of private information*), ce qui évoque l'obligation de se taire. La seconde « *a trait à l'accès non consenti au "soi physique"*. *L'ingérence dans ces hypothèses est sensorielle : l'intrus [...] épie, écoute ou perçoit autrui d'une quelconque autre manière contre sa volonté* » (N. MOREHAM, « Beyond Information : Physical privacy in English Law », 2014, 73, *CLJ* 350, 354, traduction suggérée). Pour illustrer cette seconde acception, le cas de l'astronaute dans une station spatiale est évoqué. Celui-ci peut tirer un rideau pour ne pas être filmé par les caméras de la station lorsqu'il effectue sa toilette. Durant ce processus, aucun de ses faits et gestes n'échappe au personnel scientifique sur terre, de multiples données lui étant transmises ; il *sait* avec précision ce que l'astronaute est en train de faire mais ne le *voit* pas durant cette opération. Sont ainsi sanctionnés au titre de la *physical privacy* des comportements qui seront au cœur de cette étude, tels que les intrusions dans les lieux privés, la violation des correspondances, ou l'enregistrement de conversations privées.

hypothèses, le secret rencontre le lieu privé ou la communication privée, si bien que la confidentialité s'intègre en partie dans le cadre de cette étude. Plus problématique est l'hypothèse de l'audience secrète, à savoir celle qui doit nécessairement se tenir en « *chambre du conseil* »¹ ; de même, à l'inverse, que le cas de figure de l'audience qui ne saurait déroger à la publicité, la transparence de la justice étant alors totale². S'il s'agit bien d'inscrire le secret et la transparence dans l'espace³, le caractère obligatoire de la publicité ou de l'absence de publicité rapproche ces hypothèses de la figure de la publicité légale ; or on vient de l'exclure de cette étude, dès lors qu'elle a davantage trait au rapport entre l'existant et l'inexistant qu'à l'articulation entre l'accessible et l'inaccessible.

Cela ne saurait occulter qu'en troisième et dernier lieu, l'opposition secret-transparence est parfois *contrebalancée* par la dichotomie ouverture-fermeture. Autrement dit, une dose d'ouverture, donc de publicité, est parfois introduite dans un domaine marqué par le secret ; là où, au contraire, un dispositif de fermeture peut venir tempérer les excès de la transparence. Il s'agit précisément de l'hypothèse des « *fenêtres de publicité* »⁴ dans le cadre des phases secrètes de la procédure ou, au contraire, de la possibilité de tenir l'audience à « *huis clos* » ou « *en publicité restreinte* »⁵ par dérogation au principe de publicité de l'audience pénale de jugement⁶.

En résumé, seules les deux dernières hypothèses, où la transparence et le secret s'articulent avec l'ouverture et la fermeture, seront traitées dans les lignes qui suivent. Cela étant précisé, reste à se focaliser sur cette dernière articulation, prise isolément.

B. La focalisation sur l'opposition entre l'ouverture et la fermeture

22. *L'ouverture et la fermeture en sémantique.* Parmi toutes les acceptions possibles des termes « *privé* » et « *public* », il s'agit de se focaliser sur leurs significations les plus discrètes, souvent occultées par les enjeux majeurs liés aux autres conceptions dont on a dressé

¹ V. *infra* n° 387 et s.

² V. A. GARAPON, *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001, p. 268, pour qui la transparence, contrairement à la publicité, n'est pas « *tributaire d'un espace circonscrit, d'une coupure* », si bien qu'elle impose un « *contact direct avec la réalité* ».

³ Sur la définition de l'audience privée ou publique et l'importance de l'ouverture ou de la fermeture des portes, v. *infra* n° 212 et s.

⁴ Par ex., la possibilité pour le procureur de la République de « *rendre publics* » des éléments de la procédure (v. *infra* n° 404 et s.) ou la publicité des audiences au cours de l'instruction (v. *infra* n° 389), ces dispositifs dérogeant au principe du secret de l'enquête et de l'instruction (v. *infra* n° 509 et s.).

⁵ Sur cette terminologie, v. *infra* n° 283 et s.

⁶ V. *infra* n° 501 et s.

l'inventaire. Pour l'adjectif « *privé* », on retiendra la définition suivante : « *Où le public n'a pas accès, n'est pas admis* »¹ ; ainsi, en langage courant, de la « *communion privée* », des « *entretiens privés* » ou encore de la « *séance privée* ». Quant à l'adjectif « *public* », il désigne au contraire ce qui est « *accessible, ouvert à tous* »². Surtout, de cet adjectif dérivent plusieurs substantifs : « *le public* » est notamment « *l'ensemble des gens qui lisent, voient, entendent les œuvres* »³ ; la « *publicité* » est « *ce qui est [...] mis à [la] disposition [du public] sous forme de moyen d'information à consulter* »⁴ ; la « *publication* » renvoie à l'« *action de publier, d'informer et de faire diffuser un écrit* »⁵. Parfois, la dérivation aboutit également à un adverbe ou une locution adverbale : « *en public* » et « *publiquement* »⁶ ; voire à un verbe : « *publier* ». Au regard de ce qui précède, on peut d'ores et déjà relever que tous ces dérivés de l'adjectif « *public* » ne sont pas associés à des antonymes⁷ tels que « *le privé* » « *priveté* » ou « *privément* » – bien que certains de ces termes aient pu exister par le passé⁸ –, le verbe « *priver* »⁹ ne pouvant pas non plus être sollicité au regard de ses dénnotations contemporaines¹⁰. Cela compliquera souvent la conceptualisation de la dichotomie privé-public. Quant aux syntagmes composés avec le terme « *public* » dans le langage courant, on peut évoquer le

¹ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le petit Robert, op. cit.*, sens 1. V. aussi, A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française, op. cit.* : « *associé à un nom de chose, de lieu, signifie "auquel le public n'a pas accès" ; chasse privée et prison privée (1549)* ».

² J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *op. cit.*, sens I, B, 1. V. aussi, G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, op. cit.*, sens 10 à 14 : « *« Qui s'adresse à tous » ; « Qui est ouvert à tous (à l'usage du public) » ; « Où le public est admis » : « Qui est assorti de publicité » ; A. REY (dir.), *op. cit.* : « "signifie ouvert à tous" dans place publique (1538) ou jardin public ».*

³ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *op. cit.*, sens II, 3. V. aussi, A. REY (dir.), *op. cit.* : « *Plus courant est l'emploi restreint pour désigner ensemble des personnes lisant, voyant ou entendant une œuvre ou un spectacle (1587) et l'auditoire, l'assistance d'un spectacle (1751), sens devenus usuels et donnant lieu à expressions comme "bon public" (avant 1924)* ». Sur une définition plus approfondie du substantif, v. *infra* n° 30.

⁴ G. CORNU (dir.), *op. cit.*, sens 3.

⁵ *Ibid.*, sens 1.

⁶ L'adverbe apparaît vers 1302 (A. REY (dir.), *op. cit.*, *loc. cit.*).

⁷ Le seul contraire de la « *publicité* » serait le terme « *retenue* » (H. BERTAUD DU CHAZAUD (dir.), *Dictionnaire de synonymes et contraires*, Le Robert, 1997), mais ce dernier n'exprime pas suffisamment l'idée de réaliser quelque chose « *en privé* ».

⁸ CNTRL, v° « *priveté* ». Quant à l'adverbe « *privément* » (1531), antérieurement *priveement* (1138), il a perdu son ancien sens de « *dans une grande familiarité* » et s'emploie dans la langue littéraire avec le sens « *d'en secret, en particulier* » (A. REY (dir.), *op. cit.*, v° « *Privément* »).

⁹ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *op. cit.*, sens 1 : « *Empêcher (quelqu'un) de jouir d'un bien, d'un avantage présent ou futur ; lui ôter ce qu'il a, lui refuser ce qu'il espère* » ; « *enlever à (quelqu'un) par châtement, punition* ».

¹⁰ H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne, op. cit.*, p. 77, rappelant que, dans la pensée antique, « *tout tenait dans le caractère privatif du privé, comme l'indique le mot lui-même ; cela signifiait qu'on était littéralement privé de quelque chose, à savoir des facultés les plus hautes et les plus humaines [...]. Quand nous parlons du privé, nous ne pensons plus à une privation et cela est due en partie à l'enrichissement énorme que l'individualisme moderne a apporté au domaine privé* ». Tout ce qui tient à la privation en droit pénal – que l'on songe à la « *privation de liberté* » – ne sera donc pas abordé dans cette étude.

« *jardin public* », le « *public averti* », le « *public d'initiés* », le « *grand public* » ou encore le « *bon public* ».

23. L'ouverture et la fermeture en droit. Sans anticiper de façon excessive sur ce qui sera abondamment développé dans la présente étude, on peut d'ores et déjà souligner le caractère transversal du clivage entre l'ouverture et la fermeture. À s'en tenir à l'archétype de la barrière à l'accès, la clôture, on peut relever que l'État y aura parfois recours pour tenir le citoyen à l'écart, en dessinant par exemple le périmètre inaccessible d'une enceinte militaire¹ ; à l'inverse, certains lieux étatiques auront besoin d'être accessibles au public à certaines heures de la journée, c'est le cas des « *lieux affectés à un service public* »². Quant à l'individu, mais aussi aux composantes de la société que sont les groupements de personnes, telles que les entreprises ou les associations, ils inscriront le plus souvent une partie de leur existence dans des lieux clos tels qu'un siège social ou une maison³ ; parfois, au contraire, ils s'exposeront dans la rue, dans des enceintes sportives, des théâtres, des gares ou d'autres lieux ouverts à tous⁴.

24. La nécessité d'une analyse sous l'angle de l' « opposition ». Avant de mettre en lumière les enjeux de la conception retenue en droit pénal, il convient de résoudre une question jusqu'ici passée sous silence, celle de savoir comment désigner, à titre principal, le partage terminologique étudié. Parmi les nombreuses façons de se référer à la partition entre les termes « *privé* » et « *public* », dont plusieurs ont naturellement été employées dans les lignes qui précèdent, les concepts de « *dichotomie* » ou de « *distinction* » sont sans doute les plus privilégiés en doctrine. Or, le premier terme est très large, dès lors qu'il se définit simplement comme une « *méthode de division, de subdivision binaire* »⁵, ce qui ne permet pas de mettre en relief la particularité du clivage privé-public.

De façon plus déterminante, il convient d'écartier ici le vocable de « *distinction* », dès lors que cette opération intellectuelle, si chère au juriste⁶, doit présenter certaines

¹ C. pén., art. 413-5 (v. *infra* n° 248)

² Lieux mentionnés dans le cadre de l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public (v. *infra* n° 260).

³ Sur le lieu privé, v. *infra* n° 32 et s. Sur le domicile, v. *infra* n° 242. Sur l'ambiguïté du siège social et son rattachement critiquable au domicile, v. *infra* n° 270.

⁴ V. *infra* n° 253 et s.

⁵ CNTRL, v° « *Dichotomie* », sens B.

⁶ M.-L. IZORCHE, « *Réflexions sur la distinction* », *Mélanges Christian Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 53, n° 8, précisant par ailleurs qu'une distinction est rarement neutre, dès lors qu'il s'agit le plus souvent de refléter « *une*

caractéristiques. Afin de permettre « *la mise en forme du droit* »¹, la distinction implique principalement la possibilité de *séparer*² entre des notions ou concepts juridiques³, ce qui suppose qu'un critère de distinction opérant soit identifié⁴. Or, quelle que soit l'acception retenue des termes « *privé* » et « *public* », l'observateur fait d'emblée face à l'impossibilité de les départir avec netteté. Il est ainsi fréquent que ces mots soient définis négativement l'un par rapport à l'autre⁵ ou que la porosité des frontières censées séparer leurs domaines respectifs soit mise en évidence⁶. En bref, la fonction de séparation de la distinction est mise à mal avec le couple privé-public. De la même manière, une autre fonction souvent rattachée à la distinction, celle de *hiérarchisation*⁷ entre les éléments mis en relation, peine à s'affirmer en l'occurrence, dès lors que des vertus négatives comme positives⁸ sont attachées à ce qui serait « *privé* » ou « *public* », au gré des évolutions sociétales⁹.

volonté, ou au moins, une certaine représentation du monde (une idéologie parfois) » ; et l'auteur de prendre l'exemple des discours relatifs à la distinction entre droit privé et droit public, « profondément influencés par telle ou telle conception de la société » (ibid., n° 18). Sur cette distinction, v. supra n° 5.

¹ J. DABIN, *Technique de l'élaboration du droit positif*, Sirey-Bruylant, 1935, p. 56. V. aussi, F. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. 1, Sirey, 1921, n° 52, p. 155, évoquant un instrument « *principalement technique* », faisant « *entrer les réalités en des cadres destinés à en préciser les contours et à rendre plus aisée et plus sûre l'adaptation de la discipline juridique à la vie* ».

² M.-L. IZORCHE, art. préc., n° 1. Que l'on songe aux grandes distinctions entre les choses et les personnes, les meubles ou les immeubles, les obligations de moyens et les obligations de résultat, les contrats unilatéraux et les contrats synallagmatiques, etc.

³ Sur la définition des notions et des concepts juridiques, v. *infra* n° 29.

⁴ M.-L. IZORCHE, art. préc., n° 12. Ce critère doit présenter une « *permanence* » (ibid., n° 13).

⁵ V. not., Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, art. 2, disposant qu'« *on entend par communication au public par voie électronique, toute mise à disposition du public ou de catégories de public* » de messages « *qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée* » ; A. BERNARD, « La protection de l'intimité par le droit privé », art. préc., p. 158 : « *Seule une définition par opposition semble pouvoir rendre compte du contenu de la notion de vie privée [...]. Tout ce qui ne relève pas de [la participation à la vie de la cité] bénéficierait de la protection* ».

⁶ Par ex., v. A. BERNARD, art. préc. : « *L'imbrication étroite de l'intérieur et de l'extérieur, du privé et du public relativise considérablement la portée de ces oppositions binaires qui façonnent le droit et les représentations des juristes* » ; C. CHAMARD, *La distinction des biens publics et des biens privés*, op. cit., n° 3, p. 5 : « *En dépit de la simplicité qui s'attache aux classifications binaires, la distinction du public et du privé comporte un élément perturbant pour tout observateur : elle n'est pas statique et la frontière qui sépare les deux sphères évolue régulièrement* ».

⁷ M.-L. IZORCHE, art. préc. n° 21. L'auteur évoque la hiérarchisation entre les personnes – au sein de l'ensemble des juristes, le professeur est réputé avoir plus de crédit scientifique qu'un doctorant – ou encore des intérêts, ainsi de l'intérêt général en constante articulation avec l'intérêt particulier. Le terme « *distinction* » renvoie d'ailleurs parfois à cette logique hiérarchisante, de la distinction militaire à la distinction, marque de classe. *Adde* : P. BOURDIEU, *La Distinction : Critique sociale du jugement*, Les Éditions de Minuit, 1979, 672 p.

⁸ Sur ce constat, v. not., H. ARENDT, *Condition de l'homme moderne*, Pocket, 2002 (1958), p. 115 : « *Bien que la distinction entre privé et public coïncide avec l'opposition entre le nécessité et la liberté, la futilité et la durée et finalement la honte et l'honneur, il ne s'ensuit nullement que le domaine privé soit le lieu réservé au nécessaire, au futile, au honteux* ».

⁹ M. PERROT, « Introduction », art. préc., p. 6 : « *Au seuil du privé, l'historien [...] a longtemps hésité, par pudeur, incompetence et respect du système de valeurs qui faisait de l'homme public le héros et l'acteur de la seule histoire qui vaille d'être contée : la grande histoire des États, des économies et des sociétés. Pour qu'il y pénètre enfin, il a fallu que, par un renversement de l'ordre des choses, le privé devienne autre qu'une zone maudite, interdite et obscure : le lieu plein de nos délices et de nos esclavages, de nos conflits et de nos rêves ; le centre, peut-être provisoire, de notre vie, enfin reconnu, visité et légitimé* ».

En réalité, le clivage privé-public s'analyse surtout comme une opposition. Le choix de cette désignation présente l'avantage de mettre en lumière le rapport de force constant entre les termes étudiés, ce que ne traduit pas instantanément la référence à la « *dichotomie* ». Plus encore, l'opposition exprime bien l'idée d'une friction créatrice¹, d'un *no man's land* conceptuel toujours à conquérir par l'un des deux camps opposés. Davantage que les « *cas-limites* » inhérents à toute distinction, lesquels ne remettent pas en cause le principe de la division², c'est une véritable catégorie intermédiaire qui se trouve constamment dégagée dans le cas de l'opposition privé-public : celle du « *semi-privé* », du « *semi-public* », ou encore du « *commun* ». La présente étude ne fera pas exception sur ce point³.

Bien entendu, considérer que l'opposition est reine ne saurait occulter la nécessité ponctuelle de dépasser une appréhension trop clivante des termes analysés⁴. Par exemple, on verra que la « *voie publique* » est un lieu public parmi d'autres⁵. Or, lorsque le législateur y fait référence, il est tout autant question de l'opposer à la « *voie privée* » que de mettre en évidence sa spécificité au sein de la catégorie des lieux publics. C'est dire qu'il sera avant tout question, dans ces lignes, d'une opposition, sans pour autant que la binarité ne l'emporte sur toute autre considération.

25. En définitive, malgré toutes les limites inhérentes à la présentation schématique⁶ d'une terminologie complexe et variée, les trois conceptions des termes « *privé* » et « *public* » ont pu être identifiées avec précision. S'il est évident que ces trois conceptions se recoupent et que l'une ne saurait exclure les deux autres, c'est bien au prisme de la dialectique entre l'accessible et l'inaccessible, entendue comme une opposition entre l'ouverture et la fermeture, qu'il s'agit d'appréhender la dichotomie privé-public. Reste à approfondir les enjeux de cette opposition en droit pénal.

¹ T. PAQUOT, *L'espace public, op. cit.*, p. 65 : « ces notions et leurs significations, tant individuelles que sociales, sont grandement déterminées par la langue, le genre, la hiérarchie sociale, l'âge, et surtout qu'elles n'ont pas toujours existé et que, d'une certaine façon, c'est au moment où elles se parasitent mutuellement qu'elles conquièrent une réelle portée ». V. aussi, G. BACHELARD, *La poétique de l'espace*, PUF, 2012, p. 183 : « Sans cesse les deux espaces, l'espace intime et l'espace extérieur viennent, si l'on ose dire, s'encourager dans leur croissance ».

² Par ex., si les animaux s'insèrent difficilement dans la distinction entre les biens et les personnes, la solution finalement retenue de les considérer comme des « *êtres vivants doués de sensibilité* » (C. civ., art. 515-14) tout en les soumettant au régime des biens ne conduit pas à l'implosion de cette *summa divisio*.

³ V. *infra* n° 264 et s.

⁴ Sur ce dépassement, v. *infra* n° 263, 316, 328 et 375.

⁵ V. *infra* n° 253.

⁶ V. annexe, pour un schéma résumant les développements qui précèdent.

§2. Les enjeux de l'opposition en droit pénal

26. *Les enjeux conceptuels.* Parmi les vocables évoquant la conception de l'opposition privé-public sous l'angle de l'ouverture et de la fermeture, certains s'inscrivent dans un registre spatial – « lieu privé », « lieu public », « lieu ouvert au public », « lieu accessible aux regards du public », « espace public » –, d'autres dans le registre communicationnel – « correspondance privée », « paroles prononcées à titre privé ou confidentiel » « publication », « publicité », « publier », « rendre public » –, d'autres encore dans le registre des rassemblements – « réunion publique », « audience publique ». Cette terminologie disparate apparaît dans des dispositions relatives à des mécanismes pénaux très divers, de la constitution de l'infraction à la peine encourue en passant par les actes de police ou l'audience pénale, d'où l'éclatement doctrinal précédemment relevé quant à l'analyse de ces vocables. Le premier enjeu de cette étude est donc de déterminer si les termes précités, malgré les différents registres dans lesquels ils s'inscrivent, peuvent faire l'objet d'une conceptualisation unitaire.

Au-delà de ces références légales explicites au clivage entre « privé » et « public », on peut s'interroger sur l'étendue du domaine que recouvre l'opposition privé-public en droit pénal telle qu'on a décidé de l'aborder. Le « domicile »¹ n'est-il pas un lieu privé particulier ? La « manifestation sportive »² ne peut-elle pas être présentée comme une réunion publique particulière ? La « présentation à des associés » de comptes annuels d'une société³ ne s'apparente-t-elle pas à une communication privée spéciale ? Ces vocables, parmi bien d'autres, semblent bien s'inscrire dans la dialectique de l'inaccessible et de l'accessible, ce qui justifie qu'on leur accorde une attention dans cette étude.

Plus encore, on perçoit dans ces exemples l'interpénétration inévitable des différentes conceptions de l'opposition privé-public. Le domicile est un lieu où s'épanouit la vie privée, par exemple, de même que la manifestation sportive est un événement social, où l'ordre public doit être maintenu. C'est alors la question de l'autonomie de la conception retenue de cette dichotomie qui émerge. Celle-ci est-elle réduite à venir au soutien des enjeux majeurs qui sous-tendent les autres conceptions évoquées ? Autrement dit, la fermeture est-elle seulement appelée à favoriser la vie privée ou le secret, tandis que l'ouverture serait l'apanage de la vie

¹ Notion présente tant en droit pénal de fond (v. not., C. pén., art. 226-4) qu'en matière de perquisition (v. not., C. proc. pén., art. 56). V. *infra* n° 242.

² Par ex., C. sport., art. L. 332-4, incriminant le fait d'être en état d'ébriété dans une enceinte sportive « lors du déroulement ou de la retransmission en public d'une manifestation sportive ».

³ Présentation illicite lorsque les comptes sont inexacts (v. not. C. com., art. L. 242-6 ; v. *infra* n° 280).

sociale ou politique, le notoire étant alors forcément de mise ? Certaines notions pourraient le faire penser. Pour reprendre l'exemple du domicile, ne s'agit-il pas d'un lieu appartenant à une personne privée, où la vie privée et le secret peuvent s'épanouir, lieu par ailleurs protégé par des barrières à l'accès ? Dans cet exemple, toutes les conceptions convergent. Pour autant, d'autres hypothèses perturbent l'analyse. Que l'on songe à l'« *établissement d'enseignement* », lieu affecté à un service public où se réunit une foule d'élèves, où s'opère la socialisation de ces derniers, mais dans le même temps lieu souvent entouré de hauts murs impénétrables, l'intrus s'exposant d'ailleurs à une sanction pénale¹. Ce lieu se rapproche-t-il davantage de figure du lieu privé ou de celle du lieu public ? *Quid* encore du « *lieu à usage professionnel* », lieu où se déroule une part importante de la vie publique de l'individu, mais lieu inaccessible aux tiers non autorisés, d'où un accès conditionné des enquêteurs en son sein² ? Il s'agira de répondre à ces interrogations et de résorber ces contradictions en dégagant des concepts permettant de rendre compte tant de la convergence des conceptions que de leur divergence.

27. Les enjeux juridiques. L'objectif de cette étude ne se résume toutefois pas à une approche purement conceptuelle de l'opposition privé-public. D'une part, les vocables découlant de cette opposition peuvent être rattachés à des mécanismes techniques, rattachement plus ou moins aisé à effectuer. Ainsi, par exemple, pourra-t-on sans peine considérer que le « *lieu privé* » est une condition préalable du délit d'espionnage visuel³. Mais qu'en est-il de la publicité exigée au titre des infractions de presse ou, à l'inverse, de l'absence de publicité, lorsqu'il est question d'une diffamation ou d'une injure « *non publique* »⁴ ? Pour apprécier ces communications, des éléments très divers seront pris en compte par le juge, comme le caractère privé ou public du lieu de leur énonciation ou le fait de savoir si les destinataires du message composent un public. Ces éléments ont-ils alors trait à la condition préalable de l'infraction ou à son élément matériel, *stricto sensu*⁵ ? D'autres interrogations surgissent : quand fixer le point de départ de prescription en la matière⁶ ? Où localiser l'infraction dans l'espace⁷ ? Dans un autre registre, l'outrage sexiste est aggravé lorsqu'il a lieu dans un « *véhicule affecté au transport collectif de voyageurs* » ou dans un « *lieu destiné à l'accès à un moyen de transport*

¹ C. pén., art. 431-22 et R. 645-12 (v. *infra* n° 275).

² V. not., C. proc. pén., art. 78-2-1 ; C. douanes, art. 63 *ter*, al. 1^{er} et 2 (v. *infra* n° 270).

³ V. *infra* n° 314.

⁴ V. not., C. pén., art. R. 621-1 et R. 621-2. Sur l'articulation de ces incriminations, v. *infra* n° 367 et s.

⁵ V. *infra* n° 318 et s.

⁶ V. *infra* n° 324.

⁷ V. *infra* n° 325.

collectif de voyageurs »¹ ; ne voit-on pas alors l'opposition privé-public s'inscrire dans le registre de l'aggravation de l'infraction ? Sur le plan procédural, on perçoit que le lieu privé ou la correspondance privée auront un impact particulièrement important sur le régime des actes de police². De même, l'audience publique, l'audience tenue en publicité restreinte ou à huis clos font l'objet d'un encadrement variable selon les contentieux concernés³, conditionnant en toute hypothèse la régularité de la procédure. En somme, une fois que le juge aura qualifié toutes les notions évoquées, encore faudra-t-il qu'il applique le régime correspondant à ces dernières. Plus largement, l'omniprésence quantitative de l'opposition privé-public qui ressort d'emblée de ces interrogations soulève une question plus fondamentale, d'ordre qualitatif : le recours à l'opposition privé-public révèle-t-il une intensification de la répression pénale ou, au contraire, un affinement salutaire de celle-ci ?

D'autre part, sur le plan des enjeux juridiques, comme sur le plan conceptuel, la conception retenue de l'opposition privé-public doit être articulée avec les autres conceptions de cette dichotomie. Là encore, il sera souvent question de concordance. Dès lors que des infractions répriment des comportements commis dans un lieu public, il est logique qu'elles aient pour *ratio legis* la préservation de l'ordre public, matériel comme immatériel⁴. Il est tout aussi cohérent que, pour préserver le secret professionnel de l'avocat, les correspondances privées de ce dernier soient, par principe, insaisissables⁵. Il n'en demeure pas moins que, dans d'autres hypothèses, des discordances entre les conceptions du partage privé-public pourront se manifester. Par exemple, des intérêts privés peuvent s'exprimer dans des lieux publics, ce qu'illustre l'anonymat auquel peut prétendre l'individu dans ces lieux, anonymat justifiant que la vidéoprotection mise en place en leur sein soit rigoureusement encadrée⁶, de même que les contrôles d'identité pouvant y être effectués⁷. Dans le même ordre d'idées, une phase de la procédure en principe secrète peut être ponctuée de « *fenêtres de publicité* », là où, au contraire, les audiences privées de jugement dérogent à la transparence en principe de mise lors de cette étape de la procédure⁸.

¹ C. pén., art. 621-1.

² V. *infra* n° 336 et s.

³ V. *infra* n° 386 et s.

⁴ V. *infra* n° 451 et s.

⁵ V. *infra* n° 359.

⁶ V. *infra* n° 345 et 484.

⁷ V. *infra* n° 353 et 484.

⁸ V. *infra* n° 489 et s.

28. Plan. Au regard de la double série d'enjeux évoquée, il apparaît nécessaire, dans un premier temps, de procéder à l'*identification* de l'opposition privé-public en droit pénal, en partant des textes faisant mention des termes « *privé* » et « *public* », puis en dégagant les concepts permettant de les appréhender de façon unitaire et de révéler le domaine exact de la dichotomie étudiée dans la branche du droit considérée (Première partie). Dans un second temps, l'étude pourra porter sur les *fonctions* de cette opposition qui justifient que le législateur y ait fréquemment recours. À l'analyse, la partition étudiée se révélera essentielle pour le droit pénal, tant sur le plan de la technique juridique qu'au regard des évolutions de politique criminelle qui sous-tendent cette matière (Seconde partie).

PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION DE L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC EN DROIT PÉNAL

29. Identifier avec précision, en droit pénal, ce que recouvre l'opposition privé-public, analysée à travers le prisme de l'ouverture et de la fermeture, suppose une double démarche intellectuelle. En premier lieu, il s'agit de s'intéresser aux multiples expressions et désignations ayant pour base lexicale les adjectifs « *privé* » et « *public* » – voire le substantif « *public* » – au sein des dispositions pénales contemporaines¹. Si l'on considère qu'une notion juridique est un « *terme à propos duquel une systématisation doctrinale a pu établir l'implication d'un certain nombre d'effets de droit réguliers* »², les vocables concernés peuvent assurément être décrits comme de telles notions. En effet, toutes ces expressions ont attiré l'attention de la doctrine, à des titres et des degrés divers, en ce qu'elles engendrent des conséquences juridiques particulières. Il importe donc d'étudier les définitions proposées de ces notions et de les clarifier si nécessaire.

Plus précisément, une notion peut être présente dans un texte – le « *lieu public* », par exemple –, ou dégagée par la jurisprudence – ainsi de la notion de « *communauté d'intérêts* » en matière d'infractions de presse, utilisée par les juges pour définir négativement la publication en ce domaine, comme on le verra³. Or, la volonté du législateur, du fait de l'importance que revêt le principe de légalité pénale, doit constituer le point de départ de l'analyse. Afin de traduire cette idée, on mettra l'accent sur les termes légaux en les désignant comme des « *qualifications* ». Ce choix terminologique se justifie car la « *qualification légale est l'acte par le lequel le législateur définit une catégorie juridique en précisant les conditions nécessaires de sa définition* »⁴, quoique tout l'enjeu soit précisément, en l'occurrence, l'absence de définition de la plupart des expressions que le législateur emploie. Ce n'est que dans un deuxième temps que le juge procédera à la « *qualification judiciaire* », à savoir « *l'acte par*

¹ Par ex. : « *lieu privé* », « *lieu public* », « *lieu ouvert au public* », « *réunion publique* », « *audience publique* », « *correspondance privée* », « *publication* », « *communication au public en ligne* », « *publiquement* », « *publier* », ou encore « *publicité* ».

² X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in G. TUSSEAU (dir.), *Les Notions juridiques. Journée d'étude de la promotion d'agrégation de droit public 2005-2006*, Economica, 2009, p. 21.

³ V. *infra* n° 111 et s.

⁴ S. GUINCHARD et T. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 29^e éd., 2021, v° « *Qualification* ».

lequel le juge vérifie la concordance entre une situation donnée et les conditions posées par la qualification légale »¹. Dans un troisième et dernier temps, la doctrine systématisera les solutions prétorienne pour faire émerger une notion². Il est vrai qu'en droit pénal, la qualification désigne le plus souvent l' « opération intellectuelle consistant à déterminer le texte pénal s'appliquant éventuellement à un comportement antisocial » et, par extension, l'infraction pénale elle-même³. Rien ne s'oppose, néanmoins, à ce que le terme évoqué soit employé pour désigner une composante, non seulement d'une incrimination, mais de toute disposition pénale. À titre illustratif, le juge pénal sera amené à qualifier une « audience publique » dans le cadre du procès pénal, ou encore un « lieu privé » dans le cadre d'une procédure de sonorisation. La systématisation des solutions rendues en application de ces qualifications légales permettra donc de faire émerger plusieurs notions précisément définies (Titre 1).

Cela étant, on ne saurait se satisfaire de cette seule clarification du droit positif, laquelle, bien qu'essentielle, aboutit nécessairement à une présentation compartimentée de la dichotomie privé-public. Cette première approche débouche sur la nécessité, en second lieu, de dégager une conceptualisation⁴ unitaire de cette opposition en tirant profit des définitions préalablement dégagées de ces qualifications spécifiques. Par exemple, pour déterminer ce qui, dans l'absolu, peut être décrit comme « public », il faudra notamment recenser les points communs entre le « lieu public » et la « réunion publique ». Étant donné que le concept juridique peut se définir comme une « construction qui accompagne, encadre le fonctionnement des notions »⁵, il s'agit donc d'identifier les traits communs entre toutes les notions construites avec les termes « privé » et « public », afin de forger les concepts juridiques permettant de rendre compte de ces similarités. Cette démarche permettra également de mettre en lumière l'autonomie de la conception transversale de l'opposition privé-public par rapport aux autres dimensions de celle-ci⁶ ; le lieu privé n'est pas forcément un lieu consacré à la vie privée, par exemple. Enfin,

¹ *Ibid.* Adde : E. GALLARDO-GONGGRYP, La qualification pénale des faits, préf. P. BONFILS, PUAM, 2013, n° 18 et s.

² Comp., F. HAID, *Les "notions indéterminées" dans la loi. Essai sur l'indétermination des notions légales en droit civil et pénal*, th. dir. J.-L. BERGEL, Aix-Marseille, 2005, n° 145 : « avant la qualification il y a un fait brut ; après, une notion juridique ».

³ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Qualification », sens IV.

⁴ Sur l'importance de la conceptualisation du droit par la doctrine, v., classiquement, J. RIVERO, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, chron., p. 99 ; M. WALINE, « Empirisme ou conceptualisme dans La méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges Dabin*, Bruylant, 1963, t. 1, p. 359.

⁵ X. BIOY, art. préc., loc. cit. V. aussi, J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, 3^e éd., 2018, n° 26, p. 41, distinguant les concepts « tout en abstraction » des notions « déjà plus concrètes et réalisées ».

⁶ V. *supra* n° 3 et s.

l'impossibilité de présenter la dichotomie étudiée comme une distinction apparaîtra nettement, dès lors qu'une approche purement binaire de celle-ci rencontre des limites dont il faudra apprécier l'étendue. C'est dire que la *conceptualisation* de l'opposition privé-public en droit pénal s'avère nécessaire (Titre 2).

TITRE 1 : LES QUALIFICATIONS ISSUES DE L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC

30. Les qualifications légales auxquelles il s'agit de s'intéresser dans les développements qui suivent peuvent sans peine être désignées, *a priori*, comme des notions juridiques, pour les raisons exposées précédemment¹. Plus délicate est la détermination du caractère *conceptuel* ou *fonctionnel* de ces notions. Selon la distinction classique dégagée par le Doyen VEDEL en droit administratif, les notions conceptuelles sont celles dont le contenu est bien défini, si bien qu'elles « *peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes [...]. L'utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu ; le contenu ne dépend pas de l'utilisation* »². À l'inverse, les notions fonctionnelles « *procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule leur véritable unité* », de sorte qu'elles « *permettent au juge de résoudre un certain nombre de problèmes du même type au jour le jour, tout en réservant l'avenir. Elles ne sont pas un pur mot, car elles s'inspirent d'une idée ou d'un faisceau d'idées que l'on peut formuler ; mais elles constituent des notions "ouvertes", prêtes à s'enrichir de tout l'imprévu du futur* »³.

Cette célèbre construction, maintes fois invoquée⁴ est néanmoins remise en cause par la doctrine contemporaine⁵ pour trois raisons principales. Premièrement, l'hétérogénéité de la catégorie des notions fonctionnelle a été soulignée : tant de notions ont été décrites comme fonctionnelles⁶ que cette catégorie peinerait à trouver une unité. Deuxièmement, la facilité que constitue le recours à cette construction a pu être relevée, elle inciterait les auteurs à se contenter d'identifier le flou autour de certaines notions sans en expliquer les causes⁷. Troisièmement, le

¹ V. n° précédent.

² G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP*, 1950, I, 851, n° 4.

³³ L'auteur prend l'exemple de l'acte de gouvernement : « *On peut bien dresser le catalogue des actes de gouvernement ; mais on ne peut pas définir la catégorie des actes de gouvernement, sinon en indiquant ce à quoi elle sert, sa fonction* » (G. VEDEL, art. préc., n° 4).

⁴ Pour ne prendre que quelques exemples liés aux diverses acceptions de l'opposition privé-public, ont été qualifiés de notions fonctionnelles : *le domaine public* (J.-Y. CHÉROT, J. TRÉMEAU, « La commande publique et le partenariat public/privé à nouveau devant le Conseil constitutionnel », *AJDA*, 2002, p. 1065), *l'ordre public* (F. TERRÉ, « Rapport introductif », in T. REVET (coord.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 3) ou encore *la vie privée* (A. LEPAGE, « La notion de vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme ne cesse de prendre de l'ampleur », *D.* 2001, p. 1988)

⁵ V., en particulier, G. TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de "notion fonctionnelle" », *RFDA*, 2009, p. 641.

⁶ Pour un recensement conséquent, v. *ibid.*, n° 17.

⁷ *Ibid.*, n° 25 : « *[La] qualification de "notion fonctionnelle" pourrait faire figure de facilité destinée à affronter à peu de frais la difficulté que peut opposer le droit positif à la systématisation et à la reconstruction cohérente.*

caractère artificiel d'une supposée opposition entre des notions jugées parfaitement claires et des notions décrites comme partiellement obscures a été dénoncé¹. En effet, il est logique qu'une notion juridique nouvelle soit, à l'origine, inconnue de tous les acteurs du droit et, dès lors, jugée indéfinie, fonctionnelle, ce qui ne l'empêche pas de devenir progressivement conceptuelle à mesure que juges et auteurs la manient et la façonnent². Plus fondamentalement, cette approche est limitée, car, d'une part, « *les notions fonctionnelles ne sont jamais pures, mais conservent une dimension conceptuelle* »³ et, d'autre part, il faut admettre l'idée que « *tout, dans la pratique juridique, est mouvant, indéterminé, variable, dépendant du propos, des intérêts ou du caprice de celui qui se trouve en situation d'employer [...] le langage juridique, c'est-à-dire en un mot de l'idée que "tout est fonctionnel"* »⁴. Si l'on retiendra, tout de même, que cette opposition permet « *de répartir de façon ordonnée, au sein du discours juridique, ce qui relève plutôt de la certitude et ce qui relève plutôt de l'incertitude, ce qui relève plus du constant et ce qui relève plus de la variation, ce qui relève plus de l'homogène et ce qui relève plus de l'hétérogène* »⁵, on souscrira toutefois à l'analyse selon laquelle une autre approche conceptuelle est possible. Celle-ci consiste à « *prendre pour fondement l'idée que le droit peut être compris comme une activité essentiellement linguistique, consistant en discours proférés par des êtres humains mus par leurs passions et leurs intérêts, et à travers*

Le simple fait d'accoler cette étiquette au problème situe ce dernier dans l'économie des outils intellectuels des juristes et, immédiatement, rassérène l'analyste tout en le dispensant d'une recherche approfondie d'explication. De ce point de vue, à l'encontre de ce qui aurait pu être l'un de ses apports majeurs, la métanotion de notion fonctionnelle s'avère elle-même trop fonctionnelle. Elle est de nature à entraver des recherches plus approfondies sur les ressorts, les motivations des discours juridiques en général et des décisions juridictionnelles en particulier ».

¹ G. TUSSEAU, art. préc., n° 27, précisant que les notions conceptuelles « *seraient ontologiquement supérieures aux notions fonctionnelles, qui en constitueraient des dégénérescences ou des prodromes* ».

² *Ibid.* Pour l'auteur, les notions fonctionnelles « *ne sont, par définition, qu'une forme transitoire et éphémère de l'appareil conceptuel des juristes* », ce que reconnaissait d'ailleurs le doyen VEDEL (« De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* », *JCP* 1948, I, 682) : « *Le plus souvent, après une évolution assez longue, on peut dresser un catalogue des cas d'espèce qui leur correspondent. Quand ce catalogue est assez fixé, ou bien la catégorie est à un point de maturité qui permet d'en faire une théorie cohérente, ou bien elle se résorbe dans une ou plusieurs catégories plus logiques et disparaît* ».

³ G. TUSSEAU, art. préc., n° 28.

⁴ *Ibid.*, n° 33. V. aussi J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., n° 26, p. 44 : « *Le droit, comme les réalités auxquelles il s'applique, n'est jamais inerte. Il est toujours vivant, constamment en marche et en perpétuelle mutation. Il en est de même des concepts juridiques par lesquels il se conçoit, se comprend, se développe et se transforme en permanence* ».

⁵ M. BRENAUT, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, th. dir. P. CONTE, Université Panthéon-Assas, 2016, n° 12, p. 20. L'auteur ajoute que « *cette distinction se révèle pédagogique, permettant de mettre en lumière l'essence de certaines institutions juridiques et [...] de dissiper un peu l'obscurité de certains flous du droit afin d'y voir plus net et de comprendre, éventuellement, les causes de ce flou* ».

lesquels s'exerce la direction des conduites humaines, c'est-à-dire un pouvoir»¹, ce qui suppose de « s'orienter vers une approche de type analytique – car centrée sur la dimension langagière – et stratégique – car centrée sur la dimension humaine – des phénomènes juridiques »². On privilégiera une telle approche dans les développements qui suivent.

Or, cette approche n'est pas sans impliquer certaines conséquences méthodologiques. En effet, elle suppose de s'intéresser aux rapports qu'entretiennent les notions étudiées avec leurs acceptions extra juridiques. Cela s'impose dans le cadre de cette étude étant donné que la quasi-totalité des notions qui la concernent sont également employées en dehors du droit, tant dans le langage courant que dans des sciences sociales voisines, telles que l'histoire, la sociologie, ou encore la philosophie politique ; ce qui renvoie au phénomène linguistique de la « polysémie externe »³. Le fait que les qualifications à définir ne soient pas caractérisées par une « appartenance juridique exclusive »⁴ n'est pas neutre, si bien que les interférences des mécanismes langagiers non juridiques devront être évaluées, ne serait-ce que pour en minimiser la portée. D'une manière générale, la linguistique juridique sera d'une grande utilité ici, car l'« analyse linguistique est un auxiliaire de l'analyse logique »⁵.

Dans cette optique, on a déjà relevé qu'au niveau sémantique, le terme « public » est à la fois un adjectif, mais également un substantif⁶. Or, il convient de réaliser que c'est ce substantif qui permet l'identification des trois principales catégories de qualifications employées par le législateur. En effet, il s'agit de montrer que peuvent être publics – et, corrélativement, privés – une *communication*, une *réunion*, ou un *lieu*, dès lors que ces trois différents éléments ne concernent pas les mêmes publics. Schématiquement, la communication s'adresse à des *destinataires* – c'est-à-dire à l'« ensemble indéfini des personnes qui peuvent être touchées par un moyen de diffusion (lecteurs, auditeurs, spectateurs, téléspectateurs) »⁷ – , tandis que la réunion rassemble des *participants* – soit l'« ensemble défini de personnes effectivement présentes en un lieu donné à un moment donné ([notamment] à une réunion ou

¹ *Ibid.*, n° 32. Dans le même sens, v. J. L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, *op. cit.*, n° 26, p. 45 : « Ce sont alors les divers modes d'émergence de nouveaux concepts ou de nouvelles notions qui importent. Ceux-ci procèdent, selon les cas, des pratiques et des produits de la vie sociale, de l'évolution de la science et des mœurs, des agents économiques, des idéologies de l'actualité, de l'intervention d'organisations professionnelles ou des pouvoirs publics... ».

² G. TUSSEAU, art. préc., *loc. cit.*

³ G. CORNU, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 3^e éd. 2005, p. 68 : « Elle existe pour peu qu'un terme, doté d'un sens juridique, soit aussi pourvu d'un sens juridique ».

⁴ *Ibid.*, p. 13.

⁵ *Ibid.*, p. 35.

⁶ V. *supra* n° 22.

⁷ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « public », n.m., sens 1, b.

une manifestation) ; *l'auditoire, l'assistance* »¹ – là où sont présents dans les lieux une simple foule non organisée – autrement dit, l' « *ensemble indéfini des individus susceptibles d'être indistinctement admis dans un lieu (lieu public) ou exclus de ce lieu* »².

Les qualifications découlant de ces trois catégories, à savoir les lieux, communications et réunions publiques ou privées, présentent une autonomie certaine. Il n'en demeure pas moins qu'une difficulté conceptuelle majeure tient au fait qu'elles se définissent parfois les unes par rapport aux autres. Il s'avère donc nécessaire de distinguer deux catégories de qualifications. Les premières sont celles que l'on décrira comme *simples*, en ce qu'elles peuvent être définies indépendamment des autres notions également issues de l'opposition privé-public ; il s'agit essentiellement des lieux privés ou publics (Chapitre 1). À l'inverse, les qualifications *complexes* imbriquent plusieurs notions découlant de l'opposition étudiée ; il en va ainsi des communications et des réunions publiques ou privées (Chapitre 2).

¹ *Ibid.*, sens 2.

² *Ibid.*, sens 1, a.

Chapitre 1 : Les qualifications simples

31. Le « *lieu privé* » et le « *lieu public* » sont deux syntagmes auxquels le législateur a recours dans un certain nombre de dispositions pénales. Il s'agit d'hypothèses classiques de compositions linguistiques par juxtaposition d'un substantif et d'un adjectif¹. Or, comme le relève un auteur, l'intérêt majeur de ce type de composition « *est de montrer la force de l'adjectif dans la détermination du sens du mot composé. Car le substantif est neutre et c'est l'apport décisif de l'adjectif qui fait du tout la désignation d'une institution ou d'une opération* »². Cette remarque vaut pleinement pour les termes étudiés. En effet, le « *lieu* », que l'on peut définir comme la « *portion déterminée de l'espace* »³ ou « *l'endroit où l'on se trouve* »⁴ est incontestablement un substantif neutre, si bien que l'on peine souvent à le distinguer de « *l'endroit* » ou de « *la place* »⁵. Or, la juxtaposition audit substantif des adjectifs étudiés exclut toute idée de localisation géographique. Il ne s'agit pas de déterminer l'endroit où se trouve une personne ou une chose, mais plutôt de savoir si le lieu dans lequel elle se trouvait était ou non accessible ou inaccessible aux tiers. En toute hypothèse, ni la qualification de lieu privé (section 1) ni celle de lieu public (section 2) ne font l'objet de définitions légales ; il s'agit donc d'y remédier.

Section 1 : La qualification de lieu privé

32. Le « *lieu privé* » est une expression apparue récemment dans la loi pénale. En effet, il semble que la première occurrence de ce dernier dans les textes pénaux remonte à la loi du 19 juillet 1970, laquelle a introduit à l'article 368 de l'ancien Code pénal la prohibition des atteintes à l'intimité de la vie privée que constituent l'espionnage auditif ou visuel d'une personne se trouvant « *dans un lieu privé* ». Cette disposition, devenue l'article 226-1 du Code pénal, est assurément la matrice du lieu privé. Il ne faudrait pourtant pas en déduire un lien trop étroit entre la vie privée et un tel lieu. En effet, l'autonomie de qualification de lieu privé, tant à l'égard de l'intimité que par rapport à la propriété privée, ressort nettement de l'évolution des dispositions pénales (§1) et de la jurisprudence (§2).

¹ G. CORNU, *Linguistique juridique, op. cit.*, p. 170.

² *Ibid.*

³ CNTRL, v° « Lieu », sens I.

⁴ *Ibid.*, sens II, A, 1.

⁵ R. HUYGHE, « Chapitre 7. Les différentes formes de localisation », *Champs linguistiques*, 2009, p. 227.

§1. L'évolution du lieu privé

33. Si le lieu privé apparaît en 1970 dans le Code pénal, il serait erroné de croire que le lieu inaccessible aux tiers non autorisés était inexistant en droit pénal avant cette date. En effet, l'étude de la genèse de cette qualification permet de faire émerger son caractère transversal, le lieu privé n'étant pas réservé au seul individu, ni exclusivement destiné à la protection de sa vie privée (A). Ce caractère transversal ressort d'autant plus de l'évolution sémantique manifestée par certaines dispositions pénales contemporaines, lesquelles mettent en avant l'idée d'accessibilité en usant du syntagme « *lieu clos* », ce qui soulève, incidemment, la question de l'avenir de la notion de lieu privé (B).

A. La genèse du lieu privé

34. De l'Antiquité à la Révolution : le lieu sacré et la maison. Comme le souligne avec justesse un auteur : « *Une étude systématique de l'Histoire et du Droit comparé révèle [...] qu'à travers les législations, la matérialisation des limites correspond habituellement à un même but concret : définir ostensiblement une aire de jouissance exclusive, le périmètre à l'intérieur duquel s'exercera un pouvoir personnel et sans partage [...]. Il semble donc que, à travers les législations, la matérialisation objective des surfaces ait couramment pour fin unique et profonde l'exclusion d'autrui* »¹. Or, il apparaît que deux types de lieux sont très tôt concernés par cette logique d'exclusion : le lieu sacré et la maison. Si la hutte et le lieu de culte naissent de façon quasi concomitante, c'est sans doute l'accès au lieu sacré qui est le plus dramatisé dès l'origine². En effet, limiter à l'accès à la divinité et aux objets consacrés s'avère

¹ J.-P. GRIDEL, *Le signe et le droit : les bornes, les uniformes, la signalisation routière et autres*, LGDJ, 1979, n° 206, p. 264 et n° 209, p. 267. V. aussi, J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001, p. 196 : « *Dans la profondeur obscure de ces instincts – instincts séparatistes, antigrégaires qui poussent l'individu à s'isoler de l'espèce et à rejeter le contact de ses semblables – nous n'hésiterions pas à chercher la racine naturelle (naturel, ici, c'est animal) du droit subjectif* ».

² R. DEBRAY, *Jeunesse du sacré*, Gallimard, 2012, p. 40 : « *Tout ce qui dramatise l'accès sanctuarise ; tout ce qui le facilite le désacralise. Aussi les hommes ont-ils investi des moyens et un temps considérable à s'aménager de l'inaccessible* ». Pour le philosophe, le sacré est, par ailleurs, ce « *qui se tient derrière la porte en bronze, le rideau – de scène, de lit ou de brume – ou sous le voile, et qui ne se livre pas au premier coup d'œil* » (p. 41).

très tôt primordial¹. Le sacré est ainsi indissociable de l'idée de clôture et de celle d'exclusion². Conséquence directe de ces mécanismes d'exclusion, le profane – celui qui est à l'extérieur (*pro*) de l'enceinte (*fanum*) – ne peut s'y introduire sans encourir une punition sévère. En effet, la profanation de tels sanctuaires est bien souvent la mort³ et les vols commis dans ces lieux constituaient une infraction spécifique en droit romain, le *sacrilegium*⁴. Le lieu sacré est néanmoins susceptible de constituer un asile pour le criminel, celui-ci se trouvant alors, au moins temporairement, protégé contre ses poursuivants⁵. Un tel lieu est donc indéniablement un lieu privé, sans pour autant que ce lieu soit déconnecté de l'intérêt général, du « *public* » au sens antique du terme⁶, car le sacré est la chose de tous dans l'Antiquité, ce qui entraîne logiquement une assimilation entre le lieu de culte et le lieu de pouvoir⁷.

Quant à la maison, si elle fait très tôt l'objet de dispositions protectrices⁸, elle est également marquée de l'empreinte de sacré et la protection dont elle fait l'objet se fonde aussi

¹ *Ibid.*, loc. cit. : « Ces formes enveloppantes et matricielles, l'image aérienne et virtuelle les repère jusqu'au néolithique, montrant que les alignements de menhirs de Carnac étaient associés à une forme ovoïde ou rectangulaire fermée [...]. Archétypal, le tombeau de Toutankhamon. Au fond d'un dédale, avec une antichambre pour garder l'entrée, trois sarcophages emboîtés l'un dans l'autre, jusqu'à la momie elle-même défendue par un masque en or massif ».

² *Ibid.*, p. 38 : « Le Paradis chrétien vient de l'avestique pairi-daeza, terme technique désignant "la nature enclose" ». De même : « Le haram arabe comme le héréim hébreu – avec la même racine h-r-m – renvoient eux aussi à l'idée de clôture ». Et l'auteur de citer L. GERNET : « Il est de nature des lieux sacrés qu'ils soient limités. Quand ils sont le siège d'un culte organisé, ils sont entourés d'un mur ou d'une ligne de bornes » (*Le Génie grec dans la religion*, La Renaissance du livre, 1932).

³ Par. ex., Nombres, XVIII, 7 : « Quant à toi et tes descendants, vous assumerez vos fonctions sacerdotales pour tout ce qui concerne l'autel et ce qui se trouve dans le lieu très-saint derrière le voile, c'est là votre tâche. Je vous ai fait don de votre sacerdoce. Tout profane qui s'approchera comme vous sera puni de mort ». On notera que cette prévalence du lieu sacré inaccessible dans l'Ancien Testament n'est plus d'actualité dans le Nouveau Testament, que l'on songe aux dires de Jésus – « Je suis la porte » (Jean, X, 9) –, au déchirement du rideau du Temple à l'issue de la crucifixion (Matthieu, XXVII, 51), ou encore à la redéfinition de l'Église, non plus lieu, mais peuple des croyants (1 Corinthiens, III, 3-4). En ce sens, v. A. GOUNELLE, « Une religion laïque ? » in M. BERTRAND (éd.), *Les protestants 500 ans après la réforme*, Olivétan, 2017, p. 131 : « Le temple n'est que rarement considéré comme un sanctuaire au sens fort (un enclos sacré) ; on y voit plutôt un bâtiment utilitaire aménagé de sorte que les fidèles puissent commodément s'y réunir pour, ensemble, prier et méditer la Bible ».

⁴ V. J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 17, p. 43.

⁵ *Ibid.*, n° 49, p. 109.

⁶ V. *supra* n° 3.

⁷ Y. THOMAS, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, n° 6, p. 1434 et s. : « Le droit romain atteste un voisinage juridique constant entre le public et le sacré, termes qui qualifient communément les lieux et les choses soustraits aux maîtrises individuelles [...] Voler ou détourner une chose sacrée ou publique se qualifiait pareillement de péculat et valait une même peine – et cela, non parce que le public était sacré, mais, au contraire, parce que le sacré avait été réduit au public [...] Ce n'est qu'à partir du III^e siècle, depuis les empereurs sévères, que le vol de pecunia sacra fut qualifié séparément de sacrilegium et puni, après enquête extraordinaire, d'une mort atroce ».

⁸ J.-P. GRIDEL, *Le signe et le droit*, op. cit., n° 206, p. 264 : « Ainsi les lois d'Ensunna (vers 1930 avant J.-C.) font de la pénétration du citoyen au-delà de la haie d'autrui un délit, entraînant une peine pécuniaire le jour, et la peine de mort la nuit [...] Ce n'est certes pas encore la violation de domicile des droits modernes ; mais il en demeure la certitude que le passant n'a rien à faire à l'intérieur du périmètre ainsi matérialisé ».

sur l'intérêt général, sur l'idée de la sécurité collective¹ ; les murs de la maison ne sont qu'une déclinaison des murs d'enceinte de la ville². De plus, la maison est considérée comme le « temple des dieux domestiques, véritable refuge pour l'homme qui, même criminel, y jouissait d'une certaine sécurité : la violation de domicile était donc un délit contre la religion »³. C'est à l'époque romaine classique que la dimension sacrée du domicile s'estompe et qu'il se recentre sur les personnes qu'y trouvent⁴. Dans le *Digeste*, le vol commis dans une maison est aggravé⁵ et la violation de domicile sanctionnée comme étant une variante de l'*injuria*⁶. La raison d'être de ce dernier délit n'est pas, à cette époque, la protection de l'intimité. Comme le relève un historien, la maisonnée romaine est très peuplée et la richesse du citoyen renforce davantage la promiscuité qu'elle ne favorise l'intimité⁷. Par ailleurs, il n'est pas encore question de protéger l'individu contre l'État. En effet, « il ne faut pas croire que le droit romain ait absolument interdit les visites domiciliaires »⁸, la loi des XII Tables autorisant l'autorité publique à pénétrer dans un domicile pour rechercher un objet volé.

¹ A. VITU, *Droit pénal spécial*, op. cit., t. 2, n° 2275, p. 1857 : « Toutes les législations ont admis qu'il fallait frapper plus rudement le vol qui a lieu dans une maison d'habitation : l'audace du délinquant et le danger couru par les habitants justifient ce point de vue [...]. Au-delà du vol, c'est la sécurité des personnes que le législateur voulait protéger ».

² R. DEBRAY, *Jeunesse du sacré*, op. cit. p. 38 : « Res sanctae, les choses sacrées, désignait dans le monde romain les murs et les portes de la ville. Et quel fut le premier acte de Romulus, le fondateur de Rome ? Tracer, avec un soc de charrue, une ligne sacrée, le limen, délimitant le périmètre inviolable de la Ville, la mettant à part, hors d'atteinte ».

³ A. VITU, op. cit., t. 1, n° 297, p. 247. Dans le même sens : FUSTEL DE COULANGES, *Cité antique*, livre III, Durand, 1864, p. 267, précisant que « c'était dans l'intérieur de leur maison que les anciens trouvaient leur principale divinité, leur providence, celle qui les protégeait individuellement, qui écoutait leurs prières et exauçait leurs vœux », cité par G. DUMÉNIL, *Le domicile en droit pénal*, préf. A. LEPAGE, LGDJ, 2016, n° 37, p. 34.

⁴ Pour une étude détaillée de l'histoire de l'inviolabilité du domicile, v. G. DUMÉNIL, op. cit., p. 34 et s.

⁵ D. 47, 1, 54 : « Si en usant de la force quelqu'un a enlevé des choses dans une maison où il n'y avait personne, il sera poursuivi au quadruple par l'action de biens ravis, et par l'action de vol non manifeste si personne ne l'a vu agir » V. aussi D. 47, 9, 7, évoquant « ceux qu'on nomme directoires [cambrioleurs], qui s'introduisent dans les maisons des autres pour y dérober, doivent être punis plus que des voleurs ».

⁶ D. 47, 10, 5 : « La loi Cornélia sur les injures, appartient à celui qui voudra agir pour injure, parce qu'il prétendra avoir été frappé, battu, ou que de vive force on est entré dans sa maison [...]. C'est pourquoi la loi Cornélia a donné action pour trois causes, si quelqu'un a été frappé ou battu, ou que de vive force on soit entré dans sa maison ».

⁷ P. VEYNE, « L'Empire romain », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, t. 1, op. cit., p. 77 : Représentons-nous que ces gens-là ont sans cesse un esclave à portée, pour prévenir leurs moindres gestes, et qu'ils ne sont jamais seuls [...]. Étaient-ils seuls au moins dans la chambre conjugale ? Pas toujours : un amant surpris en ladite chambre prétendit qu'il ne se trouvait pas là pour la dame, mais pour la petite servante qui y dormait aussi ». V. néanmoins, Y. THÉBERT, « Vie privée et architecture domestique en Afrique Romaine », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), op. cit., p. 383 : « La connotation sexuelle de l'endroit est aussi évidente qu'à toutes les autres époques. Il s'agit avant tout du lieu le plus intime des couples et, par conséquent, du lieu où se transgresse de la façon la plus violente la morale dominante ».

⁸ E. GRAD, *L'inviolabilité du Domicile*, th., Imprimerie Henri Jouve, 1905, p. 3.

Sous l’Ancien Régime, le lieu sacré et la maison sont toujours les lieux pris en compte à divers titres par le droit pénal, même si les raisons sous-jacentes à la protection qui leur est conférée par les textes évoluent peu à peu. Ainsi, d’une part, les églises sont-elles pourvoyeuses d’asile pour le criminel en fuite¹, les monastères ou les couvents protégés contre les intrusions extérieures² et les vols commis dans les lieux sacrés réprimés plus sévèrement³. De plus, si le monarque de droit divin ne dispose d’aucune intimité et vit sous le regard de ses sujets⁴, il n’en demeure pas moins que les lieux qu’il occupe sont des lieux sacrés auxquels l’accès est strictement contrôlé⁵. Les vols commis dans les maisons royales sont donc logiquement réprimés avec une grande sévérité⁶. D’autre part, les membres de la maisonnée – très nombreux jusqu’au XI^e siècle⁷ – sont toujours protégés des dangers de l’extérieur. La loi salique réprime, classiquement, l’aggravation du vol commis par effraction dans une maison⁸, mais la sécurité est alors totalement déconnectée du sacré. C’est encore une logique de sécurité qui prévaut à la Renaissance, avec le Code criminel de l’empereur Charles V, dit « *La Caroline* », qui prévoit,

¹ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, *loc. cit.*

² J.-P. GRIDEL, *Le signe et le droit*, *op. cit.*, p. 267, note 47, b) : « le droit canonique désigne par clôture un espace entouré de murs et de cloisons à l’intérieur même d’un couvent. À défaut d’autorisation spéciale, il est interdit aux religieux d’en sortir et aux personnes du dehors d’y pénétrer. Les sanctions sont sévères ».

³ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, n° 176, p. 335 ; v. *infra* n° 378. On peut toutefois considérer que le lieu sacré devient ici lieu de *culte* (sur lequel, v. *infra* n° 257), donc de rassemblement, sa dimension privée étant moins conséquente que dans l’Antiquité.

⁴ N. CASTAN, « Le public et le particulier », in G. DUBY et P. ARIÈS (Dir.), *Histoire de la vie privée*, t. 3, *op. cit.*, p. 418 : « Dans le cadre fastueux de la chambre d’apparat, des salons et du parc, des lieux ouverts à tous, le roi vit en public, impénétrable, maître de lui-même comme du royaume. Peu d’intimité, encore moins de vie familiale, mais une représentation presque constante. Le roi, dit-on, a absorbé l’homme ».

⁵ R. DEBRAY, *Jeunesse du sacré*, *op. cit.* p. 64 : « Dans la chambre du Roi-Soleil, une balustrade dite “balustre” séparait du reste de la pièce l’espace sacré de l’alcôve où se dressait le lit-autel. “Entrer dans la balustre” était une faveur exceptionnelle ».

⁶ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, n° 193, p. 387 : « D’après une déclaration du 15 janvier 1677, qui renouvelait une déclaration de François I^{er} du 1^{er} novembre 1530, de tels vols étaient passibles de mort. Cependant Louis XIV a dû rappeler ces dispositions le 7 décembre 1682, et encore le 11 septembre 1706 [...] Cette répétition des mêmes prescriptions montre assez leur inefficacité : en réalité les résidences royales, où affluaient toutes sortes de gens, étaient des lieux fort peu sûrs ». Là encore, néanmoins, c’est autant l’accessibilité du lieu, donc son caractère public, qui justifie ces prohibitions, que son caractère sacré (v. *infra* n° 378).

⁷ *Ibid.*, n° 164, p. 332 : « [Au] moins dans le Nord et l’Est, la population reste peu nombreuse jusqu’au XI^e siècle et vit regroupée en clans familiaux, 30 à 50 personnes vivant ensemble dans une hutte ou “halle” ». Dans le même sens, G. DUBY, « La vie privée dans les maisonnées aristocratiques de la France féodale », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, t. 2, *op. cit.*, p. 60 : « La vie privée est devenue si grégaire que le chef de famille ne dispose plus d’un lieu où se retirer à l’écart ».

⁸ T. XII, art. 3 : « Tout ingénu qui aura pénétré dans une habitation, à l’aide de l’effraction, et y aura dérobé un objet d’une valeur de deux deniers, sera condamné [...] ». V. a contrario, T. XII, art. 1^{er}, incriminant le vol « hors d’une habitation ».

en plus de l'aggravation du vol par effraction¹, une présomption de légitime défense nocturne². Par ailleurs, apparaît à cette époque l'idée de la sûreté, c'est-à-dire de la protection des membres de la maisonnée contre les abus du pouvoir seigneurial ou royal³. Si la maison n'est toujours pas analysée, juridiquement, comme un espace protecteur de l'intimité, c'est bien à cette époque – où naît l'individu⁴ – que commence à émerger, dans le corps social, l'idée d'un espace clos protecteur de celle-ci. Dès lors, à la Renaissance, « *l'intimité exige des lieux retranchés, des espaces séparés où trouver solitude, secret, silence. Le jardin, la chambre, mais plus encore l'alcôve et la ruelle, l'étude et le cabinet offrent de telles retraites qui, tous ensemble, cachent ce qui ne doit ou ne peut plus être montré (les soins du corps, les fonctions naturelles, les gestes de l'amour) et abritent des pratiques associées plus qu'auparavant à l'isolement : ainsi la prière ou la lecture* »⁵. Ce besoin d'espaces d'intimité traverse la société dans son entier, mais il n'est encore qu'à ses balbutiements⁶. La protection de l'intimité de l'individu est donc associée tardivement aux lieux privés et il faudra attendre le XIX^e siècle pour qu'un lien soit implicitement établi entre ces deux éléments par les textes pénaux, ce lien devenant explicite au XX^e siècle.

35. De la Révolution à la période contemporaine : le lieu privé et l'intimité. La Révolution rompt le lien entre le lieu privé et le lieu sacré, à tout le moins dans la législation pénale. Il n'y est plus question de sacrilège, pas plus que de droit d'asile. En revanche, le principe d'inviolabilité du domicile est consacré⁷ et le Code pénal de 1810 réprime la violation de

¹ La Caroline, art. 159 : « Si le voleur, pour commettre les vols susdits, escaladait ou entrait avec effraction de jour ou de nuit dans la maison ou habitation de quelqu'un, ou bien s'il y entrait avec des armes capables de blesser celui qui voudrait lui faire résistance [...], il sera regardé pour un vol prémédité et périlleux, et le coupable, si c'est un homme, sera condamné à être pendu ».

² La Caroline, art. 150 : « Il y a plusieurs autres homicides dont les causes sont innocentes, pourvu que lesdites causes soient employées avec justice et régulièrement : [...] celui qui tuerait quelqu'un le trouvant de nuit dans sa maison et avec danger ».

³ Aux termes de l'article 455 de la coutume d'Orléans de 1509, « aucun ne peut entrer ni faire entrer sergent, ni autres personnes en la maison d'autrui, pour faire entiercer et enlever les biens estant en icelle maison, sans autorité de la justice ». Par ailleurs, lors des États généraux de Blois, en novembre 1576, le Tiers État se plaint des exactions commises par les gens de la suite du roi qui pénétraient de force dans les maisons des habitants pour s'y établir, et ce, malgré le refus des propriétaires (E. GRAD, *op. cit.*, p. 4).

⁴ V. *supra* n° 11.

⁵ R. CHARTIER, « Formes de privatisation », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *op. cit.*, t. 2, p. 161.

⁶ Dans la maison paysanne, « un certain isolement n'était pas impossible (sans doute même a-t-il été, en l'occurrence, recherché), ce que vient confirmer la fréquente mention de portes munies de verrous, voire fermant à clé » (P. BRAUNSTEIN, « Les aménagements de l'espace privé », in P. ARIÈS et G. DUBY, *op. cit.*, p. 457). Quant au Petit Trianon, refuge de Marie-Antoinette, il est décrit comme un « espace propre, soustrait au regard de tous, pour y vaquer à ses plaisirs, recevoir ses intimes et y goûter les joies de l'amitié » (M. PERROT, « Public, privé et rapports de sexe », art. préc., p. 65).

⁷ V. not. Constitution du 3 sept. 1791, titre IV, art. 9. Sur la portée de ce principe, v. *infra* n° 339.

domicile par les fonctionnaires¹. Le domicile est donc associé à la sûreté et le citoyen officiellement protégé contre les abus de la puissance publique. Par ailleurs, le domicile est toujours le lieu au sein duquel la sécurité des personnes et des biens doit être assurée : le vol est aggravé quand il est commis dans une maison², le meurtre et les coups justifiés lorsqu'ils sont commis pour repousser un intrus³. Il n'est, cependant, toujours pas question d'intimité et il faut attendre la loi du 28 avril 1832 pour que la violation de domicile commise par un particulier soit incriminée. C'est sans doute la première fois que domicile et intimité se voient associés, implicitement, la notion d'intimité n'ayant alors aucune assise juridique. Cette reconnaissance s'imposait, car le sentiment d'intimité était assurément devenu un intérêt à protéger, à tout le moins pour la classe bourgeoise⁴. En effet, selon Littré⁵, l'expression « *mur de la vie privée* », inventée par Talleyrand, Royer-Collard ou Stendhal, aurait émergé dans les années 1820. Le droit est néanmoins en retard sur les faits, car la vie privée qui s'affirme commence justement à se détacher du domicile et de la sphère familiale, les individus investissant certains espaces des lieux publics pour en faire des refuges temporaires. La loge du théâtre en est l'exemple le plus prégnant⁶.

¹ C. pén., art 184 ancien.

² C. pén., art. 381, 4^o ancien, évoquant le vol commis « *à l'aide d'effraction extérieure ou d'escalade ou de fausses clés, dans une maison, appartement, chambre ou logement habités ou servant à l'habitation, ou leurs dépendances* ». V. aussi, C. pén., art. 386, 1^o ancien, traitant du vol commis « *la nuit, et par deux ou plusieurs personnes, ou [...] avec une de ces deux circonstances seulement, mais en même temps dans un lieu habité ou servant à l'habitation* » et abordant en son 3^o le vol commis par un domestique « *envers des personnes qu'il ne servait pas, mais qui se trouvaient soit dans la maison de son maître, soit dans celle où il l'accompagnait* ».

³ C. pén., art. 322 ancien : « *Les crimes et délits mentionnés au précédent article sont également excusables, s'ils ont été commis en repoussant pendant le jour l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances. Si le fait est arrivé pendant la nuit, ce cas est réglé par l'article 329* ». Selon ledit article, les infractions sont justifiées « *si les blessures ont été faites, ou si les coups ont été portés en repoussant pendant la nuit l'escalade ou l'effraction des clôtures, murs ou entrée d'une maison ou d'un appartement habité ou de leurs dépendances* ».

⁴ R.-H. GUERRAND, « Espaces privés », in G. DUBY et P. ARIÈS (dir.), *Histoire de la vie privée. Tome IV. De la Révolution à la Grande Guerre*, Seuil, 2000, p. 308 : « *Tout au long du XIX^e siècle, les bourgeois, surtout parisiens, mais ce sont eux qui donnent le "ton", sont terrifiés par les émeutes populaires. Ils recherchent dans leur logement le sweet home qui les rassure* ».

⁵ Dictionnaire, 1863-1872 : « *La vie privée doit être murée. Il n'est pas permis de chercher et de faire connaître ce qui se passe dans la maison d'un particulier* ».

⁶ A. MARTIN-FUGIER, « Les rites de la vie privée bourgeoise », in G. DUBY et P. ARIÈS (dir.), *op. cit.*, t. 4, p. 190 : « *La loge, elle, est un monde clos et protégé. Le chez-soi reconstitué au théâtre.* » V. aussi O. RANUM, « Les refuges de l'intimité », in G. DUBY et P. ARIÈS (dir.), *op. cit.*, t. 3, p. 225 : « *Bien sûr, les milieux aisés ont agrandi leur espace privé, mais, pour les autres, c'est-à-dire la population dans son ensemble, l'imaginaire intime restera toujours la chambre à soi, ou même le lit à rideaux* ». V. encore, M. PERROT, « Manières d'habiter », in G. DUBY et P. ARIÈS (dir.), *op. cit.*, t. 4, p. 282 : « *De façon plus triviale, les classes dominantes, qui ont la hantise de la foule bête et sale, s'aménagent dans les lieux publics, et notamment dans les transports en commun, des niches protectrices : loges de théâtre qui prolongent le salon, cabines de bateau ou de bains, compartiments de première classe évitent les promiscuités et maintiennent les distinctions. "Depuis l'invention des omnibus, la bourgeoisie est morte !" écrit Flaubert qui fait par contraste du fiacre parisien, circulant tous stores baissés, le symbole même de l'adultère* ».

Du XIX^e siècle jusqu'à la première moitié du XX^e siècle, cette évolution va se poursuivre. Sur le plan sociologique, la vie privée se démocratise¹, tandis que les atteintes qui lui sont portées se multiplient, du fait notamment des évolutions technologiques. Sur le plan juridique, la vie privée est progressivement conceptualisée². De cette double évolution, il ressort que si la maison continue d'être le lieu par excellence de l'intimité et de la construction du soi³, la vie privée sort du domicile et doit être protégée même lorsque l'individu évolue en dehors de ce dernier. La loi du 17 juillet 1970 va donc en prendre acte et consacrer le lieu privé, syntagme générique dépassant le simple domicile : l'article 368 du Code pénal réprime alors l'espionnage auditif et visuel d'une personne se trouvant « *dans un lieu privé* ». L'article 226-1 du nouveau Code pénal reprendra cette formulation en 1994. Pour autant, l'apparition du syntagme étudié dans un article relatif aux atteintes à l'intimité de la vie privée n'implique pas, *ipso facto*, que le lieu privé soit devenu l'apanage de l'individu, au détriment de collectivité de personnes, voire de l'État lui-même, ou encore qu'il serait synonyme de protection de l'intimité, à titre exclusif. En effet, tant l'État que des groupes sociaux abritent des personnes ou des choses au sein de lieux correspondant en tout point à la définition du lieu privé⁴. Avant d'aborder cette définition, il est néanmoins nécessaire de s'interroger sur l'avenir du lieu privé au sein des textes pénaux.

B. L'avenir du lieu privé

36. L'apparition du « lieu clos ». La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes a introduit au sein du Code pénal l'article 226-3-1, lequel incrimine le voyeurisme, défini notamment comme le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence « *dans un lieu clos* », a caché à la vue des tiers. Cette référence au « *lieu clos* » et

¹ Au début du XX^e siècle, la vie domestique des classes populaires est semblable est aussi grégaire que pendant la période médiévale : A. PROST, « Frontières et espaces du privé », in G. DUBY et P. ARIÈS (dir.), *Histoire de la vie privée*, t. 5, *op. cit.*, p. 60 : « Aussi la notion d'intimité n'avait-elle guère de sens. La sexualité, taboue dans les familles bourgeoises où elle disposait d'espaces privatifs – la chambre conjugale, le boudoir, au moins l'alcôve, partie privée d'une pièce commune –, ne pouvait ici être tenue secrète. Les jeunes filles ne pouvaient avoir leurs règles sans que cela se sache, et, dans les familles de mineurs, le calendrier en était même tenu sur le calendrier des postes, punaisé au mur de la cuisine ». V. aussi *supra* n° 11.

² V. *supra* n° 12.

³ G. BACHELARD, *La poétique de l'espace*, *op. cit.*, p. 25 : « Dans ces conditions, si l'on nous demandait le bienfait le plus précieux de la maison, nous dirions : la maison abrite la rêverie, la maison protège le rêveur, la maison nous permet de rêver la paix ».

⁴ Sur ces lieux privés spécifiques, v. *infra* n° 266 et s.

non au lieu privé est inédite. Se pose alors la question de savoir si les deux syntagmes sont synonymes. Il serait possible de considérer que le législateur entend désigner par-là le lieu inaccessible *aux regards* des tiers, là où le lieu privé ne prend pas en compte cette inaccessibilité visuelle dans sa définition. Le lieu clos serait alors le pendant du « *lieu accessible aux regards du public* » évoqué au sein de l'article 222-32 du Code pénal relatif au délit d'exhibition sexuelle. Cela aurait une certaine cohérence, dans la mesure où il s'agirait, d'une part, de cacher son corps dans un lieu inaccessible au regard d'autrui et, d'autre part, de l'exposer dans un lieu accessible à ce regard¹. On verra néanmoins que le lieu accessible aux regards du public est loin d'être un modèle de clarté² et il n'est pas certain qu'il soit pertinent de s'en inspirer. La spécificité du lieu clos ne peut donc pas tenir à son inaccessibilité visuelle³, pas plus, d'ailleurs, qu'aux activités à connotation sexuelle qui s'y dérouleraient, ce qu'une proposition de loi belge avait voulu établir⁴. Il est donc plus pertinent de penser que lieu clos et lieu privé sont synonymes, et ce, pour plusieurs raisons.

37. La portée du lieu clos. Une parenté étroite peut être établie entre les deux qualifications légales étudiées, parenté qui n'est pas nouvelle. En premier lieu, l'évolution de la notion de « *domicile* » en procédure pénale doit être évoquée. Lorsque la doctrine aborde la définition de ce terme présent à l'article 56 du Code de procédure pénale, elle renvoie souvent au « *domicile* » de l'article 226-4 du Code pénal⁵. Or, la notion processuelle de domicile doit plutôt être associée au lieu privé de l'article 226-1 du Code pénal. En effet, il est frappant de constater que les juges

¹ On notera que l'articulation de ces deux dispositions n'est pas si évidente qu'il n'y paraît dans certaines situations. En effet, la personne regardant une personne dénudée dans son domicile n'ayant pas pris la précaution de tirer les rideaux de sa fenêtre est-elle coupable de voyeurisme ou victime d'une exhibition sexuelle ? Certes, elle aperçoit les parties intimes d'une personne « *à l'insu* » de celle-ci, mais cette dernière les a-t-elle vraiment cachées « *du fait de sa présence dans un lieu clos* » au sens de l'article 226-3-1 du Code pénal ? Ou a-t-elle, au contraire, imposé sa nudité « *à la vue d'autrui* » au sens de l'article 222-32 du même Code ?

² V. *infra* n° 196 et s.

³ En toute hypothèse, il serait possible de réprimer, en application de l'incrimination de voyeurisme, le fait d'observer, à l'aide d'un miroir de poche passé sous la cloison séparant des cabines d'essayage, une personne se changeant dans la pièce adjacente, comportement qui échappait au droit pénal par le passé (Cass. crim., 5 oct. 2010, n° 10-80.050 ; *RPDP* 2011. 155, obs. P. CONTE). Or, une cabine d'essayage est assurément un lieu privé.

⁴ F. OST, et M. VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », in *Les bonnes mœurs, op. cit.*, p. 112. Les auteurs évoquent une préconisation de la notion de l'Ecole des sciences criminologiques de l'Université libre de Bruxelles, répercutée dans une proposition de loi aux termes de laquelle le lieu clos, « *qui se situe entre le lieu public et le lieu privé* », devait être défini comme « *celui où peut pénétrer toute personne de plus de 18 ans accomplis en sachant parfaitement devant quel spectacle ou devant quelles images elle pourra se trouver* ». Il est évident que cette conception du lieu clos a un lien avec la « *maison close* », expression dont on étudiera la traduction juridique plus loin (v. *infra* n° 272).

⁵ Par ex : V. LESCLOUS, « Fasc. 20 : Enquête préliminaire », *J.-Cl. Procédure pénale*, 2012 (maj. 2018), n° 155 : « *La notion de domicile en matière de perquisitions et saisies est la même que celle de la qualification de violation de domicile* ».

se sont détachés du terme légal de domicile et ont redéfini la perquisition comme « *la recherche, à l'intérieur d'un lieu normalement clos, notamment au domicile d'un particulier, d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction ou d'en déterminer l'auteur* »¹. Cet arrêt exprime l'idée que le domicile, au sens du lieu d'habitation, n'est qu'un lieu clos parmi d'autres. À partir de cette décision, le syntagme de lieu clos a été adopté par la doctrine et décrit comme « *plus opératoire en ce qu'elle exprime la nécessité pour la force publique, d'obtenir l'autorisation de son occupant avant que d'y pénétrer* »². Dans la catégorie des lieux clos, « *il faut donc ranger non seulement les domiciles, mais encore tous les endroits tels que les locaux d'une entreprise ou d'une administration qui, sans constituer véritablement des domiciles, ne peuvent être considérés comme étant d'accès libre à quiconque veut y pénétrer* »³. Dans la même logique, la référence à l'« *espace fermé* »⁴ dans lequel doit se dérouler la fouille intégrale d'une personne gardée à vue est proche de l'expression étudiée.

En deuxième lieu, l'expression « *huis clos* », en ce qu'elle renvoie étymologiquement à l'idée de portes closes⁵, peut être vue comme un facteur supplémentaire de l'évolution lexicale analysée. La salle d'audience est donc un lieu privé lorsque le huis clos est prononcé. Néanmoins, l'audience étant avant tout une réunion, on l'étudiera plus loin à ce titre⁶.

En troisième et dernier lieu, le législateur a peut-être été influencé par la désignation de « *lieu non ouvert au public* » employée en matière de vidéoprotection⁷, laquelle met également l'accent sur l'idée de fermeture.

Le lieu privé paraît donc en passe d'être supplanté par le lieu clos dans le discours juridique. Cette évolution peut être appréciée favorablement, car cette désignation met bien l'accent sur l'accessibilité – dont on s'apprête à réaliser l'importance – et évite toute confusion avec la vie privée ou avec la propriété privée. Il n'en demeure pas moins que la clôture ne fait pas tout et que le syntagme nouvellement consacré ne doit pas induire les juges en erreur :

¹ Cass. crim., 29 mars 1994, PG-CA Douai, *Bull. crim.* n° 118 ; *Dr. pén.* 1994, comm. 194, obs. A. MARON.

² J. BUISSON, « Fasc. 20 : Crimes et délits flagrants », *J.-Cl. Procédure pénale*, 2021, n° 124.

³ *Ibid.*, n° 124.

⁴ C. proc. pén., art. 64-7.

⁵ « *Huis* » découle du latin *us* qui signifie « *la porte* ». Comp. J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, note 2, p. 156, évoquant l'origine du terme « *parquet* », lequel « *n'a pris son sens actuel qu'au XVII^e siècle ; il désignait originellement le lieu clos (petit parc) dans lequel se réunissaient les juges ; puis la chambre réservée aux gens du roi ; enfin, par métonymie, les magistrats du ministère public eux-mêmes* ».

⁶ V. *infra* n° 212.

⁷ Circ. n° PRMX1124533C du 14 sept. 2011 relative au cadre juridique applicable à l'installation de caméras de vidéoprotection sur la voie publique et dans les lieux ou établissements ouverts au public, d'une part, et dans les lieux non ouverts au public, d'autre part. En réalité cette expression traduit surtout le caractère hybride des lieux concernés (v. *infra* n° 266 et s.).

au-delà des barrières matérielles, la volonté de privatiser le lieu doit aussi être établie, ce qu'atteste la définition prétorienne du lieu privé.

§2. La définition du lieu privé

38. En l'absence de définition légale du lieu privé, la doctrine ou les juges ont pu prendre en compte différents critères pour cerner les contours de cette qualification. Certains de ces critères paraissent devoir demeurer indifférents (A), tandis que d'autres sont véritablement déterminants (B).

A. Les critères de définition indifférents

39. L'adjectif privé, on le sait, entretient des liens étroits avec la vie privée et avec la propriété privée¹. Pour autant, lieu privé n'appartient pas nécessairement à une personne privée (1) et n'est pas forcément un lieu où se déroule la vie privée d'une personne (2).

1. La déconnexion du lieu privé et de la propriété privée.

40. *Une confusion critiquable.* L'on trouve parfois l'expression « lieu privé ouvert au public » sous la plume de certains auteurs², voire sous celle du législateur dans des dispositions récentes³. Cette expression prête à confusion, en ce qu'elle suppose que la prise en compte du droit de propriété sur le lieu – sur l'immeuble, dans cette optique – est déterminante pour apprécier si un lieu est privé ou public. En réalité, les deux arguments pouvant être invoqués au renfort de cette analyse ne sont guère convaincants.

¹ V. *supra* n° 10 et s.

² E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 1881, p. 613. ; obs. ss. Cass. crim., 25 oct. 2011, *Bull. crim.* n° 214. V. aussi J.-F. BRISSON, « La surveillance des espaces publics », *Dr. adm.*, 2005, étude 19, n° 3, opposant « les bâtiments publics » et les « lieux privés à usage de commerce par exemple ». Adde : L. CLUZEL-MÉTAYER, « La vidéosurveillance des espaces publics », *Dr. adm.*, 2008, prat. 3, évoquant également « les lieux privés ouverts au public ».

³ CSI, art. L. 320-4 : « Les jeux d'argent et de hasard exploités en réseau physique de distribution s'entendent des jeux dont l'engagement intervient [...] notamment au moyen de terminaux de jeux [...] mis à la disposition des joueurs dans des lieux publics ou des lieux privés ouverts au public ». V. aussi C. proc. pén., art. 2-15, régissant l'action civile des associations ayant « ayant pour objet statutaire la défense des victimes d'un accident survenu dans les transports collectifs ou dans un lieu ou local ouvert au public ou dans une propriété privée à usage d'habitation ou à usage professionnel ». La référence à la propriété privée a été introduite par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002.

En premier lieu, le propriétaire a certes, aux termes de l'article 647 du Code civil, le droit de se clore et le caractère clos d'un lieu est déterminant pour apprécier son caractère privé. Est-ce à dire, pour autant que seul un propriétaire peut rendre un lieu inaccessible au public ? La réponse à cette interrogation ne peut qu'être négative. La personne qui s'enferme dans des toilettes publiques n'est pas propriétaire du lieu et, pourtant, elle rend ce lieu – appartenant, par hypothèse, à une personne publique – inaccessible aux tiers, donc privé¹. Par ailleurs, un auteur a bien montré que la clôture existait même en URSS, là où la propriété privée n'était pas de mise². La Cour de cassation a donc pu considérer, à juste titre qu'une personne se trouve bien dans un lieu privé lorsqu'elle prend une douche dans une salle de bain d'un appartement appartenant à un tiers, si bien que la captation de son image est constitutive d'une atteinte à l'intimité de la vie privée³. Il peut, dès lors, paraître critiquable d'affirmer, en matière procédurale, que les personnes mises en examen qui ne sont « *titulaires d'aucun droit ni titre sur l'appartement sonorisé et dont les conversations n'ont pas été captées ne sauraient prétendre avoir subi une atteinte à l'un des droits protégés par l'article 706-96 du [Code de procédure pénale]* »⁴. En effet, si la solution est rendue en matière de sonorisations, laquelle peut avoir lieu indifféremment « *dans des lieux ou véhicules privés ou publics* » aux termes de la disposition évoquée, il serait tout à fait possible de considérer que la portée de l'arrêt s'étend aux captations d'images ou, à tout le moins, que la Cour n'hésiterait pas à l'affirmer, le cas échéant. Or, il n'est pas acceptable de prendre en compte les droits dont dispose une personne sur un lieu pour déterminer si un abus de pouvoir a été commis⁵.

En second lieu, analyser la propriété du lieu permettrait de déterminer qui peut y autoriser l'accès. Or cette autorisation est centrale pour déterminer si un lieu est privé ou non⁶. Néanmoins, il s'agira là encore d'une règle de preuve et non d'une règle de fond. Certes, aux

¹ A. SÉRIAUX, « L'espace public », in *Droit et technique, Mélanges en l'honneur de Xavier Linnant de Bellefonds*, Litec, 2009, p. 433 : « *les toilettes publiques où je m'isole quelques instants deviennent alors un lieu éminemment privé* ». V. aussi S. ZWEIG, *Découverte inopinée d'un vrai métier*, Folio, 2015, p. 42. Le narrateur, dans cette nouvelle suit un pickpocket qui, au cours de cette filature atypique, trouve refuge dans des toilettes publiques, d'où l'extrait suivant : « *Mais non, l'homme des surprises perpétuelles ne s'assit pas sur un banc ; il se dirigea d'un pas décidé – vous m'excuserez – vers une petite cahute publique destinée à remplir une des fonctions les plus éminemment privées, dont il referma soigneusement la porte derrière lui* ».

² J.-P. GRIDEL, *Le signe et le droit*, op. cit., p. 265, note 33 : « *Il est caractéristique de noter que à cet égard que le droit soviétique, malgré la collectivisation du sol, comporte divers délits “de destruction de bornes indiquant la jouissance exclusive des terres”, et d'occupation de terrain sans autorisation [...]. Pourtant la terre, source de richesses et donc moyen de production par excellence, appartient à l'État [...]. Dans les autres pays de l'Est, l'utilisation de bornes et de clôture semble également générale [...], bien que la propriété du sol n'y soit que très restrictivement admise* ».

³ Cass. crim., 26 mai 2009, n° 08-86.858 ; *Dr. pén.* 2009, chron. 11, n° 14, obs. A. LEPAGE.

⁴ Cass. crim., 26 juin 2013, n° 13-81.491, *Bull. crim.* n° 164 ; *RSC* 2013, p. 591, obs. J. DANET.

⁵ J. DANET, obs. préc. V. aussi, *infra* n° 449.

⁶ V. *infra* n° 21, 217 et 221.

termes de l'article L. 126-1 du Code de la construction et de l'habitation, les propriétaires ou exploitants d'immeubles à usage d'habitation ou leurs représentants « *peuvent accorder à la police et à la gendarmerie nationales ainsi, le cas échéant, qu'à la police municipale une autorisation permanente de pénétrer dans les parties communes de ces immeubles* ». On ne saurait toutefois déduire de cette disposition particulière¹ un principe selon lequel seuls des propriétaires ou leurs représentants seraient en mesure d'autoriser l'accès à un lieu privé.

41. Une confusion persistante. Bien que la déconnexion entre propriété privée et lieu privé s'impose, il n'est pas certain que le gouvernement l'ait compris lorsqu'il incrimina, en 1973², à l'article R. 30 de l'ancien Code pénal, l'abandon d'ordures « *en un lieu public ou privé dont [les auteurs de l'abandon] ne sont ni propriétaires, ni usufruitiers, ni locataires, sans y être autorisés par une personne ayant l'un de ces titres, sauf si le dépôt a eu lieu sur un emplacement désigné à cet effet par l'autorité administrative compétente* ». En 1994, la rédaction du texte a été modifiée, mais l'importance de la propriété ressort toujours des textes d'incrimination³, ce que traduisent les décisions rendues en application de celles-ci. Ainsi, un propriétaire ne serait-il pas sanctionné pour avoir jeté des ordures chez lui ou sur son terrain⁴ alors qu'il pourra tout à fait commettre une atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui dans sa propriété privée⁵. Par ailleurs, les juges ne font pas de différence entre un lieu public ou privé, forêt domaniale, terrain communal, ou simple dépendance de la voie publique, que ce lieu soit ou non clôturé⁶. Les débats ne tournent donc pas autour du caractère accessible ou inaccessible du lieu, mais autour de la propriété du lieu⁷.

42. Ces textes mis à part, il apparaît évident, en définitive, que la propriété privée ne saurait être un critère de définition du lieu privé. Tout au plus pourrait-on admettre une analyse sous

¹ Sur la particularité des parties communes, v. *infra* n° 267.

² Décret n° 73-134 du 13 février 1973.

³ C. pén., art R. 634-2 et R. 635-8, réprimant « *le fait de déposer, d'abandonner, de jeter ou de déverser, en lieu public ou privé, à l'exception des emplacements désignés à cet effet par l'autorité administrative compétente [diverses ordures] [...], si ces faits ne sont pas accomplis par la personne ayant la jouissance du lieu ou avec son autorisation* ».

⁴ Le dépôt de déchets sur son propre terrain par le propriétaire n'est pas punissable (Cass. crim., 15 sept. 2015, n° 14-86.835). V. aussi, CA Nancy, 4 nov. 1986, *Juris-Data* n° 1986-046782, relaxant l'individu qui avait abandonné un véhicule devant sa maison sur une portion de terrain lui appartenant.

⁵ V. *supra* n° 40.

⁶ CA Paris, 13^e ch., 1^{er} févr. 1974 ; *D.* 1974, somm., p. 126 ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 476.

⁷ Par ex. : Cass. crim., 7 nov. 2006, *Bull. crim.*, n° 278 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 14, note M. VÉRON, jugeant que la Cour d'appel aurait dû rechercher si l'accotement de la voie, sur lequel elle relève expressément la présence d'une partie des déchets, ne constituait pas une dépendance du domaine public communal.

l'angle de la *possession*, ce que suggère l'article 706-96-1 du Code de procédure pénale lorsqu'il évoque à deux reprises « *le consentement du propriétaire ou du possesseur du véhicule ou de l'occupant des lieux ou de toute personne titulaire d'un droit sur ceux-ci* ». Fermer la porte d'une pièce serait alors à analyser comme l'exercice d'une prérogative de propriétaire – le droit de se clore – et caractériserait le *corpus* de la possession. Néanmoins, exiger du juge la démonstration de l'*animus*, soit de la volonté de se comporter comme propriétaire des lieux pour qualifier un lieu privé, paraît exagéré. Qu'en est-il des rapports entre lieu privé et vie privée ?

2. La déconnexion du lieu privé et de la vie privée.

43. L'apparente symbiose originelle entre lieu privé et vie privée. La question des rapports entre vie privée et lieu privé est décisive pour cerner le domaine du lieu privé. En effet, soit le lieu privé est nécessairement un lieu où se déroule une situation intime et peu de lieux peuvent alors être qualifiés de « *privés* », soit cette circonstance est indifférente et le domaine du lieu privé sera plus étendu. La question s'est naturellement posée du fait que le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée exige comme résultat une « *atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui* ». Par ailleurs, du fait de la parenté entre domicile et lieu privé mise en lumière précédemment, on pouvait s'attendre à ce que l'intimité soit consubstantielle au lieu privé. La jurisprudence a coupé court au débat en estimant, tout d'abord, que « *faire dépendre le caractère public ou privé d'un lieu, de la nature de la scène qui s'y déroule [...], conduirait à insérer dans le texte légal une modalité qui n'y figure pas et à donner de la loi une interprétation extensive* »¹ et en définissant ensuite le lieu privé comme un « *endroit qui n'est ouvert à personne sauf autorisation de celui qui l'occupe d'une manière permanente ou temporaire* »² ; ou encore, plus récemment – et plus précisément –, comme le « *local fermé dont l'accès est subordonné à l'autorisation de celui qui l'occupe habituellement* »³. Au vu de cette affirmation et de ces définitions, l'affectation du lieu privé à la vie privée importe peu. Pour autant, même après la première définition du lieu privé précitée, posée en 1978, la question est restée ouverte un certain temps, pour deux raisons. D'une part, la plupart des décisions rendues avaient trait à des lieux objectivement liés à la vie privée, comme une chambre

¹ T. corr. Aix-en-Provence, 16 oct. 1973 ; RSC 1976, p. 119, obs. G. LEVASSEUR.

² CA Besançon, 5 janv. 1978 ; D. 1978, p. 357, note R. LINDON.

³ Cass. crim., 12 mai 2021, n° 20-86.184 ; CCE 2021, comm. 55, obs. A. LEPAGE.

d'hôpital¹. D'autre part, certains juges du fond avaient certes admis qu'un magasin², le bureau d'une entreprise³, ou le local servant de cantine aux employés⁴ pussent être qualifiés de lieux privés, mais ces arrêts, rendus en matière d'espionnage auditif, mettaient surtout l'accent sur le caractère intime des propos tenus⁵ et leur portée était contestée. La déconnexion n'a été rendue certaine que par des décisions plus récentes.

44. La déconnexion certaine du lieu privé et de la vie privée. En matière de captation d'image, une première décision a semblé étendre le domaine du lieu privé en admettant qu'une prison fût un lieu privé⁶. Or, non seulement la prison est un lieu affecté à un service public, mais surtout, « *l'on sait que nulle part, et à aucun moment, la prison ne reconnaît vraiment à ceux qui la hantent la moindre parcelle d'intimité* »⁷.

Une deuxième décision renforça le sentiment que le domaine du lieu privé pouvait être étendu en admettant qu'une salle de délibéré où les jurés s'étaient retirés pût être considérée comme un lieu privé⁸. Or, délibérer d'une affaire est certainement un acte confidentiel, mais pas un acte intime. Si des éléments liés à la vie privée peuvent être évoqués dans le cadre d'un délibéré, c'est avant tout la vie privée de l'auteur et de la victime de l'infraction qui sera discutée, et non celle des jurés ou magistrats présents dans la salle.

Enfin, des décisions récentes peuvent être évoquées, desquelles il se déduit qu'un local de garde à vue⁹ ou le bureau d'un commissariat¹⁰ peuvent être qualifiés de lieu privé. En somme, « *il s'agit de considérer que l'atteinte à la l'intimité de la vie privée de la victime est moins une composante distincte de l'infraction, que la résultante de ses éléments constitutifs : l'absence de consentement de la victime jointe [...] à la nature privée du lieu emporte ipso facto un tel résultat* »¹¹. Le lieu privé n'est donc pas nécessairement le contenant de la vie

¹ CA Paris, 17 mars 1986 ; *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 429.

² T. corr. Aix-en-Provence, 16 oct. 1973 ; *RSC* 1976, p. 119, obs. G. LEVASSEUR, préc.

³ Cass. crim., 8 déc. 1983, *Bull. crim.* n° 333 ; *Gaz. Pal.*, 1984, p. 1, note J.-P. DOUCET ; *RSC* 1985, p. 84, obs. G. LEVASSEUR ; CA Rouen, 19 mars 1987 ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, somm., p. 394.

⁴ TGI Saint-Étienne, 19 avr. 1977 ; *D.* 1978, p. 123, note R. LINDON.

⁵ V. *infra* n° 92.

⁶ T. corr. Paris, 23 oct. 1986 ; *Gaz. Pal.* 1987, p. 23.

⁷ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 7^e éd., 2017, n° 251, p. 208.

⁸ Cass. crim., 16 févr. 2010, n° 09-81.492, *Bull. crim.* n° 25 ; *Gaz. Pal.* 2010, 2, p. 2395, note S. DETRAZ ; *CCE* 2010, comm. 66, obs. A. LEPAGE.

⁹ Cass. crim., 21 avr. 2020, n° 19-81.507, FS-P+B+I ; *D.* 2020, p. 1662, note A. DEJEAN DE LA BÂTIE ; *Légipresse* 2020, p. 272, obs. E. DREYER ; *ibid.* 357, étude E. RASCHEL ; *RSC* 2020, p. 679, obs. P.-J. DELAGE. Pour A. DEJEAN DE LA BÂTIE (note préc.), la solution de la Cour « *revient à admettre implicitement que le local de garde à vue est considéré, à cet égard, comme un lieu privé, bien qu'il soit situé au sein du lieu public que constitue le commissariat* ». V. *infra* n° 92 pour une analyse de l'arrêt sous l'angle de la communication privée.

¹⁰ Cass. crim., 12 mai 2021, n° 20-86.184, préc.

¹¹ P. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6^e éd., 2019, n° 336, p. 245.

privée, ce qui permettra de considérer que le domaine du lieu privé est étendu. Reste donc à déterminer, positivement, ce qui permet d'affirmer qu'un lieu est privé et non public.

B. Les critères de définition déterminants

45. Aux termes de la définition jurisprudentielle évoquée plus haut, reprise en des termes légèrement différents par certains auteurs, « *le lieu privé désigne l'endroit qui n'est accessible à personne, sauf autorisation de celui qui l'occupe à titre privatif de manière permanente ou temporaire* »¹. De cette définition, il résulte que le caractère inaccessible du lieu doit être établi (1) et que la volonté de l'occupant doit être sondée (2).

1. Le critère objectif : la fermeture

46. ***L'importance du dispositif de clôture.*** Si la centralité de l'accessibilité en matière de lieu privé peut paraître logique, il convient néanmoins de préciser cette exigence. D'une part, peu importe que le lieu privé soit concrètement accessible au regard depuis un lieu public, tant que la personne qui réalise le cliché litigieux n'est pas autorisée à entrer dans le lieu. Ainsi, une personne visible par la fenêtre peut-elle subir une atteinte à l'intimité de sa vie privée lorsque son image est captée². La qualification de lieu privé s'applique aussi à toutes les parties d'un yacht privé, y compris celles qui, « *par la force des choses, sont plus exposées aux regards indiscrets* »³, à savoir le pont en l'espèce. De même, une voiture est un lieu privé, peu importe qu'elle ait des vitres teintées ou non, car « *ni l'intervention des services de secours, ni l'exposition involontaire aux regards d'autrui d'une victime gravement atteinte lors d'un accident, ne font perdre au véhicule la transportant son caractère de lieu privé* »⁴. Enfin, la salle de délibéré accessible visuellement du fait d'un reflet, n'en constitue pas moins un lieu privé⁵. D'autre part, peu importe que le lieu ne soit inaccessible qu'à certaines heures : une

¹ J. PRADEL, *Droit pénal spécial*, Cujas, 8^e éd., 2020, n° 251, p. 220.

² Cass. crim., 25 avril 1989, *Bull. crim.* n° 165 ; RSC 1990, p. 78, obs. G. LEVASSEUR. V. cependant, CA Paris, 5 févr. 1979 ; RSC 1980, p. 714, obs. G. LEVASSEUR, jugeant qu'un bateau revêt le caractère d'un lieu privé, lorsque, ne se trouvant plus à proximité d'une plage ou d'un port, mais au large, « *toute personne à bord, si aucune embarcation n'évolue dans le voisinage, est fondée à se croire à l'abri des regards d'autrui* ».

³ CA Paris, 2 nov. 2000 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 42, obs. M. VÉRON.

⁴ Cass. crim., 12 avr. 2005, *Bull. crim.* n° 122 ; RSC 2005, p. 845, obs. Y. MAYAUD. Dans le même sens, Cass. crim., 28 nov. 2006, n° 06-81.200 ; *RPDP* 2007, p. 184, obs. V. MALABAT et J.-C. SAINT-PAU.

⁵ Cass. crim., 16 févr. 2010, *Bull. crim.* n° 25, préc.

pharmacie après la fermeture des portes devient un lieu privé¹. Il suffit donc que le lieu soit inaccessible, au sens où y pénétrer est exclu du fait d'une barrière qui peut prendre différentes formes, comme les exemples cités l'attestent, et ce, au moins lorsque l'occupant dont l'image est captée s'y trouve². En d'autres termes, le caractère privé du lieu s'apprécie *in concreto*, au moment où les faits sont commis. On le constate, cette analyse fait peu de cas des personnes exclues par le dispositif de clôture.

47. La conséquence du dispositif de clôture : l'exclusion du public. On sait que toutes les qualifications construites autour de l'opposition privé-public s'articulent directement ou indirectement avec le substantif « *public* »³. Pour le lieu privé, la prise en compte du public est en l'occurrence des plus indirectes. En effet, il n'est pas nécessaire de l'analyser positivement pour qualifier le lieu privé. Il apparaît seulement, en négatif, comme la conséquence du dispositif de clôture : toutes les personnes n'ayant pas accès au lieu constituent *a priori* le public. En d'autres termes, le public n'est pas un critère de définition central du lieu privé. Cela étant, on verra que, lorsque des lieux clos ont pour vocation d'accueillir une collectivité de personnes, pouvant ou non constituer un public, le caractère privé du lieu ne tombe plus sous le coup de l'évidence⁴. Plus encore, les personnes agréées par l'occupant du lieu privé, en ce qu'elles sont admises par ce dernier, ne font plus partie du public exclu du lieu ; mais c'est déjà s'intéresser au critère subjectif de définition de ce lieu.

2. Le critère subjectif : l'absence d'autorisation

48. L'importance de la volonté de l'occupant du lieu. La volonté de l'occupant des lieux⁵ est indéniablement une considération importante, en ce qu'elle permet de qualifier un lieu privé,

¹ TGI Paris, 7 nov. 1975 ; *D.* 1976, p. 270, note R. LINDON ; *RSC* 1976, p. 729, obs. G. LEVASSEUR.

² V. pour le vestiaire d'une piscine municipale : Cass. crim., 31 oct. 2017, 16-87.411.

³ V. *supra* n° 30.

⁴ V. *infra* n° 266 et s.

⁵ Sur une interprétation récente de la notion d'« *occupant du lieu* » en matière procédurale, v. Cass. com., 14 oct. 2020, 2 arrêts, n° 18-15.840, *Z. c/ AMF* et n° 18-17.174, *Y. c/ AMF* ; *RSC* 2021, p. 403, obs. J.-M. BRIGANT ; *RDBF* 2021, comm. 43., note P. PAILLER, précisant que dans le cadre d'une visite domiciliaire de l'AMF (CMF, art. L. 621-12), cet occupant est « *la personne qui occupe, à quelque titre que ce soit, les locaux dans lesquels la visite est autorisée, à l'exclusion des personnes de passage au moment de la visite domiciliaire, ce passage fût-il attendu* ». Comme le souligne J.-M. BRIGANT (obs. préc.) : « *Le choix opéré par la chambre commerciale se révèle très protecteur des libertés individuelles pour toutes les personnes se trouvant de passage dans un lieu soumis au même moment à visite domiciliaire [...]. L'interprétation [...] semble avoir pour but d'éviter un détournement du texte [...] du code monétaire et financier en perquisitionnant des personnes plutôt que des lieux* ». Toutefois, il

quand bien même celui-ci ne serait pas clos. Ainsi, lorsqu'une personne privatise la salle d'un restaurant, celle-ci n'est-elle pas rendue *matériellement* inaccessible, puisqu'il est fréquent qu'aucune porte ou autre espèce de clôture ne sépare la salle privatisée des autres espaces du restaurant, mais l'on peut considérer qu'elle est rendue *subjectivement* inaccessible. Cette importance de la volonté est rarement mise en évidence par la jurisprudence, si ce n'est par un arrêt précisant que la chambre mortuaire d'un ancien président de la République est un lieu privé dès lors que, si « *des centaines de personnes y ont été admises* », une procédure avait été mise en place « *qui comprenait filtrage, contrôle et surveillance des opérations exclusives de toute volonté de rendre ce lieu public* »¹. La volonté de l'occupant des lieux – en l'occurrence les ayant droits du défunt – fut donc jugée centrale ici et l'on peut même se demander si ce n'est pas cette volonté qui est le critère principal de détermination du caractère privé du lieu ; les barrières à l'accès, en l'espèce le filtrage, étant simplement l'extériorisation de cette volonté de privatiser le lieu. Plus encore, cette volonté de privatisation peut s'analyser comme une absence de consentement à l'accès d'autrui². Or, cette absence de consentement à *l'accès* ne saurait être confondue avec l'absence de consentement à *la captation* de l'image. Si la première est simplement un indice permettant de définir la condition préalable de l'infraction que constitue le lieu privé, la seconde est un élément constitutif du délit.

49. La portée de la volonté de privatiser le lieu. Si la volonté de privatiser mérite d'être mise davantage en évidence par les juges, il n'est pas certain que ceux-ci admettent facilement que la volonté de privatiser un lieu puisse pallier l'absence totale de clôture pour certains lieux habituellement publics, ce qu'atteste un arrêt rendu en 2011 par la Cour de cassation³. Il était en l'espèce question de la publication de photographies prises pendant une cérémonie de mariage, à l'insu des mariés, dans une synagogue de Paris. Pour confirmer le jugement de relaxe du chef d'atteinte à l'intimité de la vie privée, les juges du fond considéraient « *qu'en application de l'article 25 de la loi du 9 décembre 1905, aux termes duquel les réunions pour*

n'est pas certain que cette interprétation puisse être étendue à toutes les hypothèses où la qualification de lieu privé est évoquée par une disposition pénale. Refuserait-on à une personne dont l'image est captée dans un vestiaire la qualité d'occupant du lieu, au prétexte qu'il n'y serait pas demeuré suffisamment longtemps ? Ainsi, pour P. PAILLER (obs. préc.), la Chambre commerciale aurait-elle pu « *apprécier largement cette notion et [...] définir l'occupant des lieux comme celui bénéficiant [...] de garanties justifiées par l'ingérence subie (notification, droit à un conseil, présence, connaissance des pièces saisies, etc.), conformément au principe de proportionnalité* ».

¹ CA Paris, 2 juill. 1997 ; *D.* 1997, p. 596 (1^{re} esp.), note B. BEIGNIER. Sur pourvoi : Cass. crim., 20 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 264 ; *D.* 1999, p. 106, note B. BEIGNIER ; *Dr. pén.* 1999, comm. 18, obs. M. VÉRON.

² *V. infra* n° 221.

³ Cass. crim., 25 oct. 2011, *Bull. crim.* n° 214 ; *Gaz. Pal.* 2012, p. 296, note E. DREYER ; *Dr. pén.* 2012, comm. 4, obs. M. VÉRON.

la célébration d'un culte tenu dans les locaux appartenant à une association cultuelle ou mis à sa disposition sont publiques, le caractère public des cérémonies s'impose à l'autorité religieuse célébrant le mariage ainsi qu'aux mariés ». Les juges estimaient par ailleurs que « le fait, personnel aux parties civiles, d'avoir organisé un contrôle temporaire de l'une des entrées de la synagogue, les autres entrées n'étant pas concernées, n'établit pas le caractère privé de la cérémonie », motivation suffisante selon les juges de cassation qui rejettent le pourvoi en énonçant, en incise, que « la prise des photographies sans le consentement des personnes y figurant ayant été faite dans un lieu public, le délit prévu par l'article 226-1, 2° du Code pénal n'est pas constitué ». On ne pourrait donc pas privatiser un lieu de culte, la synagogue devant alors être considérée comme « un lieu public par nature »¹. Il est permis de ne pas être en accord avec cette analyse. En effet, bien que la Cour de cassation se prononce sur le caractère public du lieu, les juges du fond évoquaient le caractère public de la *cérémonie*, en d'autres termes : de la réunion. Or, une réunion publique peut tout à fait se dérouler dans un lieu privé² et il est plus juste de considérer que le lieu avait bien été privatisé. Rien n'imposait alors de confondre la réunion publique et le lieu public et de neutraliser ainsi la volonté de privatisation du lieu en question. À n'en pas douter, l'on retrouve ici la confusion classique entre propriété privée et lieu privé³. Il semble, dès lors, que la portée du précédent arrêt ne doive pas être exagérée et que, par la volonté de l'occupant, tout lieu puisse être privatisé.

En toute hypothèse, les deux critères de l'accessibilité et de l'autorisation conjugués ont permis d'exclure la plage⁴, la rue⁵, un commissariat de police⁶, ou un cimetière communal⁷ du domaine du lieu privé.

50. Conclusion de section. Au regard de sa genèse et de sa définition prétorienne en droit positif, le lieu privé est donc un lieu matériellement inaccessible aux tiers non autorisés à y pénétrer, cette inaccessibilité étant à apprécier tant objectivement que subjectivement, peu important, par ailleurs, que le lieu appartienne à une personne publique ou qu'en son sein se déroule une activité sociale et non une activité ayant trait à la vie privée de ses occupants. La

¹ M. VÉRON, comm. préc.

² V. *infra* n° 219.

³ E. DREYER, obs. préc. : « Il semblerait donc qu'un lieu public conserve ce caractère malgré les restrictions d'accès dont il peut faire l'objet, alors qu'un lieu privé ouvert au public perd, lui, son caractère d'origine ».

⁴ TGI Paris, 18 mars 1971 ; RSC 1972, p. 118, obs. G. LEVASSEUR.

⁵ T. corr. Aix-en-Provence, 16 oct. 1973 ; RSC 1976, p. 119, obs. G. LEVASSEUR, préc. ; CA Toulouse, 26 févr. 1974 ; RSC 1976, p. 119, obs. G. LEVASSEUR.

⁶ TGI Marseille, 23 mars 1995 ; D. 1996, p. 40, note J. FRAYSSINET.

⁷ Cass. crim., 28 janv. 2014, n° 12-80.157.

qualification de lieu privé peut donc prétendre au statut de notion conceptuelle, en ce que ses critères de définition peuvent être clairement déterminés. Il en va de même pour la qualification de lieu public.

Section 2 : La qualification de lieu public

51. À l'instar de la notion de lieu privé, une qualification légale de lieu public a progressivement émergé dans les textes pénaux, fondée sur l'accessibilité du lieu. Si le caractère transversal du lieu public doit être, ici encore, mis en évidence, ce lieu reste assurément lié à la ville et aux pratiques sociales urbaines. Il n'est donc guère surprenant que l'étude de cette notion conduise à s'intéresser aux conceptions qu'en ont les urbanistes et les sociologues (§1) avant d'évoquer la définition que les juristes en retiennent (§2).

§1. La genèse du lieu public

52. Le lieu public est bien évidemment, avant tout, le lieu où la société s'incarne, si bien que les usages étatiques ou individuels dudit lieu pourraient être considérés comme négligeables. Pour autant, il ne faudrait pas négliger le caractère transversal de ces lieux. État, société et individu investissent en effet les lieux publics avec des finalités diverses à travers les époques, finalités se traduisant fréquemment dans les textes pénaux. Le lieu public peut ainsi schématiquement être propice, d'abord, au *rassemblement du peuple par les titulaires du pouvoir*, temporel ou spirituel ; ensuite, à la *rencontre de groupes sociaux divers en quête de sociabilité*, ces deux premières finalités étant progressivement mises en lumière par les textes pénaux de l'Antiquité jusqu'à la Révolution (A). Enfin, la *déambulation spontanée et anonyme de l'individu*¹, finalité plus moderne, complète le panorama des usages du lieu public (B).

¹ Pour une présentation voisine, v. F. CHOAY, *Espacements : L'évolution de l'espace urbain en France*, Skira, 2004, cité par T. PAQUOT, *L'espace public*, *op. cit.*, p. 74. L'auteur suggère de parler d' « *espace de contact* » : pour le Moyen Âge, d' « *espace de spectacle* » pour l'ère classique, d' « *espace de circulation* » pour la période industrielle et d' « *espace de branchement* » pour décrire la période contemporaine. Comme le relève T. PAQUOT : « *Ces quatre "espaces" ne se succèdent pas de manière linéaire et cadencée, mais produisent parfois des formes abâtardies, en tolérant des coexistences sur une période plus ou moins longue, en favorisant quelques combinaisons inédites* ».

A. De la voirie aux lieux de sociabilité

53. Le lieu public dans l'Antiquité : de la voirie aux lieux de rassemblement. L'histoire des lieux publics commence par celle de la voie publique et, plus largement, par celle de la voirie¹. Selon un urbaniste : « *Les archéologues qui scrutent les plus anciens sites urbains (Mésopotamie, Égypte, Crète, Chine, etc.) remarquent l'existence d'un réseau, plus ou moins dense et hiérarchisé, de voies de circulation, comme si toute ville possédait obligatoirement des rues* », une ville étant « *avant tout un ensemble organisé de voies* »². Si les Grecs favorisent les canaux maritimes, les romains développent un réseau routier sans précédent, les fameuses voies romaines. Véritables artères de la cité, de la République puis de l'Empire, les routes et les chemins permettaient aux individus d'y circuler, mais aussi de s'y croiser, d'entrer en contact, même de façon éphémère. La voirie est donc le lieu le plus primaire de la rencontre et de ses dangers. En conséquence, très tôt, ces espaces sont surveillés par les autorités. Dès l'Antiquité, les magistrats doivent veiller à ce que l'ordre public soit respecté, dans toutes ses dimensions. ARISTOTE, dans sa *Constitution d'Athènes*, évoque ainsi le rôle d'une police des mœurs, les astynomes, qui « *ont sous leur surveillance les joueuses de flûte, de lyre et de cithare. Ils veillent aussi à ce que les éboueurs ne déchargent point d'ordures à moins de dix stades des fortifications. Ils empêchent de construire sur la voie publique, de pratiquer des gouttières aériennes avec écoulement sur rue, de bâtir des portes ouvrant sur la voie publique. Ils enlèvent les cadavres trouvés dans la rue* »³. On peut donc déjà voir les prémices de l'ordre public administratif : salubrité, sécurité, tranquillité et moralité publique sont déjà des préoccupations centrales des citoyens⁴.

Le besoin de se rassembler supposait néanmoins des lieux plus aptes à susciter l'interaction, lieux que les sociologues qualifieront bien plus tard de « *sociopètes* », en ce qu'ils provoquent les contacts, par opposition aux lieux « *sociofuges* », lesquels ont pour effet de maintenir le cloisonnement des individus⁵. Il fallait en effet pouvoir se rencontrer pour

¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Voirie » : « Ensemble des routes, voies et chemins ; par ext., ce qui se rapport à leur régime ou à leur rattachement. On parle ainsi de la voirie communale ».

² T. PAQUOT, op. cit., p. 69.

³ Cité par L. HOMO, *Rome impériale et l'urbanisme dans l'Antiquité*, Albin Michel, 1951, p. 19. Et l'auteur de citer également (p. 46) PAPINIEN qui, dans l'*Office des édiles*, signale que les magistrats « *doivent avoir soin que les rues des villes soient tirées au cordeau, que l'écoulement des eaux ne nuise pas aux maisons et qu'on fasse des ponts là où il sera nécessaire. [...] Ils ne permettront pas de querelles dans les rues, ni qu'on y jette des immondices, des charognes ou des peaux d'animaux* ».

⁴ V. *infra* n° 450.

⁵ E.-T. HALL, *La dimension cachée*, Points, 2014, p. 138.

commercer, mais surtout pour organiser la vie de la cité. C'est, en effet, essentiellement dans cette dernière optique qu'apparurent *l'agora* et le *forum*. Malgré l'étymologie plutôt neutre de ces deux termes – *forum* dériverait du terme *foris* signifiant « *dehors* » et *agora* du verbe *ageirein*, « *rassembler* » –, cette place était bien *publique* au sens où c'est là que se déroulait la vie démocratique de la *polis*, la discussion de la *res publica* réservée aux citoyens¹. Quant aux temples, y était certes souvent rassemblé un public nombreux, mais il s'agissait alors d'une foule disciplinée et spectatrice, convoquée par les titulaires du pouvoir spirituel, ceux-là mêmes qui détenaient, la plupart du temps, le pouvoir temporel². En parallèle, se développent tout de même des lieux préfigurant les lieux de sociabilité, comme le théâtre ou encore les bains publics, le *Digeste* réprimant d'ailleurs les vols au sein de ces derniers³. En toute hypothèse, le droit romain ignore le syntagme de « *lieux publics* »⁴.

54. Le lieu public dans l'Ancien Régime : des lieux de rassemblement aux lieux de sociabilité. Au Moyen Âge, la rue et la place publique sont toujours, principalement, les lieux de l'expression de la souveraineté des puissants⁵, voire de la délibération politique, laquelle s'exporte parfois en dehors de la ville⁶. Il n'en reste pas moins qu'en se concentrant « *sur l'évolution médiévale de l'espace urbain, on peut repérer un phénomène de "dépolitisation" qui peut donner naissance à la notion d'espace public* »⁷. En d'autres termes, du fait de l'éclosion de la sphère sociale⁸, se développent des activités déconnectées à la fois de la vie politique de la ville et de la sphère domestique du sujet : « *Cette dépolitisation de l'espace urbain favorise l'émergence d'un espace public comme lieu de citoyenneté non politique* »⁹. Ce

¹ V. *supra* n° 3.

² V. *infra* n° 165.

³ D. 47, 17, 1, visant « *ceux qui volent dans les bains [...] Un soldat surpris commettant un vol dans un bain public doit être chassé de l'armée avec ignominie* ».

⁴ Il est vrai qu'on peut traduire une disposition du *Digeste* en ces termes : « *Si donc on le découvre, soit dans un lieu public ou dans un lieu particulier, avant qu'il ait transporté son vol au lieu qu'il avait en vue, il est voleur manifeste quand on le surprend avec la chose volée* » (D. 47, 2, 5). Mais le syntagme vise à traduire la locution « *in publico* » que l'on aurait pu traduire par « *en public* ».

⁵ O. MONGIN, « Métamorphoses de l'espace public », *Esprit*, nov. 2012, p. 80 : « *la rue et la place ont toujours été l'espace de la manifestation de ceux qui devaient regarder le pouvoir. Aujourd'hui, celui-ci se laisse-moins voir, et la rue retrouve une dimension qui est celle de la manifestation de soi à soi, mais aussi celle de soi aux autres qui s'exerce de manière plus élective que mélangée, plus volontaire qu'improvisée* ».

⁶ F. SAINT-BONNET, « Sujets, citoyens, concitoyens. Espace public et communauté politique », art. préc., p. 22, évoquant « *des lieux de délibérations politiques hors des villes, ainsi les champs de mars et de mai de l'époque mérovingienne et carolingienne* ».

⁷ *Ibid.*, p. 26. L'auteur emploie le syntagme d'« *espace public* » pour éclairer la terminologie choisie par le législateur en 2010 (sur celle-ci, v. *infra* n° 260), mais ce syntagme fait référence aux lieux publics ici.

⁸ V. *supra* n° 9.

⁹ F. SAINT-BONNET, art. préc., p. 27.

foisonnement d'activités appelle le maintien de l'ordre¹. Les lieux publics sont donc consubstantiels à l'activité de police², ce qui n'est guère surprenant au vu de l'étymologie même du terme police : *polis*, la ville. La répression pénale est donc, à cette époque, toujours réservée à la voirie, ce qu'atteste l'aggravation des vols commis sur les chemins publics³ ou sur la voie publique⁴.

La Renaissance poursuivra cette évolution, les places publiques devenant notamment centrales dans les villes⁵. Conséquence logique de cette évolution urbaine, la « *place publique* »⁶ devient, avec l'ordonnance du 26 août 1670, le premier lieu public autre que la voie publique à apparaître dans les dispositions pénales C'est en ce lieu, par exemple, que le crieur public annonce l'assignation du *contumax*⁷ et que les châtiments exemplaires⁸ sont exécutés. Les lieux de rassemblements sont consacrés, mais ils demeurent des lieux généralement situés en extérieur. Les lieux de sociabilité, que l'on peut considérer schématiquement comme la dernière strate dans l'évolution des lieux publics⁹, apparaissent plus tardivement et sont donc

¹ *Ibid.*, p. 28 : « Le fruit emblématique de cet espace public est la “place publique” comme lieu de relations économiques (la foire, le marché), de collecte d'information (publication “à cri” des actes officiels, crieur public, etc.), de réjouissances (jeu, théâtre, spectacle “de rue”, etc.)... et de criminalité. D'où la nécessité d'un espace qui soit policé ».

² Comme en atteste son acte de naissance, l'édit de mars 1667 créant la charge de lieutenant de police de Paris : « La police consiste à assurer le repos du public et des particuliers, à purger la ville de ce qui peut causer des désordres ».

³ Par ex., *La Caroline*, art. 126 : « Celui qui se trouvera convaincu de *vol de grand-chemin*, sera puni par le glaive, en vertu de nos Lois Impériales, et celles de Nos Prédécesseurs, ou à telle punition de mort qui sera en usage dans chaque pays ».

⁴ Par ex., Loi salique, Titre XIX, art. 10 : « Si un homme en a attaqué un autre *sur la voie publique*, dans la vue de le dévaliser, et que celui-ci soit parvenu à s'échapper par la fuite, l'agresseur sera condamné à lui payer 1.200 deniers, ou 30 sous d'or ».

⁵ T. PAQUOT, *L'espace public*, op. cit., p. 77 : « La Renaissance introduit le principe de composition urbaine, de perspective, de dégagement, d'où les places. Désormais, depuis une rue on entrevoit la place, car on n'y accède plus par un coin, et celle-ci est ornée d'une statue posée en son centre »

⁶ La fonction à la fois sociale et politique de la place publique a été bien mise en exergue par O. MONGIN (art. préc.) : « Si on “passe” dans la rue, on “s'arrête” sur la place, on y stationne, on cherche à faire de la place et à y trouver sa place [...] : la manifestation de rue autorisée commence sur une place et se termine sur une autre place. Ce qui fait de la place le lieu de rassemblement, de la revendication de liberté comme celui de l'assujettissement des foules convoquées pour écouter la harangue du tyran ».

⁷ Ordonnance du 26 août 1670, art. 9 : « Le cri sera fait à son de trompe, suivant l'usage, *à la place publique*, et à la porte de la juridiction, et encore au-devant du domicile ou résidence de l'accusé, s'il y en a ».

⁸ Ordonnance du 26 août 1670, art. 16. V. *infra* n° 525.

⁹ V. J. CARBONNIER, *Flexible droit*, op. cit., p. 55 : « Delille en saluait l'apparition avec des accents presque modernes :

*Il est des lieux publics ou le peuple s'assemble
Charmé de voir, d'errer et de jouir ensemble,
Tant l'instinct social dans ses nobles désirs
Veut, comme ses travaux, partager ses plaisirs ».*

les derniers à être pris en considération par le droit. Il s'agit notamment du café¹, du théâtre² ou encore des casinos³. Tous ces lieux ont en commun d'être accessibles, mais non de façon inconditionnelle. Le paiement d'une consommation, d'un droit d'entrée, sont exigés, mais aussi des conditions de distinction sociale. Cette fonction sociale des lieux publics va être consacrée par la législation révolutionnaire et napoléonienne. Il ne faudrait néanmoins pas occulter l'importance qu'ont les lieux publics pour le particulier.

B. Des lieux de sociabilité aux lieux d'anonymat

55. La Révolution et l'avènement des lieux de sociabilité. Conséquence de l'essor des lieux de sociabilité, c'est à la Révolution que le syntagme « *lieux publics* » fait irruption dans les dispositions pénales, précisément dans le décret du 19 juillet 1791⁴. Le vocable reste néanmoins distingué de la rue et de la voie publique⁵. De même, le Code pénal de 1791 fait la part belle aux lieux publics. La place publique semble alors le lieu où la justice est rendue et s'exerce⁶. En droit pénal de fond, la voirie⁷ et les lieux de rassemblement⁸ sont tantôt distingués⁹, tantôt combinés¹⁰. La provocation à commettre une infraction est également incriminée par ce Code ;

¹ Les cafés jouèrent un rôle non négligeable dans la Révolution, selon MICHELET. V. aussi, T. PAQUOT, *op. cit.* p. 42-43 : « À Paris, l'on en dénombre 300 en 1716, 1 800 en 1788 et plus de 4 000 au début de l'Empire, en 1804 [...] Avant la Révolution, le philosophe allemand Grimm considérait que leur rôle était plus efficace que celui des journaux dans l'évolution de l'esprit français ». Et l'auteur d'ajouter (p. 45) : « Lieu de sociabilité, le café demeure une balise dans l'océan agité de la grande ville. Quant aux débats d'idées et aux rêves d'une autre société, ils ont abandonné la place aux "blagues de comptoir" et se sont réfugiés sur la toile (le Web), ouverte vingt-quatre heures sur vingt-quatre, disponible à chaque instant, pourboire compris ! ».

² La Comédie-Française n'est fondée que le 21 octobre 1680 par ordonnance royale de Louis XIV.

³ Le casino apparaît également au XVII^e siècle en Vénétie, Lombardie et Toscane. V. *infra* n° 271 pour l'étymologie du terme.

⁴ Titre 1^{er}, art. 19 : « En cas de voies de fait ou violences légères dans les assemblées et les lieux publics [...] » ; art. 11, visant ceux qui « auraient outragé les objets d'un culte quelconque, soit dans un lieu public, soit dans les lieux destinés à l'exercice de ce culte [...] ».

⁵ Titre 1^{er}, art. 15, visant ceux qui « embarrasseront ou dégraderont les voies publiques », ceux qui « contreviendront à la défense de rien exposer sur les fenêtres ou au-devant de leur maison sur la voie publique [...] » ; art. 16, punissant ceux qui, par imprudence « auront blessé quelqu'un dans les rues ou voies publiques ».

⁶ C. pén. 1791, 1^{re} partie, Titre I, art. 5 : « L'exécution des condamnés à mort se fera dans la place publique de la ville où le jury d'accusation aura été convoqué ». V. aussi, art. 28 et art. 31.

⁷ C. pén. 1791, 2^e partie, Titre II, Section 2, art. 2 : « Si le vol à force ouverte et par violence envers les personnes est commis, soit dans un grand chemin, rue ou place publique [...] la peine sera de quatorze années de fers ». La loi du 29 nivôse, an 6 (18 janvier 1798) punit de mort « les vols commis à force ouverte ou par violence, sur les routes et voies publiques ».

⁸ C. pén. 1791, 2^e partie, Titre II, Section 2, art. 15 : cette disposition, maladroitemment rédigée, réprimait les vols commis dans « les salles de spectacles, boutiques, édifices publics [...] de quatre années de fers ».

⁹ La loi du 29 nivôse, an VI (18 janvier 1798) punit de mort « les vols commis à force ouverte ou par violence, sur les routes et voies publiques ».

¹⁰ C. pén. 1791, 2^e partie, Titre II, Section 2, art. 27 : « Tout vol de charrues, instruments aratoires, chevaux et autres bêtes de somme, bétail, ruches d'abeilles, marchandises ou effets exposés sur la voie publique, soit dans

le lieu public se voit alors associé à la diffusion de l'information¹. Cela est décisif, car le lieu public va être par la suite conceptualisé dans le cadre de la publication de l'information, et c'est à cette conceptualisation que feront référence tous les auteurs qui traiteront du lieu public, quelle que soit l'infraction considérée. La législation napoléonienne va s'inscrire dans l'évolution précédemment exposée : la voirie est particulièrement protégée², l'injure est localisée dans les « *lieux [...] publics* » pour la première fois³, et l'exécution se tient sur la place publique⁴. Par la suite, des lois spécifiques vont également se saisir des termes étudiés, comme la loi des 10-11 avril 1831 qui situe l'attroupement « *sur les places ou les voies publiques* » en son article premier.

Surtout, les lieux publics sont mentionnés dans l'article premier de la loi du 17 mai 1819 sur la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication, loi qui a extrait le délit précité de provocation à commettre une infraction du Code pénal. Cette disposition sera reprise *in extenso* par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881⁵, à propos duquel a été élaborée toute la théorie des lieux publics⁶. Reste à s'intéresser aux rapports *a priori* surprenants entre le lieu public et l'anonymat de l'individu.

56. Le XIX^e siècle et l'essor du lieu d'anonymat. Si la qualification de lieu public se stabilise à compter de la fin du XIX^e siècle⁷, il faut toutefois mesurer l'importance des lieux

les campagnes, soit sur les chemins, ventes de bois, foires, marchés et autres lieux publics, sera puni de quatre années de détention ; la peine sera de six années de détention, lorsque le crime aura été commis la nuit ».

¹ C. pén. 1791, 2^e partie, Titre III, art. 2 : « *Lorsqu'un crime aura été commis, quiconque sera convaincu d'avoir provoqué directement à le commettre, soit par des discours prononcés dans les lieux publics, soit par des placards ou bulletins affichés ou répandus dans lesdits lieux [...] ».*

² C. pén. de 1810 (version d'origine), art. 383 : « *Les vols commis dans les chemins publics, emporteront également la peine des travaux forcés à perpétuité »* ; art. 471 : « *4^o Ceux qui auront embarrassé la voie publique [...] ; ceux qui [...], auront négligé d'éclairer les matériaux par eux entreposés ou les excavations par eux faites dans les rues et places ; [...] 7^o Ceux qui auront laissé dans les rues, chemins, places, lieux publics, ou dans les champs, des coutres de charrue, pinces, barres, barreaux ou autres machines, ou instruments ou armes dont puissent abuser les voleurs et autres malfaiteurs »* ; art. 475 : « *5^o Ceux qui auront établi ou tenu dans les rues, chemins, places ou lieux publics, des jeux de loterie ou d'autres jeux de hasard »* ; art. 479 : « *4^o Ceux qui auront causé les mêmes accidents par la vétusté, la dégradation, le défaut de réparation ou d'entretien des maisons ou édifices, ou par l'encombrement ou l'excavation, ou telles autres œuvres, dans ou près les rues, chemins, places ou voies publiques, sans les précautions ou signaux ordonnés ou d'usage ».*

³ C. pén. de 1810 (version d'origine), art. 375 : « *Quant aux injures ou aux expressions outrageantes qui ne renfermeraient l'imputation d'aucun fait précis, mais celle d'un vice déterminé, si elles ont été proférées, dans des lieux ou réunions publics, [...]* ».

⁴ C. d'instruction criminelle de 1808, art. 472. V. déjà, C. des délits et des peines du 25 oct. 1795, art. 445.

⁵ Loi du 29 juillet 1881, art. 23. Sur les termes de cet article, v. *infra* n° 120.

⁶ V. *infra* n° 60.

⁷ On notera néanmoins l'usage contemporain de l'expression « *hors de son domicile* ». V., par ex. : CSI, art. L. 317-8 (v. *infra* n° 372) ; Décret n° 2020-264 du 17 mars 2020, art. 1^{er}. V. déjà, Loi salique, Titre VIII, art. 1^{er} : « *Quiconque aura coupé, ou dérobé hors d'une enceinte close, un arbre fruitier, ou un autre arbre de la classe de ceux qu'on cultive, sera condamné à payer 120 deniers, ou 3 sous d'or, outre la valeur de l'arbre et les frais de poursuite ».*

publics pour l'individu. En effet, concurrencé par l'espace médiatique, le lieu public s'est peu à peu dépolitisé puis « *désocialisé* » au profit du flâneur circulant sans but précis dans les rues d'une ville de plus en plus grande, incarné par Baudelaire¹. Dès lors, « *au sein de l'espace public, l'anonymat se substitue peu à peu aux relations d'interreconnaissance. La foule de plus en plus dense et silencieuse qui recouvre la rue perd de sa théâtralité ; elle se mue en un agrégat de personnes absorbées dans la pensée de leurs intérêts privés* »².

Juridiquement, cette évolution se traduit diversement. En dehors du droit pénal, un droit à l'anonymat se construit peu à peu³. En droit pénal, il s'agit alors d'identifier l'auteur de l'infraction dont les victimes ignorent l'identité. Paradoxalement, l'anonymat engendre donc la surveillance croissante des lieux publics et, à la fin du XX^e siècle, la vidéoprotection, dont on étudiera le régime plus loin⁴. Plus largement, l'importance de ne pas gêner l'individu dans les lieux publics se traduit par une « *injonction à circuler plutôt qu'à stationner dans l'espace public* »⁵ et engendre une « *saturation de l'espace public par des interdictions diverses, visant, dans la très grande majorité des cas, des personnes économiquement vulnérables qui voient ainsi se réduire leurs possibilités de circulation et d'activités dans un espace public qui ressemble de plus en plus à un espace privatisé* »⁶. Ces interdictions, le plus souvent parapénales – tels les arrêtés anti-mendicité ou anti-prostitution –, muent parfois en infractions pénales *stricto sensu*, constat que l'on approfondira plus loin⁷.

¹ Le lieu public retrouve néanmoins ponctuellement sa fonction politique : O. MONGIN, art. préc., p. 77 : « *Les échanges virtuels sont à l'origine de formes de socialisation inédites qui n'en exigent pas moins de se rassembler sur la place vide de l'agora [...] : un mouvement virtuel porté par Facebook, Twitter et l'Internet doit nécessairement prendre corps et s'inscrire dans un espace qui est celui de la place s'il veut prendre une dimension politique* ».

² A. CORBIN, « Le secret de l'individu » in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, op. cit., t. 4, p. 397. L'auteur ajoute (p. 386) : « *La ville, nouvelle frontière, desserre les contraintes familiales ou locales, stimule les ambitions, atténue les convictions. Créatrice de liberté, dispensatrice de nouveaux plaisirs, la ville, si souvent marâtre cruelle, fascine [...]. Paradoxale, elle engendre à la fois les foules et les individus solitaires* ». V. néanmoins O. MONGIN, art. préc., p. 78 : « *Alors que la rue est une ouverture non contrôlée, le seuil décisif où le dehors rentre dedans et où le dedans sort dehors, un milieu non prévisible, on la transforme en espace électif ou en un lieu créateur d'événements organisés et prévisibles. Dans ce retour à l'esprit du village, à l'esprit de bulle, l'interconnaissance l'emporte sur l'anonymat cher à Baudelaire. Avec cette levée de l'anonymat propre à l'espace public, le risque est d'oublier "la liberté de ne pas être avec", celle qu'évoque la célèbre formule d'après laquelle "l'air de la ville rend libre"* ».

³ A. SÉRIAUX, « L'espace public », art. préc., p. 436 : « *Ouvert à tous, les lieux publics ont, sur les personnes qui les fréquentent, un effet notable : ils les rendent anonymes, fond de chacun un quidam. Cet anonymat est pour ainsi dire de droit* ». Adde : J.-C. SAINT-PAU, *L'anonymat et le droit*, th. dir. P. CONTE, Bordeaux, 1998.

⁴ V. *infra* n° 345.

⁵ P. PONCELA, « La pénalisation des comportements dans l'espace public », *Arch. pol. crim.*, 2010/1 (n° 32), p. 17.

⁶ *Ibid.*, p. 19.

⁷ V. *infra* n° 453.

En toute hypothèse, quels que soient les acteurs à l'origine des comportements appréhendés par les textes pénaux, ce survol historique atteste de l'omniprésence de la notion de lieu public en droit pénal et renforce la nécessité d'en identifier les contours.

§2. La définition du lieu public

57. Le lieu public a d'abord été conceptualisé par la doctrine au début du XX^e siècle, en matière d'infractions de presse (A). À la fin de ce siècle, certains textes et décisions de justice épars ont également tenté de définir le syntagme étudié (B).

A. La définition doctrinale des lieux publics

58. La théorisation des lieux publics débute au tournant du XIX^e et du XX^e siècle, la doctrine s'intéressant alors aux termes de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881. Les lieux publics furent ainsi classés de façon tripartite, par les auteurs pionniers du droit pénal de la communication¹. Si cette classification, toujours reprise par la doctrine contemporaine, fait autorité et s'avère pertinente à plusieurs égards (1), elle présente également des limites non négligeables (2).

1. La pertinence de la définition doctrinale

59. Pour apprécier la pertinence de la définition doctrinale, il convient d'exposer le triptyque mis en avant par les auteurs, avant de mettre en évidence l'indifférence louable de ces derniers à la propriété du lieu ou à son caractère étatique, ainsi qu'à la présence effective d'un public.

60. *Exposé du triptyque doctrinal.* La théorie classique du lieu public tient au fait que trois catégories de lieux seraient à distinguer. Tout d'abord, la première catégorie serait celle des lieux publics *par nature*, lieux ouverts à tous d'une manière permanente sans aucune condition particulière d'accès. Ainsi des chemins publics, des places, des rues, des routes, des promenades

¹ V., déjà, J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, Videcoq, 1846, n° 18 *ter*, p. 47.

publiques¹, du parvis d'un palais justice² ou d'une cour d'hôpital³. En définitive, l'on retrouve ici les lieux de rassemblement.

Viendraient ensuite les lieux publics *par destination*, soit les endroits accessibles à tous ceux qui veulent y pénétrer, éventuellement sous certaines conditions, comme se présenter à des heures d'ouverture, avoir acheté un billet d'entrée, ou un titre de transport⁴ : « *Le caractère public demeure malgré ces restrictions, dès lors que les personnes qui s'y trouvent ne sont pas venues sur invitation et que quiconque remplissant les conditions requises peut pénétrer sans discrimination d'aucune sorte* »⁵. Cela peut *a priori* paraître contradictoire, car une condition est par définition un obstacle à l'accès, objection soulevée lors des débats liés à la loi de 1819⁶, mais l'absence de contrôle de celui qui jouit du lieu sur l'accomplissement de cette condition justifie que l'on considère ces lieux accessibles à tous. On a également suggéré que contrairement au lieu public par nature, la publicité du lieu public par destination est limitée dans le temps – la plupart de ces lieux sont fermés la nuit – et dans l'espace – ces lieux ayant toujours une partie inaccessible au public⁷. Les exemples de lieux publics par destination sont innombrables : bar d'hôtel⁸, débit de boisson⁹, églises, musées, salles d'audience, de restaurant ou de concert¹⁰, couloir d'une mairie ouvert au public¹¹. Il s'agit donc essentiellement des lieux de sociabilité évoqués plus haut ainsi que de certaines administrations publiques.

Enfin, certains lieux seraient des lieux publics *par accident* – ou par *novation*¹² –, soit des lieux privés devenant provisoirement accessibles au tout-venant sans contrôle d'aucune

¹ G. BARBIER, *Code expliqué de la presse*, t. 1, Marchal et Billard, 1887, n° 251.

² Cass. crim., 1^{er} sept. 2005 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 172, obs. M. VÉRON ; *CCE* 2006, comm. 73, obs. A. LEPAGE.

³ Cass. crim., 10 avr. 2018, n° 17-80.315.

⁴ E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, p. 600 : « *les lieux publics par destination sont des lieux, publics ou privés, conçus pour accueillir du public : les églises, musées, salles d'audience, de restaurant ou de concert, etc. La vocation de ces lieux à recevoir du public n'empêche pas qu'ils puissent être fermés, contrairement aux précédents. Néanmoins, lorsqu'ils sont ouverts, ces lieux doivent être déclarés publics, compte tenu de leur affectation* ».

⁵ P. AUVRET, « Fasc. 3020 : Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881 », *J.-Cl. Communication*, 2006 (màj. 2020), n° 50.

⁶ V. M. CARNOT, *Examen des lois des 17, 26 mai ; 9 juin 1819 ; et 31 mars 1820, relatives à la répression des abus de la liberté de la presse*, Nève, 1821, p. 272 : « *On a demandé si, dans notre opinion, les salles de spectacle n'étaient pas des lieux publics [...]. Mais si des provocations, qui auraient été faites dans une salle de spectacle, auraient la publicité requise, ce ne serait pas par la raison que, les salles de spectacle seraient des lieux publics, mais parce qu'elles l'auraient été dans des réunions publiques : quoi que l'on en dise [...], l'on ne peut entendre par lieux publics que les lieux qui sont ouverts à tous, et où l'on peut entrer sans condition d'admission [...]; et, en effet, un lieu que l'on ne peut aborder que sous une condition, est nécessairement un lieu privilégié, puisqu'il n'est pas ouvert à tous* ».

⁷ L. FACQ, *De la publicité élément constitutif de l'infraction*, th. Nancy, Imprimerie George Thomas, 1935, p. 30.

⁸ Cass. crim., 2 févr. 1950, *Bull. crim.* n° 38.

⁹ Cass. crim., 28 juill. 1949, *Bull. crim.* n° 263.

¹⁰ E. DREYER, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹¹ Cass. crim., 27 nov. 1997 ; *Gaz. Pal.* 1998, 1, chron., p. 35.

¹² R. HANICOTTE, « Espaces publics, impasse des libertés », *JCP A*, 2012, n° 26, 2227.

sorte¹. Ainsi, un atelier², le cabinet d'un maire³, le couloir d'un immeuble⁴, ou une loge de concierge⁵ sont-ils recensés par la doctrine comme de tels lieux.

Cette construction doctrinale n'est pas dénuée de pertinence. Elle permet non seulement d'identifier la quasi-totalité des lieux publics, mais elle se distingue surtout par l'indifférence louable à plusieurs critères qu'il aurait pu être tentant de mettre davantage en lumière.

61. L'indifférence louable à la propriété ou au caractère étatique du lieu. Il faut créditer la doctrine de ne pas prendre en compte la propriété privée ou publique des lieux, ni, plus largement, leurs liens avec la puissance publique⁶ pour apprécier leur caractère public, tentation à laquelle elle cède parfois en matière de lieux privés⁷. Cette approche, concevable en matière administrative⁸ – les lieux « *publics* » étant alors ceux régis par le droit de l'urbanisme, le droit des propriétés publiques, des contrats publics, des financements publics, tandis que les lieux privés sont régis par les matières correspondantes en droit privé⁹ –, ne saurait prospérer ici. Un

¹ P. AUVRET, « Fasc. 3020 : Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881 », *op. cit.*, *loc. cit.*

² Cass. crim., 15 déc. 1949, *Bull. crim.* n° 345

³ Cass. crim., 25 mai 1949, *Bull. crim.* n° 185.

⁴ Cass. crim., 23 juill. 1941 ; *DC* 1942. 11.

⁵ Cass. crim., 9 janv. 1948, *Bull. crim.* n° 9.

⁶ A. BÉJA, « L'espace public, le bien commun par excellence », *Esprit*, nov. 2012, p. 71 : « On confond en effet souvent lieux publics et espaces publics. Si les premiers (écoles, hôpitaux, bâtiments officiels) relèvent de règles de fonctionnement et d'usage garanties par l'État, les seconds sont certes organisés par la puissance publique, mais ils ont vocation à être habités par tout un chacun, par ce "public" mouvant, composé de consommateurs et d'usagers, mais aussi de flâneurs, d'errants, de foules plus ou moins soumises aux itinéraires balisés par l'autorité ».

⁷ *V. supra* n° 40.

⁸ J.-B. AUBY, « Espaces publics et espaces privés dans la ville et dans le droit », in *Mél. Yves Jegouzo*, Dalloz, 2009, p. 198 : « Inéluctablement, on doit s'en remettre à la propriété, biais par lequel le droit structure fondamentalement son rapport à l'espace, au sol, comme aux réalités urbaines [...]. On va donc dire ici que constituent des espaces publics les lieux, les biens, les ensembles physiques qui sont de propriété publique : qu'ils relèvent du domaine public ou du domaine privé. Et [...] constituent des espaces privés les lieux, les biens, les ensembles physiques qui sont de propriété privée : ces derniers pouvant être de propriété individuelle, ou plus ou moins collective ». L'auteur est néanmoins conscient que cette approche ne recoupe pas celle consistant à définir les espaces publics comme ceux ouverts au public. Pour lui, « ce serait aller au-devant de complications. Non seulement certaines propriétés publiques sont ouvertes au public d'autres non, et certaines propriétés privées sont ouvertes au public – sans conditions particulières comme un centre commercial, moyennant paiement de quelque chose comme un parc d'attraction, etc. –, mais, en outre, la notion d'ouverture au public que retient le droit des propriétés publiques – l'une des façons de déterminer l'appartenance au domaine public – n'est pas la même que celle qui gouverne la législation des établissements ouverts au public : laquelle d'ailleurs s'applique aussi bien aux immeubles publics aux immeubles privés ».

⁹ F. ROLIN, « L'espace public en droit administratif », in O. BUI-XUAN (dir.), *Droit et espace(s) public(s)*, *op. cit.*, p. 59 et s. Les urbanistes également sont partagés entre la prise en compte, ou non, du critère de la propriété, v. P. MERLIN et P. NOISSETTE, « Espace public », in P. MERLIN et F. CHOAY (dir.), *Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement*, PUF, 1988, p. 320 : « D'usage assez récent en urbanisme, la notion d'espace public n'y fait cependant pas toujours l'objet d'une définition rigoureuse. On peut considérer l'espace public comme la partie du domaine public non bâti, affectée à des usages publics. L'espace public est donc *formé par une propriété et par une affectation d'usage* ». V. aussi, D. PUMAIN, T. PAQUOT, R. KLEINSCHMAGER, *Dictionnaire la ville et*

auteur l'a éloquemment mis en exergue. Selon lui, le droit contemporain « *raisonne massivement en termes de propriété, privée ou publique ; il ne conçoit les choses autrement qu'appropriées, pour les convertir en biens [...]. L'espace public n'est pas cet esprit rikiki. Ses clivages ne sont pas ceux du tien et du mien, ni même du nôtre. Il transcende résolument la propriété, d'où qu'elle vienne et vers quoi qu'elle tende. Ce qui profite à tous, voilà son affaire. Peu importe que la chose dont on profite soit la propriété de plusieurs ou d'un seul, de tous ou même de personne : là n'est pas la question [...]. Ses seules accointances avec la propriété, l'espace public les rencontre sous l'angle de l'usus et, dans une moindre mesure, du fructus, à condition toutefois de minimiser résolument la dimension réelle des droits d'usage et d'usufruit tels que nos lois civiles les conçoivent* »¹. Par ailleurs, la doctrine n'exagère pas l'importance du public en la matière.

62. L'indifférence louable à la présence d'un public. On a vu qu'une des trois acceptions du substantif « *public* » renvoie au public du lieu². On pourrait donc *a priori* penser qu'il revêt une importance déterminante quant à la définition du lieu public, d'autant que le législateur évoque parfois le lieu ouvert ou accessible « *au public* »³. Avant de montrer qu'il ne joue qu'un rôle limité pour définir la qualification générique de lieu public, ce terme mérite tout de même que l'on s'attarde sur sa définition et ses implications potentielles. En effet, ce public présente une autonomie certaine par rapport au public destinataire d'une communication ou au public rassemblé par l'organisateur d'une réunion.

D'un côté, on pourrait être tenté d'assimiler le public présent dans un lieu public à la foule rassemblée dans le cadre d'une réunion publique⁴. Évoquant « *la sortie des usines et des bureaux à six heures du soir [...], l'envahissement des gares et des aéroports lors des départs en vacances ou des retours automobiles autour des grandes villes en fin de week-end* »⁵ un auteur en déduit qu'il existe « *des foules volontaires et des foules fortuites, des foules qui relèvent du rassemblement délibéré en vue d'un objectif commun, d'autres qui sont seulement*

l'urbain, Economica, 2006, p. 107 : « *En ce qui concerne l'urbanisme, la notion d'“espace public” qui se substitue à “place publique”, “lieu public” est récente (1960) et peu précise. Elle superpose à un statut juridique de propriété un usage particulier, ainsi à l'espace public correspondrait un usage public [...]* ».

¹ A. SÉRIAUX, « L'espace public », art. préc., p. 434.

² V. *supra* n° 30.

³ Par ex., CSP, art. L. 5122-12, réprimant la remise d'échantillons gratuits de médicaments « *dans les enceintes accessibles au public à l'occasion de congrès médicaux ou pharmaceutiques* ». V. *infra* n° 68 pour des exemples d'infractions évoquant les « *lieux ouverts au public* » et pour la critique de cette terminologie.

⁴ V. *infra* n° 183.

⁵ J. JULLIARD, « Foule, public, opinion », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2010, n° 1, p. 7.

le résultat d'une concomitance »¹. Le public du lieu, foule désorganisée par essence, serait alors saisi juridiquement sous la qualification d' « *atroupement* », sous réserve que l'on considère ce dernier comme désignant un rassemblement dénué d'organisation, ce sur quoi on émettra des doutes². De plus, le passant dans une rue déserte constitue bien le public d'un lieu alors qu'il faut rassembler plusieurs personnes pour qualifier une réunion publique. Le rapprochement avec cette dernière présente donc des limites.

D'un autre côté, on pourrait être tenté d'assimiler le public du lieu au public destinataire d'une communication. Ce rapprochement est opéré par les sociologues lorsqu'ils s'intéressent au lieu public. Ceux-ci, contrairement aux juristes, ne mettent pas l'accent sur l'accessibilité du lieu, mais plutôt sur l'accessibilité de la personne elle-même, lorsqu'elle est présente dans un tel lieu. GOFFMAN fut ainsi le pionnier de l'analyse sociologique des lieux publics. Dans un ouvrage consacré à la question des interactions dans les lieux publics, après avoir classiquement considéré que « *la notion de "lieux publics" renvoie aux régions d'une communauté librement accessible à tous ses membres* »³, il précise que la « *coprésence rend les personnes exclusivement accessibles, disponibles les unes aux autres et dépendantes les unes des autres* »⁴; et l'auteur d'ajouter : « *Quand des individus entrent en présence immédiate les uns des autres dans des circonstances où il n'est pas exigé d'eux qu'ils communiquent par la parole, ils ne s'engagent pas moins, inévitablement, dans un genre de communication* », celle-ci passant notamment par « *le vêtement, la posture, le mouvement et la position, le niveau sonore, les gestes physiques comme le signe de la main ou les salutations, les décorations faciales et les expressions émotionnelles* »⁵. Cette vision de la communication, très extensive, fut reprise par d'autres auteurs ultérieurement⁶.

¹ *Ibid.*, p. 8.

² V. *infra* n° 208.

³ E. GOFFMAN, *Comment se conduire dans les lieux publics*, Economica, 2013 (1966), p. 11.

⁴ *Ibid.*, p. 22.

⁵ *Ibid.*, p. 31. L'auteur indique également (p. 33) : « *Quoiqu'un individu puisse cesser de parler avec des mots, il ne peut arrêter de communiquer en idiome corporel. Il peut dire des choses justes, il peut dire des choses fausses, mais il ne peut pas ne rien dire* ».

⁶ T. PAQUOT, *L'espace public*, *op. cit.*, p. 7, pour qui les lieux publics « *mettent en relation, du moins potentiellement, des gens, qui s'y croisent, s'évitent, se frottent, se saluent, conversent, font connaissance, se quittent, s'ignorent, se heurtent, s'agressent, etc. Ils remplissent une fonction essentielle de la vie collective : la communication. Ils facilitent l'urbanité élémentaire et reçoivent, comme un don anonyme et sans réciprocité attendue, l'altérité. C'est dans les espaces publics que le soi éprouve l'autre. C'est dans ces espaces dits publics que chacun perçoit dans l'étrangeté de l'autre la garantie de sa propre différence* ». Dans le même sens, R. SENNETT, *Les Tyrannies de l'intimité*, Seuil, 1979, p. 42 et 276, estimant que la ville se présente comme « *un milieu humain dans lequel des inconnus se rencontrent* » et qu'elle « *devrait être le lieu [...] où il est possible de s'unir aux autres sans tomber dans la compulsion de l'intimité* » (p. 276).

Le lieu public est donc le lieu où la personne s'expose aux autres, se rendant par la même vulnérable¹. En somme, la personne est exposée aux regards d'autrui², d'où l'importance de la notion de *visibilité*. Cette visibilité est parfois recherchée, « *il faut être vu, connu, lu, reconnu, dans le maximum de lieux possibles, par le maximum de gens possibles* »³, et l'on a pu écrire que « *cette question de l'accessibilité à des lieux, des biens ou des services a pris un sens politique [...]. Accès des femmes au monde de la rue, de l'entreprise et de la politique, accès des noirs au bus, aux écoles et aux restaurants, accès des pauvres aux services d'éducation et de santé, accès des personnes en "situation de handicap" aux mêmes lieux de travail et de loisirs que les autres* »⁴. Pour autant, la visibilité est bien souvent imposée et subie : le sans domicile fixe sera forcé d'exposer sa condition, la personne prostituée de racoler, la personne handicapée d'être dévisagée. En somme, bien que la rue permette l'anonymat et libère le passant de certaines contraintes, elle le forcerait, dans le même temps, à communiquer avec autrui.

Cependant, il n'est pas certain que l'on puisse admettre, juridiquement, une conception aussi extensive de l'information et *a fortiori* de la communication. Sans doute faut-il plutôt considérer que le public de la rue est destinataire de multiples *spectacles*. Évoquant le délit d'exhibition sexuelle, un auteur a pu estimer qu' « *en sanctionnant un comportement impudique public, il s'agit moins de préserver autrui de la connaissance de celui-ci que de sa vision, la publicité étant ici plus spectacle qu'information* »⁵. En toute hypothèse, cette conception du public correspond tout à fait au public mentionné dans l'expression « *lieu accessible aux regards du public* »⁶ et aux diverses mentions de l'exposition d'une chose « *au regard du public* »⁷. La conjonction de la visibilité et du spectacle amène donc à conclure que le public du lieu est avant tout un *témoin*, c'est-à-dire celui « *en présence de qui se produit, par hasard ou à dessein, un fait ou un acte* »⁸ ou encore un *spectateur*, mais ce dernier terme pourrait

¹ E. GOFFMAN, *op. cit.*, p. 167 : « *quand un engagement est assumé en présence de spectateurs, les participants exposent au risque d'être espionné où dérangé par des intrus, de même que les spectateurs deviennent vulnérables à des distractions non désirées* ». V. aussi, L.-F. CÉLINE, *Voyage au bout de la nuit*, Folio, 1972 (1932) : « *sortir dans la rue, ce petit suicide* ».

² Sur la notion d'exposition, v. *infra* n° 129 et s.

³ N. AUBERT, « La visibilité, un substitut à l'éternité ? », in N. AUBERT et C. HAROCHE (dir.), *Les tyrannies de la visibilité*, *op. cit.* p. 112.

⁴ D. CEFAL : « Postface : L'ordre public - Micropolitique de Goffman », in E. GOFFMAN, *op. cit.*, p. 258.

⁵ A. LEPAGE, *La connaissance du fait en droit*, *op. cit.*, n° 677, p. 520.

⁶ C. pén., art. 222-32. V. *infra* n° 196 et s.

⁷ Loi du 29 juillet 1881, art. 23. V. aussi, Loi du 16 juillet 1919, art., évoquant l'exposition de publications « *à la vue du public en quelque lieu que ce soit* » ; CSI, art. L. 251-3, al. 2 : « *Le public est informé de manière claire et permanente de l'existence du système de vidéoprotection et de l'autorité ou de la personne responsable* ». Le public du lieu est ici implicitement visé, puisque cette disposition suppose un affichage dans les locaux concernés par le dispositif de vidéoprotection.

⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Témoin », sens gén.

qualifier aussi bien le public de la réunion publique et met donc moins en exergue l'autonomie du public du lieu. On reviendra sur la notion de témoin lorsqu'il sera question du public de l'exhibition sexuelle¹.

Une approche plus économique du public peut également être évoquée en ce qu'elle trouve une expression dans quelques dispositions pénales. Les personnes composant le public du lieu seraient alors destinataires de prestations juridiques diverses. Ainsi, le client d'un supermarché rentrant dans un magasin est-il destinataire d'une offre de vente, ce que traduit l'accessibilité des marchandises, là où le client d'un salon de coiffure l'est d'une offre de prestation de service². Quant à l'usager de la voie publique, il profitera du droit d'usage de celle-ci que lui consent l'article L. 2121-1 du Code général de la propriété des personnes publiques³. C'est sans doute une telle conception du public, consommateur ou usager par destination, qui permet d'expliquer la référence au lieu « *utilisé par le public* » au sein de l'article 225-10 du Code pénal, relatif au proxénétisme hôtelier. Cette expression est intéressante, car elle permet de distinguer *l'accessibilité spatiale* du lieu et *le public* susceptible d'y avoir accès. Si une chambre d'hôtel est un lieu privé inaccessible aux personnes non autorisées à y pénétrer, il n'en demeure pas moins que le public est destinataire d'une offre de prestation hôtelière, ce qui permet de qualifier l'hôtel de lieu utilisé par le public.

On pressent donc que le public n'est pas totalement indifférent à la définition du lieu public, dans certains cas particuliers. Cependant, il convient de réaliser que ce public ne jouera en règle générale aucun rôle dans la qualification du lieu public, là où l'analyse du public sera souvent essentielle en matière de lieux ou de réunions⁴. Peu importe, en effet, que seuls une famille ou un groupe de personnes liés entre elles par une communauté d'intérêts soient présents dans un restaurant, celui-ci demeurera un lieu public tant qu'aucune volonté de privatisation n'aura été exprimée par son occupant. Plus encore, peu importe que le restaurant soit vide, il demeure public tant qu'il est ouvert.

¹ V. *infra* n° 218.

² Comp., C. pén., ancien art. 410 : « *Ceux qui auront tenu une maison de jeux de hasard, et y auront admis le public [...]* ».

³ Aux termes de l'article : « *Les biens du domaine public sont utilisés conformément à leur affectation à l'utilité publique. Aucun droit d'aucune nature ne peut être consenti s'il fait obstacle au respect de cette affectation* » ; Comp. C. voirie routière, art. R. 116-2, sanctionnant le fait de laisser écouler, jeter « *sur les voies publiques des substances susceptibles de nuire à la salubrité et à la sécurité publiques ou d'incommoder le public* ». Adde : P. CASSIA, « Le droit de la rue », *Pouvoirs*, 2008, n° 116, p. 76 : « *Les riverains de la voie publique [...] bénéficient de ce qu'il est convenu d'appeler des "aisances de voirie", c'est-à-dire de certains droits (droit de vue, droit d'accès, droit d'égout, droit de déversement des eaux pluviales et ménagères) qui constituent la contrepartie des obligations qui leur sont imposées* ».

⁴ V. *infra* n° 148 et s., 183.

Il faut donc conclure que les auteurs classiques ont eu raison de ne pas faire de la présence d'un public un critère déterminant en matière de lieux. Leur construction doctrinale soulève néanmoins plusieurs critiques qu'il s'agit d'aborder à présent.

2. Les limites de la définition doctrinale

63. La désuétude du lieu public par accident. À plusieurs égards, le triptyque doctrinal n'est pas pleinement satisfaisant. En premier lieu, on peut relever le caractère daté et inadéquat de la catégorie des lieux publics par accident. En effet, les arrêts évoqués par la doctrine au soutien de cette notion sont anciens. Il convient toutefois de relever que cette catégorie a semblé renaître de ses cendres dans le cadre de l'affaire dite du « mur des cons » ayant défrayé la chronique en 2013. En l'espèce, la prévenue, alors présidente du Syndicat de la magistrature, se voyait reprocher une injure publique pour avoir exposé le panneau litigieux dans les locaux dudit syndicat, auxquels avaient eu accès, ponctuellement, plusieurs journalistes. Pour les juges du fond¹, dont l'argumentation fut validée par la Cour de cassation², « *la transformation occasionnelle d'un lieu privé en lieu public peut s'opérer en raison de circonstances exceptionnelles appréciées souverainement par les juges et [...] si le local constitue un lieu privé par sa nature et sa destination, il peut accidentellement perdre ce caractère pour devenir occasionnellement un lieu public par suite de circonstances déterminées et particulières* » ; et les juges d'ajouter qu' « *en raison de la présence de ces personnes étrangères au syndicat, ce lieu privé est ainsi devenu accidentellement et momentanément un lieu public* ». Cette motivation semble donc remettre en cause l'idée de désuétude affectant le lieu public par accident. La renaissance de ce dernier est-elle pour autant souhaitable ?

Il est permis de penser que ce n'est pas le cas, dès lors que cette catégorie est inadéquate. En effet, elle entraîne un mélange des genres avec d'autres critères de publicité posés par l'article 23 de la loi de 1881. Un auteur soutint naguère, dans cette optique, que « *la publicité soi-disant accidentelle du lieu se confond, en réalité, avec le caractère public de la réunion même qui s'y trouve* »³. Aujourd'hui, il est même possible de considérer que c'est la présence fortuite d'un tiers étranger à la communauté d'intérêts des destinataires d'un propos proféré – donc d'un public – qui rend le *message* public et non le lieu. En ce sens, on peut relever que les

¹ CA Paris (pôle 2 - ch. 7), 19 déc. 2019, n° 19/01374 ; *Légipresse* 2020, p. 178, obs. E. DREYER.

² Cass. crim., 12 janv. 2020, n° s 20-80.372, 20-80.375 et 20-80.376.

³ L. FACQ, *De la publicité élément constitutif de l'infraction*, op. cit., p. 27.

arrêts cités pour illustrer la thèse du lieu public par accident, très évasifs dans leur motivation, font la plupart du temps référence à des « *circonstances particulières* », comme la présence de personnes étrangères au lieu en question, ce qui était précisément le cas dans l'affaire du « *mur* » précitée¹. Plus encore, la référence à l'« *accident* » sous-entend que la publicité du lieu est fortuite et échappe à la volonté de son occupant. Or, cela n'est pas concevable. On verra qu'il est tout à fait possible de considérer qu'un propos est public même s'il a été proféré dans un lieu privé², mais c'est alors, encore une fois, le propos qui est public et non le lieu, ce dernier demeurant privé si son occupant souhaite qu'il demeure inaccessible aux tiers. La catégorie du lieu public par accident semble donc remettre en question le principe selon lequel « *un lieu privé par nature deviendra public si c'est la volonté de ses occupants* »³, et uniquement si c'est la volonté de celui-ci⁴. L'existence de cette catégorie est donc critiquable en soi.

64. Les limites de la distinction entre lieu public par nature et par destination. Est également critiquable, en second lieu, la distinction entre lieux publics par nature et par destination. D'une part, cette distinction est mal construite, car elle oppose l'accessibilité à l'affectation du lieu alors que dans les deux cas ces deux critères de définition joueront ; à titre principal pour l'accessibilité et à titre subsidiaire pour l'affectation⁵. Dès lors que l'on admet qu'une condition d'accès que tout un chacun peut remplir n'est pas un obstacle à l'accessibilité du lieu, il n'y a aucune différence d'analyse entre les lieux publics dits par nature ou par destination : une rue est accessible au public et affectée à la circulation, un restaurant est ouvert au public et affecté à la restauration. D'autant que, pour la voie publique, archétype supposé du lieu public par nature, la qualification de lieu public n'est pas automatique⁶. On ajoutera que si l'on entend le terme « *destination* » comme renvoyant à *l'usage* du lieu par le public, accessibilité et affectation du lieu sont intrinsèquement liées. En effet, « *le caractère public ou privé d'un lieu ne dépend pas de la nature de la scène qui s'y déroule, mais de la destination même du lieu. D'une jurisprudence relativement abondante, il s'évince que cette destination* »

¹ On ne saurait donc agréer l'analyse selon laquelle « *à partir du moment où il est établi que des personnes extérieures au syndicat pouvaient traverser la pièce où se trouvait le "mur" en question, celle-ci a pris le statut de lieu privé ouvert au public* » (E. DREYER, obs. préc.). En effet consentir l'accès au lieu à quelques personnes ne revient pas à rendre un lieu accessible à tous.

² V. *infra* n° 128.

³ M. MURBACH-VIBERT, v° « *Attroupements* », *Rép. pén.*, 2017 (màj. 2019), n° 61.

⁴ En ce sens, A. SÉRIAUX, « *L'espace public* », art. préc., p. 436 : « *Un lieu originellement privé ne devient ainsi public que dans la mesure de l'autorisation d'accès consentie* ».

⁵ Sur le rôle de l'affectation du lieu, v. *infra* n° 241.

⁶ V. *infra* n° 253.

dépend pour l'essentiel de son accessibilité »¹. En d'autres termes, user d'un lieu, pour le public, c'est avant tout pouvoir y accéder.

D'autre part, la catégorie de lieu public par destination est parfois invoquée pour qualifier un lieu public alors que le lieu en question peut difficilement être qualifié comme tel. C'est ainsi qu'à deux reprises, l'école a été qualifiée de lieu public par destination². Or, en matière d'infraction de presse, les auteurs excluaient jadis l'école des lieux publics³. Une telle exclusion se justifierait d'autant plus aujourd'hui, dans la mesure où l'accès à l'école est strictement encadré⁴. Dans ces espèces, il aurait été préférable de mettre l'accent sur la réunion publique ou sur la présence fortuite d'un public pour justifier la publicité de l'infraction de presse.

Enfin, c'est l'utilité même de la théorie doctrinale exposée qui peut laisser dubitatif. On peut ainsi relever sa faible portée pratique. Contrairement à la distinction entre l'immeuble par nature et par destination⁵, dont il tire sans aucun doute son inspiration, le dytique lieu public par nature-par destination entraîne très peu de conséquences juridiques, même en matière d'infractions de presse. On a pu défendre par le passé que les lieux publics par nature permettraient de présumer de façon irréfragable que ce qui s'y déroule est public. En se fondant sur des solutions anciennes⁶, la doctrine considérerait ainsi que, lorsque le lieu est public par nature, il y aurait une présomption absolue de publicité des propos, quelles que soient les circonstances, tandis qu'en présence d'un lieu public par destination, l'accusation devrait non seulement démontrer que le lieu était bien public, mais également prendre en compte la présence d'un public ou la volonté de rendre publics les propos⁷. On peut néanmoins douter, aujourd'hui du caractère irréfragable de la prétendue présomption de publicité liée au lieu public par nature, car la volonté de l'auteur des propos peut tout à fait être analysée lorsqu'ils

¹ A. SÉRIAUX, art. préc., p. 435.

² Cass. 2^e civ., 3 juill. 2003, n° 00-15.468, *Bull. civ.* II, n° 228 ; *Dr. pén.* 2003, comm. 118, obs. M. VÉRON ; Cass. crim., 17 mars 2015, n° 13-87.358 ; *CCE* 2015, comm. 43, note A. LEPAGE.

³ G. LE POITTEVIN, *Traité de la presse*, Librairies Larose, 1902, n° 511, p. 555 : « il ne suffit pas qu'un élève se présente dans un établissement d'enseignement pour y être admis et, dans tous les cas, l'entée n'est pas librement accessible au public ». Dans le même sens : G. BARBIER, *Code expliqué de la presse*, op. cit., n° 251, p. 209.

⁴ M. VÉRON, comm. préc. : « Dire que l'école publique est un lieu public par destination nous semble en contradiction avec la volonté politique manifestée ces dernières années par les pouvoirs publics qui ont notamment érigé en infraction pénale le seul fait d'accéder frauduleusement aux locaux et prévu de nombreuses circonstances aggravantes pour les infractions qui pourraient y être commises. L'école publique ne nous paraît pas destinée à être ouverte au public, sauf lors des journées dites "portes ouvertes" ». Sur les difficultés conceptuelles soulevées par l'établissement d'enseignement, v. *infra* n° 266.

⁵ C. civ., art. 517.

⁶ Cass. crim., 2 juillet 1812, *Bull. crim.* n° 58 : « dans un lieu de cette nature il y a toujours ou une réunion ou passage de citoyens, et conséquemment aussi présomption nécessaire et légale de publicité de l'imputation ».

⁷ L. FACQ, *De la publicité élément constitutif de l'infraction*, th., Nancy, 1935, p. 142 ; G. LE POITTEVIN, op. cit., n° 517, p. 561 ; G. BARBIER, op. cit., n° 253, p. 235.

ont été tenus dans un tel lieu¹ et qu'il peut, de surcroît, être nécessaire de vérifier si la portion d'une rue sur laquelle les propos ont été tenus était bien une voie publique.

65. En définitive, la volonté de raffiner l'analyse de la doctrine du début du XX^e siècle était certes louable, mais il apparaît aujourd'hui que la théorie tripartite des lieux publics, excessivement subtile et peu mise en œuvre par les juges, doit être abandonnée au profit d'une définition mettant davantage l'accent sur l'accessibilité du lieu public. Les définitions textuelles et prétoriennes du lieu public doivent donc être abordées sous cet angle.

B. Les définitions textuelles et prétoriennes du lieu public

66. Aucune disposition strictement pénale ne définit le lieu public. On peut néanmoins relever divers textes en matière administrative, dont certains ont une résonance pénale. Toutefois, les définitions proposées ne sont pas satisfaisantes (1) et occultent la définition prétorienne de ce lieu, pourtant aussi précise que concise (2).

1. Les définitions textuelles insatisfaisantes du lieu public

67. Les définitions textuelles du lieu public. Quant aux définitions du lieu public proposés par des dispositions légales, on peut tout d'abord citer l'article L. 2212-2 du Code général des collectivités territoriales, lequel propose une énumération de lieux publics, l'ordre public devant être maintenu dans « *les endroits où il se fait de grands rassemblements d'hommes, tels que les foires, marchés, réjouissances et cérémonies publiques, spectacles, jeux, cafés, églises et autres lieux publics* ». Cette énumération ne peut constituer une définition satisfaisante, l'accessibilité du lieu n'étant pas mise en exergue. L'accent sur le rassemblement laisse par ailleurs penser que l'ordre public ne doit pas être assuré lorsque aucun rassemblement ne se déroule dans un lieu public, ce qui ne saurait être admis.

On peut aussi évoquer l'article R. 123-2 du Code de construction et de l'habitation, aux termes duquel l'« *établissement recevant du public* », soumis à diverses obligations en matière de sécurité et de lutte contre l'incendie, désigne « *tous bâtiments, locaux et enceintes dans lesquels des personnes sont admises, soit librement, soit moyennant une rétribution ou une*

¹ V. *infra* n° 128.

participation quelconque, ou dans lesquels sont tenues des réunions ouvertes à tout venant ou sur invitation, payantes ou non ». L'article précise également : « *Sont considérées comme faisant partie du public toutes les personnes admises dans l'établissement à quelque titre que ce soit en plus du personnel* ». Cette définition est partiellement satisfaisante, en ce qu'elle met l'accent sur le caractère potentiellement conditionné de l'accessibilité au lieu et précise la définition du public ayant accès à un lieu. En revanche, elle omet l'importance de la volonté de l'occupant du lieu et elle entraîne une confusion entre la réunion publique et le lieu public. En effet, le fait qu'une réunion publique se tienne dans un lieu n'entraîne pas *ipso facto* le caractère public de ce lieu ; une réunion publique peut se tenir dans un lieu privé¹. De plus, les lieux de rassemblement, comme la voie publique ou la place publique, sont exclus du champ de cette définition, focalisée sur les lieux de sociabilité. En toute hypothèse, cette définition n'a qu'une portée limitée, car elle est complétée par une liste d'établissements fixée par voie d'arrêté² à laquelle il est systématiquement fait référence. Il est tout de même important d'en faire état, car ces textes sont au cœur de diverses obligations pénalement sanctionnées dans le cadre de la crise de la Covid-19, dont l'obligation du port du masque au sein de ces établissements³.

Au surplus, on peut relever que plusieurs textes évoquent les « *espaces publics* », sans pour autant les définir. Ainsi, l'article L. 111-4 du Code de l'action sociale et des familles énonce que « *les aménagements des espaces publics en milieu urbain doivent être tels que ces espaces soient accessibles aux personnes handicapées* ». De même, l'article L. 123-3 du Code de l'urbanisme dispose que le plan local d'urbanisme peut préciser, dans certaines zones, « *la localisation et les caractéristiques des espaces publics à conserver, à modifier ou à créer* ». Quant à l'article L. 1312-1 du Code de la santé publique, il mentionne les contraventions aux dispositions des règlements sanitaires « *relatives à la propreté des voies et espaces publics* ». Si aucune définition n'est posée par ces dispositions, il est vrai que l'« *espace public* », mentionné par la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage en son sein, est au contraire défini par la circulaire d'application de cette loi. Toutefois, ce syntagme se situe à la croisée des chemins à l'égard de la démarche adoptée dans ces lignes. D'un côté, il constitue certes une qualification que l'on pourrait qualifier de générique, l'adjectif « *public* » étant explicitement associé au substantif « *espace* », lequel est souvent présenté

¹ V. *infra* n° 219.

² Arrêté du 25 juin 1980 portant approbation des dispositions générales du règlement de sécurité contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements recevant du public (ERP).

³ Par ex. : Décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans les territoires sortis de l'état d'urgence sanitaire et dans ceux où il a été prorogé.

comme étant un synonyme du « lieu ». D'un autre côté, la forte connotation de ce syntagme, emprunté à la science politique, en fait une notion avant tout spécifique. Il serait ainsi question, en apparence, des lieux où se déroulent la vie citoyenne, si bien qu'on étudiera en détail cette qualification plus loin¹.

68. La définition textuelle des lieux ouverts au public. Il convient enfin de mentionner la circulaire du 14 septembre 2011, relative au cadre juridique applicable à l'installation de caméras de vidéoprotection. Aux termes de celle-ci : « *Constituent des lieux ouverts au public les lieux dont l'accès est libre (plages, jardins publics, promenades publiques, commerces...) ainsi que les lieux dont l'accès est possible, même sous condition, dans la mesure où toute personne qui le souhaite peut remplir cette condition (paiement d'un droit d'entrée, par exemple au cinéma)* »². Cette définition appelle les mêmes remarques que les précédentes : elle passe sous silence l'importance de l'autorisation et se focalise sur les lieux de sociabilité.

En réalité, c'est surtout l'usage de l'expression « lieux ouverts au public » qui interroge, au regard de son articulation avec le lieu public classique. Si l'on en croit l'intitulé de la circulaire évoquée, ces lieux seraient distincts de la voie publique, ce qui renverrait peu ou prou à la distinction entre lieux publics par nature et par destination. On a pourtant vu que cette distinction n'était pas nécessaire. Cette logique disparaît, en tous les cas, lorsque le législateur incrimine certains comportements lorsqu'ils ont lieu « dans un lieu public ou ouvert au public »³. Pour un auteur, « les lieux publics semblent difficilement pouvoir contenir les lieux ouverts au public, pour la bonne et simple raison que le législateur a eu l'occasion, dans d'autres hypothèses, de montrer qu'il n'entendait pas inclure les seconds dans les premiers [...]. En mentionnant d'une part les lieux publics et d'autre part les lieux ouverts au public, le

¹ V. *infra* n° 260.

² Circulaire n° PRMX1124533C du 14 sept. 2011, relative au cadre juridique applicable à l'installation de caméras de vidéoprotection sur la voie publique et dans des lieux ou établissements ouverts au public, d'une part, et dans des lieux non ouverts au public, d'autre part : JO 15 sept. 2011. La même définition est reprise par la circulaire PRMC1106214C du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

³ C. pén., art. 321-7 : « Est puni [...] le fait, par une personne, à l'exception des officiers publics ou ministériels, qui organise, dans un lieu public ou ouvert au public, une manifestation en vue de la vente ou de l'échange d'objets visés à l'alinéa précédent, d'omettre, y compris par négligence, de tenir jour par jour, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État, un registre permettant l'identification des vendeurs. » ; art. R. 641-1 : « Le fait d'abandonner, en un lieu public ou ouvert au public, une arme ou tout autre objet présentant un danger pour les personnes et susceptible d'être utilisé pour commettre un crime ou un délit est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 1^{re} classe. » ; art. R. 645-15 : « Hors les cas prévus par l'article 433-5-1, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe le fait, lorsqu'il est commis dans des conditions de nature à troubler l'ordre public et dans l'intention d'outrager le drapeau tricolore : 1° De détruire celui-ci, le détériorer ou l'utiliser de manière dégradante, dans un lieu public ou ouvert au public [...] ».

législateur pénal indique nécessairement que, pour lui, les lieux ouverts au public ne sont pas nécessairement des lieux publics »¹. Cette vision des choses est sujette à caution, bien qu'elle se réclame d'une interprétation stricte de la loi pénale. Les rares textes qui procèdent à cette distinction n'ont fait l'objet d'aucune application jurisprudentielle sur ce point, ce qui fait davantage penser à une maladresse du législateur qu'à une volonté de mettre en place une nouvelle distinction. Un lieu public étant par définition ouvert, il ne peut s'opposer au lieu ouvert au public. Sans doute le législateur a-t-il voulu mettre l'accent sur le critère de la propriété en invitant à distinguer les lieux publics des lieux *privés* ouverts au public. On a vu, cependant, qu'une telle approche n'était pas pertinente². Il paraît plus sûr de considérer que lieu public et lieu ouvert au public répondent à la même définition, ce qu'a bien compris la jurisprudence.

2. La définition prétorienne satisfaisante du lieu public.

69. Exposé de la définition prétorienne. La définition jurisprudentielle du lieu public intervient relativement tardivement, puisque ce n'est qu'en 1986 et – paradoxalement – dans le contentieux de l'atteinte à l'intimité de la vie privée que le lieu public est défini, par opposition au lieu privé, comme le « *lieu accessible à tous, sans autorisation spéciale de quiconque, que l'accès en soit permanent et inconditionnel ou subordonné à certaines conditions* »³. Cette définition est satisfaisante, dans la mesure où, sans procéder par voie d'énumération, elle met l'accent sur les mêmes critères de définition que ceux précédemment dégagés pour le lieu privé, à savoir le critère de l'accessibilité et le critère de l'autorisation. Apparaît ainsi en creux une distinction entre l'autorisation et la condition, la première étant discrétionnaire et dépendante de la volonté de l'autorisant, la seconde objective et tributaire de la personne qui la remplit. Par ailleurs, cette définition prend acte de l'opposition entre lieu public par destination et lieu public par nature sans en exagérer l'importance et permet d'apprécier le lieu public *in globo*. Enfin, cette définition est appréciable, car elle ne fait, à juste titre, aucun cas de la catégorie des lieux publics par accident et qu'elle ne met pas l'emphasis sur la présence effective d'un public.

¹ N. RIAS, « Fasc. 20 : Violation des dispositions réglementant les professions exercées dans les lieux publics », *J.-Cl. Pénal Code*, 2012 (màj. 2020), n° 12.

² V. *supra* n° 40 et s.

³ TGI Paris, 23 oct. 1986 ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, jurispr., p. 21.

La définition prétorienne s'avère donc être, *in fine*, la plus satisfaisante. Reste alors à déterminer si cette définition du lieu public, dégagé dans un contexte particulier, peut prétendre à la généralité.

70. Mise à l'épreuve de la définition prétorienne. Le lieu public apparaît, en droit positif, dans plusieurs textes. Tout d'abord, le Code pénal définit l'attroupement comme tout rassemblement de personnes « *sur la voie publique ou dans un lieu public* » susceptible de troubler l'ordre public¹. La distinction entre voie publique et lieu public est ici inutile puisque le second inclut la première. Selon un auteur, « *les notions de lieu public ne coïncident pas toujours parfaitement, eu égard aux finalités respectives de la loi du 29 juillet 1881 et des dispositions relatives à la dispersion des attroupements* »². Il convient de mettre à l'épreuve cette affirmation pour démontrer qu'au contraire, la définition du lieu public ne varie pas selon l'infraction considérée. Les délits relatifs aux attroupements ont été caractérisés dans des lieux assurément publics tels une salle d'audience³ ou un lieu de culte⁴. La doctrine estime que l'on ne saurait voir dans les locaux d'une entreprise industrielle ou commerciale un lieu public susceptible d'accueillir un attroupement⁵, pas plus que dans un établissement pénitentiaire⁶, une mutinerie ou des troubles s'y déroulant relevant de dispositions spéciales⁷. Plus largement, elle exclut tous les lieux dont on peut douter du caractère privé ou public⁸. Ces précisions doctrinales sont en réalité superflues puisque ces lieux ne correspondent pas à la définition du lieu public,

¹ C. pén., art. 431-3.

² J.-F. DREUILLE, « Fasc. 20 : Attroupements », *J.-Cl. Pénal Code*, 2019 (maj. 2021), n° 37. V. aussi, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 946, p. 1043 : « *la notion de lieu public est nécessairement propre à la qualification d'attroupement et ce qui peut être jugé, notamment dans le cadre de la publicité des textes médiatiques ou de l'exhibition sexuelle ne nous paraît pas transposable* ». Pourtant, son analyse concorde tant avec la définition du lieu public évoquée qu'avec celle du lieu privé, l'auteur estimant que « *la caractéristique du lieu public ici considéré est d'être celui dans lequel on peut pénétrer sans justifier d'une qualité particulière, même s'il faut pour cela respecter certains horaires ou acquitter un droit d'entrée* ».

³ Cass. crim., 30 mai 1995, n° 94-82.092.

⁴ TGI Paris, réf., 2 avr. 1996, *Sacko Lassana c/ Lustiger et Caveau* ; *Gaz. Pal.* 1996, II, p. 317.

⁵ M. MURBACH-VIBERT, v° « Attroupement », *op. cit.*, n° 65 : « *L'intervention éventuelle de forces de l'ordre devra s'effectuer dans un autre cadre juridique tel que : l'existence d'un crime ou d'un délit flagrant, l'obligation de porter assistance à une personne en danger (223-6 s.), l'exécution d'une décision de justice ordonnant l'évacuation des lieux* ».

⁶ H. VLAMYNCK, « Le maintien de l'ordre : manifestations, réunions publiques et attroupements », *AJ pénal*, 2009, p. 289.

⁷ C. proc. pén., art. D. 265 à D. 267.

⁸ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 946, p. 1054 : « *Le lieu nous paraît cesser d'être public dès lors qu'il est possible d'en interdire l'accès à certaines personnes, ce qui ne veut pas dire, ni que la police ne pourra jamais y pénétrer pour le faire évacuer, ni que son occupation ne donnera pas lieu à d'autres qualifications, mais qu'il échappera à la possibilité d'un attroupement au sens de la loi. Le lieu public de l'attroupement ne peut donc être, à notre avis, ni un lieu de travail (bureau, entreprise, administration) ni un lieu d'enseignement notamment universitaire, ni un lieu pénitentiaire. En revanche, le lieu public n'est pas nécessairement à l'air libre et un attroupement peut avoir lieu dans une gare ou dans un lieu de culte* ».

en ce qu'ils sont des lieux clos dont l'accès est soumis à autorisation¹. On pourrait, certes, hésiter par rapport aux locaux universitaires. En effet, une infraction de presse a pu être commise dans un institut d'études politiques lors d'une journée portes ouvertes², alors que, du fait de la notion ancienne de « *franchise universitaire* »³, datant du XII^e siècle, les universités sont exclues du domaine de l'attroupement. Mais c'est là confondre le régime de l'attroupement et la définition du lieu public. La doctrine soulève également la question de l'occupation des lieux dits « *Zone à défendre* » (ZAD), occupés illégalement par des opposants à un projet ou d'un ouvrage, comme la ZAD mise en place en opposition à la construction de l'aéroport Notre-Dame-des-Landes ou celle implantée pour faire obstacle au projet de barrage de Sivens. Les parlementaires se sont interrogés sur le statut de lieu public des ZAD. Ils concluaient que celles-ci « *sont généralement des propriétés privées ou des dépendances appartenant à une personne publique, mais non affectées à l'usage direct du public (emprise d'un projet d'aménagement en cours de réalisation) qui n'entrent pas par définition dans le champ du "lieu public" au sens de l'art 431-3, sauf en cas d'ouverture spécifique au public* »⁴. Le raisonnement est ici vicié par des considérations de propriété publique qui n'ont pas lieu d'être⁵.

Est également illicite le fait d'être en état d'ébriété dans les lieux publics⁶. La jurisprudence est peu prolixe sur la signification à accorder au syntagme étudié en la matière, mais on peut tout de même relever une décision qui suscite la réserve. Selon les juges, les termes de la loi ne supposent pas de distinguer selon que l'individu circule à pied ou à l'aide d'un véhicule⁷. Or, une voiture est un lieu privé⁸ et l'on peut donc se demander si cette décision est

¹ Il en va de même pour l'incrimination, déjà évoquée, d'occupation en réunion des « *espaces communs ou les toits des immeubles collectifs d'habitation* » (C. constr. et hab., art. L. 126-3), ces derniers constituant un lieu privé particulier (v. *infra* n° 268).

² CA Paris, 31 mai 1995 ; *Dr. pén.* 1995. 263, arrêt rendu à propos d'une distribution de tract dans un institut d'études politiques, dont l'entrée était ouverte à des tiers en raison d'une journée porte ouverte appelée « *journée des dédicaces* », ce qui excluait selon les juges qu'elle fût réservée aux seuls élèves, anciens élèves et enseignants.

³ X. FURON, « Le pouvoir de police dans les universités », *AJDA*, 2005, p. 755. Aux termes du décret n° 85-827 du 31 juillet 1985, art. 5, al. 1^{er}, le maintien du bon ordre dans ces lieux incombe aux autorités universitaires qui peuvent le cas échéant faire appel à la force publique. Ce décret a été intégré au code de l'éducation (C. éduc., art. L. 712-2, 6°). On notera qu'une proposition de loi avait suggéré de créer un délit d'intrusion et de maintien dans les universités, disposition censurée par les Sages (Cons. const., 21 déc. 2020, n° 2020-810 DC, § 37).

⁴ Rapp. n° 2794, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 21 mai 2015, p. 84.

⁵ En ce sens, v. l'intervention du directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministre de l'Intérieur (*ibid.*) : « *Est-on totalement démuné au regard de l'application du cadre juridique de l'attroupement ? Non, car l'attroupement se déroule sur la voie publique ou dans un lieu ouvert au public, notion qui peut inclure les vastes terrains privés dont l'accès est assez facile. Seul le juge pénal est compétent pour trancher cette question, mais celle-ci ne me semble pas fermée* ».

⁶ CSP, art L. 3341-1 et R. 3353-1. L'art. 1^{er} de la loi du 1^{er} octobre 1917 réprimait fait d'être trouvé en état d'ivresse manifeste « *dans les rues, places, cafés, cabarets ou autres lieux publics* ».

⁷ Cass. crim., 28 juin 1995 ; *Dr. pén.* 1996, chron. 21, par V. LESCLOUS et C. MARSAT.

⁸ V. *supra* n° 46.

bien conforme au texte de la loi. Pour les autres infractions, la notion de lieu public semble bien appréhendée de façon uniforme par les juges. Dans le cadre de la vente à la sauvette¹, il a été jugé qu'un parking privé n'est pas un lieu public². Pour la contravention de diffusion de messages contraires à la décence³, un magasin est bien un lieu public⁴. Enfin, en application de la contravention d'abandon d'armes, les champs, terrains cultivés ou non, ou encore les bois auxquels on a librement accès, bien qu'ils puissent appartenir à des particuliers, sont concernés par la contravention d'abandon arme⁵, ainsi que les cours de fermes ou de maisons le long de la voie publique lorsqu'elles ne sont pas clôturées ou spécialement surveillées⁶.

71. Conclusion de section. Le lieu public peut donc, à l'instar du lieu privé, prétendre au statut de notion conceptuelle, aux contours clairement définis. Le lieu public s'apprécie, lui aussi, objectivement et subjectivement. D'une part, pour le qualifier, le juge devra analyser l'accessibilité du lieu au moment précis où le comportement potentiellement litigieux s'y déroulait. D'autre part, il devra s'assurer qu'aucun occupant ne subordonne l'accès au lieu à une autorisation, quand bien même il en aurait le pouvoir ; une condition d'accès peut être fixée, mais elle échappe alors à la discrétion de l'occupant. Enfin, peu importe, ici encore, la propriété publique du lieu ou son lien avec le service public, *lato sensu*.

72. Conclusion de chapitre. Il résulte des développements qui précèdent que les qualifications de lieu privé et de lieu public ne posent, d'une manière générale, pas de difficulté majeure à l'observateur, en ce que leurs critères de définition, une fois identifiés, sont relativement simples à mettre en œuvre. En effet, le critère objectif de définition de ces lieux est unique, et tient à l'ouverture ou à la fermeture du lieu. Quant au critère subjectif, il a trait à l'analyse de l'autorisation nécessaire, ou non, pour accéder au lieu. Cela étant, l'on ne peut nier que l'application de ces critères à certains lieux ne convainc pas totalement, tant ils ne permettent pas de déterminer, dans l'absolu, si ces lieux sont privés ou publics ; que l'on songe

¹ C. pén., art 446-1 : « *La vente à la sauvette est le fait, sans autorisation ou déclaration régulière, d'offrir, de mettre en vente ou d'exposer en vue de la vente des biens ou d'exercer toute autre profession dans les lieux publics en violation des dispositions réglementaires sur la police de ces lieux* ».

² CA Aix-en-Provence, 5^e ch., 10 mars 1994, n° 04/196.

³ C. pén., art R. 624-2 : « *Le fait de diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe* ». Là encore, la mention de la voie publique est inutile, puisque celle-ci est un lieu public.

⁴ T. pol. Paris. 13 juin 1956 ; *Ann. JP* 1958, p. 339.

⁵ C. pén., art R. 641-1.

⁶ Cass. crim., 24 nov. 1855 ; *DP* 1855, 5, p. 482.

à l'école, au lieu de travail ou encore à la prison. Il faudra donc revenir sur ces cas particuliers lors de l'étude de la conceptualisation de l'opposition privé-public. Pour lors, il convient de s'intéresser aux qualifications complexes issues de l'opposition privé-public.

Chapitre 2 : Les qualifications complexes

73. En droit, la complexité renvoie généralement à une « *opération composée de plusieurs actes élémentaires qui concourent à produire le résultat final* »¹ ; ce que traduit par exemple, en droit pénal, le concept d'infraction complexe, « *infraction constituée de plusieurs faits distincts et consécutifs globalement imputables à une même personne* »², dont l'archétype est l'escroquerie³. La complexité dont il sera question dans les développements qui suivent est plus proche de la définition générale du terme que du concept d'infraction complexe, en ce que les différents éléments combinés ne sont pas forcément maîtrisés par une seule et même personne. En effet, tant pour les communications que pour les réunions publiques ou privées, il est parfois nécessaire de prendre en compte l'existence préalable ou concomitante d'un lieu, d'une réunion ou d'une communication publics ou privés. La démonstration qui suit vise donc à mettre en évidence la façon dont ces qualifications s'entrecroisent et s'articulent, sans toutefois se confondre, dès lors qu'organiser une réunion n'équivaut pas à communiquer une information ou à rendre accessible un lieu. Plus largement, il s'agit d'approfondir l'idée selon laquelle le substantif « *public* » permet de spécifier les principales qualifications légales construites autour de l'opposition privé-public. En ce que le public destinataire d'une communication se distingue du public rassemblé par l'organisateur d'une réunion⁴, il s'agit d'étudier successivement les communications privées ou publiques (section 1) et les réunions privées ou publiques (section 2).

Section 1 : Les communications privées ou publiques

74. Il importe de concéder qu'il n'existe pas, au sein des dispositions pénales, de qualification unique de « *communication publique* » ou de « *communication privée* ». En effet, aucune notion textuelle ne permet d'embrasser de façon exhaustive tous les moyens permettant de transmettre une information, du plus fruste que constitue l'usage de la parole au plus évolué techniquement que représente le réseau de communications électroniques. Le recours aux vocables proposés est donc nécessaire pour aborder, de façon cohérente et unitaire, les multiples

¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Complexe ».

² E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 693, p. 579.

³ C. pén., art. 313-1. L'infraction est constituée, au plan matériel, d'un acte de tromperie et d'une remise.

⁴ V. *supra* n° 30.

désignations légales des communications publiques ou privées. D'une manière générale, la communication se définit comme le fait « *de porter un évènement ou un élément d'information à la connaissance d'une personne déterminée [...], d'un groupe d'intéressés ou du public* »¹. D'emblée, l'importance du destinataire de la communication apparaît nettement².

Est-ce à dire, pour autant, qu'une analyse sous l'angle de l'accessibilité concrète n'a pas lieu d'être en matière de communications ; que la façon dont l'information est transmise dans l'espace importe peu ? Un éminent auteur pourrait le laisser penser, lorsqu'il affirme que l'« *opposition privé/public n'aurait plus beaucoup de signification, car cette division renvoie à un espace, au sens que lui donne les physiciens (des distances, le temps), elle renvoie à des lieux (publics ou privés) ; or la communication numérique est hors de tout espace : la communication numérique abolit, nie la distance comme le temps, on communique d'un bout de la terre à l'autre en un clic* »³. Si l'on s'en tient à ce constat, l'analyse des communications privées ou publiques n'aurait pas sa place dans le cadre de cette étude, du moins pour les communications numériques. Or, considérer que le caractère instantané de la transmission d'une information réduit à néant le caractère spatial d'une telle transmission est excessif. Quelle que soit la vitesse à laquelle l'information passe d'un « *point A* » à un « *point B* », il n'en demeure pas moins qu'elle a été émise et reçue en deux endroits différents et qu'un canal de transmission a été nécessaire pour la communiquer⁴. L'auteur précité ne l'ignore d'ailleurs pas : « *Partant, la vraie distinction n'est-elle pas celle qui oppose contenu et média ? Cette révolution technologique est en effet celle des “tuyaux”, non des contenus. Or dans l'acception traditionnelle de la liberté d'expression, c'est le contenu qui compte [...]. Mais, pour reprendre un mot de Mc Luhan selon lequel “le message, c'est le médium”, le juriste peut-il négliger à ce point le média, le “tuyau” ?* »⁵ L'interférence entre le contenu et le contenant, que l'on retrouvera à plusieurs reprises par la suite, est bien mise en exergue. Plus fondamentalement, la

¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Communication ». Adde : C. RIBEYRE, *La communication du dossier pénal*, PUAM, 2007, n° 23 et s.

² En ce sens, l'acception du terme « *communiquer* » retenue par G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit. : « *Action d'entrer en relation avec quelqu'un* ».

³ P. CONTE, « Présentation [des actes du colloque “Actualités de la liberté d'expression”] », *RPDP*, 2016, p. 15.

⁴ La dimension spatiale de la communication ressort de la définition de la « *transmission* », laquelle couramment définie comme l'« *action de faire passer, d'acheminer, de faire parvenir quelque chose à quelqu'un, de faire passer quelque chose d'un lieu à un autre* » (CNTRL, sens II, A), ou comme l'« *opération par laquelle un signal, un message est acheminé d'un émetteur vers un récepteur, d'un lieu à un autre* » (Ibid., sens II, B, 1, a). V. aussi : CPCE, art. L. 67, réprimant « *les individus qui, dans un mouvement insurrectionnel, ont détruit ou rendu impropres au service une ou plusieurs lignes de communications électroniques [...] ou qui se sont opposés avec violence ou menaces au rétablissement des liaisons de communications électroniques* ». Les lignes de communication électroniques sont donc bien, très concrètement, des canaux de communication.

⁵ P. CONTE, art. préc., p. 16. L'idée est également exprimée par PAGNOL, pour qui le secret n'est pas « *quelque chose qu'on ne dit pas, c'est quelque chose qu'on dit à voix basse et séparément* » (in César, Pasquelle, 1946).

réflexion de l'auteur met en évidence l'importance de ne pas se focaliser uniquement sur le destinataire de la communication pour appréhender son caractère privé ou public. Il faudra en tenir compte, tant dans l'étude des communications privées (sous-section 1) que dans celles des communications publiques (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les communications privées

75. Il est indéniable que « *dès que le secret entre dans la phase de sa communication, sa pérennité prend une forme bien particulière : celle d'une enveloppe fermée, d'une conversation privée ou encore d'un courriel confidentiel* »¹. Pourtant, il est difficile de trouver une qualification générique, à l'instar de celles de lieu privé ou de lieu public, renvoyant à l'ensemble de ces communications privées, quels que soient le support de la communication ou le moyen de transmission employés. En effet, parmi les expressions composées autour des adjectifs « *privé* » ou « *public* » employées par le législateur en matière pénale pour désigner les communications privées, aucune ne peut prétendre à l'appréhension exhaustive de telles transmissions². Ainsi, la notion de « *correspondance privée* »³ exclut-elle toute transmission non médiatisée de l'information, c'est-à-dire les paroles prononcées oralement en situation de coprésence. Le même constat vaut pour les « *écrits ou images de toute nature non rendus publics* » évoqués en matière d'outrage⁴, puisque transmettre un écrit ou une image suppose un médium. À l'inverse, la référence aux « *paroles prononcées à titre privé ou confidentiel* »⁵ exclut *a priori* les messages transmis à l'aide d'un médium. Quant à la communication « *non*

¹ G. BEAUSSONIE, « Fasc. 3403 : Secret des correspondances », *J.-Cl. Communication*, 2014 (màj. 2017), n° 6.

² V. néanmoins CPI art. L. 122-5 et L. 211-3, se référant aux « *représentations privées* » et à « *l'usage privé* » d'une œuvre en matière de droit d'auteur. Ces termes évoquent toutefois trop fortement le contenu spécifique que constitue une œuvre pour être généralisés. Par ailleurs, ils ne sont pas davantage définis que les termes étudiés dans ces développements, v. E. DERIEUX, « La notion de "publication" en droit de la communication », in *Droit et actualité, Etudes offertes à Jacques Béguin.*, Litec, 2005, p. 283 : « *Comme il arrive fréquemment, en droit comme dans bien d'autres domaines, un mot trouve quelques éléments de signification dans son contraire. Ainsi, il y a "publication" lorsqu'il n'y a pas usage personnel ou privé [...] mais, si l'on se reporte à ce dernier terme et qu'il n'est pas lui-même davantage défini que par opposition à son contraire, on se retrouve à la case départ et on n'est pas plus éclairé ou fixé !* »

³ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 1^{er}, IV : « *On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée* ». Si le terme « *correspondance* » est employé au sein du Code pénal de façon autonome (v. not., art. 226-15), il est évident que l'adjectif « *privé* » lui est intrinsèquement lié.

⁴ V. not., C. pén., art. 433-5.

⁵ V. not., C. pén., art. 226-1, 1°.

publique »¹, bien qu'elle saisisse *prima facie* tous les supports de communication, elle exclut en réalité, on le verra, toutes les communications dites « *confidentielles* ».

En toute hypothèse, l'analyse conjointe de ces qualifications légales doit être menée en mettant d'abord l'accent sur les moyens de communiquer une information de façon privative (§1), puis sur le destinataire de la communication privée (§2).

§1. Les moyens de communication privée

76. S'intéresser aux moyens de communication privée revient à mettre l'accent sur la façon dont l'information est concrètement rendue inaccessible aux tiers durant le processus d'émission de celle-ci ; cela revient donc à s'intéresser au « *tuyau* » évoqué plus haut. Les qualifications les plus porteuses d'enseignement à cet égard sont celles de « *correspondance privée* » (A) et de « *paroles prononcées à titre privé ou confidentiel* » (B).

A. La qualification de correspondance privée

77. La correspondance, « *véhicule privilégié* » du secret², « *dernier asile de la liberté* » selon MIRABEAU, a fait l'objet d'études juridiques nombreuses, tant passées³ que récentes⁴, attestant du caractère mouvant de cette notion. Cela dit, les études juridiques évoquées ont généralement davantage pour but d'éclaircir les enjeux juridiques liés au régime de la correspondance que de définir cette notion. En droit pénal, c'est ainsi l'enjeu de la protection du secret des correspondances qui anime les réflexions doctrinales, généralement centrées sur le délit de violation du secret des correspondances⁵. Or, il s'agit dans les développements qui suivent de se focaliser sur la qualification de correspondance afin d'en proposer une définition claire. À cet égard, il s'agit de montrer la relativité de la dualité consistant à opposer la correspondance « *matérielle* » et la correspondance « *immatérielle* » (1), l'une comme l'autre s'appréciant de la même manière sous l'angle de l'accessibilité (2).

¹ V. not., C. pén., art. R. 621-1.

² G. BEAUSSONIE, « Fasc. 3403 : Secret des correspondances », *op. cit.*, *loc. cit.*

³ F. GÉNY, *Des droits sur les lettres missives : étudiés principalement en vue du système postal français ; essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, Sirey, 1911 ; L. DOMINJON, *La protection du secret des correspondances et le droit pénal*, Bosc frères, 1938 ; P. KAYSER, « Le principe du secret des lettres confidentielles et ses rapports avec le principe de droit public de la liberté et de l'inviolabilité de la correspondance », in *Mél. Voirin*, LGDJ, 1967, p. 437 et s.

⁴ V. PELTIER, *Le secret des correspondances*, préf. P. CONTE, PUAM, 1999.

⁵ C. pén., art. 226-15 et 432-9.

1. La dualité apparente de la correspondance

78. La doctrine semble unanime quant à la nécessité de distinguer les correspondances « matérielles »¹, « matérialisées »², « classiques »³ ou « postales »⁴, d'une part, aux correspondances, « dématérialisées »⁵, « par voie électronique »⁶, « électroniques »⁷ ou – selon les termes de la loi – « émises, transmises ou reçues par la voie électronique »⁸, d'autre part. On l'aura compris, il s'agit d'opposer la transmission privée d'un écrit – au sens strict de l'information matérialisée sur un support tangible – à la transmission privée d'une information dématérialisée.

79. La transmission privée d'un écrit. La correspondance, quoiqu'elle soit souvent dite « privée », est loin d'entretenir des liens aussi étroits avec la vie privée que cet adjectif pourrait laisser supposer, pas plus qu'elle ne serait réservée à la personne privée. Si l'on étudiera plus loin les raisons précises pour lesquelles ce rapprochement est des plus discutables⁹, l'étude de la genèse de la correspondance fait déjà apparaître son caractère transversal. En effet, dès le moment où la lettre se substitue à l'expédition d'un message par l'intermédiaire de messagers – tels que les *nuntii* employés par les Romains –, les détenteurs du pouvoir vont s'emparer de ce moyen de communication, non les particuliers. La lettre permettait avant tout à l'empereur Romain de communiquer avec ses fonctionnaires et constituait, dès lors, un outil d'administration. Le *Digeste* évoquait, dans cette logique, les lettres en ce qu'elles permettaient une remontée d'information et la circulation des pièces de la procédure¹⁰. La missive y était

¹ V. PELTIER, « Fasc. 20 : Atteintes au secret des correspondances commises par des particuliers », *J.-Cl. Pénal Code*, 2019, n° 18.

² M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 484, p. 558.

³ A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 553, p. 388.

⁴ J. PRADEL, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 205, p. 197.

⁵ M.-L. RASSAT, *op. cit.*, p. 561.

⁶ A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷ J. PRADEL, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸ V. PELTIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹ V. *infra* n° 84.

¹⁰ D. 48, 3, 6 : « Dans une autre occasion on a rescrit qu'il ne faut pas s'en rapporter aux lettres de ceux qui renvoient au gouverneur des prévenus comme condamnés [...]. Reste le principal mandement qu'Antonin le Pieux, quand il commandait la province d'Asie, a publié en forme d'édit : que les Irénarques, lorsqu'ils auront arrêté des voleurs, les interrogent sur leurs associés et leurs complices, et qu'ils envoient les interrogatoires écrits et cachetés au magistrat qui doit en connaître ».

aussi appréhendée comme chose susceptible d'être volée¹ et commettait un crime de lèse-majesté « *celui qui aura envoyé un affidé ou des lettres aux ennemis du peuple Romain* »².

Ce n'est qu'à la fin du Moyen Âge qu'apparaît « *la correspondance, la merveilleuse correspondance privée, découverte et joie des Italiens du XIV^e siècle* »³. Si un système embryonnaire d'organisation postale à destination des particuliers peut même être observé au XIII^e siècle avec la mise en place des « *Messagers de l'Université de Paris* »⁴, ce n'est qu'avec l'ordonnance de 1464, sous le règne de Louis XI, que naît la poste royale, laquelle sera véritablement mise au service des particuliers sur l'ensemble du territoire en 1627, par Louis XIII ; « *la correspondance s'accroît parallèlement au réseau routier* »⁵. Il n'en reste pas moins que, sous l'Ancien Régime, la surveillance du contenu des lettres est de mise. Dans l'ordonnance de 1464, Louis XI prescrivait aux courriers de surveiller le contenu des lettres qu'ils acheminaient. François I^{er}, lui, interdisait à ses sujets d'écrire en langage chiffré ou conventionnel. Le secret des correspondances n'est donc pas d'actualité sous l'Ancien Régime. La lettre n'en reste pas moins appréhendée par les textes pénaux sous l'angle, d'une part, des communications illicites : *La Caroline* fait ainsi mention de la « *correspondance avec l'Ennemi* »⁶. D'autre part, les lettres de grâce font l'objet de multiples dispositions dans l'ordonnance de 1670⁷ et si les lettres de cachet n'ont pas laissé de trace dans les textes juridiques – on « *ne réglemente pas ce qui de son essence est arbitraire* »⁸ –, cette pratique, au cœur des contestations révolutionnaires, a marqué de son empreinte la justice de cette période. Ainsi, l'usage étatique de la lettre en droit pénal connaît-il son apogée sous l'Ancien Régime.

À compter de la déclaration royale du 25 septembre 1742, une des premières normes relatives à la violation du secret des correspondances, laquelle prit véritablement un caractère

¹ D. 47, 2, 14, § 17 : « *Si une lettre que je vous ai envoyée a été interceptée, à qui donner l'action de vol ? D'abord il faut examiner à qui appartient la lettre, ou à celui qui l'a envoyée, ou bien à celui à qui elle a été envoyée [...]. Si j'ai envoyé la lettre, sous la condition qu'elle me fût renvoyée, la propriété m'en reste, parce que je n'ai pas voulu en perdre ou en transférer la propriété* ».

² D. 48, 4, 1.

³ C. DE LA RONCIÈRE, « La vie privée des notables toscans au seuil de la Renaissance », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, op. cit., t. 2, p. 251.

⁴ L. DOMINJON, *La protection du secret des correspondances et le droit pénal*, op. cit., p. 7 : « *Afin de permettre aux étudiants qui au XII^e siècle envahissaient Paris, de rester en relation avec leurs familles, l'Université avait créé un corps de Messagers chargés du transport des paquets et des lettres et les rois de France leur accordèrent une dispense de droits de péage et quelques autres privilèges* ».

⁵ T. PAQUOT, *L'espace public*, op. cit., p. 31.

⁶ *La Caroline*, obs. ss. l'art. 124.

⁷ Le Titre XVI de l'ordonnance est ainsi intitulé : « *Des lettres d'abolition, rémission, pardon, pour ester à droit, rappel de ban ou de galères, commutation de peine, réhabilitation et révision de procès* ». Sur ces lettres, v. A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Panthéon Assas, 2010 (1882), p. 254 et s.

⁸ A. ESMEIN, op. cit., p. 257.

impératif en 1775¹, la protection de la correspondance des particuliers va devenir la préoccupation essentielle – mais non exclusive – des textes pénaux. Dans la continuité, le principe de la confidentialité des messages est affirmé à la Révolution. Le Code pénal de 1791 énonce solennellement l’abolition des lettres de grâce² et réprime le fait « *d’avoir volontairement et sciemment supprimé une lettre confiée à la poste, ou d’en avoir brisé le cachet et violé le secret* », infraction aggravée lorsqu’elle est commise « *en vertu d’un ordre émané du pouvoir exécutif, soit par un agent du service des postes* »³. Le Code des délits et des peines de 1795 reprendra l’infraction dans les mêmes termes⁴, mais l’on peut aussi relever que ce Code fait la part belle à la transmission privée de l’information au stade de la phase préparatoire du procès pénal⁵. Signe des troubles postrévolutionnaires, la loi du 29 nivôse, an 6 punit de mort le fait « *d’avoir attaqué les voitures publiques, les courriers des malles, les porteurs de dépêches des autorités constitutionnelles, lorsqu’il apparaîtra que les attaques ont été faites dans l’intention [...] d’enlever les lettres ou dépêches* ». Quant au Code pénal de 1810, il réprime en son article 187 toute « *suppression, toute ouverture de lettres confiées à la poste, commise ou facilitée par un fonctionnaire ou un agent du gouvernement ou de l’administration des postes* », tout en faisant tomber sous le coup de la loi pénale, aux termes de son article 207, le « *ministre d’un culte qui aura, sur des questions ou matières religieuses, entretenu une correspondance avec une cour ou puissance étrangère* ». Bien que les peines de l’article 187 précité soient aggravées par la loi du 28 avril 1832, le décalage entre le droit et le fait reste important au XIX^e siècle, période durant laquelle les « *cabinets noirs* » se succèdent. Comme le résume un historien : « *Les progrès juridiques du XIX^e siècle hésitent devant la puissance publique ou familiale [...]. Il faut attendre la Troisième République pour que les autorités renoncent à contrôler les bureaux de poste. Mais les maris ont, en principe, la faculté de superviser celui de leur épouse ; tandis que, dans les internats ou les prisons, on décachette*

¹ Un arrêt du Conseil du Roi de Louis XVI du 18 août 1775 fait défense d’employer en justice des lettres interceptées.

² C. pén. 1791, 1^{re} partie, Titre VII, art. 13.

³ C. pén. 1791, 2^e partie, Titre I, Section 3, art. 23.

⁴ C. des délits et des peines du 25 oct. 1795, art. 638.

⁵ Par ex, C. des délits et des peines du 25 oct. 1795, art. 318 : « *Si les témoins à entendre résident hors du canton dans l’arrondissement duquel siège le tribunal criminel, le président peut, pour recevoir ces déclarations, commettre un directeur du jury ou un officier de police judiciaire qui, après les avoir reçues, les envoie dûment scellées et cachetées, au greffé du tribunal criminel* ».

sans vergogne les lettres des pensionnaires ou des détenus »¹. Par ailleurs, l'usage de la correspondance est davantage familial qu'intime².

Ce n'est qu'au XX^e siècle que la lettre devient véritablement centrée sur l'individu³ et qu'elle pourrait être dite privée au sens où on l'entend parfois. Surtout, c'est au début de ce siècle que le terme « *correspondance* » apparaît dans les dispositions pénales, à l'occasion d'une modification de l'article 187 par une loi du 15 juin 1922, laquelle étend la répression pénale aux atteintes aux « *correspondances adressées à des tiers* » en dehors de la voie postale⁴. Le même article mentionne alors jusqu'en 1992 la lettre et la correspondance sans qu'il soit possible de déterminer la différence entre les deux termes. Avant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, le vocable étudié connaît un certain succès, puisqu'est alors visé celui qui « *aura organisé d'une manière occulte un moyen quelconque de correspondance ou de transmission à distance de nature à nuire à la défense nationale* »⁵, ou qui entretiendra, « *sans autorisation du Gouvernement, une correspondance ou des relations avec les sujets ou les agents d'une puissance ennemie* »⁶ ; de même que tout complot fomenté par des individus par « *correspondance entre eux* »⁷. Cet emploi récurrent du terme explique sans doute que le législateur, en 1992, ait supprimé l'expression « *lettres confiées à la poste* » de l'ancien article 187 du Code pénal, pour ne laisser subsister que la notion de « *correspondances arrivées ou non à destination et adressées à des tiers* » au sein des articles 226-15 et 432-9 du Code pénal, relatifs respectivement aux atteintes aux secrets des correspondances commises par un particulier ou par une personne dépositaire de l'autorité publique⁸. Ce choix révèle l'intention du législateur de mettre l'accent sur l'aspect interpersonnel de la communication, mais soulève

¹ Ainsi, DUMAS fils estimait-il qu'« *un mari qui a des doutes sur sa femme et qui hésite à ouvrir, pour s'éclairer, les lettres qu'elle reçoit, est un imbécile* ». MUSSET met néanmoins en évidence que l'interdit d'ouvrir le courrier d'autrui imprègne tout de même l'inconscient collectif : « *Perdican, seul. Que ce soit un crime d'ouvrir une lettre, je le sais trop bien pour le faire. Que peut dire Camille cette sœur ? Suis-je donc amoureux ? Quel empire à donc pris sur moi cette singulière fille, pour que les trois mots écrits sur cette adresse me fasse trembler la main ? Cela est singulier ; Blazius, en se débattant avec la dame Pluche, a fait sauter le cachet. Est-ce un crime de rompre le pli ? Bon, je n'y changerai rien. Il ouvre la lettre et lit* » (*On ne badine pas avec l'amour*, Acte 3, scène 2).

² V. *infra* n° 108.

³ A. CORBIN, « Le secret de l'individu », art. préc., p. 391 : « *La circulation du courrier – notamment, vers 1900, la diffusion annuelle de huit millions de cartes postales – contribue à cette accumulation des symboles du moi et des signes de la possession individuelle* ».

⁴ À la même époque, néanmoins, la loi du 31 juillet 1920 incrimine en son article premier la provocation à l'avortement ou la propagande anticonceptionnelle « *remise sous bande ou sous enveloppe fermée ou non fermée, à la poste ou par tout autre agent de distribution ou de transport* ».

⁵ C. pén., art. 79, ancien.

⁶ C. pén., art. 81, ancien.

⁷ C. pén., art. 123, ancien.

⁸ D'autres expressions sont parfois ponctuellement employées : V. C. proc. pén., art. 655 : « *La déposition ainsi reçue est immédiatement remise au greffe ou envoyée, close et cachetée, à celui de la juridiction requérante et communiquée, sans délai, au ministère public ainsi qu'aux parties intéressées* ».

aussi la question de savoir si la transmission privée d'objets¹ se trouve incluse dans le champ de cette notion.

80. La transmission privée d'un objet ? La doctrine est divisée sur le point de savoir si le domaine de la correspondance s'étend aux objets transmis de façon privative. Pour un auteur, en matière de violation du secret des correspondances, il faut « *intégrer dans le domaine de protection les paquets, colis, papiers et autres envois* »². Pour un autre, en revanche, « *peut seule être qualifiée de correspondance, l'envoi qui contient un message. L'infraction ne peut donc être appliquée à une publicité, un périodique ou un paquet* »³. Pour résoudre cette difficulté, sans doute faut-il examiner la terminologie employée par le législateur en dehors des articles relatifs à la violation du secret des correspondances. Tout d'abord, les textes du Code pénal relatifs à l'outrage évoquent, notamment, « *l'envoi d'objets quelconques adressés* » à une personne dépositaire de l'autorité publique⁴ ou à un magistrat⁵. Or, on a pu écrire que l'envoi d'objets « *est une forme de correspondance non écrite, incriminée depuis la loi n° 54-612 du 11 juin 1954 modifiant les articles 223 et 224 de l'ancien Code pénal lorsque le contenu du paquet est outrageant : choses obscènes, sales, malodorantes et aussi menaçantes. La loi avait été votée pour réprimer une mauvaise habitude prise pendant la dernière guerre et qui consistait à envoyer des cercueils en miniature ou des nœuds coulants, signes de menace et de mépris* »⁶.

À s'en tenir là, on pourrait considérer que l'objet envoyé pourrait être implicitement désigné par la correspondance. En revanche, l'article 66 du Code des douanes permet aux agents des douanes, en son alinéa premier, d'accéder à des locaux dans lesquels sont détenus « *des envois renfermant ou paraissant renfermer des marchandises et des sommes, titres ou valeurs se rapportant à [des infractions douanières]* » tout en précisant en son troisième alinéa que, dans le cadre de ces interventions, « *il ne peut, en aucun cas, être porté atteinte au secret*

¹ La question ne se posait pas avec la notion de « lettres » : L. DOMINJON, *La protection du secret des correspondances et le droit pénal*, op. cit., p. 34 : « D'une façon générale, disons [que les agents des postes] peuvent ouvrir tous les objets ne circulant pas sous forme de lettres : tous les paquets qui leur sont confiés, tous les imprimés tels que les journaux, affiches, etc., circulant sous bande mobile ou dans les enveloppes ouvertes, les cartes de visite, les livres et les brochures, les échantillons ».

² V. PELTIER, « Fasc. 20 : Atteintes au secret des correspondances commises par des particuliers », op. cit., n° 8. Dans le même sens, A. VITU, *Droit pénal spécial*, op. cit., t. 1, n° 310, p. 257 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 207, p. 198 ; P. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 366, p. 268.

³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 484, p. 558.

⁴ C. pén., art. 433-5.

⁵ C. pén., art. 434-24.

⁶ J.-H. ROBERT, « Fasc. 20 : Outrages à magistrats et envers d'autres personnes représentant la personne publique », *J.-Cl. Pénal Code*, 2014 (màj. 2021), n° 18.

des correspondances ». Il faut donc vraisemblablement comprendre qu'ouvrir un envoi postal ne revient pas à ouvrir une correspondance. L'articulation des deux alinéas n'en reste pas moins délicate, car, si un agent des douanes ouvre un colis au sein duquel se trouve également une lettre, en vue de l'examiner, il retardera *de facto* l'acheminement tant du colis que de la lettre, même s'il n'a pas ouvert cette dernière. Or, le retard dans l'acheminement étant une hypothèse de violation du secret des correspondances, l'agent violerait alors l'article précité. Il est donc difficile de tirer des enseignements de ce texte.

Plus probants sont les textes du Code pénal qui distinguent explicitement ou implicitement la lettre et le colis. En ce sens, l'article R. 635-2 dudit Code réprime le fait « *d'adresser à une personne, sans demande préalable de celle-ci, un objet quelconque accompagné d'une correspondance* », la distinction étant explicite ici. Implicitement, l'article 411-6 du même Code distingue également, en ce qu'il substitue à la correspondance avec l'ennemi – incrimination ayant donc traversé les âges¹ – le fait de « *livrer ou de rendre accessibles [...] des renseignements, procédés, objets, documents, données informatisées ou fichiers* » à une puissance, entreprise ou organisation étrangère. Manifestement, le législateur n'a pas considéré que le terme de correspondance suffisait à désigner la transmission d'objets. En toute hypothèse, lorsque seul un objet est transmis, le législateur n'emploie pas le terme correspondance, ce qu'illustre l'article R. 317-2 du Code de la sécurité intérieure, lequel réprime notamment le fait « *d'expédier [...] une arme et un élément d'arme* » sans se conformer aux dispositions réglementaires en la matière, ou l'article L. 29 du Code des postes et des communications électroniques, punissant le fait « *d'insérer dans un envoi postal des objets contrefaits ainsi que des matières ou des objets prohibés par la convention postale universelle* »².

En définitive, il semble donc bien que la correspondance renvoie à la transmission d'un écrit. S'en distinguerait alors sur ce point la correspondance émise par la voie des communications électroniques, en ce qu'il s'agit de la transmission privée d'une information dématérialisée.

81. La transmission privée d'une information dématérialisée. L'article 226-15 du Code pénal évoque aujourd'hui, en son second alinéa, les « *correspondances émises, transmises ou*

¹ V. *supra* n° 79.

² L'art. 31 du même Code interdit, dans la même logique, « *l'insertion dans les envois postaux d'opium, de morphine, de cocaïne et autres stupéfiants* ».

reçues par la voie électronique ». Cette expression générique, très récente, renvoie aux moyens de communication permettant la transmission d'informations déconnectées de tout support papier. La modernité des technologies auxquelles renvoie cette expression n'exclut pas, néanmoins, le caractère classique des réflexions suscitées lors de leurs apparitions. Comme le relève un historien : « Parmi les inventeurs des machines à communiquer, on va assister à un débat très vif entre ceux qui estiment que ces nouveaux moyens sont destinés au monde professionnel et ceux qui pensent au contraire qu'ils ont leur place dans le foyer domestique »¹. Plus encore, avant cette opposition entre vie domestique et vie professionnelle, il fut question d'une opposition entre État et secteur privé. En effet, le premier moyen moderne permettant une « télécommunication » – notion employée jusqu'au début du XX^e siècle pour désigner la transmission d'informations dématérialisées – fut le télégraphe optique, procédé apparu dès le XVII^e siècle, mais qui ne fut développé à l'échelle nationale qu'au XIX^e siècle. Or, le télégraphe était avant tout un moyen de communication réservé à un usage étatique et les usages en étaient très restreints en dehors du domaine militaire. Les liaisons télégraphiques étaient donc des « instruments destinés à renforcer l'unité nationale, à consolider le pouvoir d'État »². À la suite de ce qu'on pourrait qualifier de première affaire de détournement d'une télécommunication³, l'État instaura un monopole sur le télégraphe par la loi du 2 mai 1837. C'est alors que le secteur privé réclama la possibilité de recourir à cette technologie à des fins économiques, ce qui aboutit à la loi des 3 juillet, 18 et 29 novembre 1830 sur « la correspondance télégraphique privée ». Cette loi accorde néanmoins au directeur du télégraphe le pouvoir de refuser d'expédier les dépêches ou de les distribuer à l'arrivée ; il n'est donc pas davantage question de correspondance intime qu'en matière de correspondances matérielles à cette époque. En toute hypothèse, « à la fin du Second Empire, le télégraphe n'est plus l'instrument de la communication de l'État, il est devenu celui de la communication du marché »⁴. Ce moyen de communication va par la suite entamer un long déclin – il disparaît officiellement le 30 avril 2018 – et va être supplanté par le téléphone, terme avec lequel il partage une racine commune.

Au XX^e siècle, c'est assurément le téléphone qui devient le moyen de télécommunication par excellence. À l'origine, il n'est toujours pas question de communiquer

¹ P. FLICHY, *Une histoire de la communication moderne*, La Découverte, 2004, p. 86.

² *Ibid.*, p. 35.

³ *Ibid.*, p. 36 : « Deux banquiers bordelais avaient soudoyé un employé du Télégraphe pour qu'il ajoute des signaux supplémentaires à la suite de l'envoi des dépêches officielles [...]. La fraude dura deux ans. Quand elle fut découverte, les protagonistes furent traduits devant les assises [en 1836]...mais relâchés. Le monopole télégraphique de l'état n'étant pas défini par la loi, on ne pouvait pas les condamner ».

⁴ *Ibid.*, p. 72.

entre intimes. Lorsque ce moyen de transmission apparaît à la fin du XIX^e siècle, « *les Français pensent le téléphone comme un instrument de pouvoir [...], les Anglais y voient plutôt un moyen commercial* »¹ et les usages du téléphone sont essentiellement professionnels jusqu'aux années trente, décennie durant laquelle « *le thème de la communication familiale et amicale, de la "visite téléphonique" s'impose dans la publicité* »². Néanmoins, il est important de réaliser que le téléphone est aussi un moyen de faire société. En effet, « *dans les villes comme dans les campagnes, le téléphone est un instrument d'une sociabilité communautaire* »³. Il est donc tout autant question de vie privée que de liberté de communication. Si le développement massif du téléphone dans les foyers s'opère, en Europe, à partir des années 50, les correspondances téléphoniques font l'objet d'une protection pénale dès la loi du 15 juin 1838, laquelle punit des peines portées par l'article 378 du Code pénal ancien – article relatif à la violation du secret professionnel – celui qui aura, « *sans autorisation de l'expéditeur ou du destinataire, divulgué, publié ou utilisé le contenu des correspondances transmises par la voie radioélectrique ou révélé leur existence* ». Cette incrimination sera intégrée à l'article L. 42 du Code des postes et des télécommunications en 1962. Il est donc intéressant de noter que la communication radioélectrique n'est pas uniquement liée à la radiophonie, moyen de transmission publique, mais est également à la base de la communication point à point. La communication téléphonique va ensuite intégrer le Code pénal ainsi que le Code de procédure pénale avec la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991. Tant l'article 186-1 du Code pénal que l'article 100 du Code de procédure pénale renverront ainsi aux « *correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications* », formule reprise dans la foulée par le nouveau Code pénal aux seconds alinéas des articles 226-15 et 432-9. Il n'est donc pas encore question de « *correspondances émises, transmises ou reçues par la voie électronique* », cette expression ne s'imposant qu'avec le développement d'autres réseaux de communication.

À l'orée du XXI^e siècle, la communication téléphonique, toujours omniprésente, se voit néanmoins concurrencée par d'autres modes de communication électromagnétique, liés tant au réseau téléphonique qu'au réseau Internet, dont le caractère transversal ne fait aucun doute⁴. Si

¹ *Ibid.*, p. 118.

² *Ibid.*, p. 126.

³ *Ibid.*, p. 129.

⁴ L'usage premier de cette technologie est militaire : l'ARPANET apparaît à la fin des années 1970 aux États-Unis, suite à la mise en orbite du satellite *Spoutnik* par l'Union soviétique, afin d'empêcher l'éclatement d'une guerre nucléaire. Les usages commerciaux et personnels de cette technologie ne se développent que dans les décennies suivantes. Sur cette évolution, v. E. CERUZZI, « Aux origines américaines de l'Internet : projets militaires, intérêts commerciaux, désirs de communauté », *Le temps des médias*, 2012, n° 18, p. 15.

ces moyens sont variés et renvoient tant aux SMS qu'aux fax¹ ou aux messageries instantanées, voire aux réseaux sociaux, le courrier électronique – ou courriel – va se démarquer des autres moyens de communication modernes. Pratique sociale des plus conséquentes², le courriel est rapidement assimilé à une correspondance privée par les juges, sous réserve de considérations permettant d'établir son caractère privé. Aux termes de la loi du 21 juin 2004 : « *On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère* »³. L'on peut néanmoins s'interroger sur l'utilité d'accorder tant d'importance textuelle à ce moyen de communication. En effet, il ne s'agit, *in fine*, que d'un type de communication électronique pouvant être un moyen de communication tant publique que privée⁴. Certes, un courriel laisse plus de traces qu'un appel téléphonique⁵, mais cela ne justifie pas pour autant une analyse fondamentalement différente de ces procédés de transmission. Le législateur l'a compris et a harmonisé progressivement les textes pénaux en employant l'expression générique de « *correspondances émises, transmises ou reçues par la voie électronique* »⁶ dans presque toutes les dispositions concernées⁷. En toute hypothèse, si la plupart des dispositions concernées sont tournées vers la protection des correspondances électroniques, cela n'exclut pas que ce moyen de

¹ Cass. crim., 3 oct. 2006, 05-85.894.

² En 2019, 42,2 millions de Français utilisent le courrier électronique et 293 milliards de courriers électroniques sont envoyés par jour dans le monde (« Chiffres 2020 de l'e-mail », *Arobase.org*).

³ Art. 1^{er}, IV.

⁴ F. BITAN, « Fasc. 4740 : Courrier électronique », *J.-Cl. Communication*, 2011 (màj. 2018), n° 51 : « *Le courrier électronique tel que défini par la loi constitue indifféremment une correspondance privée ou une communication au public. Il [...] appartiendra à l'autorité juridictionnelle compétente de se prononcer sur sa qualification au cas par cas* ».

⁵ *Ibid.*, n° 22 : « *un courriel laisse des traces [...] jusqu'à quatre endroits : (i) sur le poste de l'émetteur du message ; (ii) sur le poste du destinataire ; (iii) sur le serveur de messagerie externe ou interne du destinataire, où sont stockés les messages ; (iv) sur le pare-feu dont peut être équipé le système informatique. En l'absence de dispositif d'écoute téléphonique (type autocommutateur téléphonique), les conversations téléphoniques s'achèvent aussitôt qu'elles sont terminées, ne laissent pas de trace (sauf à être enregistrées par un appareil prévu à cet effet) [...]* ».

⁶ V. aussi : CPCE, art. L. 67, réprimant les individus qui, dans un mouvement insurrectionnel ont « *intercepté par tout autre moyen, avec violence et menaces, les communications électroniques ou la correspondance par communications électroniques entre les divers dépositaires de l'autorité publique* ». On notera que le caractère transversal de la correspondance ressort nettement de cette disposition.

⁷ Ainsi, la loi n° 2011-525 du 27 mai 2011 a-t-elle substitué cette expression aux « *télécommunications* » dans le cadre du délit de violation du secret des correspondances commis par un particulier (C. pén., art. 226-15). La loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 a fait de même en matière procédurale (C. proc. pén., art. 100 et 706-95). V. aussi, CSI, art. L. 852-1, employant également l'expression étudiée depuis son introduction par la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015. Seul, le délit de violation du secret des correspondances commis par un fonctionnaire (C. pén., art. 432-9) a été manifestement oublié par le législateur, les « *télécommunications* » étant toujours de mise, mais il est probable qu'une harmonisation intervienne prochainement au vu de la tendance législative exposée.

communication puisse être utilisé pour commettre une infraction pénale¹, par exemple la diffamation non publique².

82. Une dualité relative. Il est donc indéniable que les correspondances dématérialisées présentent une unité malgré la diversité des moyens inclus dans cette expression. Toutefois, ces correspondances sont-elles vraiment distinctes des correspondances matérielles précédemment évoquées ? Cette dualité peut, certes, sembler marquée : « *Quelle différence entre la lettre missive et un courriel ? Aucune, si l'on raisonne sur le contenu ; mais un fossé si l'on raisonne sur le contenant (au point, d'ailleurs, que l'on peut se demander si le courriel a seulement un contenant), de telle sorte que leur rapprochement semble procéder d'un amalgame* »³. En réponse, on soulignera qu'il est aisé de considérer que la boîte de réception est précisément le contenant d'un courriel, à l'instar de la boîte aux lettres pour la lettre classique. Quant à l'enveloppe, tout utilisateur de courriels sait bien qu'elle est un symbole du message non ouvert. Ouvrir un *e-mail* pour en prendre connaissance puis le refermer et le marquer comme « *non lu* » revient à ouvrir une lettre et à la recoller ensuite. Si la trace de colle laisse plus de traces que la manipulation informatique, l'opération n'en reste pas moins similaire, d'autant que les outils permettant de retracer les opérations effectuées sur un courriel se développent. Par ailleurs, il est généralement expliqué que « *lorsque la correspondance est "dématérialisée" (mail, conversation téléphonique, etc.), le support ne fixe pas l'information, il ne fait que la conduire, d'un point à un autre (de l'ordinateur ou du téléphone de l'émetteur du message jusqu'à l'ordinateur ou au téléphone de son destinataire), en empruntant les réseaux de télécommunications [...]. Il faut donc se référer à la nature de son seul support pour identifier un message : s'il fixe les informations en plus de les conduire, on se trouve en présence d'une correspondance matérielle, s'il ne fait que les conduire, la communication est dématérialisée* »⁴. Cette explication peut également susciter la réserve. Pour ce qui est des courriels, on a vu qu'ils laissent des traces en plusieurs endroits, raison pour laquelle ils font l'objet d'un chiffrement lors de leurs transmissions, ce qui montre bien que le contenu est fixé dans le courriel et que celui-ci ne fait pas que conduire l'information. De plus, une fois présents

¹ En ce sens, v. A. LEPAGE, « Droit pénal et Internet : la part de la tradition, l'œuvre de l'innovation », *AJ pénal*, 2005, p. 217, pour qui, « *qualifié de correspondance privée, le courrier électronique est protégé dans sa confidentialité [...]. La protection de la confidentialité du courrier électronique ne saurait pour autant faire échec à la répression des abus de la liberté d'expression que le message peut abriter le cas échéant* ».

² C. pén., art. R. 621-1.

³ P. CONTE, « Présentation [des actes du colloque "Actualités de la liberté d'expression"] », art. préc., p. 14.

⁴ V. PELTIER, « Fasc. 20 : Atteintes au secret des correspondances commises par des particuliers », *op. cit.*, n° 8.

dans la boîte de réception, ils y sont assurément fixés. Quant aux conversations téléphoniques, il est certes exact qu'elles ne laissent pas autant de traces que les courriels, mais le simple fait qu'une fixation du message sur un répondeur soit possible – tout comme la destruction d'un courrier dès sa réception est, à l'inverse, envisageable – met à mal cette distinction entre la conduite de l'information et sa fixation.

En somme, il est permis de penser que la notion de correspondance peut tout à fait inclure à la fois les lettres et les procédés de communications modernes. Il faut alors considérer la désignation de ces derniers par les alinéas seconds des articles 226-15 et 432-9 du Code pénal à la lumière de l'adage *lex specialis generalibus derogant*. La possibilité d'une telle analyse est éloquemment mise en lumière par un auteur : « *faut-il comprendre que [...] les infractions[...] se limitent aux actes délictueux qui leur sont propres, ou peut-on admettre que les dispositions qui, aux alinéas 1^{ers} visent les correspondances en général valent, aussi, pour ces correspondances particulières ? Si l'on opte pour cette dernière solution, on pourrait donc, en application des articles 226-15 et 432-9 alinéas 1^{ers}, du Code pénal, réprimer l'ouverture d'une correspondance électronique, comme d'une correspondance ordinaire, alors que les alinéas 2 n'évoquent que leur seule interception* »¹. C'est dire, finalement, que le régime spécifique attaché aux correspondances immatérielles par des dispositions pénales ou processuelles ne saurait conduire à les exclure du domaine recouvert par la notion de correspondance. La dualité étudiée n'est donc qu'apparente et il n'est pas surprenant que les correspondances, quelle que soit leur nature, répondent aux mêmes éléments de définition.

2. L'appréciation unitaire de l'accessibilité de la correspondance

83. Plusieurs définitions de la correspondance ont pu être proposées par la jurisprudence, la plus fréquemment évoquée étant celle énoncée par le Tribunal de grande instance de Paris en 2000. Aux termes de celle-ci, « *le terme de correspondance désigne toute relation par écrit existant entre deux personnes identifiables, qu'il s'agisse de lettres, de messages ou de plis fermés ou ouverts, cette relation est protégée par la loi dès lors que le contenu qu'elle véhicule est exclusivement destiné par une personne dénommée à une autre également individualisée, à la différence des messages mis à la disposition du public* »². L'insistance sur le destinataire de

¹ P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 370, p. 272.

² TGI Paris, 2 nov. 2000 ; *D.* 2000, IR, p. 286. V., plus anciennement, T. corr. de La Seine, 10^e ch., 10 juin 1959, jugement selon lequel le terme correspondance « *s'entend de tous messages ou plis, fermés ou non, adressés par*

la correspondance est patente, si bien que l'on pourrait douter, *a priori*, de l'intérêt de prendre en compte son accessibilité. Pourtant, l'approche sous l'angle de l'accessibilité ne saurait être négligée. En effet, mettre en évidence cette considération permettrait d'éviter les confusions parfois engendrées, comme en matière de lieu privé¹, par la prise en compte de la vie privée ou de la propriété privée. Avant de s'intéresser à l'accessibilité de la correspondance, il convient donc d'écarter de l'analyse la teneur intime de la correspondance ainsi que la titularité de la ligne ou la propriété de l'information transmise.

84. L'indifférence de la teneur intime de la correspondance. La doctrine est unanime quant à l'indifférence du contenu de la correspondance dans le cadre des atteintes au secret de celle-ci. En effet, « *définir le contenu de la correspondance ne revient pas à essayer de cerner les différents types de messages susceptibles d'être échangés, car ils sont légion et ne participent en aucun cas à l'élaboration de la notion* »². Cette appréciation est logique puisque, s'il fallait établir le caractère intime du contenu, « *il faudrait d'abord ouvrir l'enveloppe pour savoir si on est bel et bien en présence d'une correspondance et éventuellement en conclure si l'acte d'ouverture est ou non répréhensible [...], ce qui est absurde* »³.

Par ailleurs, si l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme évoque conjointement « *le droit au respect de sa vie privée et familiale [...] et de sa correspondance* », l'on ne saurait déduire un lien indissoluble entre la première et la seconde. En effet, si cette proximité terminologique confirme « *le lien évident que ces deux notions entretiennent* »⁴, il est plus juste de considérer que la correspondance est appelée à devenir une notion autonome,

une personne à une autre personne dénommée, qu'ils soient confiés à l'Administration des postes ou à un porteur particulier ».

¹ V. *supra* n° 40.

² V. PELTIER, *op. cit.*, n° 7.

³ *Ibid.* Dans le même sens, P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 366, p. 269 : « *la notion de correspondance renvoie au médium, non au message qu'elle contient* ». V. aussi, G. BEAUSSONIE, « Fasc. 3403 : Secret des correspondances », *op. cit.*, n° 20 : « *Peu importe, ainsi, le caractère personnel, professionnel ou encore publicitaire ou politique du contenu d'une correspondance ; ce qui compte est son caractère privé. Tant et si bien qu'il semble même que l'on puisse concevoir une violation du secret des correspondances alors que l'enveloppe frauduleusement ouverte se serait avérée vide* ». À l'appui de ses dires, l'auteur évoque des arrêts ayant qualifié de correspondances des bulletins de vote et professions de foi envoyés aux électeurs par des candidats aux fonctions électives (Cass. crim., 20 nov. 1880 ; S. 1881, 1, p. 48) ou des affiches électorales (Cass. crim., 22 janv. 1953, *Bull. crim.* n° 21 ; D. 1953, p. 109, rapp. M. PATIN).

⁴ G. BEAUSSONIE., *op. cit.*, n° 27.

à l'instar du domicile¹, bien que, pour lors, la jurisprudence européenne n'évoque jamais la correspondance sans mentionner la vie privée².

C'est sans doute dans la même optique qu'il faut appréhender la jurisprudence initiée en matière sociale par le célèbre arrêt *Nikon*³, aux termes duquel « *le salarié a droit, même au temps et au lieu de travail, au respect de l'intimité de sa vie privée ; [...] celle-ci implique en particulier le secret des correspondances* ». Comme le remarque justement un auteur, le « *lien entre celui-ci et la protection de la vie privée n'est pas aussi limpide que pourrait le laisser penser cette déclaration [...]. La correspondance peut être privée – par opposition à la communication publique – sans pour autant avoir trait à la vie privée, mais peut concerner la vie professionnelle par exemple* »⁴. La formulation de cet arrêt est donc maladroite, d'autant que, dans les faits de l'espèce, il était reproché à la salariée d'entretenir une activité parallèle : les messages lus par l'employeur étaient donc déconnectés de la vie privée de celle-ci⁵.

Bien entendu, la prise en compte du contenu est envisageable dans deux hypothèses. La première est celle du message constitutif d'un abus de la liberté d'expression pénalement répréhensible, tel qu'un message diffamatoire ou outrageant, par exemple. Il s'agira alors de vérifier la teneur illicite du message. Néanmoins, celui-ci s'analysera alors comme une composante de l'infraction distincte la correspondance. La seconde hypothèse est celle de la prise en compte indirecte du contenu par l'identification d'un correspondant susceptible de tenir des propos couverts par un secret particulier. Ainsi, l'article 100-5 du Code de procédure pénale interdit-il la transcription des « *correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense* » ainsi que celle des « *correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse* ». De même est interdite toute interception « *sur la ligne d'un député ou d'un sénateur* », « *sur la ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile* » et « *sur la ligne dépendant du cabinet d'un magistrat ou de son domicile* »⁶. Reste à évoquer la tentation tenant à prendre

¹ *Ibid.* L'auteur ajoute : « *La précision peut être d'importance, si l'on considère que toute correspondance n'est pas inéluctablement liée à la vie privée d'une personne* ».

² V. par ex., CEDH, 2 août 1984, n° 8691/79, *Malone c/ R.-U.*, § 64, jugeant que « *les communications téléphoniques se [trouvent] comprises dans les notions de "vie privée" et de "correspondance" au sens de l'article 8* ». Sur l'interprétation extensive de la notion de vie privée par les juges de Strasbourg, v. *supra* n° 11 ; et sur celle de domicile, v. *infra* n° 473.

³ Cass. soc., 2 oct. 2001, *Bull. civ. V*, n° 291 ; *RTD civ.* 2002, p. 72, obs. J. HAUSER.

⁴ A. LEPAGE, « *Vie privée du salarié et droit pénal* », *AJ pénal*, 2005, p. 9.

⁵ Dans le même sens, v. Cass. soc., 23 oct. 2019, n° 17-28.448. La Cour de cassation a considéré que les messages provenant d'une boîte électronique distincte de la messagerie professionnelle mise à la disposition de la salariée pour les besoins de son activité étaient couverts par le secret des correspondances.

⁶ C. proc. pén., art. 100-7. V. *infra* n° 360.

en compte la titularité de la ligne ou la propriété de l'information pour juger du caractère privé d'une correspondance.

85. *L'indifférence de la titularité de la ligne ou de la propriété de l'information.* Les juges et la doctrine ont pu être tentés par la prise en compte de prérogatives juridiques dont disposerait une personne privée, tant sur le canal de communication que sur l'information qui y serait transmise. Pour ce qui est de la première considération, les juges avaient pu estimer, en matière d'écoutes téléphoniques, que la personne non titulaire de la ligne sur laquelle avaient lieu ces écoutes n'avait pas qualité pour contester la validité de cet acte d'investigation. Cela revenait à affirmer, indirectement, qu'utiliser le téléphone d'autrui excluait la qualification de correspondance, à défaut de prérogative sur le canal de communication employé. La Cour européenne des droits de l'homme ne l'entendit pas ainsi et condamna la France, à juste titre, sur le fondement de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹.

Quant à la seconde considération, elle revient à affirmer que les articles 226-15 et 432-19 du Code pénal ont non seulement pour but la protection de la vie privée ou la liberté de communication, mais également la propriété de l'information². Cette prise en compte de la propriété de l'information a pour but, comme on le verra³, de limiter le champ d'application de certaines infractions au profit du vol, alors que rien n'impose une telle qualification.

86. *Un processus de transmission médiatisé.* Analyser la correspondance sous l'angle de l'accessibilité suppose d'identifier le processus de transmission médiatisé dont elle fait l'objet et au cours de laquelle elle doit être inaccessible. Il s'agit donc de délimiter les contours de ce processus de transmission. Il apparaît, à cet égard, que les bornes temporelles et spatiales de cet acheminement suscitent d'âpres discussions doctrinales.

Quant aux *bornes temporelles*, il convient, pour bien comprendre les enjeux du débat, de réaliser que le processus d'expression d'un message peut être divisé en plusieurs étapes. Débutant avec la rédaction du message et la préparation de l'envoi, il se poursuit par l'expédition du courrier. S'ensuit alors la transmission à proprement parler du message. Arrivé à destination, ce dernier sera généralement stocké dans une boîte aux lettres – physique ou électronique – avant d'être ouvert par le destinataire. À l'aune de ce découpage schématique du

¹ CEDH, 24 août 1998, n° 23618/94, *Lambert c/ France*, § 41.

² V. PELTIER, *Le secret des correspondances*, op. cit. n° 440 et s.

³ V. *infra* n° 233 et s.

processus de transmission, il apparaît donc que de multiples étapes peuvent prétendre constituer tant le début du processus que son issue. Il est en effet aisé d'affirmer que l'« *émission crée la relation de correspondance* »¹, mais plus ardu de déterminer ce qui constitue une telle émission. La doctrine est divisée, en premier lieu, sur la détermination du point de départ de l'envoi. Pour certains, « *même déjà cachetée, une lettre n'est effectivement pas une correspondance, à défaut de s'inscrire dans un processus de communication, aspect tout aussi constitutif de la notion* »². Un auteur considère, au contraire, que les termes « *arrivées ou non à destination* » suggèrent que le texte est « *applicable à une correspondance qui n'est pas encore partie et donc qui n'a voyagé d'aucune façon* »³. C'est dans ce cadre que s'inscrit la thèse de la propriété de l'information puisque, pour les tenants de la première approche, la lettre non envoyée sera protégée sur le fondement du vol⁴. Là où la solution ne pose pas de problème en matière de correspondance matérielle, étant donné que le support papier de la chose peut être considéré comme une chose susceptible d'être soustraite – peu important que celle-ci n'ait aucune valeur marchande⁵ –, elle suscite plus de réserve au regard du courriel non envoyé et classé comme « *brouillon* », en ce qu'il s'agit alors d'une donnée insusceptible d'être soustraite⁶. Sans doute faut-il ici considérer que l'ébauche de courriel sera analysée comme une correspondance lorsque l'adresse du correspondant est déjà indiquée⁷ ; il pourrait alors y avoir correspondance avant que le processus d'envoi n'ait, concrètement, débuté. Il semble, néanmoins, que la volonté de transmettre doit être certaine, ce qui ressort implicitement d'un arrêt rendu en matière de diffamation non publique ayant jugé que la seule rédaction d'un communiqué ne pouvait constituer l'infraction, les propos n'ayant pas été envoyés à leurs destinataires⁸ ; ou encore d'un arrêt écartant la qualification d'outrage, l'objet n'ayant pas été effectivement lancé⁹.

Le débat est également vif, en second lieu, sur la détermination de la fin du processus de communication. S'il est possible de considérer que la correspondance est arrivée à

¹ G. BEAUSSONIE, « Fasc. 3403 : Secret des correspondances », *op. cit.*, n° 16.

² *Ibid.*, n° 16.

³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 484, p. 559. L'auteur précise, néanmoins : « *Il semble cependant qu'il faut exiger que la lettre soit prête pour l'expédition et que le délit ne serait pas applicable à une missive qu'on est en train d'écrire qui peut être qualifié de lettre mais non de correspondance* ».

⁴ V. PELTIER, « Fasc. 20 : Atteintes au secret des correspondances commises par des particuliers », *op. cit.*, n° 19 : « *L'expression "arrivées ou non à destination" ne peut laisser supposer que la protection [...] débute avant même le début de la transmission. Effectivement, si une lettre est soustraite avant même d'être postée, il n'y a pas de suppression, mais un vol* ».

⁵ Cass. crim., 8 déc. 1998, *Bull. crim.* n° 336.

⁶ V. *infra* n° 233 et s.

⁷ Comp., Cass. crim., 17 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 82 ; RSC 1988, p. 789, obs. G. LEVASSEUR, estimant une correspondance matérielle envoyée dès lors qu'elle a été déposée à l'endroit où un coursier devait venir la prendre.

⁸ Cass. crim., 30 mars 2005, 04-85.048, *Bull. crim.* n° 113.

⁹ CA Aix-en-Provence, 8 janv. 1996 ; *Dr. pén.* 1996, comm. 157, obs. M. VÉRON.

destination dès lors qu'elle est sortie de la boîte aux lettres et se trouve chez le destinataire¹, il est également avancé que c'est l'ouverture de la correspondance par le destinataire qui met fin au processus d'envoi² ; la lettre laissée sur une table, mais non ouverte, pourrait alors toujours constituer une correspondance. Ces deux conceptions ont pour corollaire la nécessaire prise en compte du vol d'information³, cette qualification de droit commun venant suppléer les carences de la protection de la communication privée, comme on l'étudiera en détail plus loin⁴. Enfin, d'autres auteurs estiment que la correspondance reste une correspondance, même ouverte, en se prévalant, d'une part, d'une interprétation littérale des termes « *arrivées ou non à destination* » ou de la référence aux correspondances « *émises, transmises ou reçues par la voie électronique* » ainsi que, d'autre part, de l'interdiction de prendre frauduleusement connaissance du contenu d'une correspondance posée par les textes pénaux, cas de figure qui suppose une correspondance déjà ouverte par son destinataire⁵. Logiquement, cette dernière approche rend inutile le détour par la propriété de l'information : il suffit d'établir que le message *a été* envoyé – ce qui ne pose aucune difficulté pour un courriel – pour qu'il soit qualifié de correspondance au sens des dispositions du Code pénal.

Quant aux *bornes spatiales* de l'envoi, il s'agit de savoir si la correspondance suppose une distance minimale entre les correspondants ou si la simple remise d'un courrier, de la main à la main, est incluse dans la définition de celle-ci. Cette question est en réalité assez récente, car elle se confond avec le fait de savoir si un intermédiaire – La Poste, un opérateur de téléphonie, un fournisseur d'accès, par exemple – ou un instrument – téléphone, ordinateur – doit intervenir dans le processus d'acheminement. Or, avant 1922, on a vu que le délit concernait « *les lettres confiées à la poste* », ce qui supposait donc que la lettre s'inscrive dans

¹ V. PELTIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

² G. BEAUSSONIE, « Fasc. 3403 : Secret des correspondances », *op. cit.*, n° 18 : « Il semble, en effet, à la fois logique et nécessaire, au bout comme au début de la chaîne, de calquer la protection pénale spécifique au secret des correspondances sur le seul processus de communication, faute de quoi l'infraction ne comporterait plus vraiment de limite temporelle ».

³ V. PELTIER, *op. cit.*, n° 47, pour qui, si l'acte de suppression de la correspondance « *est perpétré postérieurement à sa réception par le destinataire, la correspondance ayant perdu sa spécificité, elle devient une chose appartenant à une personne identifiée dont la propriété est méconnue. Il faut donc appliquer à sa suppression ou à son retardement la qualification de droit commun que représente le vol* ».

⁴ V. *infra* n° 233.

⁵ P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.* n° 367, p. 270. Pour une approche intermédiaire, v. A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 555, p. 390 : « Quid alors de l'absence dans l'article 432-9, alinéa 1^{er}, des termes "arrivés ou non à destination" pour qualifier les correspondances protégées ? Il n'est pas certain qu'il faille donner une interprétation uniforme à ces deux articles. Au contraire, la différence de rédaction sur ce point pourrait inviter à les considérer différemment, dans le sens d'une protection moins étendue dans le temps s'agissant de l'article 432-9. C'est pendant la phase d'acheminement que peut être redoutée une atteinte au secret des correspondances de la part des tiers que sont les personnes dépositaires de l'autorité publique ou chargées d'une mission de service public [...] ».

un processus de transmission institutionnalisé, impliquant une correspondance entre absents. Depuis lors, la référence aux correspondances « *adressées à des tiers* » élargit potentiellement la définition de la correspondance, sauf à considérer qu'adresser un courrier suppose nécessairement le recours à un intermédiaire. Il est plus sûr de penser, néanmoins, que ce « *critère n'est pas, a priori, déterminant, même si la présence d'un intermédiaire reste quasi systématique [...]. Par exemple, si un individu dépose lui-même une lettre dans la boîte de son correspondant [...], il n'en demeure pas moins que la lettre reste une correspondance et que la relation qui s'est établie est précisément une relation de correspondance* »¹. Si l'on peut sans peine s'accorder sur ce dernier exemple étant donné qu'il n'y a aucune coprésence entre les correspondants, un arrêt récent semble être allé plus loin en admettant implicitement que pourrait constituer une correspondance le papier plié remis de la main à la main par un avocat à son client². En effet, la Cour de cassation écarte certes, en l'espèce, la qualification de correspondance, mais sur le fondement de l'accessibilité de celle-ci. Elle ne fait aucunement référence à la distance devant exister entre les correspondants si bien que l'on ne peut affirmer, comme le fait un commentateur de l'arrêt, que « *ce qui caractérise la correspondance c'est la communication avec un tiers non présent* »³. Au contraire, le silence de la motivation de la Cour sur ce point permet d'envisager la possibilité d'une communication entre présents⁴, le véritable critère étant le recours à un médium, en l'occurrence la feuille de papier. Néanmoins, on peut aussi relever que l'article 432-9 du Code pénal – dont il était question – ne fait pas référence aux correspondances « *adressées* », si bien que cette interprétation ne vaudrait que lorsqu'un fonctionnaire commet l'infraction. En toute hypothèse, cet arrêt met surtout en exergue l'importance de l'inaccessibilité de la correspondance pendant son processus de transmission.

87. L'importance de l'inaccessibilité de la correspondance. Les définitions de la correspondance posées par la jurisprudence font peu de cas de l'accessibilité de celle-ci, en ce qu'elles évoquent les « *lettres, de messages ou de plis fermés ou ouverts* »⁵, ce qui conduit les

¹ V. PELTIER, *op. cit.*, n° 5.

² Cass. crim., 16 oct. 2012, n° 11-88.136, *Bull. crim.* n° 216 ; *AJ pénal* 2013, p. 41, obs. P. BELLOIR ; *RPDP* 2012, p. 377, note P. CONTE. En l'espèce, dans la salle d'attente d'un tribunal, un avocat avait remis à ses clients un papier plié en deux sur lequel étaient inscrites ses coordonnées. Un fonctionnaire de police, chef d'escorte, saisit les papiers et, après les avoir lus, les restitua aux deux clients. L'avocat poursuivit alors ledit fonctionnaire pour atteinte au secret des correspondances.

³ P. BELLOIR, obs. préc.

⁴ En ce sens, P. CONTE, note préc. : « *Pour refuser dans ces hypothèses la protection pénale, il faut donc estimer, de façon implicite, qu'elle est mise au service non pas de la circulation des correspondances, mais de leur seul secret* ».

⁵ TGI Paris, 2 nov. 2000 ; *D.* 2000, IR, p. 286, préc.

juges à admettre que les correspondances circulant à découvert, telles que cartes postales ou, à l'époque, les télégrammes, sont des correspondances¹. Certes, il paraît logique de retenir cette solution, dans le cadre de la violation de correspondance commise par un particulier, puisque l'article 226-15 du Code pénal réprime le fait de « *prendre connaissance* » du contenu de la correspondance². Pourtant, la solution ne va pas de soi, car il est indéniable que « *l'essentiel réside dans l'enveloppe davantage que dans la lettre qu'elle contient, la notion de correspondance étant indissociable d'une idée d'exclusion des autres que ses destinataires* »³. En effet, l'accessibilité est au cœur de nos réflexions sur l'opposition privé-public et l'on peut être surpris que la jurisprudence l'écarte aussi facilement.

Cette dernière l'a d'ailleurs réhabilitée, quoique de façon discutable, dans l'arrêt de 2012 précédemment évoqué⁴. En l'occurrence, la chambre de l'instruction avait estimé qu'une correspondance « *doit comporter dans sa forme un élément démontrant la volonté de son émetteur de la protéger des regards des tiers et des intermédiaires par lesquels il la fait acheminer ; en conséquence, le fait de plier une feuille de papier, comme en l'espèce, avant de la remettre à son destinataire ne permet pas d'analyser cette feuille comme une correspondance [...] ; si l'interception de cette feuille a indéniablement pu porter atteinte au principe de la libre communication d'un avocat avec son client, elle ne peut cependant, dès lors que cette feuille circulait à découvert, constituer une atteinte au secret des correspondances* ». La Cour de cassation, plus concise, estima quant à elle que, « *circulant à découvert, les billets litigieux ne correspondaient pas à la notion de correspondance protégée, au sens de l'article 432-9 du Code pénal* ». Cette solution est évidemment critiquable en ce que, précisément, le fait de plier le billet pouvait être considéré comme un obstacle à l'accès au message. Par ailleurs, cette incise semble être en contradiction avec la jurisprudence précitée sur les cartes postales. Elle a cependant le mérite de montrer que l'accessibilité de la correspondance est une considération qui demeure importante. C'est elle qui a permis de juger, notamment, que ne constituait pas une correspondance la mention d'une adresse électronique sur un site Internet destiné à la

¹ Cass. crim., 4 mai 1883 ; *DP* 1883, 1, jurispr., p. 422 ; Cass. crim., 7 févr. 1974 ; *RSC* 1974, p. 879, obs. G. LEVASSEUR.

² Il n'est pas certain, cela dit, que ce moyen de commission de l'infraction suppose nécessairement une correspondance ouverte, puisqu'il est tout à fait envisageable de prendre connaissance d'un contenu d'une lettre dont l'enveloppe est relativement transparente.

³ G. BEAUSSONIE, « Fasc. 3403 : Secret des correspondances », *op. cit.*, n° 22.

⁴ Cass. crim., 16 oct. 2012, n° 11-88.136, préc.

consultation du public¹, pas plus que les messages échangés sur le minitel² ; à l'inverse, les plis *fermés* délivrés par les huissiers ont été qualifiés de correspondances³.

Plus encore, la loi du 11 juin 1887⁴ confirme que les correspondances circulant à découvert sont susceptibles de sortir du champ de la confidentialité, même si elles sont inscrites dans un processus d'envoi. L'article premier de ladite loi incrimine ainsi la diffamation ou l'injure adressée dans une correspondance circulant à découvert. La jurisprudence, peu fournie dans cette matière – quelque peu désuète –, a ainsi précisé que l'infraction est constituée si le propos injurieux figure sur l'enveloppe d'une lettre cachetée⁵. À l'analyse, cette loi ne fait que réprimer un cas particulier de diffamation non publique, puisque l'expéditeur a l'intention de communiquer le message litigieux non seulement au destinataire final, mais aussi aux personnes responsables de l'acheminement du courrier⁶.

Or, c'est précisément la référence à la *volonté de rendre inaccessible* la correspondance qui est insuffisamment présente dans la jurisprudence citée jusqu'ici. En effet, c'est cette volonté qui permet de justifier qu'une correspondance circulant à découvert relève, ou non, de la correspondance. Il faudrait donc préciser les définitions prétoriennes précitées et considérer que la correspondance est un message envoyé dans un contenant fermé, par principe, mais qu'il y a tout de même correspondance en cas de contenant ouvert si la volonté de réserver le message à une personne déterminée, à l'exclusion de tous les tiers, peut être démontrée. Un auteur fait écho à cette idée : « *S'agissant d'une correspondance entre deux personnes qui engagent leur liberté de communiquer, il est bien hasardeux de prétendre faire abstraction de leurs volontés pour décider de son rattachement, ou non, à la catégorie de celle qui circule à découvert. Lorsque le rédacteur d'une lettre la scelle, il manifeste qu'il entend en réserver le contenu au destinataire : il ne fait rien d'autre lorsqu'il plie en deux et ferme sa main pour en dissimuler la teneur. C'est donc moins le procédé de fermeture d'une lettre ou d'un billet qui compte, que*

¹ CAA Paris, 24 janv. 2002 ; *D.* 2003., somm., p. 1538, obs. L. MARINO ; *CCE* 2002, comm. 160, obs. A. LEPAGE. Cette solution, quoique rendue en matière disciplinaire – un fonctionnaire de l'éducation nationale était sanctionné pour avoir fait figurer l'adresse électronique d'un établissement public sur le site d'une secte –, devrait valoir pour toutes les dispositions pénales traitant de la correspondance.

² CA Paris, 2 déc. 1999 ; *D.* 2000, IR, p. 38 ; conf. : Cass. crim., 25 oct. 2000, n° 00-80.829, *Bull. crim.* n° 317 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 27, obs. A. MARON. Il n'y avait donc pas interception de correspondances (C. proc. pén., art. 100 et s.).

³ CA Paris, 9 nov. 1956 ; *D.* 1957, p. 204.

⁴ Cette loi avait pour objectif de réagir à la pratique consistant à écrire des propos injurieux ou diffamatoires qui pouvaient être perçus par des agents de la poste ou des concierges.

⁵ V. not., Cass. crim., 4 janv. 1974 et 16 janv. 1974 ; *JCP G* 1974, II, 1773, note R. LINDON ; Cass. crim., 15 mars 1983, *Bull. crim.* n° 81 ; *JCP G* 1984, II, 20145, obs. A. CHAVANNE ; *D.* 1985, jurispr., p. 582, note D. AMSON.

⁶ Il est donc logique qu'un arrêt récent ait exclu du champ d'application de cette loi les télécopies dans la mesure où « *le message litigieux a été transmis directement, sous une forme immatérielle, du télécopieur de l'expéditeur à celui du destinataire* » (CA Paris, ch. corr., 13 mars 2003, n° 02/00022 ; *JCP G* 2003, IV, 3067).

ce qu'il révèle des intentions de son auteur »¹. Il est donc indéniable que la volonté de rendre inaccessible le courrier est à apprécier conjointement avec celle de viser une personne déterminée en la matière ; en d'autres termes, d'agréer un destinataire. Cette volonté d'agréer un destinataire particulier est, elle, bien identifiée par la jurisprudence², mais il est important d'insister sur le fait que la volonté de clore peut suffire tant que la correspondance n'est pas parvenue à destination.

En somme, l'inaccessibilité de la correspondance, qu'elle soit écrite ou dématérialisée, est une considération objective appréciée tout au long du processus de transmission. Elle n'en révèle pas moins la volonté de privatisation de l'auteur du message. Cela étant, il est tout aussi important d'analyser le destinataire de l'information, et ce, en particulier quand la correspondance circule à découvert ou qu'elle a été ouverte par son destinataire. Avant de s'intéresser à ce dernier, il convient toutefois d'étudier la qualification de « *paroles tenues à titre privé ou confidentiel* » pour compléter l'étude des moyens de communication privée.

B. La qualification de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel

88. L'article 226-1 du Code pénal interdit la captation, l'enregistrement ou la transmission de « *paroles prononcées à titre privé ou confidentiel* », en l'absence de consentement de leur auteur. Cette expression, quoiqu'isolée, mérite que l'on s'y attarde, car elle complète le panorama des moyens de communication privée. Le domaine des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel doit être délimité (1) et l'appréciation de celles-ci analysée (2).

1. Le domaine des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel

89. ***La prise en compte récente des propos confidentiels en droit pénal.*** S'il est indéniable que les échanges sur le ton de la confiance ont traversé les âges, les normes pénales ne les saisissent que tardivement. Cela est aisément compréhensible puisque, fugace par nature, le propos émis à voix basse et sans témoins ne laisse aucune trace. La mémorisation ou la transcription des paroles furent pendant longtemps les seuls moyens de faire état d'un propos prononcé oralement. Dès lors, tant la protection du propos privé par le droit pénal que sa pénalisation éventuelle se heurtaient à ces obstacles structurels. On pourrait estimer, *a priori*,

¹ P. CONTE, obs. ss. Cass. crim., 16 oct. 2012, n° 11-88.136, préc.

² V. *infra* n° 96 et s.

que la première référence à de tels propos date de la loi du 29 juillet 1881. Aux termes de son article 33 originel, « *si l'injure n'est pas publique elle ne sera punie que de la peine prévue par l'article 471 du Code pénal* ». Ainsi, étant donné que la profération est un moyen de communication publique, il fallait en déduire que le propos injurieux tenu oralement en privé était implicitement incriminé¹. Néanmoins, on le verra², sont exclues du champ de cette incrimination les conversations purement confidentielles. Dès lors, la prise en compte des propos privés par ces incriminations n'est que partielle.

C'est donc davantage sous l'angle de leur protection que ces propos vont être appréhendés par le droit pénal et ce, uniquement au XX^e siècle. Dès lors que l'enregistrement des propos devient techniquement à la portée de tous, dans la seconde moitié de ce siècle, de multiples propos furent captés à l'insu de leur énonciateur, généralement pour être relayés par les médias. Ce comportement, attentatoire à sa vie privée, fut donc pénalement incriminé par la loi du 17 juillet 1970, l'article 368 de l'ancien Code pénal sanctionnant alors le fait d'écouter, d'enregistrer ou de transmettre des « *paroles prononcées dans un lieu privé par une personne* », sans le consentement de celle-ci. La référence au lieu privé était ici assurément critiquable, ce qui n'a pas échappé à la doctrine³, puisque des propos peuvent tout à fait être tenus à voix basse dans un lieu public. De façon intéressante, un auteur relève que, lors des propos préparatoires de la loi de 1970, il avait été question de substituer à l'expression « *lieux privés* » les termes « *en privé* »⁴, soit une locution adverbiale générique qui serait le pendant de l'adverbe « *publiquement* »⁵. Il est regrettable que cette terminologie n'ait pas été retenue, car elle aurait permis d'éviter les interprétations discutables qui ont prospéré en la matière⁶. En toute hypothèse, sensible aux critiques doctrinales, le législateur modifia la rédaction de l'incrimination à l'occasion de la réforme du Code pénal. L'article 226-1, 1^o du Code pénal réprime ainsi aujourd'hui le fait de capter, d'enregistrer ou de transmettre des « *paroles prononcées à titre privé ou confidentiel* ». L'expression fut reprise par la loi n^o 2004-204 du 9 mars 2004 régissant les sonorisations et figure à l'article 706-96 du Code de procédure

¹ Sur les évolutions de cette infraction, v. *infra* n^o 431 et s.

² V. *infra* n^o 95.

³ J. PRADEL, « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée », *D.* 1971, chron., p. 111 : « *Si [l'auteur des paroles] a voulu qu'elles restent confidentielles, ignorées, des tiers, le fait qu'elles aient été exprimées sur une place publique ou sur un champ de neige importe peu* ». Dans le même sens, v. G. LEVASSEUR, « La protection pénale de la vie privée », in *Etudes offertes à Pierre Kayser*, PUAM, 1979, p. 107, n^o 21.

⁴ J. PRADEL, art. préc.

⁵ Sur cet adverbe, v. *infra* n^o 117.

⁶ V. *infra* n^o 92.

pénale¹. Cette formule, du fait de sa généralité, pose la question de la circonscription de son domaine. Plus précisément, il s'agit de savoir si elle ne renvoie qu'à la transmission privée de propos tenus oralement, ou si elle inclut également dans son champ les conversations téléphoniques.

90. La question de la coprésence. Jusqu'à l'adoption de la loi du 10 juillet 1991, aucune incrimination ne permettait de réprimer le fait d'enregistrer une conversation téléphonique. La jurisprudence avait donc recours à l'article 368 ancien du Code pénal pour incriminer de tels comportements². Depuis l'introduction du délit d'interception de correspondances électroniques, néanmoins, « l'article 226-1 ne devrait viser que l'enregistrement de conversations directes entre personnes présentes sur le même lieu, voire de monologue. En revanche, l'article 226-15 ne devrait s'appliquer qu'aux seules conversations réalisées par la voie des télécommunications, c'est-à-dire notamment par téléphone ou Internet : specialia generalibus derogant »³. Pour autant, ce « cloisonnement théorique des textes »⁴ n'a pas été respecté par la jurisprudence, laquelle a explicitement précisé que la loi du 10 juillet 1991 n'avait pas abrogé implicitement le délit d'atteinte à la vie privée⁵ et a continué à appliquer l'article 226-1 du Code pénal à l'enregistrement de conversations téléphoniques⁶.

Si l'on peut regretter ce chevauchement des textes, il convient néanmoins de remarquer qu'une hypothèse échappe à l'article 226-15 du Code pénal, à savoir celle où l'un des correspondants enregistre la conversation téléphonique à laquelle il prend part. En effet, ledit article ne réprime que l'interception de correspondances immatérielles ; or l'on ne peut intercepter qu'une conversation à laquelle on ne participe pas. Il faudrait alors avoir recours au délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée dans cette hypothèse⁷. Il semble donc que l'articulation entre les paroles tenues à titre privé ou confidentiel et les correspondances émises

¹ Pour bien signifier l'indifférence du lieu de la transmission orale, l'article ajoute que ces propos peuvent être tenus « dans des lieux ou véhicules privés ou publics ». V. aussi, CSI, art. L. 853-1.

² V. not., Cass. crim., 11 févr. 1987 ; D. 1987, somm., p. 142. En l'espèce, à la suite d'une ordonnance de non-conciliation entre des époux, il avait été constaté que deux lignes téléphoniques desservant l'appartement de l'épouse étaient dérivées vers celui occupé par le mari dans un autre immeuble, celui-ci ayant reconnu avoir fait placer du matériel d'écoute et avoir procédé à des enregistrements. Le délit d'atteinte à la vie privée a été jugé caractérisé.

³ J.-C. SAINT-PAU, « L'enregistrement clandestin d'une conversation », *Dr. pén.*, 2008, étude 17, n° 6. Dans le même sens, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 495, p. 568 ; A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 565, p. 396.

⁴ J.-C. SAINT-PAU, art. préc.

⁵ Cass. crim., 4 mars 1997, *Bull. crim.* n° 83 ; RSC 1997, p. 669, obs. J.-P. DINTILHAC.

⁶ V. not., Cass. crim., 3 juin 1998, n° 97-83.241 ; Cass. crim., 14 févr. 2006, n° 05-84.384 ; D. 2007, p. 1184, note J.-C. SAINT-PAU ; *RPDP* 2006, p. 863, obs. P. CONTE ; *CCE* 2006, comm. 69 obs. A. LEPAGE.

⁷ En ce sens, J.-C. SAINT-PAU, obs. préc.

par la voie des communications électroniques ne soit pas aussi nette que l'on aurait pu le souhaiter. Plus délicate encore est la distinction entre les adjectifs « *privé* » et « *confidentiel* », distinction qui interroge sur la façon d'apprécier les paroles étudiées.

2. L'appréciation des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel

91. C'est sans doute à l'égard des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel que les différentes acceptions de l'adjectif privé interfèrent le plus explicitement entre elles. La jurisprudence accorde ainsi beaucoup d'importance au caractère intime des paroles prononcées, ce qui est critiquable. En effet, il serait souhaitable de s'en tenir à une appréciation tenant à leur accessibilité.

92. *L'appréciation critiquable de la teneur des propos.* Lorsque l'article 226-1 du Code pénal est appliqué, les juges accordent une grande importance au fait que les propos relèvent de la vie privée. Dans une espèce où un salarié avait enregistré ses collègues et son employeur à leur insu, la Cour de cassation a ainsi pu estimer, en incise de son attendu conclusif, qu'il résultait des énonciations des juges du fond que les « *propos entraient dans le cadre de la seule activité professionnelle des intéressés et n'étaient pas de nature à porter atteinte à l'intimité de leur vie privée* »¹. Or cette formule est intéressante, car elle renvoie, non pas à l'expression « *à titre privé ou confidentiel* », mais à celle d'« *atteinte à l'intimité de la vie privée* », également évoquée par l'article 226-1 précité et dont, en matière de lieu privé, on a vu que les juges faisaient peu de cas². Cela expliquerait pourquoi l'analyse du caractère intime des propos enregistrés n'a jamais été menée en matière de sonorisations, où cette référence à l'atteinte à la vie privée est absente, alors pourtant que les dispositions du Code de procédure pénale évoquent également les paroles tenues à titre privé ou confidentiel³. Pour un commentateur de l'arrêt évoqué, néanmoins, celui-ci renseigne tout de même sur l'expression étudiée, en ce que la « *confidentialité ou le caractère privé des paroles résulterait [...] de leur nature intime* »⁴. Que la solution soit à rattacher à l'expression étudiée ou à la référence à la vie privée, il n'en demeure pas moins qu'elle soulève des difficultés et s'expose à plusieurs critiques.

¹ Cass. crim., 14 févr. 2006, préc.

² V. *supra* n° 44.

³ On ne saurait, en toute hypothèse, admettre la validité d'une sonorisation irrégulière au prétexte qu'aucun propos intime n'aurait été capté.

⁴ J.-C. SAINT-PAU, obs. préc.

Cette approche pose, en premier lieu, une série de problèmes liés à la définition du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée. Comme le résume un auteur, « *il conviendrait par symétrie d'admettre que l'enregistrement d'une image dans un lieu privé sans le consentement de la victime ne constitue pas une atteinte dès lors que l'image ne vise pas l'intimité* », une telle interprétation faisant « *dépendre la consommation du délit d'un élément aléatoire dans sa réalisation et dans sa définition, ce qui n'est pas conforme au principe de légalité* »¹. En effet, on sait que le contenu de la vie privée divise et ne saurait être défini avec précision². Afin d'éviter d'éventuels débats insolubles sur la teneur des propos, la Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que l'infraction est commise lorsque « *les branchements clandestins ayant permis l'enregistrement de propos ont, par leur durée, leur conception et leur objet, conduit nécessairement leur auteur à pénétrer dans la vie privée des personnes écoutées* »³. Si la solution est logique, elle repose, là encore, sur le postulat contestable que les propos enregistrés doivent obligatoirement avoir trait à la vie privée. Or, ce postulat semble avoir été remis en cause par un arrêt récent. En l'espèce, les propos d'une personne gardée à vue avaient été enregistrés par un journaliste. Si la chambre de l'instruction, conformément à la solution précitée, avait estimé que « *les images et paroles d'une personne interpellée par les services de police puis interrogée au cours de sa garde à vue ne relèvent pas de l'intimité de la vie privée* », la Cour de cassation n'a pas fait pas sienne cette analyse et a cassé l'arrêt en énonçant, dans un chapeau intérieur, que « *l'enregistrement de la parole ou de l'image d'une personne placée en garde à vue est susceptible de constituer une atteinte à l'intimité de sa vie privée* »⁴. L'appréciation conjointe de la parole et de l'image, dans un contexte où les propos n'avaient pas vocation à être intimes et où la captation n'était que ponctuelle, laisse donc penser que la Haute juridiction renonce à exiger des juges du fond un examen de la teneur des propos, quoique le terme « *susceptible* » puisse sembler introduire une ambiguïté⁵. De surcroît, la Cour de cassation renvoie expressément à l'arrêt ayant admis que la captation de l'image d'un juré dans une salle de délibéré était susceptible de constituer le délit⁶, ce qui renforce l'impression d'un tel renoncement.

¹ J.-C. SAINT-PAU, « L'enregistrement clandestin d'une conversation », art. préc., n° 9.

² V. *supra* n° 12.

³ Cass. crim., 7 oct. 1997, n° 96-81.485, *Bull. crim.* n° 324 ; *Dr. pén.* 1998, comm. 47, obs. M. VÉRON ; Cass. crim., 30 sept. 2008, n° 07-82.249 ; *D.* 2008, p. 2975, note H. MATSOPOULOU.

⁴ Cass. crim., 21 avr. 2020, n° 19-81.507, P., préc.

⁵ Pour E. DREYER, (obs. ss. Cass. crim., 21 avr. 2020, préc.), « *l'arrêt doit être compris comme légitimant une présomption : dès lors qu'une personne est placée en garde à vue, elle ne peut être filmée car les propos qu'elle tient sont prononcés a priori à titre confidentiel et elle se trouve a priori dans un lieu privé* ».

⁶ Cass. crim., 16 févr. 2010, *Bull. crim.* n° 25, préc.

Au-delà des difficultés tenant à la définition du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée, cette focalisation de la jurisprudence sur le contenu rend délicate, en second lieu, l'articulation entre les adjectifs « *privé* » et « *confidentiel* » ; si l'on considère, du moins, que c'est bien aux paroles prononcées à titre privé ou confidentiel qu'il convient de rattacher cette jurisprudence. Il n'est pas possible ici de considérer que les deux termes ont trait au contenu du propos, car il faudrait alors considérer que l'adjectif « *privé* » viserait les propos intimes, tandis que l'adjectif « *confidentiel* » désignerait une information secrète, potentiellement déconnectée de la vie privée, tels un secret d'affaires ou un élément couvert par le secret de l'instruction¹. Or, on a vu que c'est précisément pour déconnecter la vie privée de la vie professionnelle que la jurisprudence met l'accent sur le contenu des paroles ; quant au secret de l'instruction, il n'est pas davantage lié à l'intimité de la vie privée². Pour un auteur, il serait cependant possible de considérer que l'adjectif « *privé* » renverrait au contenu intime des paroles, tandis que l'adjectif « *confidentiel* » s'entendrait de l'inaccessibilité du propos³. Cette analyse a le mérite de rendre cohérente l'expression « *à titre privé ou confidentiel* » ; les adjectifs qui la composent ne seraient pas des synonymes redondants, mais bel et bien deux termes aux significations différentes. Néanmoins, ce serait accorder trop d'importance à la solution tenant à analyser le contenu des paroles prononcées, en cours d'abandon par la Cour de cassation. Il serait donc plus pertinent de considérer que les adjectifs « *privé* » et « *confidentiel* » suggèrent tous deux une appréciation fondée sur l'accessibilité des propos.

93. *L'appréciation souhaitable de l'accessibilité des propos.* Avant de systématiser la façon dont l'appréciation de l'accessibilité des propos peut être opérée, plusieurs décisions rendues en matière de diffamation ou d'injures non publiques méritent d'être évoquées, dès lors qu'il était question de paroles prononcées oralement. Il a ainsi pu être jugé qu'un entretien en

¹ En ce sens, P.-J. DELAGE, obs. ss. Cass. crim., 21 avr. 2020, préc. : « *il ne paraît pas contestable que les propos tenus par une personne lors d'une mesure de garde à vue le sont, à suivre le 1° de ce même article, "à titre confidentiel". C'est qu'en effet, les déclarations faites par les personnes gardées à vue sont autant d'informations couvertes par le secret de l'enquête ou de l'instruction* ».

² *Contra*, v. E. DREYER, obs. préc. : « *Certes, ces deux secrets ne coïncident pas : le secret de la vie privée ne doit pas restreindre le travail des enquêteurs. Mais la chambre de l'instruction a un peu trop vite considéré que des faits sortent entièrement de la sphère privée d'un suspect dès lors que la police judiciaire s'y intéresse. C'est au mieux lors de la saisine d'une juridiction de jugement qu'ils acquièrent un caractère public, excluant toute protection au titre de l'article 226-1 du code pénal* ».

³ J.-C. SAINT-PAU, obs. ss. Cass. crim., 14 févr. 2006, préc. Au soutien de cette analyse, on peut évoquer les travaux préparatoires de la loi de 1991. En effet, la terminologie étudiée découle d'un amendement. Selon l'auteur de celui-ci, « *des paroles peuvent être intimes, confidentielles, sans être privées, celles qui se disent à la cantonade par exemple* » (JOAN CR, 21 juin 1991, p. 3541). On retrouve donc la distinction entre le contenu et l'accessibilité du propos.

tête-à-tête avec un inspecteur de la sécurité sociale, dans un bureau d'une association, constituait une conversation confidentielle exclusive de toute diffamation non publique¹. De même, l'injure non publique à caractère racial n'est pas caractérisée dans l'hypothèse d'une conversation entre deux voisins dans les travées d'un supermarché, sur un ton habituel, alors qu'aucun autre élément ne permet de déduire que l'entretien a excédé le caractère de confidentialité et, notamment, qu'un public plus large a pu se considérer comme destinataire du message critique². À l'inverse, peuvent être qualifiés de « *non publics* » des propos échangés lors d'un conflit de voisinage en présence de témoins³. Ces décisions sont intéressantes, car plusieurs éléments liés à l'accessibilité des propos sont évoqués.

Il en ressort, d'une part, que l'accessibilité des paroles tenues à titre privé ou confidentiel peut s'apprécier objectivement. En premier lieu, l'inaccessibilité du propos résulte de la *forme de l'expression*. Ainsi, le fait de chuchoter ou de parler sur un ton habituel permet de rendre le propos inaudible aux tiers. Si l'on admet que l'expression étudiée intègre dans son domaine les conversations téléphoniques, l'usage d'une ligne téléphonique privée sera également un élément à prendre en compte pour considérer le propos privé ou confidentiel. À elle seule, néanmoins, la prise en compte de la forme de la communication ne saurait permettre de distinguer entre les deux adjectifs étudiés.

Il faut alors prendre en considération, en second lieu, les *circonstances objectives* qui entourent l'énonciation et renseignent sur son accessibilité. C'est sur ce point qu'il faut bien comprendre la façon dont les différentes qualifications abordées dans cette étude s'articulent. En effet, la première des circonstances à prendre en compte est *le lieu de l'énonciation*, ce qui peut *a priori* surprendre, car on a vu précédemment que le lieu privé pouvait être apprécié subjectivement⁴. Il importe de réaliser, néanmoins, que l'auteur du propos n'est pas nécessairement l'occupant du lieu ayant la maîtrise sur son accessibilité. En cela, le caractère privé ou public du lieu est bien une circonstance qui échappe, au moins potentiellement, au contrôle de l'émetteur des propos, soit une circonstance objective. En toute hypothèse, à l'époque où l'article 368 du Code pénal renvoyait aux paroles prononcées « *dans un lieu privé* », la Cour d'appel de Versailles avait pu considérer qu'il n'y avait pas lieu de distinguer les paroles concernant la vie intime et les autres, la circonstance que les propos aient été tenus

¹ Cass. crim., 14 oct. 2014, *Bull. crim.* n° 206 ; *D.* 2015, p. 342, obs. E. DREYER.

² Jur. prox. de Dieppe, 16 janv. 2004 ; *D.* 2004, IR, p. 541. V. aussi, jugeant une conversation téléphonique confidentielle : Cass. crim., 29 mai 1978, n° 77-93.175, *Bull. crim.* n° 169.

³ CA Pau, 1^{re} ch., 23 déc. 2004, n° 04/00790 ; CA Pau, 1^{re} ch., 14 avr. 2005, n° 04/00941.

⁴ V. *supra* n° 48.

dans lieu privé jointe à l'absence de consentement de l'intéressé étant suffisantes pour caractériser le délit¹. Si le lieu privé n'est plus une composante du délit, il n'en reste pas moins qu'il joue un rôle déterminant au niveau probatoire et que « *les paroles prononcées dans un domicile, ou, plus largement, dans un lieu privé, le sont nécessairement* “à titre privé ou confidentiel” »². Il est également possible de prendre en compte, dans un second temps, le caractère privé ou public de *la réunion* au sein de laquelle seraient prononcées les paroles³.

D'autre part, il importe, subjectivement, de considérer *la volonté* de l'auteur des propos de les rendre inaudibles. Il est frappant de constater que la jurisprudence n'a jamais pris explicitement en compte la volonté de l'auteur des paroles dans le cadre de l'atteinte à l'intimité de la vie privée. Ce silence s'explique sans doute par le fait que les juges confondent l'absence de consentement à *l'enregistrement*, véritable composante *per se* du délit d'atteinte à l'intimité privée, avec l'absence de consentement à *être entendu par les tiers*, simple élément d'appréciation du caractère privé ou public des paroles prononcées. On verra, lors de l'étude de la notion de profération⁴, que cette volonté de rendre accessible un propos est centrale.

Enfin, il n'aura pas échappé à l'observateur que le *destinataire* des paroles énoncées est systématiquement évoqué dans les décisions précitées. Cette circonstance particulière n'est ni tout à fait objective, en ce que l'émetteur d'un propos peut choisir le ou les destinataire(s) qu'il vise ; ni entièrement objective, en ce que les éventuels liens existants entre les membres d'un groupe de destinataires échappent potentiellement à sa volonté. On aboutit donc ici, comme en matière de correspondance, au constat selon lequel le destinataire de la communication privée doit être analysé de façon approfondie. Cette étude est d'autant plus nécessaire qu'au terme de tous ces développements, la distinction entre « *privé* » et « *confidentiel* » n'est toujours pas clarifiée. Or, il s'agit, par la suite, de démontrer que la prise en compte du destinataire permet d'assimiler cette distinction à celle retenue en matière d'injure et de diffamation non publiques entre la communication « *non publique* » et la communication « *confidentielle* »⁵.

94. Bilan. L'étude conjointe de la correspondance privée et des paroles tenues à titre privé ou confidentiel a permis d'appréhender l'ensemble des moyens de communication privée, que

¹ CA Versailles, 9 juill. 1982 ; *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm., p. 50.

² J.-C. SAINT-PAU, obs. ss. Cass. crim., 14 févr. 2006, préc.

³ Là encore, l'auteur du propos n'est pas nécessairement l'organisateur de la réunion au sein de laquelle ils sont tenus. Sur la réunion privée ou publique, v. *infra* n° 162 et s.

⁴ V. *infra* n° 128.

⁵ Sur la portée juridique de cette gradation, v. *infra* n° 367.

soit transmis un écrit, une information dématérialisée ou un propos oral. Par ailleurs, l'importance de l'analyse de l'accessibilité de ces transmissions a été mise en évidence. La coprésence, discutée en matière de correspondance et admise en matière de paroles tenues à titre privé, n'exclut pas cette dimension spatiale, en ce que le message, une fois émis, échappe à son émetteur. Ce dernier le protège alors par divers moyens matériels tenant à préserver son inaccessibilité, de l'enveloppe à l'intonation de la voix en passant par l'usage d'une ligne téléphonique personnelle. En d'autres termes, l'on s'est concentré ici sur le canal de transmission et sur la volonté de l'émetteur de la communication par rapport à ce canal. Il importe à présent de compléter l'analyse de la communication privée en s'intéressant au destinataire de celle-ci.

§2. Le destinataire de la communication privée

95. La communication privée est liée, de façon négative, au substantif « *public* », puisqu'elle désigne le message qui ne s'adresse pas à celui-ci. Il est intéressant de remarquer, à cet égard, que ce substantif n'a pas d'antonyme clairement déterminé : au public ne s'oppose pas « *le privé* ». Le destinataire de la communication privée mérite pourtant d'être étudié pour lui-même, positivement. Or, de façon intéressante, au sens de l'article 15.3 de la loi allemande sur le droit d'auteur, « *la communication est publique lorsqu'elle est destinée à une pluralité de membres du public. Quiconque n'est pas lié par des relations personnelles, ni à celui qui exploite l'œuvre, ni aux autres personnes auxquelles l'œuvre est rendue perceptible ou mise à disposition sous forme incorporelle, appartient au public* ». Si l'approche est bien négative ici, il est tout de même légitime de s'inspirer de cette disposition étrangère, car elle met en lumière, avec une grande clarté, la distinction entre deux liens spécifiques permettant de distinguer le public du ou des destinataire(s) d'une communication privée. D'une part, un lien peut exister entre l'émetteur et le destinataire, du fait de la volonté du premier ; il s'analyse alors comme un *agrément* et la communication sera « *confidentielle* » au sens de la jurisprudence (A). D'autre part, un lien peut préexister entre les destinataires, ceux-ci formant alors ce que l'on qualifiera de « *cercle privé* », la communication étant en l'occurrence « *non publique* » (B).

A. Le destinataire agréé par l'émetteur

96. Il convient de réaliser, en premier lieu, que le critère de l'agrément est central en matière de communications privées puisqu'il permet, d'une manière générale, de qualifier la communication de confidentielle lorsque le lien entre l'émetteur et le récepteur est direct (1). En second lieu, l'importance de ce critère doit être soulignée dans l'hypothèse particulière où le lien est indirect entre l'émetteur et le récepteur (2).

1. Le lien direct entre l'émetteur et le destinataire

97. **Agrément et communication confidentielle.** Le critère de l'agrément renvoie à l'aspect relationnel de la communication privée, à *l'intuitu personae* qui la caractérise. Cette considération personnelle est mise en lumière par certains en matière de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel, celles-ci étant « *les paroles adressées à une ou des personnes déterminées, avec la volonté de ne pas les rendre accessibles au-delà de ce cercle, à la différence des propos tenus à l'adresse d'un public* »¹. Mais c'est surtout en matière de correspondances que l'importance de l'agrément est mise en lumière, tant par les juges que par la doctrine. On peut ainsi rappeler que, pour la jurisprudence, « *le terme de correspondance désigne toute relation par écrit existant entre deux personnes identifiables, qu'il s'agisse de lettres, de messages ou de plis fermés ou ouverts, cette relation est protégée par la loi dès lors que le contenu qu'elle véhicule est exclusivement destiné par une personne dénommée à une autre également individualisée, à la différence des messages mis à la disposition du public* »². Le terme clé est évidemment le mot « *relation* » et la doctrine, faisant écho à cette définition jurisprudentielle, estime que la correspondance est « *une relation entre deux ou plusieurs personnes qui se sont choisies* »³, tout en précisant que « *l'existence d'un caractère bilatéral de la relation n'est pas obligatoire* »⁴. Autrement dit, c'est avant tout l'émetteur qui choisit son destinataire et celui qui n'est pas inscrit dans cette relation est un tiers non autorisé à accéder au message transmis. La doctrine est, à cet égard, unanime pour juger maladroite la référence

¹ A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 514, p. 359.

² TGI Paris, 2 nov. 2000 ; D. 2000, IR, p. 286, préc. Dans la même ligne, une circulaire du 17 février 1988 prise en application de l'article 43 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication précisait qu'« *il y a correspondance privée lorsque le message est exclusivement destiné à une (ou plusieurs) personne, physique ou morale, déterminée et individualisée* ».

³ V. PELTIER, « Fasc. 20 : Atteintes au secret des correspondances commises par des particuliers », op. cit., n° 5.

⁴ *Ibid.*

aux correspondances « *adressées à des tiers* » par l'article 226-15 du Code pénal, étant donné que les tiers en question sont en réalité les correspondants agréés. Cet *intuitu personae* est donc présenté comme la condition permettant de délimiter le domaine de la correspondance.

Ainsi, le *spamming*, « *envoi massif de messages électroniques destiné, bien souvent, à désorganiser l'installation informatique d'une entreprise ou d'un particulier, en bloquant sa boîte aux lettres* »¹, n'est-il pas une correspondance, car l'émetteur ne choisit pas véritablement les destinataires de la transmission. De même, les listes de discussion qui permettent à des personnes intéressées par un même sujet d'échanger des informations et de converser par courriel, parfois définies comme des forums utilisant le courrier électronique, ne sont pas des correspondances lorsque n'importe qui peut s'abonner à ces listes, le choix des destinataires échappant encore une fois à l'émetteur. La même logique prévaut avec les forums, puisque n'importe quel internaute pourra accéder au message publié ; il n'y a donc pas correspondance puisque « *chacun peut parcourir le site pour prendre connaissance des messages, répondre publiquement à tous les lecteurs potentiels* »². Classiquement, est également exclu, du fait de l'absence d'*intuitu personae*, le *chat*, « *puisque'il s'agit ici de se rendre sur un site pour se livrer, en direct, à une discussion avec d'autres internautes* »³.

Néanmoins, l'on pourrait nier au critère de l'agrément toute utilité dans ces hypothèses. En effet, pour ce qui est du *spamming* ou de la liste de discussion, il serait possible de considérer que les destinataires ne sont pas liés par une communauté d'intérêts ou que leur nombre est suffisamment conséquent pour caractériser un public. Quant au forum et au *chat*, la simple constatation qu'ils dépendent de moyens de communication au public par voie électronique⁴ pourrait suffire à écarter la transmission privative. En d'autres termes, l'agrément s'effacerait au profit d'autres critères de définition de la communication privée ou publique. Il n'en demeure pas moins que, dans certains cas, ce critère sera central. Trois hypothèses particulières peuvent ainsi être évoquées, car elles permettent de réaliser que, lorsque l'agrément est la seule considération à prendre en compte, la communication est assurément confidentielle.

98. Agrément et outrage. En premier lieu, le critère du lien entre l'émetteur et le destinataire est central en matière d'outrage, le message outrageant devant, par définition, être adressé « à

¹ *Ibid.*

² *Ibid.*, n° 9.

³ *Ibid.*

⁴ V. *infra* n° 142 et s.

une personne chargée d'une mission de service public »¹ ou « à un magistrat, un juré ou toute personne siégeant dans une formation juridictionnelle dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de cet exercice »², c'est-à-dire à un destinataire choisi et identifié. Ainsi, pour l'outrage commis oralement, la Cour de cassation a pu considérer que « toute expression injurieuse ou diffamatoire, lorsqu'elle s'adresse à un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de cet exercice, est qualifiée d'outrage [...] et, même lorsqu'elle a été proférée publiquement, entre dans les prévisions de ce texte »³. En d'autres termes, peu importe que le message puisse être considéré comme accessible au sens spatial du terme, il reste avant tout un message adressé à une personne déterminée. Cette analyse n'est pas contraire au principe d'interprétation stricte de la loi pénale, puisque les textes réprimant l'outrage ne distinguent pas entre le propos proféré publiquement et le propos prononcé en privé.

Au contraire, ces mêmes textes visent spécifiquement les « écrits ou images de toute nature non rendus publics ». Or, la solution retenue en matière de propos oraux a été étendue aux écrits. Dans une affaire où l'écrit avait été adressé à la victime, puis mis en ligne sur le site Internet de la Cour des comptes, l'outrage a été retenu⁴. Dès lors, pour un commentateur, « la Cour de cassation affirme, de façon générale, qu'une éventuelle publicité est indifférente et semble vouloir ainsi uniformiser les modes de commission de l'outrage, en neutralisant la précision, valant pour les écrits, qu'il doit s'agir de ceux "non rendus publics" »⁵. Cette solution a été confirmée dans une affaire où un tract, rendu public, avait également été adressé aux fonctionnaires de police d'un commissariat⁶. La Cour de cassation, dans une incise, posa alors que « toute expression injurieuse ou diffamatoire, lorsqu'elle s'adresse à une personne dépositaire de l'autorité publique dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, caractérise le délit d'outrage [...], même si elle a par ailleurs fait l'objet d'une diffusion publique ».

Si, dans ces espèces, l'agrément d'un destinataire particulier a permis de retenir l'outrage, il permet également d'exclure ce délit. En effet, dans une espèce ultérieure, la Cour de cassation a jugé que la diffusion sur un site Internet et par voie d'affichage d'un texte

¹ C. pén., art. 433-5.

² C. pén., art. 434-24.

³ Cass. crim., 19 avr. 2000, n° 99-84.886, *Bull. crim.* n° 154. V. aussi, Cass. crim., 19 juin 2018, n° 17-84.153, *Dr. pén.* 2018, comm. 174, obs. P. CONTE, pour un outrage prononcé lors d'une séance du conseil d'administration d'un lycée.

⁴ Cass. crim., 29 mars 2011, n° 10-87.254 ; *CCE* 2011, comm. 89, obs. A. LEPAGE.

⁵ A. LEPAGE, comm. préc.

⁶ Cass. crim., 25 nov. 2014 ; *Dr. pén.* 2015, comm. 19, obs. M. VÉRON.

accusant un magistrat de viol d'enfant à l'occasion de l'exercice de ses fonctions n'était pas constitutive d'outrage, dans la mesure où ce texte n'avait pas été directement adressé au magistrat¹. La même solution fut rendue pour des paroles proférées à la télévision, à la radio² ou sur un réseau social³. Le critère de l'agrément est donc déterminant en la matière et va jusqu'à supplanter l'accessibilité spatiale d'un message.

99. Agrément et démarchage. En deuxième lieu, le critère étudié est central en matière de démarchage. En effet, l'on ne saurait assimiler trop rapidement le démarchage et le *spamming* précédemment évoqué, car le premier suppose une véritable entrée en relation avec l'acheteur potentiel, qu'il soit opéré lors d'un porte-à-porte ou par téléphone⁴. À cet égard, la définition du démarchage financier posée par l'article L. 341-1 du Code monétaire et financier est explicite, car, aux termes de ce texte, constitue un acte de démarchage bancaire ou financier toute prise de contact non sollicitée, par quelque moyen que ce soit, « avec une personne physique ou une personne morale déterminée »⁵. Si le destinataire ne choisit pas l'émetteur, l'important est bel et bien que le démarcheur choisisse son destinataire. Les textes traitant du démarchage de produits juridiques confirment cette analyse. En effet, depuis 2014, l'article 3 bis de la loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques dispose que « l'avocat est autorisé à recourir à la publicité ainsi qu'à la sollicitation personnalisée » et l'article 66-4 de la même loi évoque, d'une part le « démarchage en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique »⁶ et, d'autre part, la « publicité aux mêmes fins », laquelle « peut être faite par voie de tracts, affiches, films cinématographiques, émissions radiophoniques ou télévisées »⁷. Partant, peu importe que le démarchage soit opéré dans un lieu public, il reste une communication privée lorsqu'une personne est expressément ciblée, le contenu publicitaire du

¹ Cass. crim., 1^{er} mars 2016, n° 15-82.824, *Bull. crim.* n° 59 ; RSC 2016, p. 63, obs. Y. MAYAUD.

² Cass. crim., 15 nov. 2016, n° 15-86.600.

³ Cass. crim., 26 mai 2021, n° 20-86.531.

⁴ G. LOISEAU, « Renforcement de la protection contre le démarchage téléphonique », *CCE*, 2020, comm. 71 : « C'est une question d'époque, le démarchage est aujourd'hui principalement opéré à distance, par voie téléphonique. La conséquence est qu'il est plus massif et plus invasif que le porte-à-porte d'autrefois ».

⁵ Ces termes évoquent fortement ceux d'un arrêt rendu en matière d'atteinte au secret des correspondances selon lequel sont des correspondances privées les messages exclusivement destinés à une ou plusieurs personnes physiques ou morales « déterminées et individualisées » (Cass. crim., 4 déc. 1973 ; RSC 1974, p. 597).

⁶ C'est-à-dire « le fait d'offrir ses services, en vue de donner des consultations ou de rédiger des actes en matière juridique ou de provoquer à la souscription d'un contrat aux mêmes fins, notamment en se rendant personnellement ou en envoyant un mandataire soit au domicile ou à la résidence d'une personne, soit sur les lieux de travail, de repos, de traitement ou dans un lieu public » (Décret n° 72-785 du 25 août 1972, relatif au démarchage et à la publicité en matière de consultation et de rédaction d'actes juridiques, art. 1^{er}).

⁷ *Ibid.*, art. 2.

message étant indifférent. La précision est importante, car la jurisprudence a parfois confondu les notions de démarchage et de publicité par le passé¹.

100. Agrément et autres abus de la liberté d'expression. En troisième lieu, le critère étudié a pu s'avérer utile pour distinguer les contraventions de diffamation, injure ou provocation non publiques des délits de presse correspondants, ou pour écarter l'infraction d'apologie du terrorisme, dans des hypothèses où les critères habituels ne permettaient pas de trancher entre le caractère public ou privé de la communication. Tout d'abord, en matière de diffamation non publique, il a été jugé que le message est confidentiel quand la personne concernée le reçoit. Selon la Cour de cassation, « *les imputations diffamatoires contenues dans une correspondance personnelle et privée, et visant le seul destinataire de la lettre qui le contient, ne sont punissables, sous la qualification de dissimulation non publique, que si la lettre a été adressée dans des conditions exclusives de tout caractère confidentiel* »². En d'autres termes, l'agrément d'un destinataire unique ne permettait pas de qualifier la diffamation de non publique, ce qui montre bien que le critère de l'agrément est lié à la communication confidentielle.

Ensuite, si les juges rattachent le lien unissant les destinataires au critère prétorien de la communauté d'intérêts³, la Cour de cassation semble avoir confondu, dans un arrêt dit « *Facebook* » rendu en 2013⁴, ce critère avec celui du lien unissant l'auteur des propos à ses destinataires⁵. En effet, le paramétrage est particulier sur ce site puisque l'utilisateur peut choisir de diffuser du contenu à ses « *amis* », ses « *amis d'amis* » ou au « *public* ». Or, en toute rigueur, c'est le titulaire du compte qui choisit ses « *amis* », et non ceux-ci qui se choisissent. Sauf à considérer que l'intérêt qui les lie est justement le titulaire du compte⁶, l'on ne devrait pas évoquer la communauté d'intérêts ici. En somme, si la première chambre civile évoquait à juste

¹ Cass. crim., 28 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 280 ; *Dr. pén.* 1999, comm. 71, obs. J.-H. ROBERT, jugeant que constituait un démarchage le fait, dans un lieu public, de coller des affiches proposant la rédaction d'actes sous seing privé et des consultations. Il s'agissait pourtant d'un acte d'exposition (sur cette notion, v. *infra* n° 129 et s.) et le commentateur de cet arrêt releva, à juste titre, que l'acte n'entraînait pas dans la définition du démarchage précitée, sauf à considérer que le terme « *notamment* » permettait de l'y inclure (J.-H. ROBERT, comm. préc.).

² Cass. crim., 11 avril 2012, n° 11-87.688, *Bull. crim.* n° 89.

³ Sur ce critère, v. *infra* n° 111.

⁴ Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n° 11-19.530, *Bull. civ.* I, n° 70 ; *Légipresse* 2013, p. 312, n° 305, note B. ADER ; *CCE* 2013, comm. n° 81, obs. A. LEPAGE.

⁵ V. déjà, pour une telle confusion : CA Paris, 11^e ch., sect. A, 16 nov. 1998 ; *Légipresse* 1999, n° 159, I, p. 21, jugeant que la distribution d'une revue uniquement par abonnement n'entraîne pas nécessairement l'absence d'élément de publicité puisqu'il importe d'examiner si la faculté de s'abonner à la revue est soumise à une condition d'agrément quelconque, susceptible de caractériser une communauté d'intérêts.

⁶ En ce sens, A. LEPAGE, comm. préc. Pour l'auteur, « *cet "agrément" vaut, en réalité, reconnaissance, de la part de celui qui donne ainsi un accès sélectif à ses propos, de cette "appartenance commune" traditionnellement associée à la communauté d'intérêts* ».

titre que les destinataires du message étaient des « *personnes agréées par l'intéressée* », la déduction opérée, à savoir que « *celles-ci formaient une communauté d'intérêts* », était critiquable et il était vraisemblable que la communication demeurât confidentielle. La Cour d'appel de renvoi refusa d'ailleurs de considérer que la contravention d'injure non publique était caractérisée, en jugeant, notamment, que la personne visée par les propos « *ne peut être considérée comme en ayant été la destinataire, puisque, précisément, elle n'était pas au nombre des contacts de l'auteur des propos* »¹. C'est dire que l'agrément des membres du compte rendait la communication confidentielle.

Enfin, dans une affaire d'apologie du terrorisme², il était question d'un individu proférant des propos apologétiques dans un fourgon, en présence des seuls policiers qui l'escortaient. Il n'y avait donc en l'occurrence ni lieu public, ni réunion publique, ni même public puisque, en toute rigueur, les policiers pouvaient être considérés comme un groupe lié par une communauté d'intérêts³. La Cour de cassation a pourtant considéré que l'apologie était bien publique en mettant en chapeau l'accent sur la volonté de l'auteur des propos, ceux-ci devant être « *tenus à haute voix dans des circonstances traduisant une volonté de les rendre publics* ». Or, la seule circonstance objective dont pouvait éventuellement être déduite cette volonté était l'absence de liens entre l'auteur des propos et les récepteurs de ceux-ci, ce qui amènerait à conclure que « *dans le cas de l'article 421-2-5, la Cour de cassation ne retient l'existence d'une communauté d'intérêts qu'à la condition qu'elle existe entre l'auteur des propos en cause et ses interlocuteurs* »⁴. Autrement dit, l'absence d'agrément entre l'auteur du propos et ses récepteurs suffirait pour caractériser la publicité. Selon un commentateur, une telle approche suscite la réserve, car « *il s'agirait alors d'une conception nouvelle de cette notion de communauté qui, s'agissant des infractions de presse, n'a toujours été appréciée qu'au regard des intérêts pouvant unir les seuls destinataires des paroles* »⁵. Cette assertion n'est pas tout à fait exacte, car on a vu que l'agrément était déjà pris en compte dans l'arrêt

¹ CA Versailles, 3^e ch., 18 juin 2015, n° 13/0345. On notera que, par la suite, la chambre sociale a uniquement mentionné, dans une espèce similaire, les « *personnes agréées* » par le titulaire du compte pour qualifier une « *conversation de nature privée* » – une communication confidentielle en réalité –, laquelle ne constituait dès lors pas une faute grave justifiant un licenciement (Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-11.690 ; RDT 2019, p. 44, obs. R. DALMASSO ; Gaz. pal. 2018, n° 37, p. 24, obs. S. MAYOUX ; JCP G 2019, 1182, note G. LOISEAU).

² Cass. crim., 11 juill. 2017, n° 16-86.965, P ; Gaz. Pal. 2017, n° 37, p. 22, obs. F. FOURMENT ; Dr. pén. 2017, comm. 158, obs. P. CONTE ; CCE 2017, comm. 89, obs. A. LEPAGE.

³ V. *infra* n° 112.

⁴ P. CONTE, comm. préc.

⁵ *Ibid.* Et l'auteur de conclure : « *la chambre criminelle considèrerait-elle que le délit d'apologie d'actes de terrorisme ayant cessé [...] d'appartenir à la catégorie des infractions de presse, elle n'est plus tenue, le concernant, de respecter les solutions prévalant sous l'empire de la loi de 1881 ?* »

Facebook. La réserve est dans tous les cas de mise, car il était tout à fait possible d'estimer que le prévenu avait bien choisi de s'adresser aux policiers se trouvant devant lui et exclusivement à ces derniers, si bien qu'il les avait agréés. La solution semble donc excessivement sévère.

101. En définitive, le critère de l'agrément permet d'identifier les communications confidentielles sans véritable difficulté lorsque le lien entre l'émetteur et le récepteur est direct. L'analyse se complique lorsque ce lien est indirect, au sens où un intermédiaire intervient dans le processus de communication.

2. Le lien indirect entre l'émetteur et le destinataire

102. De délicates questions se posent lorsque le message émis par un individu est reçu et manié par un intermédiaire qui n'est pas forcément un tiers à la communication, mais qui n'est pas non plus la personne visée par l'émetteur. Cette problématique se décline dans plusieurs domaines : celui des correspondances, celui de l'outrage et celui de la diffamation et de l'injure.

103. *Lien indirect et correspondance.* En premier lieu, la problématique du lien indirect survient dans l'hypothèse d'une correspondance adressée à une entité collective, telle qu'une entreprise ou une administration. Dans cette hypothèse, une personne travaillant au sein de cette entité est fréquemment conduite à ouvrir la lettre qui ne lui est pourtant pas adressée. Autrement dit, la « *personne à laquelle le courrier est adressé a, bien entendu, vocation à l'ouvrir, mais le véritable destinataire [...] demeure le groupement pour lequel elle travaille et qu'elle est chargée de représenter* »¹. La jurisprudence est assez fournie sur la question. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle jugé que, lorsqu'un individu cesse d'agir comme mandataire d'une société destinataire d'un courrier, il devient un tiers à la correspondance et devient susceptible d'être condamné pour atteinte à son secret². Plus récemment, la Cour d'appel de Toulouse³ a relaxé du même délit le chargé de mission d'une association qui avait pris connaissance d'un courrier à caractère professionnel, lequel ne portait comme mention du destinataire que le nom de la fédération, était parvenu à l'adresse de cette dernière et débutait par les mots « *Monsieur le président* ». Les juges insistèrent en l'espèce sur le caractère strictement professionnel de la

¹ V. PELTIER, « Fasc. 20 : Atteintes au secret des correspondances commises par des particuliers », *op. cit.*, n° 23.

² Cass. crim., 20 oct. 1967 ; *JCP G* 1967, II, 15374, obs. A. CHAVANNE.

³ CA Toulouse, 3^e ch. corr., 10 janv. 2007. V. aussi, Cass. crim., 22 sept. 2004, n° 03-80.344.

lettre dont le prévenu avait eu connaissance dans le seul exercice de ses fonctions, ainsi que sur l'obligation qui lui incombait, une fois par semaine, d'informer son président des courriers présentant un caractère d'urgence, ce qui l'autorisait à les ouvrir. Si la première partie du raisonnement est critiquable, car elle vient mélanger l'approche du contenu et l'approche de l'accessibilité du courrier, la seconde considération est éclairante et permet de conclure, au vu de ces deux premières espèces, que le critère pris en compte est celui du *rapporteur nécessaire*. En somme, lorsque le destinataire direct a vocation à transmettre au destinataire indirect le message, il y a assimilation des deux destinataires.

La même logique prévaut dans une série d'espèces où le courrier était assorti de la mention « *personnel* » : a ainsi été jugé « *coupable du délit de violation du secret des correspondances par un particulier le prévenu gérant d'une SARL qui a ouvert une enveloppe portant le nom de son préposé et la mention "personnel"*. En effet, il ne pouvait ignorer en raison de sa position sociale et de son niveau intellectuel, le sens du terme "personnel" qui indiquait explicitement que le destinataire exclusif du pli était son préposé et que ce courrier ne concernait en rien les activités professionnelles exercées par ce dernier au sein du cabinet immobilier »¹. Dans le même ordre d'idées, viole le secret des correspondances l'avocat qui prend connaissance du contenu, recopie les mentions d'une carte postale adressée sous enveloppe à l'une de ses collaboratrices et portant la mention « *personnel* », et envoie ces mentions à un tiers². Dans toutes ces hypothèses, les intermédiaires entre l'émetteur et le récepteur ne pouvaient ouvrir le courrier, car la mention précitée révélait que l'émetteur, conscient que la correspondance allait être manipulée par des tiers à la communication, comptait en réserver l'exclusivité au destinataire final.

Une hypothèse proche a pu soulever une difficulté par le passé, celle de la lettre de recommandation d'un médecin, soit « *une missive qu'un médecin adresse à l'un de ses confrères pour lui recommander le cas de l'un de ses patients. Par tradition, cette lettre est alors remise au patient, à charge pour lui de la remettre lui-même au confrère* »³. Toute la question était de savoir si le destinataire était le patient ou le nouveau médecin. Dans un arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation, les juges ont considéré qu'il n'y avait pas atteinte au secret des correspondances en raison du caractère éventuel de la remise de la lettre au

¹ CA Toulouse, 13 janv. 2001 ; *JurisData* n° 2000-112057. V. aussi, CA Paris, 11e ch., sect. A, 9 janv. 1996 ; *JurisData* n° 1996-020048 ; CA Toulouse, 3e ch., 13 janv. 2000 ; *JurisData* n° 2000-126162.

² Cass. crim., 3 oct. 2006, n° 05-85.894. V. aussi, Cass. crim., 7 nov. 2000, n° 98-82.765.

³ G. BEAUSSONIE, « Fasc. 3403 : Secret des correspondances », *op. cit.*, n° 14.

nouveau médecin¹. En somme, le patient n'est, là encore, pas le rapporteur nécessaire du message, la différence avec les hypothèses précédentes étant qu'il devient alors le seul destinataire véritable de la lettre, là où dans les cas de figure précédemment évoqués, c'est le destinataire indirect qui le devenait.

104. Lien indirect et outrage. En deuxième lieu, il convient d'évoquer la jurisprudence rendue en matière d'outrage. C'est en la matière que les juges évoquent explicitement la notion de « *rapporteur nécessaire* ». Ainsi, le délit est-il commis s'il est probable que le message outrageant sera transmis au fonctionnaire à raison des liens professionnels ou hiérarchiques l'unissant à la personne à qui le prévenu s'est directement adressé². Dès lors, si une femme confie à d'autres personnes qu'elle entreprendra des démarches pour faire fusiller le maire, « *le canal choisi par la prévenue est trop indirect pour lui attirer une condamnation* »³. De même, une lettre concernant un garde-chasse adressée au procureur de la République ne constitue pas un outrage, ce dernier n'ayant aucune raison impérieuse de transmettre l'écrit audit garde-chasse⁴. Enfin, l'avocat qui, en présence d'un gendarme, tient des propos outrageants pour la présidente d'une chambre de l'instruction ne commet pas d'outrage, car ce militaire n'est pas uni à la personne outragée par un lien hiérarchique qui en fait le rapporteur nécessaire des discours du prévenu⁵.

Cette évolution jurisprudentielle montre que la publicité de l'outrage est devenue indifférente. Un mouvement de balancier a donc été effectué. D'abord focalisés sur l'expression « *écrits ou images de toute nature non rendus publics* » au mépris des termes « *adressés à une personne chargée d'une mission de service public* », les juges donnent à présent une importance exclusive à cette dernière expression⁶. Un arrêt synthétise explicitement cette évolution en évoquant le rapporteur nécessaire, l'adresse directe au destinataire et l'indifférence de la publicité : « *toute expression injurieuse, qu'elle s'adresse directement ou par la voie d'un rapporteur nécessaire à une personne chargée d'une mission de service public, ou à un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire, dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion*

¹ Cass. ch. réunies, 16 mai 1963 ; *JCP G* 1963, II, 13254, obs. R. SAVATIER.

² Cass. crim., 15 janv. 1904, *Bull. crim.* n° 29 ; Cass. crim., 21 févr. 1991 ; *RSC* 1991, p. 761, obs. G. LEVASSEUR.

³ Cass. crim., 20 avr. 1945 ; *D.* 1945, jurispr. p. 322.

⁴ CA Orléans, 27 oct. 1998, n° 98/00841.

⁵ Cass. crim., 26 oct. 2010, n° 09-88.460 ; *D.* 2011, p. 570, note E. DREYER.

⁶ Ce constat sera approfondi plus loin (v. *infra* n° 369 et s.).

de cet exercice, entre dans les prévisions, respectivement, des articles 433-5 et 434-24 du code pénal, même si elle présente un caractère public »¹.

Il convient tout de même d'ajouter que *la volonté* de viser le fonctionnaire concerné par l'outrage doit être appréciée. La Cour d'appel de Toulouse en a eu l'intuition en jugeant que la lettre offensante pour un magistrat n'est pas un outrage quand elle est adressée à un détenu, quoique son rédacteur ait conscience de l'existence d'une censure pénitentiaire du courrier². Plus explicitement, la Cour de cassation a estimé en 2017, dans une incise présente dans un attendu conclusif, que ne sont pas outrageants les propos tenus lors d'une conférence de presse s'il n'est pas « *établi que le prévenu ait voulu qu'ils lui soient rapportés par une personne présente* »³. Enfin, la Cour de cassation a véritablement consacré cette solution en proclamant, dans un chapeau, « *que dans les cas où des propos outrageants à l'égard d'un magistrat sont tenus devant un tiers en l'absence de la personne visée ou ne sont adressés qu'à un tiers, le délit d'outrage à magistrat n'est constitué que si, d'une part, leur auteur a l'intention, non pas seulement de prendre à témoin son interlocuteur, mais de voir ses propos rapportés à l'intéressé, et que, d'autre part, en raison de ses liens avec ce magistrat, ce tiers lui rapportera nécessairement l'outrage* »⁴. En d'autres termes, l'existence d'un rapporteur nécessaire peut s'apprécier tant subjectivement qu'objectivement.

105. Lien indirect et diffamation ou injures. En troisième lieu, la problématique du lien indirect est abordée en matière d'injures ou de diffamations non publiques, dans des hypothèses où une communication est adressée à un destinataire direct qui, soit la retransmet à d'autres personnes, soit la retransmet à la personne concernée par les propos. Dans les deux hypothèses, *in fine*, suffisamment de personnes sont atteintes par le message pour que la communication soit jugée non publique.

La volonté de l'émetteur d'atteindre davantage de personnes que le destinataire initial doit toutefois être démontrée. Ainsi, selon la Cour de cassation, les imputations diffamatoires contenues dans une lettre missive, concernant une personne autre que le destinataire, constituent la contravention de diffamation non publique lorsqu'il est établi que cette lettre devait être

¹ Cass. crim., 10 janv. 2017, n° 16-81.558 ; *Dr. pén.* 2017, comm. 55, obs. P. CONTE.

² CA Toulouse, 6 févr. 2003, n° 01/00893.

³ Cass. crim., 29 mars 2017, n° 16-82.884 ; *AJ Pénal* 2017, p. 278, obs. D. LUCIANI-MIEN.

⁴ Cass. crim., 23 mai 2018, n° 17-82.355, P+B. V. encore, Cass. crim., 18 nov. 2020, n° 19-85.895, reprochant aux juges du fond de n'avoir pas recherché si l'émetteur de l'outrage « *avait conscience que ses propos seraient nécessairement rapportés* » au fonctionnaire visé.

communiquée à la personne visée par les imputations¹. De même, est privée de tout caractère confidentiel la dénonciation effectuée comme un devoir par celui qui a cru nécessaire d'alerter l'autorité de police d'une infraction en train de se commettre. Parce que l'auteur de cette lettre sait, en l'envoyant, qu'elle n'a pas vocation à rester secrète, son caractère confidentiel fait défaut². Dans le même ordre d'idées, pour des propos adressés par télécopie, la mention « *confidentiel* » est une précaution inopérante s'agissant d'un courrier assimilé à une correspondance à découvert, l'émetteur sachant bien qu'il va être lu par plusieurs personnes³. Plus encore, sont publics les propos discriminatoires proférés par un individu lors d'une conférence de presse à laquelle étaient présents « *des journalistes dont l'intéressé savait qu'ils les relayeraient dans leur publication* »⁴. À l'inverse, dans une espèce où des courriels avaient été adressés au président d'un conseil syndical d'une résidence, lequel les avait communiqués à un certain nombre de copropriétaires, la Cour de cassation valide le raisonnement des juges du fond, « *dont il se déduit que les messages contenant les propos diffamatoires étaient revêtus du caractère de confidentialité propre aux correspondances privées sans que soit démontrée la volonté de leur auteur qu'ils soient portés à la connaissance de tiers* »⁵.

Par ailleurs, il faut également prendre en compte la *volonté du destinataire direct*. Aussi, un courrier ne perd pas son caractère confidentiel, même si l'émetteur souhaitait qu'il soit diffusé, lorsque ce destinataire s'y refuse. La personne mise en cause à cette occasion ne peut donc s'estimer victime d'une diffamation ou injure non publique dans l'hypothèse où elle aurait deviné le contenu de l'information ainsi transmise⁶.

Enfin, si le destinataire direct est une *personne tenue à la confidentialité*, figure antithétique du rapporteur nécessaire, le juge devra en tenir compte. Dès lors, lorsqu'une personne prononce des propos diffamatoires dans un « *entretien privé entre deux personnes, et visant un tiers* », il n'y a pas diffamation non publique, car le destinataire direct était un enquêteur de la caisse primaire d'assurance maladie tenu à la confidentialité⁷. De même, si le destinataire tenu à une obligation de confidentialité divulgue le contenu de ladite lettre, l'auteur

¹ Cass. crim., 23 juin 1998, n° 96-86.516.

² Cass. 1^{re} civ., 12 juill. 2012, n° 11-16.006. V. aussi, Cass. crim., 25 nov. 2014, n° 13-83.123, à propos d'un courrier diffamatoire adressé à un préfet pour l'avertir d'un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité d'autrui (v. C. pén., art. 223-7) ; la personne mise en cause pouvait donc s'estimer diffamée.

³ T. pol. Paris, 11 janv. 1999, *BICC* n° 858.

⁴ Cass. crim. 6 mars 2018, n° 17-81.875.

⁵ Cass. crim., 12 avril 2016, 14-86.176.

⁶ Cass. crim., 11 oct. 2011, n° 10-88.657 ; *D.* 2012, p. 765, obs. E. DREYER.

⁷ Cass. crim., 14 oct. 2014, *Bull. crim.* n° 206, préc. Les juges du fond estimaient, au contraire, que « *le prévenu ne pouvait ignorer que le rapport consignait ses propos serait communiqué [au destinataire final] dans le cadre de la procédure* ».

de celle-ci échappe aux poursuites pénales, même si la lettre contient l'annonce de sa publication future¹. Au contraire, pour établie, en matière de diffamation, le caractère public des dépêches de l'Agence France-Presse, des juges du fond ont pu retenir que les destinataires de ces dépêches reçoivent les informations « à titre non confidentiel, pour les propager au sein de nouveaux publics »².

Cependant, une solution semble être allée à l'encontre des principes exposés. En l'espèce, un pédiatre avait envoyé une diatribe contre la « *fivete* » à ses confrères, illustrée par le cas concret d'une patiente. Un des médecins divulgua à cette dernière le document et la Cour de cassation valida la condamnation de l'auteur des propos pour injure non publique³. On aurait pu penser qu'il y avait confidentialité ici, au regard de la jurisprudence antérieure, puisque l'émetteur n'avait pas l'intention que son message soit divulgué à la personne visée⁴ et que les médecins n'étaient pas, *a priori*, des rapporteurs nécessaires puisque rien ne laissait supposer que l'un d'eux transmettrait nécessairement la diatribe à la patiente⁵. La solution est donc critiquable et montre bien que la jurisprudence est loin d'être toujours d'une limpide clarté en la matière.

106. Bilan. En résumé, le destinataire d'une communication privée est généralement le destinataire final, car il est visé par l'émetteur du message ou tenu à une obligation de confidentialité. Dans la première hypothèse, le message est parvenu à destination ; dans la seconde, il n'est pas censé être transmis à autrui. Dans les deux cas, si le destinataire transmet ce message à autrui, c'est un nouvel acte de communication qui a lieu. En revanche, il se peut que le destinataire initial soit seulement le destinataire direct de la communication ; le véritable destinataire, choisi par l'émetteur, étant alors le destinataire indirect. C'est alors qu'il s'agit de

¹ Cass. crim., 3 juill. 1976, *Bull. crim.* n° 199.

² CA Paris, 18 mai 1988 ; *D.* 1990, p. 35 (1^{re} esp.), note G. DROUOT. On notera que c'est donc cette obligation de confidentialité qui permettait de considérer que les propos étaient tenus « *à titre confidentiel* » dans l'affaire relative à l'enregistrement de paroles lors d'une garde à vue (Cass. crim., 21 avr. 2020, préc.). Pour A. DEJEAN DE LA BÂTIE (obs. ss. arrêt préc.) : « *Dans le cadre de l'interrogatoire de garde à vue, les réponses de la suspecte étaient destinées à une personne précise, l'interrogateur. Outre son identité déterminée, le destinataire des paroles était, à son tour, tenu, au moment de leur prononciation, au secret professionnel* ».

³ Cass. 1^{re} civ., 9 avr. 2014, n° 12-29.588, *Bull. civ. I*, n° 67 ; CCE 2014, comm. 57, obs. A. LEPAGE ; *D.* 2015, p. 342, obs. E. DREYER.

⁴ En ce sens, A. LEPAGE, comm. préc. : « *n'aurait-il pas été possible, en outre, de voir dans la cible de cette liste de diffusion la volonté de l'auteur du message que ce dernier reste inaccessible aux tiers, et en premier lieu aux personnes qui étaient visées ?* »

⁵ *Ibid.* : « *à défaut d'être ici tenus par le secret professionnel [...], les médecins n'étaient-ils pas tenus à un devoir de réserve, à tout le moins ne devaient-ils pas s'abstenir de porter à la connaissance des intéressés ce que l'auteur du message leur avait fait savoir et à eux seuls ?* ». Et l'auteur d'en conclure que, dans cette espèce, la Cour de cassation semble « *encliner à favoriser la répression du médecin auteur du mail dont l'indélicatesse des propos lui paraît peut-être l'emporter sur celle commise à son égard par le confrère qui a révélé l'information aux parents* ».

déterminer si le destinataire direct est bel et bien le rapporteur nécessaire du message. Cette qualité de rapporteur nécessaire s'apprécie, d'une part, objectivement, lorsqu'elle est déduite de l'obligation incombant au destinataire direct de rapporter les propos au destinataire indirect du fait des rapports hiérarchiques ou professionnels qu'il entretient avec lui, ou du fait de sa qualité de journaliste ; elle s'apprécie, d'autre part, subjectivement, en ce qu'elle peut découler de la volonté de l'émetteur, ce qui suppose, le cas échéant, de montrer que celui-ci visait bien la ou les personne(s) réceptrice(s), *in fine*, du message. Dans tous les cas, le lien ainsi créé entre l'émetteur ou le destinataire, qu'il soit direct ou indirect, est déterminé par l'émetteur lui-même, là où le lien pouvant exister entre les destinataires lui échappe potentiellement, ce qu'il convient de démontrer.

B. Les destinataires unis par des liens particuliers

107. Lorsqu'une communication vise un groupe de personnes unies par des liens particuliers, déterminer l'antonyme du substantif « *public* » s'avère véritablement nécessaire, le terme « *destinataire* » ne suffisant plus. Si la référence au « *cercle privé* » serait adéquate pour décrire de tels destinataires et constituer le critère de la communication privée (1), c'est essentiellement en recourant au critère de la « *communauté d'intérêts* » que la jurisprudence contemporaine parvient à estimer que les destinataires d'une communication ne constituent pas un public (2).

1. Le cercle privé, critère potentiel de la communication privée

108. *Le cercle privé dans l'histoire.* Il est assez aisé d'identifier abstraitement les groupes de personnes qui constituent des cercles privés, groupes de personnes destinataires ne s'apparentant pas au public du fait des liens qui les unissent. Pour un historien, la caractéristique première de ces groupes est la convivialité : « *nul besoin ici pour fonder [le privé] d'espaces retranchés, de retraite solitaire, de clôture protectrice : ce qui fait le privé est avant tout l'élection de compagnies où peut se vivre une existence qui n'est point celle des tâches ordinaires* »¹.

¹ R. CHARTIER, « La communauté, l'État et la famille. Trajectoires et tensions », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, op. cit. t. 3, p. 399.

Le cercle le plus privé est sans conteste le *cercle familial*, d'où l'expression « *un peu vieillotte* »¹ de « *cercle de famille* » en droit de la communication². Mais si la famille est une réalité sociale intemporelle, elle ne devient que tardivement « *nucléaire* », épithète assurément révélatrice du caractère privé de la cellule familiale. C'est à la Renaissance que la famille « *tend à devenir ce qu'elle n'avait jamais été auparavant : un lieu de refuge où l'on échappe aux regards du dehors, un lieu d'affectivité où s'établissent des rapports de sentiment entre le couple et les enfants, un lieu d'attention à l'enfance [...]. En développant ses nouvelles fonctions, d'une part, elle absorbe l'individu qu'elle recueille et défend ; d'autre part, elle se sépare plus nettement qu'auparavant de l'espace public avec lequel elle communiquait [...]. Toutefois, il ne s'agit ici que du début d'une évolution qui triomphera au XIX^e siècle* »³. La famille devient assurément un cercle privé de destinataires avec l'apparition de la correspondance familiale à la même époque, laquelle « *est écrite pour le groupe ou le sous-groupe ; elle circule, limite son territoire, module ses confidences, exclut l'intime* »⁴.

Bien entendu, la famille « *n'épuise pas la sphère du privé, ni celle de l'affectivité, ni même celle de la formation de la personnalité adulte* »⁵. Le cercle des amis est également une figure type du cercle privé. L'amitié, au sens moderne du terme, peut s'observer à partir de la Renaissance, période durant laquelle elle sera « *partout, banale et nécessaire, plurielle et inscrite dans le tissu courant des relations sociales [...] [mais] aussi exceptionnelle et singulière, engageant des personnes qui se sont choisies librement et sans autre but qu'elles-mêmes, et les isolant du reste des hommes* »⁶. Ce cercle privé ne trouvera néanmoins pas d'autonomie dans les dispositions pénales, au contraire de certains groupes, fondés sur la fraternité, suffisamment institutionnalisés⁷ pour que le droit les prenne en compte : les clubs et

¹ G. LOISEAU, « Réseaux sociaux et abus de la liberté d'expression : l'exception de cercle privé », *JCP G*, n° 46, 2018, p. 1182.

² V. *infra* n° 244.

³ P. ARIÈS, « Pour une histoire de la vie privée » in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *op. cit.*, t. 3, p. 18. V. aussi, R. CHARTIER, art. préc., p. 400, exprimant la double dimension, spatiale et personnelle qui caractérise la famille : « *Ainsi la famille devient-elle le lieu par excellence du privé. D'une part, elle s'identifie à un espace propre, distinct : celui de l'habitation domestique. D'autre part, la famille concentre les attachements, capte l'affectivité, attache l'individu [...], c'est bien dans le courant du XVIII^e siècle que l'essentiel de l'existence privée se replie sur le for familial* ».

⁴ M. PERROT, « La vie de famille », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *op. cit.*, t. 4, p. 168.

⁵ M. AYMARD, « Amitié et convivialité », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *op. cit.* t. 4, p. 442.

⁶ *Ibid.*, p. 448. Et l'auteur d'évoquer cette affirmation de MONTAIGNE à propos du lien qui l'a uni à LA BOÉTIE : « *c'est beaucoup si la fortune y arrive une fois en trois siècles* ».

⁷ *Ibid.*, p. 483 : « *c'est précisément cette sociabilité que les mêmes hommes adultes s'efforcent, à partir du XVII^e siècle en Angleterre, du XVIII^e en France et dans le reste de l'Europe, d'organiser, de codifier, d'institutionnaliser, de rendre confortable et apaisante : un cadre qui leur permet, en dehors de leur famille, de se sentir eux-mêmes à égalité avec d'autres. C'est le choix de la convivialité* ».

les cercles¹, au sens plein du terme. Si ces premiers cercles n'ont pas forcément vocation à être centrés sur la discussion politique – il s'agit essentiellement pour des jeunes hommes issus de la haute société de l'époque de se regrouper pour échapper aux contraintes familiales –, le club va prendre une connotation politique par la suite avec le développement des sociétés de discussions, dont le club des Jacobins demeure l'exemple le plus célèbre. Si les travaux de ces clubs sont parfois publiés, et bien que l'on puisse considérer que les réunions de ces clubs préfigurent les réunions publiques, le cercle n'en reste pas moins privé, en ce que l'on n'en devient pas membre aisément. C'est ce cercle privé politisé que l'article 7 de la loi du 30 juin 1881 interdira sans ambiguïté : « *Les clubs demeurent interdits* ».

Enfin, au XX^e siècle, émerge le cercle particulier des *collègues de travail*. Comme le souligne à juste titre un historien : « *La convivialité entre collègues [...] s'inscrit en réaction contre [l'] univers bureaucratique. C'est une tentative pour rétablir des relations personnelles chaleureuses à l'intérieur même du cadre froid et impersonnel du travail* »².

En définitive, pour l'historien, le cercle privé est avant tout un cercle fondé sur la convivialité et l'affinité. Pour autant, cet aperçu montre également que les liens peuvent s'institutionnaliser. Le membre du club y trouve un intérêt qui dépasse la simple amitié, tout comme le collègue de travail, ce sur quoi les juges pénaux insisteront avec la notion de « *communauté d'intérêts* ». Ces derniers auraient toutefois pu évoquer plus explicitement le cercle privé, étant donné que ce syntagme est usité dans certains textes non pénaux.

109. *Le cercle privé hors du droit pénal.* Le cercle privé a d'abord fait son apparition hors des dispositions pénales. Ainsi, l'article 1655 du Code général des impôts dispose-t-il en son deuxième alinéa que lorsque leur exploitation ne revêt pas un caractère commercial, « *les cercles privés* » ne sont pas nécessairement soumis à la réglementation administrative des débits de boissons, notamment si leurs adhérents sont seuls admis à consommer les boissons. Ce cercle privé est un type particulier d'association, il ne permet pas d'englober les cercles privés précédemment identifiés. Par ailleurs, aucune « *définition légale de la notion de cercle privé* »

¹ À propos de ces fraternités, dont dérive la franc-maçonnerie, M. AYMARD (art. préc., p. 466) précise : « *Une idéologie assez floue y fonde une sociabilité raisonnable et restreinte entre des individus qui se sont eux aussi "choisis", et qui, eux aussi, ne se seraient pas trouvés s'ils ne s'étaient pas cherchés [...] L'amitié y est fonctionnelle. Elle y sera non seulement recherchée mais aussi statutaire* ». BAUDELAIRE pourra écrire à cet égard : « *La vie anglaise – cette mort du cœur –, la vie des clubs et des cercles* ».

² A. PROST, « Frontières et espaces du privé », art. préc., p. 109.

n'existe et le statut juridique de ce type de club reste encore assez flou »¹. L'article L. 322-4 du Code de la sécurité intérieure évoque, pour sa part, certains jeux « *organisés par des personnes non opérateurs de jeux dans un cercle restreint et uniquement dans un but social, culturel, scientifique, éducatif, sportif ou d'animation sociale et se caractérisent par des mises de faible valeur, inférieures à 20 euros* ». Ce cercle restreint se rapproche davantage d'une notion générique de laquelle découleraient des cercles spécifiques, mais les buts listés ne permettent pas d'y inclure le monde professionnel ou la sphère familiale. Dans la même logique, les « *cercles de jeux* », anciennement régis par l'article 47 de la loi du 30 juin 1923 ont été remplacé, à titre expérimental, par le statut de « *clubs de jeux* » en 2017².

Enfin, l'article L. 320-2 du Code de commerce oppose aux ventes aux enchères publiques les « *ventes effectuées dans le cercle purement privé* ». Dans une espèce où une vente aux enchères avait été effectuée en ligne, la Cour d'appel de Versailles devait déterminer, en application de cette disposition, si les acheteurs constituaient un tel cercle privé. Selon les juges du fond, « *le caractère restreint des vendeurs et des acheteurs en fonction de différents critères reste sans effet sur le caractère public de la vente volontaire aux enchères ; une vente volontaire aux enchères ne devient privée que lorsque l'offre de vente est faite à une ou des personnes déterminées ayant un lien étroit entre elles, pouvant venir de la propriété en commun de l'objet mis en vente* ». Or, « *tel n'est pas le cas lorsque la vente volontaire de meubles aux enchères est faite à un ensemble de personnes, même réduit à une catégorie particulière définie par des critères : professionnel, d'abonnement... puisqu'il suffit de remplir les conditions d'admission pour entrer dans le champ de participation à ces ventes* »³. Une telle motivation pourrait tout à fait être employée par le juge pénal pour caractériser l'existence d'une communauté d'intérêts en droit de la presse. Le législateur pénal pourrait donc s'inspirer de la disposition évoquée pour consacrer le cercle privé en droit pénal, consécration dont la nécessité se fait sentir.

¹ J.-B. AUTRIC, « Loi sur le tabagisme : ce qu'elle implique pour les associations », *Juris associations*, 2008, n° 378, p. 27. L'auteur précise, par ailleurs, la façon dont s'apprécie le caractère privé du cercle. Selon lui, « *dès lors que l'accès est soumis à une appréciation souveraine, avec ou sans paiement d'une cotisation, l'association revêt réellement la qualité de cercle privé, dans le sens où elle n'est pas, en pratique, ouverte au public* ». De même, « *peut être considérée comme cercle privé une association dont les statuts précisent expressément que les candidatures sont examinées discrétionnairement par le comité, le bureau ou toute autre instance, sans avoir à justifier un refus, afin de maintenir un véritable affectio associationis* ». Cette insistance sur la volonté discrétionnaire de ceux qui gèrent le cercle est pertinente (v. *infra*, n° 218).

² Décret n° 2017-913 du 9 mai 2017, art. 5.

³ CA Versailles, 16 juin 2011 ; *RJDA* 2011, n° 1013.

110. *Le cercle privé en droit pénal.* En droit pénal, aucun texte ne fait référence à la notion de cercle privé¹. Tout juste peut-on peut évoquer l'article 706-35 du Code de procédure pénale, mentionnant successivement le « *club* » et le « *cercle* », en matière de perquisition nocturne dans des lieux où des personnes se livrant à la prostitution sont reçues habituellement. Cette référence est néanmoins maladroite, car elle engendre une confusion entre le lieu et les personnes qui s'y retrouvent. De plus, c'est surtout le cercle privé dans sa dimension associative spécifique qui est mentionné ici. En toute hypothèse, le fait que l'article 225-10 du nouveau Code pénal ne reprenne pas cette énumération conduit à ne pas exagérer la portée de cette référence isolée au cercle privé.

En revanche, le cercle privé fut mentionné par le Conseil constitutionnel en 2003, alors qu'il examinait la constitutionnalité du futur article 433-5-1 du Code pénal, réprimant l'outrage au drapeau. Il considéra alors que « *sont exclus du champ d'application de l'article critiqué [...] les propos tenus dans un cercle privé* »². Il ne suffit certes pas que les Sages de la rue Montpensier mentionnent un syntagme pour en faire une notion juridique autonome. Il n'en demeure pas moins que celle-ci présenterait une réelle utilité en droit pénal et permettrait d'identifier avec plus d'assurance la communication privée qui n'est pas pour autant confidentielle. Pour ce faire, les juges ont actuellement recours au critère, moins explicite, de la « *communauté d'intérêts* »³.

2. La communauté d'intérêts, critère actuel de la communication privée

111. *La définition du critère de la « communauté d'intérêts ».* Le critère du lien entre les destinataires trouve son origine dans le cadre de la jurisprudence relative à la notion de réunion publique⁴ et connut un succès fulgurant à la fin du XX^e siècle, lorsqu'il fut renommé et érigé au rang de notion – sans qu'il soit véritablement possible d'identifier la décision

¹ V. néanmoins, CSI, art. L. 852-2, régissant « *les interceptions de correspondances échangées au sein d'un réseau de communications électroniques empruntant exclusivement la voie hertzienne et n'impliquant pas l'intervention d'un opérateur de communications électroniques, lorsque ce réseau est conçu pour une utilisation privative par une personne ou un groupe fermé d'utilisateurs* ».

² Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, § 104.

³ Pour un auteur partisan de l'expression « *cercle privé* » (G. LOISEAU, « Réseaux sociaux et abus de la liberté d'expression : l'exception de cercle privé », *JCP G*, 2018, 1182), ce syntagme ne se confondrait toutefois pas avec la notion communauté d'intérêts, « *elle-même beaucoup trop large car elle renvoie à un groupe ou à un groupement dont les intérêts communs peuvent être de nature très diverse* ». Il est permis de considérer qu'au contraire, les deux désignations sont synonymes.

⁴ V. *infra* n° 186.

baptismale¹ – celle de « *communauté d'intérêts* ». Ce critère s'émancipa alors de la réunion publique, malgré les critiques qui lui furent adressées par la doctrine classique² et qui lui sont toujours portées par la doctrine contemporaine³. Il est si présent en matière d'infractions de presse que l'on a pu écrire que « *le droit positif de ladite notion ressemble à une forêt broussailleuse dans laquelle il demeure hasardeux de pénétrer* »⁴. Une telle incursion s'impose pourtant. La doctrine se contente généralement de la définition selon laquelle la communauté d'intérêts « *existe là où par une appartenance commune, des aspirations ou des objectifs partagés, les personnes ayant à connaître d'un propos forment une entité suffisamment fermée pour ne pas être perçues comme des tiers par rapport à son auteur* »⁵. Cette définition a le mérite de mettre en avant l'objectif poursuivi par le groupe et le caractère fermé de celui-ci, mais elle peut sembler incomplète, d'autres critères de définition pouvant rentrer en ligne de compte. Par ailleurs, elle tend à confondre, par sa formulation, le critère de l'agrément et celui de la communauté d'intérêts. Il s'agit donc de renouveler l'approche de cette notion prétorienne.

Avant toute chose, il convient de relever que les termes qui composent ce syntagme sont eux-mêmes délicats à appréhender. Quant à la « *communauté* », un auteur ayant récemment consacré une étude aux communautés d'intérêts en droit privé⁶ a pu en identifier trois caractéristiques fondamentales : elle « *implique la pluralité, par opposition à l'unicité* », elle « *ne constitue par définition pas une personne juridique* » et, surtout, elle suppose des « *liens particuliers* »⁷ entre ses membres. Toute la difficulté est donc d'identifier les liens unissant les

¹ Le critère est déjà utilisé pour départir la diffamation publique et non publique commise par lettre dans la seconde moitié du XX^e siècle, sans pour autant que la terminologie de communauté d'intérêts soit employée : Cass. crim., 18 mai 1954, *Bull. crim.* n° 187. V. aussi Cass. crim., 24 janv. 1967, *Bull. crim.* n° 36.

² V. *infra* n° 186.

³ C. BIGOT, *Pratique du droit de la presse*, Dalloz, 3^e éd., 2020, p. 119 : « *Si la Cour de cassation a rendu des dizaines d'arrêts utilisant la notion de communauté d'intérêts, il est regrettable qu'il n'ait pas pris la peine de le définir* ». V. aussi, A. LEPAGE, note ss. Cass. crim., 28 avr. 2009, CCE 2009, comm. 102 : « *la notion présente l'inconvénient d'être un peu fuyante* » ; M. VÉRON, note ss. Cass. crim., 2 mars 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 104 : « *cette solution ne fait que déplacer le problème. En effet, comment définir la communauté d'intérêts ? Tout dépend du contexte et des circonstances de fait. L'examen d'une jurisprudence abondante révèle des nuances bien difficiles à justifier, notamment lorsque les faits incriminés sont commis dans le monde politique, au sens large* ».

⁴ E. PIERROUX, « Facebook, Twitter et autres réseaux sociaux : petites injures entre "amis" », *Gaz. pal.*, 3 déc. 2015, p. 4.

⁵ Y. MAYAUD, obs. ss. Cass. crim., 3 juin 1997, *RSC* 1998, p. 104.

⁶ S. PRETOT, *Les communautés d'intérêts : essai sur des ensembles de personnes dépourvus de personnalité juridique*, th. dir. A.-M. LEROYER, Paris 1, PUAM, 2019, n° 18, p. 41 : « *La communauté d'intérêts pourrait être définie comme un ensemble de personnes unies par des liens particuliers qui, bien que dépourvus de la personnalité juridique, constitue une entité dont l'autonomie juridique peut être prononcée* ». L'auteur avance que ces groupements particuliers se définissent par un élément constitutif, la présence de liens communautaires, et par un élément facultatif, l'autonomie juridique des groupements. Dans le cadre de cette étude, seul l'élément constitutif retiendra l'attention.

⁷ *Ibid.*, n° 9, p. 32. V. aussi J. CARBONNIER, « Communauté – communisme – propriété », in *Écrits. Textes rassemblés par R. Verdier*, PUF, 2010, 2^e éd., p. 381 : « *l'amour est l'âme même d'une communauté* ».

communautaires. L'on pourrait penser que le terme « *intérêt* » a justement pour fonction de préciser la nature de ces liens ; mais comme le relève l'auteur précité, la doctrine met souvent en avant le caractère indéfinissable de ce terme, « *son "imprécision", son "ambiguïté", sa "neutralité", sa "souplesse", son contenu "fuyant et insaisissable", son caractère "protéiforme", son "flou", voire sa "subversion" »*¹. Si bien qu'en somme, la notion d'intérêts « *exprime ce qui importe à la communauté, et donc aux membres de celle-ci. Elle est donc quelque peu redondante avec celle de communauté et, plus précisément, avec l'idée de lien particulier unissant les membres, dégagée par le terme de communauté »*². La sémantique n'est donc ici que d'un maigre secours, si ce n'est qu'elle confirme l'importance des liens communautaires.

Reste alors à identifier la particularité des liens postulés par une communauté d'intérêts. À cet égard, l'auteur précité met en lumière un critère permettant de mieux cerner la notion étudiée, celui de « *l'atténuation de l'altérité réciproque des communautaires »*³. Ce trait spécifique justifie la spécificité des liens communautaires par rapport aux autres liens, à savoir les liens d'oppositions, d'une part – tel le lien contractuel –, lesquels renforcent l'altérité des personnes en opposant leurs intérêts et en leur attribuant des qualifications bien distinctes, comme l'« *acheteur* » ou le « *vendeur* » ; les liens trop lâches, d'autre part, « *caractérisés en l'absence même de relations entre ceux qu'ils unissent »*⁴, ce qui vaut pour la communauté nationale ou la communauté étudiante, par exemple. Tout l'enjeu est donc de démontrer l'atténuation de l'altérité. Si une classification « *abstraite et rigoureuse des cas d'atténuation de l'altérité réciproque des communautaires, et par la même des liens communautaires, s'avère impossible »*⁵, les indices ne manquent pas et l'auteur en évoque trois.

En premier lieu, doit être prise en considération « *l'aptitude à s'ouvrir aux tiers* », expression éclairante qui n'est pas sans évoquer l'idée d'accessibilité, au cœur de cette étude. En effet, l'identité d'un groupe « *repose, pour une part non négligeable, sur des stratégies d'exclusion »*⁶. Il s'agit alors de déterminer l'auteur de ces stratégies d'exclusion. Or, l'émetteur du message n'est pas nécessairement celui qui module l'accessibilité du groupe de destinataires auquel il s'adresse. En effet, la communauté d'intérêts préexiste généralement à la communication, ce qui conduit à s'intéresser aux sources de la communauté, sur laquelle les

¹ S. PRETOT, *op. cit.*, n° 12, p. 36 et les références en notes.

² *Ibid.*, n° 16, p. 39.

³ *Ibid.*, n° 129 et s. En ce sens, déjà, D. MARTEL, *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*, IRJS Éd., 2012, n° 14 : « *La communauté de personnes [...] a une forte propension à altérer la personnalité même de ses membres et, si l'on ose dire, à la redéfinir* ».

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*, n° 133, p. 131.

⁶ D. DAYAN, « Les mystères de la réception », *Le Débat*, 1992, n° 71, p. 141.

membres n'ont pas nécessairement de prise. Lorsque le lien procède de la loi, ce qui est le cas pour la communauté des copropriétaires, par exemple, ces derniers n'ont aucune prise sur la formation de cette communauté. De même, les règles d'établissement d'un lien de filiation, au cœur du droit de la famille, sont définies par la loi. En revanche, bien des communautés sont susceptibles d'accueillir de nouveaux membres et définissent elles-mêmes les conditions d'une telle admission, que l'on songe aux cercles d'amis, aux entreprises ou encore aux associations. Les modalités permettant de faire partie du groupe – entretien d'embauche, rites de passage, vote des membres – seront définies en interne et la volonté à apprécier sera alors celle d'un individu, dans le cadre d'un groupement dirigé par une seule personne, ou celle d'un collectif, dans l'hypothèse d'une communauté reposant sur la collégialité. Dans cette dernière hypothèse, le juge pourra tenter de dégager la « conscience communautaire »¹ du groupement étudié, conscience que constituent, *a fortiori*, l'*affectio societatis* liant les membres d'une société ou l'*affectio associationis* unissant les membres d'une association. Cette conscience se traduit par les objectifs communs, poursuivis par la communauté, que seuls ses membres peuvent accomplir. On retrouve ici l'« appartenance commune » et les « aspirations ou des objectifs partagés »², sortes d'avatars de l'« objet social » que sont tenues de définir bien des personnes morales.

En deuxième lieu, rentre en ligne de compte le critère du « domaine d'expression du lien »³, soit, d'une part, les « liens d'ordre personnels », qu'ils soient *biologiques*, tels les liens familiaux, moraux, ce qu'évoque la solidarité au cœur du couple et de la famille, ou liés aux *affinités personnelles*, comme l'amitié ou la conviction politique ; d'autre part, les liens revêtant une « expression davantage matérielle, financière ou structurelle »⁴. Ces derniers renverraient, premièrement, au partage de l'usage ou de la propriété des biens indivis, à l'existence d'un lieu de vie familiale, à l'usage de moyens de production communs au sein de l'entreprise, à la propriété partagée par les copropriétaires ; deuxièmement, au financement des charges de la vie quotidienne du couple, à l'entraide ou à l'interdépendance financière intragroupe, à la poursuite d'une activité économique commune ; troisièmement, au sein de l'entreprise, à l'existence

¹ V. J. CARBONNIER, art. préc., p. 385. Selon l'auteur, la communauté « implique par définition chez chacun de ses membres une certaine conscience communautaire, un certain sentiment de communion avec le reste du groupe ». Comp., L. QUÉRÉ, « Le public comme forme et comme modalité d'expérience », in *Les sens du public. Publics politiques, publics médiatiques*, CURAPP, PUF, 2003, p. 121 : « Le public est, en un sens, une communauté imaginée, et, comme dirait Tarde "sa cohésion est toute mentale" ».

² Expressions employées par Y. MAYAUD (obs. préc.) pour définir la communauté d'intérêts.

³ S. PRETOT, *op. cit.*, n° 136, p. 132.

⁴ *Ibid.*, n° 43, p. 57.

d'acteurs communs, d'une direction commune ou de lieux de production communs¹. Cette présentation, bien qu'elle soit éclairante, pourrait être simplifiée. Il ressort de toutes ces énumérations que la communauté peut entretenir des liens avec la vie privée et familiale, avec la vie professionnelle, ou avec la propriété. En d'autres termes, il s'agit du même raisonnement qui revient à considérer que des propos ont été tenus à titre privé, car ils avaient trait à l'intimité d'une personne, ou que le lieu est privé, car il appartient à une personne privée. Son importance ne saurait donc être exagérée.

Enfin, le troisième critère à prendre en compte serait la durée d'expression du lien, car « *plus la relation communautaire est ancienne, plus l'effacement des individualités est susceptible d'être prononcé* »². Ainsi, les lieux familiaux sont-ils généralement plus pérennes que les amitiés virtuelles entretenues sur les réseaux sociaux. Ce critère ne sera néanmoins que rarement déterminant. En effet, l'application du critère de la communauté d'intérêts par les juges révèle que c'est surtout le premier critère évoqué qui les intéresse, le deuxième permettant simplement d'opérer une classification des cercles, du plus intime au moins privé.

112. L'application du critère de la communauté d'intérêts. Il convient d'éprouver l'intuition que suggérait l'analyse historique du cercle privé ainsi que les critères posés par la doctrine quant à la définition du critère de la communauté d'intérêts, afin d'observer si la gradation intuitive entre les cercles privés se retrouve dans les raisonnements des juges. Tout d'abord, il est frappant d'observer que les arrêts évoquant une communauté d'intérêts entre les *membres d'une même famille* sont extrêmement rares³. Deux explications sont envisageables, aux conséquences distinctes. D'une part, l'on peut penser que la question n'est généralement pas soulevée par les juges du fond ni soumise à la Cour de cassation, tant il est évident que les membres de famille constituent un cercle privé. Cette explication n'exclurait pas, dès lors, qu'un individu faisant circuler un message diffamatoire dans sa propre famille soit condamné pour diffamation non publique. D'autre part, et de façon autrement plus intéressante, l'on peut considérer que le cercle familial relève de la dimension de la confidentialité, ce qui permettrait de donner une véritable autonomie juridique à la notion de « *cercle de famille* »⁴ par rapport à

¹ *Ibid.*, n° 44, p. 58.

² *Ibid.*, n° 134, p. 131.

³ V. CA Aix-en-Provence, 7 mai 2013 ; *D. actu.*, 14 juin 2013, obs. C. MANARA, préc., évoquant des contacts liés entre eux par « *une communauté d'intérêts familiaux et professionnels* ». Cet arrêt est néanmoins isolé et, surtout, les personnes analysées ne constituaient pas uniquement un cercle familial mais également un cercle professionnel, ce qui tempère sa portée.

⁴ V. *infra* n° 244.

celle de communauté d'intérêts et, plus encore, révélerait une immunité familiale innommée. Un arrêt pourrait conduire à opter pour la deuxième branche de l'alternative. En effet, il s'agissait d'une affaire où un individu, dans un courriel, reprochait à son demi-frère d'avoir dépouillé leur père, les sœurs de l'émetteur étant « *mises en copie* ». La Haute juridiction conclut à l'absence de diffamation, même non publique, « *dès lors que le message litigieux, même s'il avait été envoyé en copie aux deux sœurs des parties, avait conservé son caractère confidentiel* »¹. Comme le relève un commentateur, ce cas de figure « *ne correspond à aucun des deux précédents où la jurisprudence fait jouer le critère de la confidentialité pour circonscrire la répression de propos injurieux ou diffamatoires non publics* »², à savoir l'hypothèse de l'absence de témoins et celle de l'absence de transmission des propos à la personne visée par ceux-ci par un éventuel rapporteur nécessaire. Dès lors, est-ce « *le contexte familial dans lequel les propos restent enfermés qui explique cette survivance de la confidentialité alors même que la personne visée par la diffamation n'est que l'un des destinataires du message ?* »³ L'arrêt étant isolé sur la question, la question ne peut être tranchée avec certitude.

Ensuite, si le cercle d'amis n'est jamais, lui non plus, mentionné par la jurisprudence, de nombreux arrêts concernent des *personnes liées par leurs convictions*, généralement politiques. La jurisprudence manque de cohérence sur ce point. La Cour de cassation a pu affirmer en chapeau d'une décision, à rebours des juges du fond, que les membres d'un parti politique formaient un groupement lié par une communauté d'intérêts⁴. Cette solution semble justifiée, car si tout un chacun peut « *s'encarter* » dans un parti, et quand bien même le domaine d'expression du lien a trait à la chose publique, l'altérité des membres s'efface au profit de la mission commune du parti, surtout qu'il était en l'espèce question d'un parti local. On comprend également la décision qui, *a contrario*, pose que les électeurs d'un canton ne sont pas liés par une communauté d'intérêts⁵, puisqu'ici ce critère de mission commune s'efface, les électeurs étant, par définition, amenés à voter pour différents partis. En revanche, il est plus délicat de justifier les solutions selon lesquelles les divers élus municipaux chargés de l'administration des affaires de la commune⁶ ou les membres du conseil municipal

¹ Cass. crim., 3 nov. 2015, n° 14-83.128 ; *D.* 2016, p. 282, obs. E. DREYER ; *RPDP* 2016, p. 147, obs. A. LEPAGE.

² A. LEPAGE, obs. préc.

³ *Ibid.*

⁴ Cass. crim., 27 mai 1999, *Bull. crim.* n° 112 ; *Dr. pén.* 2000, comm. 1, obs. M. VÉRON.

⁵ Cass. crim., 2 mars 2004 ; *Dr. pén.* 2004, comm. 104, obs. M. VÉRON.

⁶ Cass. crim., 29 mars 1994, *Bull. crim.* n° 119.

destinataires¹ ne constituent pas un groupement lié par une communauté d'intérêts. Le critère du domaine d'expression du lien, à savoir le domaine de la gestion des affaires publiques, semble avoir joué une part trop importante dans l'appréciation du juge, au détriment du critère de la mission commune, laquelle ne pesait, en définitive, que sur un petit nombre d'élus – statut auquel tout le monde ne peut, par ailleurs, accéder – et était dès lors susceptible de réduire leur altérité. En toute hypothèse, s'inscrit également dans cette catégorie le groupement composé des membres d'une association² ou des membres d'un syndicat³. On rapprochera également de cette hypothèse le groupement des copropriétaires⁴, quoiqu'il soit alors moins question de convictions communes que d'intérêts patrimoniaux à préserver.

Constituent aussi un cercle privé les membres d'une même entreprise ou d'un même service administratif ; on retrouve alors le *cercle des collègues de travail*. Plusieurs arrêts ont ainsi considéré que le personnel d'une entreprise constituait un groupement lié par une communauté d'intérêts⁵, ainsi que les membres d'un conseil de direction⁶ ou ceux de conseils de l'Ordre des médecins⁷, la Cour de cassation étant allée jusqu'à reconnaître que les membres du réseau de vente d'un constructeur automobile constituaient un tel groupement⁸. La solution vaut également pour des fonctionnaires d'un même service, tels que des officiers de police⁹, ou le personnel de l'administration pénitentiaire¹⁰. Ces solutions sont logiques, car le personnel d'une entreprise ou d'un service est recruté sous certaines conditions, l'accès au groupe est

¹ Cass. crim., 3 juin 1997, *Bull. crim.* n° 218 ; RSC 1998, p. 104, obs. Y. MAYAUD.

² Cass. crim., 15 juill. 1981, *Bull. crim.* n° 232 ; Cass. crim., 21 févr. 1995, *Bull. crim.* n° 76 ; *Dr. pén.* 2000, comm. 97, obs. M. VÉRON.

³ Cass. crim., 17 mars 1980, n° 78-92.487, *Bull. crim.* n° 91 ; *Gaz. Pal.* 1980, 2, p. 775.

⁴ Cass. crim., 2 juill. 1975, *Bull. crim.* n° 175 ; Cass. crim., 7 mars 2000 ; *Dr. pén.* 2000, comm. 97, obs. M. VÉRON. Les juges du fond sont néanmoins tenus de démontrer que les propriétaires se sont bien réunis en groupement ou association de défense de leurs intérêts communs (Cass. crim., 5 oct. 1999, *Bull. crim.* n° 203).

⁵ Par ex., Cass. crim., 26 nov. 1979 ; *D.* 1980, IR, p. 442 ; Cass. crim., 4 janv. 1990, *Bull. crim.* n° 10 ; Cass. crim., 12 sept. 2000, n° 99-86.650, *Bull. crim.* n° 26.

⁶ Cass. 2^e civ., 19 nov. 1986 ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, pan., p. 27. V. cependant Cass. crim., 16 janv. 2001, n° 00-84.472, insistant sur le fait que les propos litigieux avaient été tenus dans le cadre d'un conseil d'administration comprenant des personnes qui n'étaient pas liées par une communauté d'intérêts.

⁷ Cass. crim., 26 janv. 1993, n° 91-83.260, *Bull. crim.* n° 41.

⁸ Cass. crim., 12 nov. 2014, n° 13-85.366.

⁹ Cass. crim., 4 déc. 2001, n° 00-88.094. En l'espèce, les juges ont fait application du critère de la communauté d'intérêts pour retenir l'outrage par rapport à des tracts distribués à des fonctionnaires de police. Or, pour E. DREYER (note ss. Cass. crim., 26 oct. 2010, *D.* 2011, p. 570), « l'outrage n'était nullement caractérisé en l'espèce : il ne résultait pas de l'arrêt que le tract avait été "adressé" à la personne en cause ! En revanche, les références à la "communauté d'intérêts" et aux "allégations" évoquaient très nettement le régime de la diffamation non publique. C'est cette qualification qui aurait dû être retenue ». V. aussi Cass. 2^e civ., 8 nov. 1993, n° 91-22.216, évoquant « des personnels de la police nationale représentant une même communauté d'intérêts ».

¹⁰ Cass. crim., 9 déc. 2014, n° 13-86.917 ; CCE 2015, comm. 13, obs. A. LEPAGE ; *D.* 2015, p. 342, obs. E. DREYER. En l'occurrence, un tract avait été affiché sur un panneau accessible à des détenus, « tiers étrangers à la communauté formée par les personnels de l'administration pénitentiaire », selon la chambre criminelle.

donc restreint¹ et tous les salariés ou fonctionnaires ont pour mission la bonne marche de l'entreprise ou l'effectivité du service public. Par ailleurs, sont liés par une communauté d'intérêts des fonctionnaires appartenant certes à un service distinct, mais investis d'une mission commune, tels que « *deux correspondants, appartenant à l'académie et à l'inspection de l'Éducation nationale* »². Comme le relève un commentateur de cet arrêt, semble donc « *avoir prévalu la poursuite d'un but commun par l'ensemble des instances concernées qui sont en charge du suivi, du développement et de l'épanouissement des enfants durant leur scolarité* »³. Il est plus délicat de justifier la solution selon laquelle le procureur de la République et le bâtonnier de l'ordre des avocats seraient liés par une communauté d'intérêts⁴. En effet, avocats et magistrats incarnent les liens d'opposition – tels ceux unissant le PDG d'un hypermarché et les instances d'un syndicat⁵ – dont on n'a dit qu'ils ne permettaient pas de réduire l'altérité entre les personnes. Cet arrêt a, certes, été cassé, mais parce que les juges n'avaient pas requalifié la diffamation en diffamation non publique, ce qui pourrait impliquer que la Cour de cassation valide implicitement l'appréciation de la communauté d'intérêts.

113. Bilan. L'étude du destinataire de la communication privée complète donc utilement l'étude des moyens de communication privée. On peut ainsi conclure que cette communication renvoie à un message transmis en étant concrètement inaccessible aux tiers non visés par la communication – de par l'enveloppe cachetée, le ton de voix employée, ou le canal de communication électronique employé –, le message étant destiné à une ou plusieurs personne(s) spécifiquement agréée(s) par le destinataire, voire à un cercle de famille – la communication est alors dite *confidentielle* – ou à un groupe de personnes unies par une communauté d'intérêts formant ainsi un cercle privé – la communication est alors décrite comme *non publique*⁶.

¹ V., par ex. Cass. crim., 14 déc. 2016, n° 15-85.517, la Cour de cassation validant l'appréciation des juges du fond selon laquelle « *il existe une communauté d'intérêts entre le maire de la commune de Bonneville et la régie municipale de distribution d'énergie électrique dès lors que le maire, autorité de tutelle, intervient de manière directe dans la nomination des membres du conseil d'administration de la régie et de son directeur* ».

² Cass. crim., 22 janv. 2019, n° 18-82.612 ; *Dr. pén.* 2019, chron. 6, obs. O. MOUYSSSET. L'arrêt de la chambre d'instruction fut néanmoins cassé au visa de l'article 593 du Code de procédure pénale, car elle n'avait pas recherché, « *comme elle y était invitée par un mémoire régulièrement déposé devant elle, l'identité de toutes les personnes ayant pu prendre connaissance du courriel, comportant en pièce jointe l'écrit incriminé, à partir de la boîte structurelle [...] sur laquelle il a été envoyé* ».

³ O. MOUYSSSET, obs. préc.

⁴ Cass. crim., 8 avr. 2008, n° 07-87.226, *Bull. crim.* n° 94 ; *AJ pénal* 2008, p. 332, obs. G ROYER.

⁵ Cass. 2^e civ., 24 janv. 2002, n° 00-16.985, *Bull. civ.* II, n° 2 ; *Dr. pén.* 2002., comm. 51, obs. M. VÉRON. En l'occurrence, la communauté d'intérêts avait été écartée, à juste titre.

⁶ Comp. T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, préf. D. ROETS, LGDJ, 2019, n° 9, p. 14, évoquant « *la subtile distinction subsistant entre "expression privée" et "expression non publique" : si la première cherche le secret là où la seconde cherche la complicité, toutes deux fuient la notoriété* ».

L'étude de la communication privée montre donc que l'opposition privé-public n'est pas toujours binaire, ce sur quoi il faudra revenir au stade de la conceptualisation de celle-ci. Il convient, pour lors, de s'intéresser aux communications publiques.

Sous-section 2 : Les communications publiques

114. À l'instar de ce que l'on a observé en matière de communication privée, aucune qualification légale ne permet d'appréhender toutes les communications destinées au public. Pour autant, là où les notions potentiellement englobantes étaient peu nombreuses en matière de communication privée, elles sont innombrables en matière de communication publique, ce qui rend l'appréhension sémantique de celle-ci délicate (§1) et impose de définir séparément les différents moyens de cette communication (§2). Cela étant, tout comme la communication privée, la communication publique revêt une forte dimension personnelle et invite à s'intéresser au « *public* » destinataire de l'information (§3).

§1. La délicate appréhension sémantique de la communication publique

115. Il est impossible de trouver une qualification légale, comparable à celle de lieu public ou de réunion publique, désignant toutes les communications publiques de façon satisfaisante (A). Le législateur, conscient de cet écueil, se résout parfois à énumérer divers moyens de transmission publique, qu'il est donc nécessaire d'identifier (B).

A. L'introuvable qualification générique

116. *Les acceptions diverses de la « publication ».* Le constat selon lequel l'appréhension de la communication publique est délicate en droit pénal a été dressé par un auteur, en droit de la communication, à l'égard de la notion générique de « *publication* »¹, pourtant centrale en la matière. Quoique fréquemment employée, « *elle n'a pas toujours exactement le même sens et*

¹ Ce terme est un exemple de l'usage par le législateur de la technique linguistique de la dérivation par « *substantivisation* » (G. CORNU, *Linguistique juridique, op. cit.*, p. 155).

elle ne donne lieu à aucune définition rigoureuse »¹. En effet, certains textes donnent un sens précis à la publication, celle-ci renvoyant alors à la presse écrite. C'est le cas des dispositions contenues dans le chapitre 2 de la loi du 29 juillet 1881, lequel traite de « *la presse périodique* », l'article 6 énonçant par exemple que toute « *publication de presse* » doit avoir un directeur de « *la publication* » ; et c'est en ce sens que la publication est définie par le *Vocabulaire juridique*².

D'autres textes, en revanche, usent du même terme en lui donnant une acception plus large, la publication renvoyant alors à tous les « *moyens de publication* » auxquels fait référence l'intitulé du chapitre 4 de la loi du 29 juillet 1881 et que son article 23 recense³. L'article 29 de cette loi évoque, lui, la « *publication directe ou par voie de reproduction* » d'un message diffamatoire, tandis que l'article 39 *bis* se contente d'évoquer « *la publication* » en son dernier alinéa⁴. La même acception large est retenue par l'article 434-16 du Code pénal qui mentionne « *la publication* » de commentaires tendant à exercer des pressions sur des témoins⁵.

Enfin, un troisième emploi de la notion de publication peut s'observer au sein de l'article 38 *ter* lequel mentionne la « *publication, de quelque manière et par quelque moyen que ce soit* », mais uniquement à l'égard d'un « *enregistrement ou document* » obtenu en violation de l'interdiction de capter une image ou des paroles d'audience. Autrement dit, la publication exclut ici tout mode oral de diffusion.

En somme, « *la publication* » peut renvoyer à une acception *spécifique* – la publication de presse⁶ –, *large* – tous les moyens de communication publique – et *partielle* – certains moyens de communication –, ce qui rend cette terminologie imprécise et difficilement maniable. Force est de constater qu'il en va de même des autres termes dérivés de l'adjectif « *public* » et entretenant un lien étroit avec la communication publique.

¹ E. DERIEUX, « La notion de “publication” en droit de la communication », art. préc., p. 276. Dans le même sens, A. TOULEMON, « La publicité et l'intention en matière pénale », *Gaz. Pal.* 1953, 2, doctr., p. 12 : « *Il n'est pas de notion qui à première vue paraisse aussi simple que la publicité ; mais il n'est cependant pas dans la pratique qui donne matière à plus de discussion* ».

² G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Publication », sens 1 : « *Action de publier, d'informer et de faire diffuser un écrit* ».

³ V. *infra* n° 120.

⁴ La publication est ici synonyme de diffusion puisque l'article évoque, en son alinéa 1^{er}, le fait de « *diffuser, de quelque manière que ce soit* ». Sur la diffusion, v. *infra* n° 118.

⁵ J.-H. ROBERT, « Fasc. 20 : Publication en vue d'influencer les décisions juridictionnelles », *J.-Cl. Pénal Code*, 2014, n° 13 : « *le support de [la] publication est l'un quelconque de ceux qui, énumérés par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, servent à définir les délits de presse* ».

⁶ Loi n° 86-897 du 1 août 1986, art. 1^{er} : « *l'expression “publication de presse” désigne tout service utilisant un mode écrit de diffusion de la pensée mis à la disposition du public en général ou de catégories de publics et paraissant à intervalles réguliers* ».

117. Les autres dérivés de l'adjectif public. Parmi les dérivés de l'adjectif « public » pouvant prétendre désigner la communication publique, l'on trouve, tout d'abord, l'adverbe « publiquement »¹, fréquemment employé. Est ainsi réprimé le fait « d'annoncer publiquement » la distribution de pièces de monnaie sur la voie publique², des souscriptions ayant pour objet d'indemniser diverses amendes ou la prise en charge de celles-ci³, de « faire publiquement » l'apologie du terrorisme⁴, de jeter le discrédit, « publiquement par actes, paroles, écrits ou images de toute nature », sur un acte ou une décision juridictionnelle⁵, d'outrager « publiquement » un agent diplomatique étranger⁶, ou encore de refuser de répondre aux questions d'un juge après avoir « déclaré publiquement » connaître les auteurs d'un crime ou d'un délit⁷. Si, dans toutes ces hypothèses, tous les moyens de communication publique peuvent être employés, l'adverbe présente néanmoins la même diversité d'usages que le substantif évoqué plus haut. Eu égard à l'acception spécifique, le terme est employé dans le cadre de l'usurpation⁸ ou de l'imitation⁹ de signes réservés à l'autorité publique et l'on peut

¹ Comp. Conseil de l'Europe, Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, 28 janv. 2003, art. 5, invitant les États à incriminer préconisant « l'insulte en public, par le biais d'un système informatique » d'une personne ou d'un groupe de personnes avec un mobile raciste.

² C. pén., art. 431-29, al. 2.

³ Loi du 29 juillet 1881, art. 40 ; v. B. BEIGNIER, B. LAMY et E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009, n° 957, p. 571 : « Il n'est pas nécessaire que la publication ait été réalisée par l'un des moyens spécifiés à l'article 23 de la loi de 1881 ». Cette analyse est discutable, car l'on conçoit difficilement selon quelle modalité non prévue par l'article une telle annonce pourrait être réalisée. Tout au plus, l'exigence de la caractérisation d'un public sera plus souple, en ce que le critère de la communauté d'intérêts ne jouera peut-être pas en l'occurrence.

⁴ C. pén., art. 421-2-5. V. aussi, J.-H. ROBERT, « Fasc. 92 : La provocation à des actes de terrorisme et leur apologie », *J.-Cl. Pénal Code*, 2015 (màj. 2020), n° 7 : « Cette expression concise doit être interprétée comme l'était, dans l'incrimination de la loi de 1881, la référence aux “moyens énoncés” à son article 23 ».

⁵ C. pén., art. 434-25. V. aussi, J.-H. ROBERT, « Fasc. 20 : Discrédit sur une décision juridictionnelle », *J.-Cl. Pénal Code*, 2014 (màj. 2019), n° 22 : « les mots “paroles, écrits ou images” doivent recevoir le même sens que celui qu'on leur donne pour l'interprétation de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 ».

⁶ Loi du 29 juillet 1881, art. 37. Sur ce point, v. E. RASCHEL, « Fasc. 128 : Outrage à agents diplomatiques étrangers », *J.-Cl. Communication*, 2015 (màj. 2017), n° 42, estimant que l'adverbe évoqué « ne recouvre pas le sens que lui attribue le plus généralement la loi sur la liberté de la presse, en l'absence justement de toute référence à [l'] article 23 [...]. Il reste que si l'un de ces moyens est présent, l'outrage est évidemment “commis publiquement”. Et la liste de l'article 23 étant particulièrement exhaustive, le fait d'y renvoyer n'aurait pas restreint significativement l'applicabilité du délit [...]. Toujours est-il qu'un simple geste, par exemple, qui ne fait pas partie de la liste de l'article 23, permettra la mise en œuvre de la répression prévue par l'article 37 ».

⁷ C. pén., art. 434-12 ; v. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 1060, p. 1197 : « Comme toujours, lorsque le Code pénal se réfère à la publicité, se pose un problème de définition : quelle est, ici, la publicité requise ? Rien ne nous paraît imposer que l'on respecte les règles de la publicité de la loi sur la presse ni même celles relatives à l'intimité de la vie privée. Il semble que ce qui est requis est une déclaration dans des conditions de nature à être rapportées. On peut même se demander si une déclaration à une seule personne ne serait pas suffisante ». Si ces considérations sont tout à fait pertinentes, on peut tout de même considérer que la déclaration peut être effectuée par n'importe quel moyen de communication publique, seule la question de la définition du public visé posant, ici encore, question.

⁸ C. pén., art. 433-14.

⁹ C. pén., art. 433-15 et R. 643-1.

douter qu'un tel comportement entretienne un quelconque lien avec la presse écrite ou l'Internet. À l'analyse, il sera démontré que ce comportement peut s'apparenter à une exposition, moyen de publication particulier¹. Quant à *l'acception partielle*, l'on peut évoquer l'outrage à l'hymne national, lequel doit être commis « *publiquement* », mais seulement « *au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques* », selon les termes du texte, et « *dans des enceintes soumises par les lois et règlements à des règles d'hygiène et de sécurité en raison du nombre de personnes qu'elles accueillent* », selon le Conseil constitutionnel², circonstances personnelles et spatiales qui excluent les moyens de diffusion plus large.

De la même manière, le verbe « *publier* » renvoie tantôt à la transmission publique, *lato sensu*³, tantôt à la publication de presse⁴, tantôt à certains moyens de publication à l'exclusion d'autres⁵.

Enfin, l'on peut évoquer certaines hypothèses particulières qui pourraient prétendre à la généralité, mais souffrent d'un usage trop ponctuel. Ainsi, usant de l'adjectif comme épithète, l'article 211-2 du Code pénal réprime « *la provocation publique et directe, par tous moyens, à commettre un génocide* »⁶. Quant à l'article 11 du Code de procédure pénale, il permet au procureur de « *rendre publics* » des éléments objectifs tirés de la procédure d'enquête ou d'instruction, l'adverbe muant ici en attribut du sujet. Reste à constater que les synonymes de la publication s'exposent aux mêmes remarques.

118. Les nombreux synonymes de la publication. Les nombreux synonymes du terme publication⁷ présentent également une hétérogénéité de significations, ce que la qualification

¹ V. *infra* n° 131.

² Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, préc., § 104.

³ Par ex., Loi du 29 juillet 1881, art. 35 *ter*, réprimant le fait de « *publier des indications permettant d'avoir accès à des sondages ou consultations* ».

⁴ Par ex., C. trav., art. L. 5331-3, selon lequel il est interdit de « *faire publier dans un journal, revue ou écrit périodique ou de diffuser par tout autre moyen de communication accessible au public* » une publicité fautive ou de nature à induire en erreur. V. aussi, Loi n° 77-808 du 19 juillet 1977 art. 12, distinguant le fait de « *publier ou laisser publier* » et de « *diffuser ou laisser diffuser* » un sondage en violation des dispositions de ladite loi.

⁵ Loi du 29 juillet 1881, art. 39, évoquant le fait de « *publier des pièces de procédures* », ce qui semble exclure toute profération mais inclure tous les autres moyens de publication. V. aussi, C. pén., art. 226-8, punissant le fait de « *publier, par quelque voie que ce soit* » un montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement.

⁶ Anciennement incriminée à l'article 24 de la loi de 1881 et renvoyant à l'article 23 de celle-ci (v. *infra* n°444), il est fort probable que cette infraction soit toujours consommée par ces moyens.

⁷ E. DERIEUX, « La notion de "publication" en droit de la communication », art. préc., p. 280 : « *De nombreux autres mots, à peu près équivalents, ou synonymes de "publication", sont également fréquemment utilisés, sans être cependant davantage définis ni que les raisons de ces variations ou différences de terminologie soient mieux*

de « diffusion » illustre pleinement. L'une des acceptions courantes de ce vocable, l'action « de transmettre un programme par le moyen des ondes radio-électriques, et [le] résultat de cette action »¹, pourrait logiquement être transposée, en droit, pour désigner de façon précise le recours à des moyens de communication modernes. Cette acception semble être retenue, par exemple, par l'article 49 du Code électoral, lequel distingue d'autres moyens de communication publique le fait de « diffuser ou faire diffuser par tout moyen de communication au public par voie électronique » un message ayant le caractère de propagande électorale à la veille d'un scrutin².

En réalité, la diffusion renvoie le plus souvent à tout moyen de communication publique³. C'est le cas en matière de diffusion de messages violents à des mineurs⁴, de reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit⁵, de diffusion d'informations relatives à un mineur⁶ ou de diffusion d'information révélant l'identité de la victime d'une atteinte sexuelle⁷, quoique les expressions employées présentent des différences inexplicables dans leurs formulations⁸.

Enfin, le terme étudié désigne parfois, lui-aussi, certains moyens de communication spécifiques. L'article 131-35 du Code pénal définit ainsi explicitement, en son troisième alinéa,

explicitées. Est-ce pour une des raisons de style, pour éviter les répétitions ? L'argument ne peut valoir en droit. Est-ce seulement le fait de la personnalité des différents rédacteurs des textes et de l'influence des périodes de leur élaboration ? [...] S'il s'agit de simples précisions d'ordre technique et si la notion de "publication" doit conserver son caractère essentiel, peut-être serait-il utile de l'indiquer et devrait-on, alors, se satisfaire de ce terme en quelque sorte générique ! » V. pourtant, CE, Guide de légistique, Doc. fr., 2017, 3^e éd., p. 297, exposant que « la "publicité" est l'action de rendre public un acte par quelque moyen que ce soit tandis que la "publication" est l'action de publier l'acte sur un support », et ce, dans une section relative aux mots empruntés au langage juridique ou au vocabulaire technique qui « doivent être employés dans leur sens précis, en évitant d'utiliser un terme pour un autre ».

¹ CNTRL, v^o « Diffusion », sens B, 3.

² Dans un sens proche, l'on peut néanmoins évoquer la « télédiffusion », définie comme « la diffusion par tout procédé de télécommunication de sons, d'images, de documents, de données et de messages de toute nature » (CPI, art. L. 122-2). V. encore, Règl. UE n^o 2021/748 du 29 avril 2021, relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère raciste en ligne, définissant la « diffusion au public » comme « la mise à disposition d'informations à un nombre potentiellement illimité de personnes, notamment le fait de rendre ces informations aisément accessibles aux utilisateurs en général, sans exiger une intervention supplémentaire du fournisseur de contenus, indépendamment de la question de savoir si ces personnes accèdent effectivement aux informations en question ».

³ Acception également présente dans le langage courant : CNTRL, v^o « Diffusion », sens B, 1 : « Action de propager une idée, des connaissances, des techniques ou de distribuer un bien dans un large public et résultat de cette action ».

⁴ C. pén., art. 227-24.

⁵ Loi du 29 juillet 1881, art. 35 *quater*.

⁶ Loi du 29 juillet 1881, art. 39 *bis*.

⁷ Loi du 29 juillet 1881, art. 39 *quinquies*.

⁸ Là où les articles 227-24 du Code pénal et 39 *quinquies* de la loi de 1881 évoquent « le fait de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support », l'article 35 *quater* de cette loi fait mention de la « diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support » et l'article 39 *bis* de la même loi évoque uniquement « le fait de diffuser par quelque moyen que ce soit ».

la diffusion d'une décision pénale comme recouvrant soit la diffusion dans « *une ou plusieurs [...] publications de presse* », soit par « *un ou plusieurs services de communication au public par voie électronique* »¹. C'est une acception très proche que retient l'article 306 du Code de procédure pénale lorsqu'il évoque la « *diffusion écrite ou audiovisuelle* » de comptes rendus d'audiences mentionnant l'identité d'un accusé mineur au moment des faits². Dans d'autres hypothèses, le caractère partiel de la diffusion est implicite³.

Plus largement, la diversité des synonymes du terme « *publication* » rend impossible le choix d'une notion unique à laquelle il serait systématiquement fait référence pour désigner la transmission publique. Cette incapacité du législateur à choisir un terme unique est frappante en dehors du Code pénal. Ainsi, les textes en matière de propriété intellectuelle évoquent-ils alternativement « *la représentation* »⁴, « *la publication* »⁵, « *la communication au public* »⁶, « *la mise à disposition du public* »⁷ d'une œuvre, ou encore l'action de « *divulguer* »⁸ ou de « *faire publier* »⁹ une œuvre. Par ailleurs, en matière de publicité réglementée, le législateur

¹ Dont le *Journal officiel de la République française*, lequel, contrairement à ce que son nom indique, paraît exclusivement sur Internet depuis la loi organique n° 2015-1712 du 22 décembre 2015.

² L'article précise néanmoins, *in fine* : « *sauf si l'intéressé donne son accord à cette publication* ». On retrouve donc la synonymie entre diffusion et publication, même à l'égard de cette acception particulière.

³ Par ex., C. pén., art. 227-23, al. 2, sanctionnant « *la diffusion [...] par quelque moyen que ce soit* » de l'image d'un mineur, ce qui exclut *de facto* la publication par voie orale. Dans la même logique, v. Loi du 29 juillet 1881, art. 35 *ter*, réprimant « *la diffusion, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support* » de l'image d'un mis en cause menotté ou détenu. De même encore, v. C. pén., art. 322-6-1, condamnant le fait « *de diffuser par tout moyen* » divers procédés et matériaux permettant la fabrication d'une bombe. Enfin, v. C. pén., art. R. 624-2, punissant le fait de « *diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence* », cette formulation semblant exclure toute diffusion par voie de presse ou sur Internet ; en ce sens, A.-G. ROBERT, « Fasc. 20 : Diffusion de messages contraires à la décence », *J.-Cl. Pénal Code*, 2009, n° 1, précisant qu'à l'origine, « *il s'agissait surtout de lutter contre les abus commis en matière de publicité pour certains spectacles, notamment les affiches apposées à l'entrée des salles de cinéma* » ; *contra* : E. BARBRY et F. OLIVIER, « Des réseaux aux autoroutes de l'information », *JCP G* 1996, I, 3928, estimant possible d'interpréter de façon extensive la notion de « *lieu public* » et d'y assimiler les sites Internet ouverts au public, analyse pouvant paraître trop audacieuse au regard du principe de l'interprétation stricte de la loi pénale.

⁴ CPI, art. L. 122-2.

⁵ CPI, art. L. 121-4.

⁶ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. V. sur celle-ci, S. VON LEWINSKI, « Réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne en droit d'auteur, en particulier sur le droit de communication au public », in *Mélanges Lucas André*, LexisNexis, 2014, p. 777 : « *Il faut tout d'abord rappeler que la notion de "communication au public" n'est pas utilisée partout dans le même sens, ni dans les lois nationales, ni dans les textes européens ou internationaux. Cette notion est notamment utilisée au sens large de la directive 2001, où elle comprend aussi le droit de radiodiffusion ; elle y est en même temps limitée, puisqu'elle n'inclut pas la communication à un public présent au lieu d'origine de la communication. À l'inverse, la notion de communication au public de l'article 8(2) de la directive location exclut la radiodiffusion, mais inclut les communications à un public présent au lieu d'origine de la communication* ».

⁷ Traité de l'OMPI du 20 déc. 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, art. 8 (1) : « *Les artistes interprètes ou exécutants jouissent du droit exclusif d'autoriser la mise à la disposition du public de l'original et de copies de leurs interprétations ou exécutions fixées sur phonogrammes par la vente ou tout autre transfert de propriété* ».

⁸ CPI, art. L. 121-2.

⁹ CPI, art. L. 121-4.

introduit la confusion employant le terme « *publicité* » à la fois pour désigner le message publicitaire et la transmission publique de ce contenu¹. Dès lors, il n'est pas possible de choisir, parmi tous ces termes et expressions, celui ou celle pouvant prétendre au statut de qualification générique en matière de communication publique. L'observateur peut, au mieux, dégager des grandes catégories de moyens de communication publique, ce qu'il convient de constater.

B. La nécessaire énumération des moyens de publication

119. Les énumérations insatisfaisantes. Comme a pu le souligner un auteur, ne parvenant pas « à définir la notion de “publication” ou à la distinguer toujours clairement de son contraire, ou peut-être pour ne pas avoir à le faire, un certain nombre de textes, prenant en compte les techniques ou supports de communication et leurs usages, se contentent de procéder par mention ou énumération de divers moyens de “publication” »². Cependant, ces énumérations sont loin d'être toujours claires et, surtout, exhaustives. Quant aux textes qui ne brillent guère par leur clarté, l'on peut citer l'article 27 de la loi du 29 juillet 1881 qui distingue « la publication, la diffusion ou la reproduction » avant d'ajouter « par quelque moyen que ce soit », expression faisant perdre tout intérêt à la distinction mise en avant, par ailleurs impossible à réaliser au vu de la diversité des acceptions des termes employés³. L'article 38 de la loi du 29 juillet 1881, réprime le fait de « publier par le livre, la presse, la radiodiffusion, le cinématographe ou de quelque manière que ce soit » une information relative à la filiation

¹ Par ex. : CSP, art. L. 5122-1 : « On entend par publicité pour les médicaments à usage humain toute forme d'information, y compris le démarchage, de prospection ou d'incitation qui vise à promouvoir la prescription, la délivrance, la vente ou la consommation de ces médicaments ». V. aussi, C. env., art. L. 581-3, 1° : « constitue une publicité [...] toute inscription, forme ou image destinée à informer le public ou à attirer son attention ».

² E. DERIEUX, « La notion de “publication” en droit de la communication », art. préc., p. 286.

³ P. AUVRET, « Fasc. 3020 : Fausses nouvelles », *J.-Cl. Communication*, 2003 (maj. 2019), n° 8 : « Les notions de publication et de reproduction englobent les activités des entreprises de presse et des services de communication audiovisuelle », tandis que le « terme diffusion a été ajouté à l'article 27 de la loi de 1881 par l'ordonnance du 6 mai 1944, pour permettre de poursuivre, sans contestation possible, les agences d'information ». Si l'on s'en tient à cette interprétation, les termes « publication » et « diffusion » revêtent des acceptions autres que celles déjà exposées plus haut. En toute hypothèse, la « reproduction » évoquée ici ne doit pas être confondue avec la notion de reproduction en droit d'auteur. À l'égard de la première, il faut comprendre que si « la publication consomme le délit, la reproduction le renouvelle » (A. SERINET, obs. ss. Cass. crim., 2 nov. 2016, *D.* 2017, p. 203), ce qui revient à dire que la publication et la reproduction renvoient matériellement au même acte. Comp., CPI, art. L. 122-3, prévoyant que la reproduction « consiste dans la fixation matérielle de l'œuvre par tous procédés qui permettent de la communiquer au public d'une manière indirecte » ; elle ne constitue donc pas, en soi, un acte de transmission.

d'origine d'une personne ayant fait l'objet d'une adoption plénière. Là encore, l'expression finale, par sa généralité, prive l'énumération partielle qui la précède de son utilité¹.

Par rapport aux listes non exhaustives, l'on peut citer l'article 131-35 du Code pénal qui n'évoque que l'affichage et la diffusion, excluant la publication orale de la condamnation pénale. Dans le même ordre d'idées, une série d'articles renvoie aux mécanismes spéciaux de responsabilité en cascade lorsque l'infraction est commise « *par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle* »², ce qui revient à viser la publication par voie de presse, par la voie de la télévision, mais également par la voie de la communication au public en ligne³ et exclut toute publication par profération, exposition ou tractage. Quant aux articles 34 et 35 de la loi du 9 décembre 1905, lesquels sanctionnent respectivement le ministre du culte qui aura « *publiquement par des discours prononcés, des lectures faites, des écrits distribués ou des affiches apposées* » outragé ou diffamé un citoyen chargé d'un service public, et celui qui aura, par un « *discours prononcé ou un écrit affiché ou distribué publiquement dans les lieux où s'exerce le culte* », provoqué à la sédition, la révolte ou la guerre civile, ils excluent tous deux la diffusion de ces messages illicites par la voie de la presse ou de l'Internet. Il est donc nécessaire d'étudier d'autres dispositions pour trouver des énumérations satisfaisantes.

120. Les énumérations satisfaisantes. Il est indéniable que l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881 est la disposition pénale contenant l'énumération la plus exhaustive des moyens de communication publique⁴, ce qui conduisait déjà les auteurs classiques à parler de « *publicité qualifiée* »⁵ ou de moyens de publication « *déterminés* »⁶ en la matière. Il n'en demeure pas moins que la lecture de cet article est assez délicate, tant du fait de la rédaction ancienne du

¹ V. encore, C. douanes, art. 459, réprimant l'incitation à commettre une infraction douanière commise « *par écrit, propagande ou publicité* », ce dont un auteur déduit que « *cet article limite la répression à des procédés visuels et scripturaux et semble ainsi exclure les discours ou cris proférés dans des lieux ou réunions publics* » (T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, op. cit., n° 65, p. 59).

² V., entre autres : C. pén., art. 226-2, 226-8, 413-3, 413-4, 434-16, et 434-25.

³ Comp. C. pén., art. 227-24, disposition plus précise à cet égard, puisqu'y est évoquée l'hypothèse où le délit est commis « *par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne* ». Une interprétation à la fois stricte et *a contrario* de cette disposition signifierait que les autres dispositions, en ce qu'elles ne mentionnent pas « *la communication au public en ligne* » ne renverraient pas au régime de responsabilité en cascade prévu par l'article 93-3 de la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 lorsque ce médium a été utilisé. Bien qu'il paraisse évident qu'une telle interprétation ne soit pas conforme à la volonté du législateur, il serait souhaitable d'harmoniser la rédaction de ces articles.

⁴ D. DASSA, « Espace public et infractions de presse », *Gaz. Pal.* 17 nov. 2020, p. 81 : « *L'article 23 [...], habituellement présenté comme la disposition définissant la condition de publicité des infractions relevant de cette loi, ne définit rien en réalité. Cet article se contente d'énumérer, dans une sorte de "fourre-tout" législatif, les supports sur lesquels les propos ou les actes reprochés au prévenu doivent se tenir pour relever de la loi* ».

⁵ A. VITU, *Droit pénal spécial*, op. cit., t. 1, n° 1555, p. 1225.

⁶ G. BARBIER, *Code expliqué de la presse*, op. cit. n° 244, p. 205.

texte que des modifications successives qui lui ont été apportées. De cette disposition très dense, quatre moyens de transmission publics principaux peuvent être dégagés¹.

Le premier est *la profération* de propos, à laquelle renvoie l'expression « *discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics* ».

Le deuxième est *la distribution*, que l'on déduit de la mention : « *écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente [...] dans des lieux ou réunions publics* ».

Le troisième moyen est *l'exposition*, à laquelle l'article fait doublement référence, d'une part en évoquant les « *écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, emblèmes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image [...] exposés dans des lieux ou réunions publics* », d'autre part en mentionnant les « *placards ou [...] affiches exposés au regard du public* ».

Enfin, le quatrième moyen est la « *communication au public par voie électronique* », qu'il serait tentant de désigner comme *la diffusion*, ce terme n'eut-il pas revêtu tant de significations différentes.

Bien que l'article 23 de la loi de 1881 soit très utile pour appréhender la communication publique, il n'est pas la seule disposition énumérant avec précision différents moyens de publication. En effet, l'article L. 122-2 du Code de propriété intellectuelle liste plusieurs moyens de représentation d'une œuvre. Certains correspondent à la profération : la « *récitation publique* », l'« *exécution lyrique* » et la « *représentation dramatique* ». La « *présentation publique* » renvoie à l'exposition d'une œuvre². La « *télédiffusion* » correspond, elle, à la communication au public par voie électronique. Si la distribution n'est pas évoquée ici, elle est incluse dans les « *procédés qui permettent de [communiquer l'œuvre] au public d'une manière indirecte* » mentionnés par l'article L. 121-1 du même Code et « *le débit* » évoqué à l'article L. 335-3 de celui-ci y fait également référence. L'article L. 122-2 du Code de propriété intellectuelle évoque aussi la « *projection publique* » et « *la transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée* » et complète ainsi utilement l'article 23 de la loi de 1881 qui n'évoque pas ces hypothèses.

121. Bilan. La communication publique ne se laisse donc pas saisir par une qualification unique qu'il suffirait de définir pour en apprécier les contours. L'évolution constante des

¹ V. néanmoins, *infra* n° 139, pour la distinction fréquente en doctrine entre mise en vente et distribution.

² En ce sens : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 4^e éd., 2019, n° 560, p. 563.

moyens de publication, à travers les siècles, rend nécessaire une approche peut-être moins ambitieuse de la communication publique, mais tout de même nécessaire pour répondre aux exigences de précision de la loi pénale. Cette approche consiste à s'intéresser aux principaux moyens de communication publique énumérés par les dispositions précitées et à les définir avec précision.

§2. Les moyens de communication publique

122. Pendant longtemps, la doctrine a fondé la classification des moyens de communication publique sur le support employé, en opposant la transmission publique par la voie de l'oralité à la publication par la voie de l'écrit¹. Cependant, l'apparition des médias « audiovisuels » a remis en cause cette présentation. La doctrine a alors ajouté aux catégories traditionnelles une « catégorie-balais » renvoyant aux moyens de communication moderne² ou fondé l'étude des moyens de publication sur leur degré de diffusion³. On retiendra ici cette dernière approche, laquelle revient, peu ou prou, à étudier ces différents moyens dans l'ordre chronologique de leurs apparitions respectives. Ainsi, certains moyens permettent-ils une diffusion importante mais circonstanciée, dès lors que la prise en compte du lieu de l'énonciation, entre autres, sera déterminante ; c'est le cas de la profération, de l'exposition et de la projection (A). D'autres

¹ G. LE POITTEVIN, *Traité de la presse*, *op. cit.*, p. 546 et s., distinguant « la publication par la parole » de la « publication par l'écriture, le dessin, la peinture, la sculpture » V. aussi H. BLIN, A. CHAVANNE et R. DRAGO, *Traité du droit de la presse*, Librairies techniques, 1969, p. 156 et s., opposant les « paroles » aux « écrits et dessins ». De même, enfin, A. VITU, *op. cit.*, t. 1, p. 1226 et s., étudiant séparément la « publication dans la parole » et la « publication par l'écrit ».

² H. BLIN, A. CHAVANNE, R. DRAGO, *Droit de la presse*, mis à jour par E. DERIEUX et J.-H. ROBERT (dir.) Litec, 2001, fasc. 120.

³ V. not., E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, p. 596 et s., distinguant la « publication hors de la sphère médiatique » – catégorie comprenant la publication « en l'absence de fixation » et la publication « en présence d'une fixation », toutes deux circonstanciées par l'endroit de la publication et le critère de la communauté d'intérêts – et la « publication dans la sphère médiatique », laquelle inclut l'édition de journaux ou de livres et la communication électronique. Cette présentation, globalement pertinente, a néanmoins le défaut de séparer l'étude de l'édition de celle de la distribution, ce qui, on le verra, est discutable. Dans la même logique, v. P. AUVRET, « Fasc. 3020 : Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881 », *op. cit.*, n° 45 et s., évoquant successivement les « moyens accessoires de publications » – catégorie incluant, en substance, la profération et la distribution par un particulier –, puis « la presse et l'édition » et, enfin, la « communication au public par voie électronique ». Là encore, distribution et édition sont distinguées. Comp., en matière de droit d'auteur, l'opposition entre la « représentation primaire » et la « représentation secondaire » de l'œuvre (A. LUCAS-SCHLOËTTER, C. BERNAULT et A. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017, p. 303 et s.) ; ou encore entre la communication « directe » et « indirecte » de l'œuvre (E. DREYER, « Fasc. 20 : Contrefaçons et fraudes en matière littéraire et artistique – Éléments constitutifs. Sanctions. », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2019, n° 25). Quelle que soit la terminologie employée, l'idée est d'opposer la transmission de l'œuvre effectuée sans l'avoir reproduite au préalable à la communication de l'œuvre préalablement reproduite. Cette classification, néanmoins, n'a de sens que parce que les actes préparatoires de la communication publique font en l'occurrence l'objet d'une attention particulière de la part du législateur (v. *infra* n° 447).

moyens permettent, quant à eux, une diffusion vraiment illimitée, en particulier du fait de la démultiplication des supports du message rendue possible par les médiums concernés ; il est alors notamment question de publication de presse ou de diffusion par voie de communication électronique (B).

A. Les moyens permettant une diffusion circonstanciée

123. Les moyens permettant une communication publique circonstanciée sont ceux qui permettent de transmettre une information uniquement dans un lieu ou devant une audience déterminée. Il s'agit, principalement, de la profération (1) et de l'exposition (2). La projection d'une image, d'un son ou d'un contenu audiovisuel s'inscrit entre les deux moyens précédents (3).

1. La profération

124. Au commencement de l'histoire de la communication publique, se trouve la parole. La profération¹, consistant à tenir des propos « à haute voix dans des circonstances traduisant une volonté de les rendre publics »², est assurément le moyen de transmission publique le plus ancien, omniprésent dans l'Antiquité, « monde de la parole, et non de l'écriture »³. Dans la Rome Antique, en effet, « les clameurs populaires sont associées à la reconnaissance d'un ordre social et politique. Inversement, elles peuvent être liées à l'idée d'un dérèglement, d'un désordre qui peut aller jusqu'à l'émeute ou seditio »⁴. À ces cris de la foule, délictueux ou vertueux, s'ajoutaient les discours des rhéteurs, orateurs et plus largement des hommes de pouvoir, puis des représentants de celui-ci⁵. De cette centralité de la parole, il ne reste, en droit pénal comme ailleurs⁶, plus grand-chose aujourd'hui. Force est donc de constater qu'en cette matière, la profération n'entretient plus avec l'État et la foule des rapports aussi étroits que par

¹ Étymologiquement « porter » (*ferre*) « en avant » (*pro*).

² Cass. crim., 27 nov. 2012, *Bull. crim.* n° 261 ; *Dr. pén.* 2013, comm. 17, obs. M. VÉRON.

³ I. FINLEY, *Démocratie antique et Démocratie moderne*, Payot, 1976, p. 66. L'auteur ajoute : « C'était un monde non seulement sans mass media, mais sans media du tout, au sens que nous donnons à ce mot ».

⁴ H. MÉNARD, « *Convicium* et *clamor* : la justice romaine face aux cris de la foule », in F. CHAUVAUD et P. PRÉTOU (éds.), *Clameur publique et émotions judiciaires : De l'Antiquité à nos jours*, PU Rennes, 2019, p. 211.

⁵ T. PAQUOT, *L'espace public*, *op. cit.*, p. 32 : « Le rhéteur et l'orateur romains influencent l'opinion et n'hésitent pas à fabriquer des informations, à lancer des rumeurs, à jouer sur la renommée, bref à contrôler la communication qui circule par les nombreux réseaux dont dispose l'Empire ».

⁶ J. ELLUL, *La Parole humiliée*, Seuil, 1981 ; D. GUÉVEL, « Caser la Voix », *D.* 2020, p. 1617.

le passé ; c'est surtout de l'auteur de l'infraction qu'elle émane actuellement. Une fois ce constat dressé, l'appréciation de la profération sera étudiée.

125. La disparition du crieur public. Si le personnage du crieur public est attesté dès l'Antiquité, c'est surtout sous l'Ancien Régime qu'il fut un acteur central dans la procédure pénale. L'ordonnance de 1670 énonçait notamment que l'accusé absent était « *assigné par un seul cri public* »¹, lequel était « *fait à son de trompe, suivant l'usage, à la place publique, et à la porte de la juridiction, et encore au-devant du domicile ou résidence de l'accusé* », disposition perdurant jusqu'à la législation napoléonienne². Par ailleurs, « *dans le Midi, au Moyen Âge, lorsqu'un délinquant était condamné à la course, le crieur public l'accompagnait au son de la trompette en criant la formule suivante, qui a des allures de moralité de forme fable : [...] "qui fera la même chose sera traité de la même façon"* »³. À travers le personnage du crieur public, l'État se mettait donc en scène autant qu'il assurait l'efficacité de la répression pénale. Si l'oralité est certes encore présente lors de l'audience pénale⁴, la disparition du crieur public dans le courant du XIX^e siècle marque le désintérêt du droit pénal pour la parole étatique. Quant à la parole de la foule, créatrice d'effet de droit, elle est indéniablement tombée en désuétude.

126. La désuétude de la clameur publique. La foule, représentant ponctuellement la société dans son ensemble, jouait à l'origine un rôle certain dans l'application de la norme pénale à travers les cris de ses membres, dont la conjonction formait une clameur. Au stade du procès, le public intervenait fréquemment par des cris d'approbation ou de désapprobation⁵, réclamant parfois une sanction précise, ce qu'illustre le cri « *ad leonem* » – « *aux lions* » – visant notamment les chrétiens persécutés⁶. Cette participation de la foule n'a néanmoins jamais été avalisée par les normes pénales ; le lynchage est aujourd'hui médiatique⁷ et l'audience pénale disciplinée.

Au contraire, la « *clameur publique* » a connu un certain succès au stade de l'enquête. Il s'agissait d' « *une procédure qui, suite à une offense constatée en flagrance, autorisait une*

¹ Ordonnance du 26 août 1670, T. XVII, art. 8

² C. des délits et des peines du 25 oct. 1795, art. 463 ; C. d'instruction criminelle de 1808, art. 466.

³ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 138, p. 286. V. aussi, sur le cérémonial entourant la peine de dégradation civique, *infra* n° 527.

⁴ Par ex. : C. proc. pén., art. 306, al. 5 : « *L'arrêt sur le fond doit toujours être prononcé en audience publique* ».

⁵ H. MÉNARD, art. préc.

⁶ *Ibid.*

⁷ V. *infra* n° 532.

foule à mettre en œuvre, ou à exiger la mise en œuvre, de moyens coercitifs exceptionnels ou instantanés venant défendre la victime. Au signal légal émis, la population s'attroupait et venait secourir le crieur »¹. La plus célèbre de ces clameurs fut le cri de « *haro* », apparu au XIII^e siècle, duquel dépendait en certains lieux l'efficacité de la répression pénale. Ainsi, dans « *la vicomté d'Elbeuf entre janvier 1470 et octobre 1472, 150 haros débouchent sur une peine d'amende* »². L'article 157 de « *La Caroline* » fait expressément référence aux « *cris faits* » sur le voleur. Quant à l'ordonnance de 1670, elle enjoint aux prévôts « *d'arrêter les criminels pris en flagrant délit ou à la clameur publique* ». Cette référence à « *la clameur publique* » sera reprise dans le Code des délits et des peines de 1795, qui l'évoquait à quatre reprises et le Code d'instruction criminelle, qui lui consacra trois dispositions, dont la plus emblématique fut l'article 106 qui allait jusqu'à obliger « *toute personne* » à saisir le prévenu « *poursuivi par la clameur publique* ». En 1959, cette obligation perdit de sa superbe et l'article 53 du Code de procédure pénale se contente d'énoncer aujourd'hui qu'il y a délit flagrant lorsque « *la personne soupçonnée est poursuivie par la clameur publique* ». Tombée en désuétude, supplantée par les diverses procédures de dénonciation, la clameur publique se concilie surtout mal avec le monopole public de la vengeance³ et la doctrine ne lui accorde presque aucun intérêt, se contentant de la définir comme « *l'accusation jetée au public* » ou comme « *le cri lancé par la victime elle-même ou un témoin, tel que : "arrêtez-le" ou "au voleur", à l'encontre de l'auteur présumé qui prend la fuite* »⁴. Finalement, en droit pénal contemporain, la parole est à l'accusé, ou plutôt, au prévenu.

127. L'importance de la profération publique. De nombreuses dispositions pénales passées incriminaient certains abus d'expression commis par profération. La loi des XII Tables désignait ce moyen de commission par le terme *occentatio*, qui devint le *convicium* dans le

¹ P. PRÉTOU, « Introduction », in F. CHAUVAUD et P. PRÉTOU (éds.), *Clameur publique et émotions judiciaires : de l'Antiquité à nos jours*, op. cit. L'auteur précise qu'il « *s'agit donc fondamentalement d'un mode de saisine collective, orale et publique d'une juridiction, sans doute à la limite de l'auto-saisine* ».

² *Ibid.*

³ *Ibid.* : « *La doctrine, unanime sur la question du monopole public de la vengeance, se défie de la dangereuse fébrilité des masses, toujours susceptible de mener lynchage cru : la foule n'est pas police et le justiciable ne somme pas ses juges* ».

⁴ J. BUISSON, « Fasc. 20 : Crimes et délits flagrants », op. cit., n° 68.

*Digeste*¹. Néanmoins, cette profération demeure essentiellement collective², c'est la clameur de la foule davantage que le discours élaboré que craint le législateur antique, à l'exception notable de la provocation à l'attroupement commise par « *cris ou [...] discours* »³.

Si « *la Caroline* » mentionne ceux « *qui ont entendu proférer [...] blasphèmes ou impiétés* »⁴, le législateur révolutionnaire préférera utiliser d'autres formules. Le Code pénal de 1791 incrimine ainsi la provocation à commettre un crime « *par des discours prononcés dans les lieux publics* »⁵, tandis qu'un décret du 18 juillet 1791 contre la sédition sanctionne les « *discours tenus dans des lieux ou assemblées publiques* », le « *cri de provocation au meurtre* », le « *cri contre la garde nationale* » et le « *cri de sédition* ». De même, un décret du 29 septembre 1795 sur l'exercice et la police extérieure des cultes fait référence aux « *discours, ses exhortations, prédications, invocations ou prières* » ainsi qu'au fait de commettre divers délits d'expression « *en lisant [...] ou faisant lire* » un texte, ce qui permet d'observer que la profération peut inclure la lecture d'un document et ne vise pas exclusivement la parole spontanée⁶. Le Code pénal de 1810 reprend la plupart de ces expressions⁷, mais introduit également la notion de profération en matière d'injures, celles-ci devant notamment être « *proférées, dans des lieux ou réunions publics* »⁸ pour être répréhensibles.

À l'heure d'élaborer la loi du 17 mai 1819, le législateur devait donc choisir quel terme mettre à l'honneur. Or, la différence entre « *tenir* » et « *proférer* » des propos fut mise en exergue par un amendement au cours de travaux préparatoires de cette loi, aux termes duquel

¹ V. FESTUS, *De verborum significatione*, Teubner, 1913, p. 160, cité par H. MÉNARD in art. préc. : « *Les Anciens désignaient sous le nom d'occentatio ce que nous appelons maintenant convicium facere, ce qui se fait ouvertement et avec un certain bruit, de telle sorte que cela puisse s'entendre de loin, ce qui est considéré comme honteux (pour celui qui est visé) parce qu'on pense que cela n'est pas fait sans raison* ».

² D. 47, 10, 15, § 4 : « *Le mot convicium, clameur de plusieurs voix, vient de concitatio, incitation à se rassembler, ou de conventus, rassemblement, i.e rapprochement de plusieurs voix à la fois : car quand plusieurs voix sont réunies, cela s'appelle convicium, clameur de plusieurs voix, comme si l'on disait convocium, voix ensemble [...] Qu'un ou plusieurs aient tenu ces propos, ce qui a été dit en troupe est un convicium. Mais ce qui n'a pas été dit en troupe, ni avec des cris, n'est pas proprement dit une clameur réunie, mais un propos infamant* ».

³ D. 47, 8, 4, § 6.

⁴ *La Caroline*, obs. sur l'article 106, 2.

⁵ C. pén. 1791, 2^e partie, Titre III, art. 2.

⁶ L. FACQ, *De la publicité élément constitutif de l'infraction*, op. cit., p. 23 : « *Peu importe d'ailleurs, le mode de profération, qu'il s'agisse de paroles improvisées, récitées ou lues, qu'elles aient été simplement prononcées tout haut, déclamées ou chantées* ». Sur l'avenir de l'incrimination évoquée, v. *infra* n° 442.

⁷ La provocation à commettre un crime un complot peut être commise par « *discours tenus dans des lieux ou réunions publics* » (C. pén. 1810 (version d'origine), art. 102), la sédition peut être provoquée par « *discours* » (*ibid.*, art. 201), la provocation à la rébellion peut se concrétiser par des « *discours tenus dans des lieux ou réunions publics* » (*ibid.*, art. 217) et la provocation à commettre des crimes ou des délits par des « *discours, exhortations, invocations ou prières* » (*ibid.*, art. 293).

⁸ C. pén. 1810 (version d'origine), art. 375 ; v. aussi, art. 471.

« la loi ne prétend pas atteindre les conversations à voix basse ou en forme de confidence »¹. La formule « discours, des cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics », reprise par l'article 23 de la loi de 1881, révèle l'intention du législateur de saisir l'expression orale résolument publique. La référence aux « menaces » prête néanmoins le flanc à la critique, puisque ce terme semble renvoyer à un contenu et non à un moyen d'expression². De façon quelque peu surprenante, la référence à la profération va disparaître du Code pénal. Si, avant 1992, l'article 107 du Code pénal réprimait la provocation directe à un attroupement non armé « par discours proférés publiquement »³, l'article 431-6 du nouveau Code pénal fait, lui, uniquement référence aux « cris ou discours publics »⁴. La profération d'un propos délictueux est donc toujours saisie par le droit pénal⁵, mais la terminologie employée mériterait d'être harmonisée pour plus de clarté. Reste à observer comment le juge apprécie la profération.

128. L'appréciation de la profération. L'étude de la profération, tout comme, on l'a vu, celle des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel⁶ pose la question de l'articulation des différentes qualifications étudiées dans le cadre de cette étude, car l'article 23 de la loi de 1881 semble lier de façon étroite la profération et les « lieux ou réunions publics ». Ainsi, la définition de la communication publique suppose-t-elle, au moins pour certains moyens, d'avoir une idée claire de ce que recouvrent les notions de lieu public et de réunion publique. Est également à prendre en compte, objectivement, l'existence d'un « public », bien que le texte ne le mentionne pas explicitement. En effet, on sait que la doctrine a construit la théorie du lieu public par accident, dont on a montré qu'elle renvoyait, en réalité, à l'hypothèse où un public est présent dans un lieu privé, sans qu'une réunion publique y ait pour autant été organisée⁷. En

¹ *Moniteur* du 15 avr. 1819. V. aussi, G. BARBIER, *Code expliqué de la presse*, op. cit., n° 248, p. 229, estimant que ce terme « comporte une idée de publicité beaucoup plus large que l'expression tenue ».

² V. toutefois P.-J.-É. FABREGUETTES, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, Chevalier-Marescq et Cie, 1884, n° 725, p. 272, estimant que les menaces incluent implicitement les gestes dans les moyens d'expression, ceux-ci étant explicitement mentionnés en matière d'outrage (v. not. C. pén., art. 433-5). Comp., TGI Paris, 12 mai 2015 ; *Legipresse* 2015, p. 332, jugeant qu'une « quenelle » constitue certes un geste, non visé par l'article 23, mais que la photographie de ce geste, laquelle avait été diffusée sur Internet, peut être qualifiée d'« image », d'où la condamnation de son auteur pour injure publique.

³ V. aussi, Ord. 17 nov. 1958, relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, art. 4. Par ailleurs, était auparavant visée celui qui « aura fait entendre publiquement des chants, cris ou discours contraires aux bonnes mœurs » (C. pén., art. 284 ancien). V. encore, Loi du 9 décembre 1905, art. 34, il évoquant les « discours prononcés » et les « lectures faites ».

⁴ La même expression est utilisée en matière de provocation directe à la rébellion (C. pén., art. 433-10).

⁵ V. également la loi du 19 mars 1889 relative aux annonces sur la voie publique, toujours en vigueur, réprimant spécialement l'annonce « à la criée » des titres obscènes des journaux, écrits ou imprimés distribués ou vendus dans les rues et lieux publics.

⁶ V. *supra* n° 87.

⁷ V. *supra* n° 63.

toute hypothèse, au titre de la profération publique, c'est l'intention de l'émetteur qui sera analysée à titre principal par le juge, non celle de l'occupant du lieu, de l'organisateur de la réunion, ou du responsable du groupe visé par les propos. Dès lors que l'auteur du propos n'a aucun contrôle sur le lieu, la réunion ou le groupe de destinataire, ces éléments relèvent d'une appréciation objective ; ce qui n'exclut pas de déduire de ceux-ci la volonté de l'auteur de rendre public son propos, le cas échéant.

Partant, l'appréciation objective de la profération se dédouble ici. D'une part, la *forme de la profération* est à considérer, à savoir essentiellement le ton de celle-ci, mais également l'usage d'un amplificateur vocal, par exemple. Lire un tract à l'aide d'un porte-voix sur le parvis d'un palais de justice constitue ainsi une profération¹. De même, relèvent d'un tel mode d'expression le fait de tenir des propos diffamatoires « à haute voix » dans un lieu public², de s'adresser à quelqu'un dans un lieu public sans prendre la précaution de parler bas³, ou d'adresser des propos successivement à des personnes différentes dans un lieu public et sur un ton de voix qui, sans être très élevé, l'était assez pour que lesdits propos puissent être entendus par des tiers⁴. En revanche, lorsque les propos incriminés sont tenus à voix basse, dans le coin d'un bar d'hôtel, de manière à n'être pas entendus des personnes présentes, autres que celles à qui ils étaient adressés, il n'y a pas profération⁵. D'autre part, il s'agit pour le juge de prendre en compte les *circonstances* dans lesquelles le propos a été proféré. À cet égard, l'on peut considérer que le juge est d'abord tenu d'analyser le caractère public ou privé du lieu. Si le lieu est privé, il s'agira alors de s'intéresser au caractère privé ou public de la réunion s'y déroulant éventuellement. Si des personnes sont présentes ou susceptibles d'être présentes dans le lieu, sans pour autant avoir été convoquées dans le cadre d'une réunion publique, le juge se posera la question de savoir si elles constituent ou non un public.

En réalité, c'est l'appréciation subjective de la profération qui est au cœur de la jurisprudence de la Cour de cassation aujourd'hui⁶. Bien que la prise en compte de la volonté de proférer ne soit pas nouvelle⁷, cette appréciation subjective est véritablement mise à l'honneur depuis un arrêt de 2012 aux termes duquel « *un propos injurieux, même tenu dans*

¹ Cass. crim., 1^{er} sept. 2005 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 172, note M. VÉRON ; *CCE* 2006, comm. 73, obs. A. LEPAGE.

² Cass. crim., 15 mars 1983, *Bull. crim.* n° 185 ; *Gaz. Pal.* 1983, 2, pan., p. 394.

³ Cass. crim., 12 juill. 1884, *Bull. crim.* n° 235.

⁴ Cass. crim., 1^{er} avr. 1938 ; *S.* 1939, 1, jurispr., p. 200.

⁵ Cass. crim., 2 févr. 1950, *Bull. crim.* n° 38.

⁶ V. B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ, 2000, n° 397, p. 239, considérant que le terme « proféré », au sein de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, concerne exclusivement l'élément moral de l'infraction. V. toutefois *supra* n° 128, sur la possibilité d'apprécier objectivement la profération.

⁷ Par ex. : Cass. crim., 1^{er} févr. 1950 ; *D.* 1950, jurispr., p. 230.

une réunion ou un lieu publics, ne constitue le délit d'injure que s'il a été "proféré", au sens de l'article 23 de la loi sur la presse, c'est-à-dire tenu à haute voix dans des circonstances traduisant une volonté de le rendre public »¹. Cette incise de la cour suprême met bien en exergue l'intérêt d'une approche sous l'angle de la volonté, laquelle lui permet de tempérer la rigueur excessive qu'entraînerait une approche purement objective.

D'un côté, l'appréciation subjective conduit parfois le juge à considérer que des propos restent privés malgré les circonstances publiques de leur énonciation. Ainsi, les paroles prononcées dans lieu privé sont-elles réputées non publiques, bien qu'elles aient été entendues d'une personne se trouvant dans le voisinage, si la présence de cette dernière était ignorée par celui qui criait². Il n'y a pas non plus profération en cas d'injures tenues dans un lieu public, mais « sur le ton de la conversation » entre deux époux ne voulant pas être entendus par la victime³.

D'un autre côté, l'appréciation subjective permet parfois au juge de considérer que des propos peuvent être publics malgré le caractère privé des circonstances spatiales ou personnelles dans lesquelles ils sont tenus. Dès lors, sont proférés des propos tenus dans un lieu privé dans des conditions telles que leur auteur voulait qu'ils soient entendus de l'extérieur, les propos ayant été effectivement été perçus⁴. Cette modalité de l'appréciation subjective, en ce qu'elle va dans le sens de la répression pénale, est à accueillir avec plus de réserves que la précédente, les juges s'exposant mécaniquement au soupçon d'avoir cédé aux sirènes de la décision en opportunité. Aussi, lorsque la Cour déduit l'intention de proférer du fait que les propos incriminés ont été tenus à voix haute en présence d'une amie dans le hall d'un hôtel⁵, ou dans une cour d'immeuble comportant seize appartements et à laquelle le public a prétendument accès⁶, l'observateur est en droit d'être circonspect. De même, en matière d'apologie du terrorisme, la référence à la volonté de l'auteur des propos a permis de considérer

¹ Cass. crim., 27 nov. 2012, *Bull. crim.* n° 261, préc.

² CA Paris, 17 oct. 1956 ; *Gaz. Pal.* 1956, 2, jurispr., p. 368 ; *RSC* 1956, p. 843, obs. L. HUGUENEY. Dans le même sens : Cass. crim., 20 déc. 1930 ; *DP* 1931, 1, p. 133.

³ Cass. crim., 7 févr. 1945, *Bull. crim.* n° 11. De même, le maire qui tient des propos à un interlocuteur de son choix, sans intention de les rendre audibles par les autres personnes présentes, ne les profère pas (Cass. crim., 15 déc. 2015, n° 14-86.132, *Bull. crim.* n° 297, *CCE* 2015, comm. n° 15, obs. A. LEPAGE) ; pas plus que l'homme politique qui, ne voyant pas l'objectif de la caméra qui le filme, s'exprime sur le ton de la confidence, son attitude démontrant par ailleurs qu'il n'entend pas s'adresser au-delà du cercle restreint formé par les militants qui l'entourent, au point que le sous-titrage avait été nécessaire pour rendre la conversation compréhensible lors de la diffusion ultérieure des propos par des journalistes (Cass. crim., 27 nov. 2012, *Bull. crim.* n° 261, préc.).

⁴ Cass. crim., 26 oct. 1982, *Bull. crim.* n° 640.

⁵ Cass. crim., 7 juin 2016, n° 15-81.405 ; *CCE* 2016, comm. 72, A. LEPAGE. Pour l'annotateur : « C'est une conception quelque peu abstraite de la publicité, qui convie dans l'analyse un public virtuel ou réduit à une seule personne ».

⁶ Cass. crim., 8 avr. 2014, n° 12-87.497, *Bull. crim.* n° 105.

que l'apologie était publique dans une hypothèse déjà évoquée¹ où l'individu s'adressait aux seuls gendarmes qui l'escortaient – ceux-ci constituant un cercle privé² –, dans un fourgon cellulaire ou dans les geôles du tribunal devant lequel il doit comparaître – ces lieux étant assurément privés. Ont aussi été jugés publics, en vertu de cette approche subjective, les propos apologétiques pourtant tenus en la présence de membres de l'administration pénitentiaire³. Pourtant, « rien dans le texte n'indique que la condition de publicité est uniquement d'essence subjective et que l'intention de rendre publique l'apologie suffit à ce que celle-ci soit du même coup publique »⁴. En effet, l'appréciation subjective de la profération ne peut se substituer totalement à l'appréciation objective des faits, ce qui vaut également pour l'exposition.

2. L'exposition

129. L'exposition, au sens de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, a pu être définie comme « la mise sous les yeux du public d'un écrit, dessin ou imprimé »⁵. Cette courte définition met bien en évidence que le fait de montrer, d'exhiber, est essentiel en la matière⁶. En revanche, il convient de se demander si le domaine de l'exposition est aussi limité que le suggère cette définition. En effet, si l'écrit, *lato sensu*, est l'objet privilégié de l'exposition, la question de savoir si l'exposition peut concerner les choses, voire les personnes, mérite d'être soulevée. Une fois le domaine de l'exposition circonscrit, son appréciation pourra être étudiée.

130. L'exposition d'un écrit. L'affichage est l'archétype de l'exposition d'un écrit et constitue un moyen de transmission de l'information très efficace, le regard du passant étant inévitablement capté par l'information ainsi exposée, si bien que selon un auteur, « les abus commis par une affiche constituent une publicité différente et beaucoup plus étendue que celle que réalisent un livre ou un film. Nul n'est obligé de lire un livre ou d'aller au cinéma »⁷. Cela n'enlève toutefois rien au fait qu'un journal peut potentiellement atteindre bien plus de personnes qu'une affiche, laquelle reste une diffusion circonstanciée. Quant aux finalités de

¹ Cass. crim., 11 juill. 2017, n° 16-86.965, préc.

² V. *supra* n° 112.

³ Cass. crim., 19 juin 2018, n° 17-87.087 ; *Dr. pén.* 2018, comm. 171, obs. P. CONTE.

⁴ P. CONTE, comm. préc.

⁵ Cass. crim., 30 juin 1899 ; *DP* 1901, 1, jurispr., p. 119.

⁶ L. FACQ, *De la publicité élément constitutif de l'infraction*, op. cit., p. 23 : « Il ne suffirait donc de mentionner [que l'écrit] a été déposé, car le dépôt n'implique pas nécessairement une exhibition ».

⁷ P. MALAURIE, note ss, TGI Paris, réf., 10 mars 2005 et CA Paris, 8 avr. 2005, *JCP G* 2005, II, 10109. Il s'agissait en l'espèce d'une injure commise à travers une affiche publicitaire.

l’affichage, elles sont aussi variées que les possibilités de communication : « *D’abord consacré à la publication cérémonielle des actes du pouvoir souverain, et aux annonces légales ordonnées par l’édit des Criées de 1551, le “médiaplacard” fut très rapidement utilisé par la contestation politique [...]. L’annonce marchande sut en profiter* »¹.

Si, dès le *Digeste*, l’affiche est mise à l’honneur en matière d’injures et le libelle diffamatoires² et que l’affichage joue un rôle majeur dans la diffusion des 95 thèses de LUTHER en 1517, c’est surtout à partir du XVIII^e siècle que l’affichage va devenir omniprésent en France et que Louis-Sébastien MERCIER pourra s’écrier, en 1782 : « *Le placard ! il couvre, il colorie, il habille Paris* »³. Un phénomène social d’une telle ampleur devait logiquement être saisi par le droit pénal. L’article 8 du décret du 18 juillet 1791 réprimait ainsi le fait d’outrager la pudeur des femmes « *par exposition [...] d’images obscènes* »⁴. De même, dans le Code pénal de 1791, était réprimée la provocation directe à commettre un crime « *par des placards [...] affichés* »⁵ dans les lieux publics. La loi du 17 mai 1819 mentionnera ensuite, en son article premier, les écrits et assimilés « *exposés dans des lieux ou réunions publics* » ou les « *placards et affiches exposés aux regards du public* »⁶. Cette formulation, reprise par l’article 23 de la loi du 29 juillet 1881⁷, étend le domaine de l’exposition, laquelle s’applique alors à d’autres supports que l’affiche, mais elle introduit également une ambiguïté sur la façon dont s’apprécie l’exposition et a pu susciter un débat doctrinal par le passé⁸.

¹ G. FEYEL, « Presse et publicité en France (XVIII^e et XIX^e siècles) », *Revue historique*, 2003, n° 628, p. 839. L’auteur relève, par ailleurs, l’importance que revêtait encore la publicité à la fin du siècle dernier : « *la France est le premier des grands pays développés à accorder une si grande importance à l’affichage : 11,7 et 11,8 % en 1990 et 1998, alors que les États-Unis font 1,4 et 1,6 %, la Grande Bretagne 3,8 et 4,9, l’Allemagne 3,4 et 3,2* ».

² D. 47, 10, 5, § 10 : « *Encourt la même peine, en vertu d’un sénatus-consulte, celui qui a mis en public des affiches ou quelque autre chose, même non écrit, pour diffamer un autre [...]* ».

³ L.-S. MERCIER, *Tableau de Paris*, La Découverte, 2006 (1782), cité par G. FEYEL in art. préc.

⁴ Par la suite, seront punis ceux « *qui auront exposé ou fait exposer sur la voie publique ou dans des lieux publics des affiches ou images contraires à la décence* » (C. pén., art. R. 38, 9^o ancien) et ceux qui auront, plus généralement, « *[a]ffiché, exposé ou projeté aux regards du public* » des écrits indécents (C. pén., art. 283 ancien).

⁵ C. pén. 1791, 2^e partie, Titre III, art. 2. Le décret du 19 juillet 1791 visait, plus largement, en son article premier : « *Toutes personnes qui auront provoqué le meurtre, le pillage, l’incendie, ou conseillé formellement la désobéissance à la loi [...] par des placards ou affiches* ».

⁶ Le Code pénal de 1810 était plus sobre et mentionnait uniquement la provocation « *par [...] affiche* » (art. 293).

⁷ Cette même loi consacre également un chapitre à l’affichage qui sanctionne les atteintes aux affiches apposées par l’administration ou par des particuliers dans le cadre électoral (Loi du 29 juillet 1881, art. 17).

⁸ Un auteur classique estimait ainsi que « *dans les lieux non publics, un placard ou une affiche tombent sous le coup de la loi par cela seul qu’ils seront placés sous ou devant les yeux du public. Le législateur s’est montré ici moins sévère sur la condition de publicité* » (P.-J.-É. FABREGUETTES, *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l’écriture et la presse*, t. 1, op. cit., p. 212). Pour d’autres, en revanche, l’exposition « *aux regards du public* » ne saurait être considérée comme un mode de publicité particulier aux placards ou affiches, pas plus qu’aux dessins, gravures, peintures emblèmes ou images, et le lien entre exposition et les lieux ou réunions publics restait indéfectible (G. LE POITTEVIN, *Traité de la presse*, op. cit., n° 533, p. 588 ; G. BARBIER, *Code expliqué de la presse*, op. cit., n° 262, p. 253). Ce débat est en réalité dépassé, car il ne fait guère de doute aujourd’hui que la circonstance de lieu public, le caractère public de la réunion et la présence éventuelle d’un public présent sont à apprécier cumulativement (v. *infra* n° 133).

De nombreuses dispositions contemporaines évoquent encore l'affichage ou l'exposition d'un écrit, quel qu'en soit le support. L'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 habilite le ministre de l'Intérieur à interdire « *d'exposer [des publications étrangères] à la vue du public en quelque lieu que ce soit, et notamment à l'extérieur ou à l'intérieur des magasins ou des kiosques, et de faire pour elles de la publicité par la voie d'affiches* »¹. De même encore, la provocation directe à un attroupement armé² ou à la rébellion³ peut être réalisée « *par des écrits affichés* »⁴. Plus spécifiquement, l'article L. 3513-4, 3° du Code de la Santé publique énonce que la propagande ou la publicité, directe ou indirecte, en faveur des produits du vapotage est possible lorsqu'elle est réalisée par des « *affichettes disposées à l'intérieur des établissements les commercialisant et non visibles de l'extérieur* ». Le Conseil d'État a confirmé que cette disposition a pour effet d'interdire, dans les lieux de vente, les affichettes relatives aux produits de vapotage qui seraient visibles de l'extérieur des établissements⁵.

Quant aux autres supports que l'affiche, on peut notamment citer l'enseigne⁶, le véhicule⁷, les murs⁸ ou encore le vêtement⁹. Relèvent également de l'exposition le visuel publicitaire inscrit sur des vêtements, des vitrines ou des sacs d'emballage¹⁰, ou encore la publicité mensongère exposée sur la blouse d'un vendeur¹¹ ou sur l'objet lui-même, par étiquette¹². En somme, l'exposition peut avoir comme support tant une chose mobilière qu'une

¹ L'article précise néanmoins que « *l'exposition demeure possible dans les lieux dont l'accès est interdit aux mineurs* ». V. aussi, Loi n° 98-468 du 17 juin 1998, art. 33, permettant à l'administration d'interdire d' « *exposer les documents [pornographiques] à la vue du public en quelque lieu que ce soit* ».

² C. pén., art. 431-6.

³ C. pén., art. 433-10.

⁴ V. encore Loi du 9 décembre 1905, mentionnant des « *affiches apposées* » (art. 34) ou l' « *écrit affiché [...] dans les lieux où s'exerce le culte* » (art. 35).

⁵ CE 10 mai 2017, *Féd. des fabricants de cigares et al.*, Lebon 401536.

⁶ La publicité en faveur d'une boisson alcoolique est autorisée sous forme « *d'affiches et d'enseignes* » (CSP, art. L. 3323-2, 3°). Or, constitue une enseigne « *toute inscription, forme ou image apposée sur un immeuble et relative à une activité qui s'y exerce* » (C. env., art. L. 581-3, 2°).

⁷ CSP, art. L. 3332-2, 5°, autorisant la publicité en faveur d'une boisson alcoolique par « *inscription sur les véhicules utilisés pour les opérations normales de livraison des boissons [...]* » (CSP, art. L. 3323-2, 5°). V. aussi, C. env., art. L. 581-14, réglementant plus largement la publicité réalisée dans les airs et prohibant, à compter depuis 1^{er} octobre 2022 « *la publicité diffusée au moyen d'une banderole tractée par un aéronef* » (Loi n° 2021-1104 du 22 août 2021).

⁸ Pour une croix gammée dessinée sur un mur, v. Cass. crim., 23 févr. 1950 ; D. 1951, jurispr., p. 217, note P. MIMIN. V. aussi, C. pén., art. 322-1, al. 2, visant le fait « *de tracer des inscriptions, des signes ou des dessins [...] sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain* », exposition spécifique.

⁹ L'infraction d'apologie de crime est caractérisée lorsque des proches de l'enfant lui font revêtir, avant de l'envoyer à l'école, un tee-shirt sur lequel apparaissent les inscriptions « *Jihad, né le 11 septembre* » et « *je suis une bombe* » (Cass. crim., 17 mars 2015, n° 13-87.358, préc.).

¹⁰ Cass. crim., 26 juin 2018, n° 17-83.138 ; *Dr. pén.* 2018, comm. 179, obs. J-H. ROBERT, rendu en matière de publicité pour le tabac.

¹¹ Cass. crim., 23 févr. 1989, n° 88-82.291, *Bull. crim.* n° 91.

¹² Cass. crim., 25 juin 1984, *Bull. crim.* n° 241 ; Cass. crim., 14 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 262 ; *JCP G* 1999, II, 10066, note P. CONTE ; Cass. crim., 19 oct. 2004, n° 04-82.642.

chose immobilière. Mais l'exposition peut-elle avoir comme *objet même* une chose mobilière ou immobilière ?

131. L'exposition d'une chose. Si l'on considère que l'exposition consiste à montrer à autrui une chose, et non pas seulement un écrit, *lato sensu*, de nombreuses dispositions pénales paraissent alors incriminer des expositions spécifiques. C'est le cas, tout d'abord, des objets « *signifiants* » que les dispositions pénales, tant présentes que passées, mentionnent spécifiquement. Le décret du 29 septembre 1795 énonçait ainsi que, par principe, aucun « *signe particulier à un culte ne peut être élevé, fixé et attaché en quelque lieu que ce soit, de manière à être exposé aux yeux des citoyens* ». Semblablement, aux termes de l'article 97 de l'ancien Code pénal, étaient punissables « *les individus [...] qui auront provoqué ou facilité le rassemblement des insurgés [...] par le port de drapeaux ou autres signes de ralliement* ».

Objet signifiant par excellence, le vêtement, dans sa dimension de costume¹, était également présent dans les dispositions pénales, du bonnet vert que devait porter le commerçant en situation de banqueroute à la chemise rouge du condamné à mort pour assassinat, incendie ou empoisonnement, en passant par le gilet, la culotte ou le bonnet de laine brune dont étaient revêtus les forçats². En droit positif, est interdit le fait « *de porter [publiquement] un costume, un uniforme ou une décoration réglementés par l'autorité publique* »³. En application de cette disposition, ont été jugés répréhensibles le port d'un pull-over de sapeur-pompier⁴, ou encore le fait pour une danseuse de cabaret de revêtir la tunique et la casquette d'un client officier⁵.

Dans la même ligne, est réprimé le fait, « *de porter ou d'exhiber dans une enceinte sportive* » lors du déroulement ou de la retransmission en public d'une manifestation sportive, des insignes, signes ou symboles rappelant une idéologie raciste ou xénophobe⁶, ainsi que le fait, sauf pour les besoins d'un film, d'un spectacle ou d'une exposition comportant une évocation historique, « *de porter ou d'exhiber en public* » un uniforme, un insigne ou un emblème rappelant, en substance, l'idéologie nazie⁷. Cette dernière disposition a néanmoins fait l'objet d'une interprétation très extensive dans la célèbre affaire *Yahoo !*, les juges estimant

¹ Sur les différentes dimensions du vêtement, v. *infra* n° 202.

² V. J.-P. GRIDEL, *Le signe et le droit*, op. cit., n° 215, p. 271. Sur le déclin du châtiment public dans l'histoire, v. *infra* n° 522 et s.

³ C. pén., art. 433-14. Les dispositions relatives à l'imitation d'un signe de l'autorité publique évoquent uniquement le fait de « *porter un costume ou un uniforme* » (C. pén., art. 433-15 et R. 643-1).

⁴ CA Caen, 31 mai 2010, RG n° 09/00971 et 10/00449.

⁵ T. corr. Orléans, 20 janv. 1932, cité par A. BOUZON-ROULLE, v° « Uniforme-Costume », *Rép. pén.*, 2014, n° 22.

⁶ C. sport., art. L. 332-7.

⁷ C. pén., art. R. 645-1.

à cette occasion qu'une vente aux enchères en ligne pouvait constituer une exhibition¹, ce qui revient à confondre l'exposition et la diffusion sur Internet.

On peut également citer l'article 322-3-1 du Code pénal, évoquant le « *bien culturel [...] exposé* » dans un musée, ou encore l'article L. 122-5, 11° du Code de propriété intellectuelle qui mentionne les « *œuvres architecturales et [les] sculptures, placées en permanence sur la voie publique* »².

En toute hypothèse, toutes ces dispositions ne sont pas si éloignées de la loi du 29 juillet 1881, car l'on pourrait rattacher ces signes, symboles et vêtements aux « *emblèmes* » évoqués par l'article 23 de cette loi, que VITU a pu définir comme « *tout signe ou tout objet ayant la valeur d'une représentation allégorique d'une idée, d'une croyance, d'une appartenance ethnique, religieuse, sociale, politique...* »³. Il s'agit donc bien, dans tous ces textes, de cas d'exposition spécifiés par la loi pénale.

Plus discutable est l'hypothèse d'une exposition d'une *chose non signifiante*. Il est intéressant de noter que le lien entre l'exposition et les choses était prégnant à l'origine. En effet, le Code pénal de 1791 aggravait le « *vol de charrues, instruments aratoires, chevaux et autres bêtes de somme, bétail, ruches d'abeilles, marchandises ou effets exposés sur la voie publique, soit dans les campagnes, soit sur les chemins, ventes de bois, foires, marchés et autres lieux publics* ». Par ailleurs, encourageaient la répression pénale ceux qui apposaient des graffitis « *sur un bien meuble du domaine de l'État, des collectivités territoriales, ou sur un bien se trouvant sur ce domaine soit en vue de permettre l'exécution d'un service public, soit parce qu'il est mis à la disposition du public* »⁴. La première disposition évoquée est intéressante, car elle induit un lien entre l'exposition et la vulnérabilité. Quant à la seconde, bien qu'elle n'évoque pas le terme d'exposition, elle pourrait laisser penser que l'exposition précède parfois l'usage d'une chose autre que la simple contemplation de celle-ci. Par exemple, il faudrait d'abord avoir sous les yeux un vélo en libre-service avant de l'enfourcher. L'exposition inclurait alors dans son champ toute chose exposée dans un lieu public, non seulement pour être vue, mais également pour être utilisée d'une quelconque manière. Dans cette optique, le « *meubler urbain* »⁵ renverrait à des choses exposées par une personne publique, de même que

¹ TGI Paris, 26 févr. 2002 ; CCE 2002, comm. 77, obs. A. LEPAGE.

² En toute rigueur, on pourrait considérer que le monument est une chose immobilière exposée. En ce sens, O. MONGIN, « Métamorphoses de l'espace public », art. préc., p. 76 : « *l'espace public est historiquement liée à des monuments ou à des places qui sont les uns et les autres indissociable d'un modèle politique de nature optique qui exige la visibilité et la possibilité pour le pouvoir de se montrer* ».

³ A. VITU, *Droit pénal spécial*, op. cit., t. 1, n° 1561, p. 1229.

⁴ C. pén., art. R. 38, 2° ancien.

⁵ C. pén., art. 322-1, al. 1^{er}.

les « *matériaux entreposés sur le domaine public routier et ses dépendances pour les besoins de la voirie* »¹. Pour ce qui est des immeubles, « *les voies publiques* »², appréhendées comme des biens et non comme des lieux, les « *façades* »³ ou encore les « *bois, forêts, landes, maquis, plantations ou reboisements* » protégés contre les incendies⁴, seraient également des choses exposées. Néanmoins, assimiler tout ce qui est visible et vulnérable à ce qui est exposé paraît excessif, et il semble nécessaire, afin de circonscrire la notion d'exposition, de considérer que la finalité de l'objet exposé doit être, en quelque sorte, un usage visuel, la lecture d'un écrit ou la contemplation d'un objet. Reste à évoquer l'hypothèse de l'exposition d'une personne.

132. L'exposition de la personne. Il peut paraître incongru, aujourd'hui, de considérer qu'une personne puisse être exposée. Pourtant, l'exposition du condamné, dont le pilori et le carcan furent les modalités les plus connues, ont traversé bien des âges⁵. Aux termes du Code pénal de 1791, si le condamné était absent, un écriteau prenait la place du *contumax*⁶ ; l'exposition d'un écrit remplaçait alors l'exposition de la personne. Aujourd'hui, cette substitution de l'écrit à la personne est totale puisque l'article 131-35 ainsi que de nombreuses autres dispositions évoquent, notamment, « *l'affichage* » de la décision pénale. L'État ne dispose donc plus du pouvoir d'exposer une personne aux regards du public.

Quid de l'exposition d'une personne privée par une autre ? Dans l'Antiquité, l'exposition d'enfant dans un lieu public, afin qu'il soit recueilli par autrui, était certes une exposition, au sens strict, dans la mesure où le nouveau-né était visible, mais montrer l'enfant n'était pas la finalité exclusive de cet acte et s'apparentait davantage à un cas d'abandon⁷. Or, on a déjà souligné la différence entre le dépôt et la monstration. Néanmoins, l'on ne peut nier que lorsque l'article 227-15 du Code pénal incrimine « *le fait de maintenir un enfant de moins*

¹ C. voirie routière, art. R. 116-2.

² C. pén., art. 322-1, al. 2.

³ *Ibid.*

⁴ C. pén., art. 322-6, al. 2.

⁵ Par ex., C. pén. 1791, 1^{re} partie, Titre I, art. 28 : « *Quiconque aura été condamné à l'une des peines des fers, de la réclusion dans la maison de force, de la gêne, de la détention, avant de subir sa peine, sera préalablement conduit sur la place publique de la ville où le jury d'accusation aura été convoqué. Il y sera attaché à un poteau placé sur un échafaud, et il y demeurera exposé aux regards du peuple, pendant six heures, s'il est condamné aux peines des fers ou de la réclusion dans la maison de force ; pendant quatre heures, s'il est condamné à la peine de la gêne ; pendant deux heures, s'il est condamné à la détention...* ». V. *infra* n° 522 et s.

⁶ C. pén. 1791, 1^{re} partie, Titre III, art. 2 : « *Un écriteau restera exposé aux yeux du peuple pendant douze heures, si la condamnation emporte la peine de mort ; pendant six heures, si la condamnation emporte la peine des fers ou de la réclusion dans la maison de force ; pendant quatre heures, si la condamnation emporte la peine de la gêne ; pendant deux heures, si la condamnation emporte la peine de la détention, et de la dégradation civique ou du carcan* ». V. *infra* n° 525.

⁷ V., C. pén. 1810 (version d'origine), art. 349, visant, dans sa version d'origine, ceux « *qui auront exposé et délaissé en un lieu solitaire un enfant au-dessous de l'âge de sept ans accomplis* ».

de six ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au transport collectif de voyageurs, dans le but de solliciter la générosité des passants » il a en vue, notamment, la sanction de l'exposition visuelle d'un enfant et plus particulièrement de la misère de celui-ci, susceptible de susciter la compassion du passant. Il s'agirait donc là d'une hypothèse particulière d'exposition de la personne.

Reste, enfin, la question de savoir s'il y a exposition lorsqu'une personne exhibe son propre corps à la vue d'autrui, ce qui renvoie naturellement à « *l'exhibition sexuelle* » mentionnée par l'article 222-32 du Code pénal. Lors de l'étude du « *lieu accessible aux regards du public* »¹, on verra que l'exhibition peut avoir lieu dans un lieu public et que, quand elle a lieu dans un lieu privé, il faut considérer l'état d'esprit du prévenu. Or, c'est apprécier l'exhibition d'un corps de la même manière que l'exposition d'un objet – le public est alors, tout au plus *le témoin d'un spectacle* et non destinataire d'une information² –, ce qu'il s'agit de constater à présent.

133. L'appréciation de l'exposition. Comme la profération, l'exposition s'apprécie à la fois objectivement et subjectivement. Quant à *l'appréciation objective*, l'on songe ici encore à la *forme de l'exposition*, ce qui renvoie alors au support de l'exposition choisi – l'affichage d'un écrit sur un mur sera plus sûrement une exposition que l'inscription apposée sur un *T-shirt* –, voire à la taille du support exposé³. Mais les juges prennent surtout en considération, au titre des *circonstances* de l'exposition, le caractère privé ou public du lieu, de la réunion, ainsi que la présence éventuelle d'un public. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle pu juger que l'affichage de la décision d'un comité d'entreprise contenant des imputations diffamatoires dans les locaux de l'entreprise accessible aux seuls salariés n'était pas une exposition publique⁴. De même, l'affichage de tracts dans des locaux de police non accessibles au public et à la vue de policiers liés entre eux par une communauté d'intérêts ne constitue pas une exposition⁵. En dehors de la loi de 1881, il a pu être jugé par le passé, en matière d'outrage public à la pudeur, qu'en l'absence d'exposition en vitrines ouvrant sur l'extérieur des articles mis en vente dans un

¹ V. *infra* n° 196 et s.

² Sur cette démonstration, v. *supra* n° 62.

³ Par ex., CA Paris (pôle 2 - ch. 7), 19 déc. 2019, n° 19/01374, préc., jugeant, dans le cadre de l'affaire dite du « *mur des cons* » que « *le panneau de grande taille était très accessible et visible et qu'il n'était nullement dissimulé lorsque des visiteurs se présentaient* ».

⁴ Cass. crim., 9 juill. 1982, n° 80-93.643, *Bull. crim.* n° 186 ; V. aussi, Cass. crim., 12 sept. 2000, n° 99-86.650, *Bull. crim.* n° 26, préc.

⁵ Cass. 2° civ., 8 nov. 1993, n° 91-22.216, préc.

magasin dit « *sex-shop* », les articles étant, au surplus, rangés dans des tiroirs ou derrière des rideaux, le délit ne pouvait être constitué¹.

Quant à l'*appréciation subjective*, un auteur a justement mis en exergue que « *l'individu qui expose doit révéler sa volonté de frapper le public et de lui transmettre un message. Tant que l'affiche est recouverte d'une bâche, l'acte d'exposition fait donc défaut. En revanche, il y a publication à partir du moment où la bâche est enlevée par celui qui l'avait fait apposer et que son contenu a pu être vu par tous* »². Ainsi, le rédacteur d'un tract diffusé à l'intérieur d'une entreprise n'est-il pas responsable d'un affichage visible par des passants et qu'il n'a pas voulu³. Le peu de jurisprudence en la matière laisse néanmoins planer un doute sur la consistance de l'intention exigée ici. En effet, en matière d'exhibition sexuelle, l'absence de précaution suffit à caractériser l'exhibition sexuelle⁴. Partant, il est possible de s'exhiber par négligence, mais il est difficile de savoir s'il y a exposition, d'une manière générale, lorsqu'un écrit ou une chose ne sont pas suffisamment cachés. S'interrogeant à cet égard sur le délit diffusion de message pédopornographique⁵, un auteur considère que « *le fait d'afficher des scènes pornographiques d'enfants dans un salon privé où elles peuvent être vues par des livreurs ou du personnel domestique paraît bien constituer une diffusion* »⁶. Ce raisonnement est très proche de l'hypothèse de la personne se promenant dénudée chez elle malgré la présence d'autrui, ce qui s'analyse comme une absence de précautions suffisantes. De même, dans le cadre de l'affaire dite des « *murs des cons* » dont il a déjà été fait mention⁷, les juges du fond ont pu estimer que la prévenue avait la « *volonté de ne pas le soustraire à ce regard des tiers et de le rendre public* » du simple fait qu'elle avait accompagné le journaliste jusqu'au panneau et débattu avec lui de son contenu⁸. Cette formule négative interpelle et on peut légitimement penser que « *ne pas* » penser à dérober à la vue d'autrui un écrit ne revient pas à l'exposer de façon volontaire et assumée. En l'absence de jurisprudence explicite sur ce point, on ne peut néanmoins que spéculer sur la teneur de la volonté ici exigée. Reste à évoquer la projection, sorte d'hybride entre la profération et l'exposition.

¹ CA Besançon, 9 mai 1972 ; RSC 1972, p. 883, obs. G. LEVASSEUR.

² E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 1087, p. 598.

³ TGI Paris, 17^e ch. corr., 21 oct. 2003 ; *Légipresse* 2004, n° 208, I, p. 4.

⁴ V. *infra* n° 222.

⁵ C. pén., art. 227-23.

⁶ M.-L. RASSAT, « Fasc. 20 : Mise en péril des mineurs », *J.-Cl. Pénal Code*, 2015 (màj. 2019), n° 23.

⁷ V. *supra* n° 63.

⁸ CA Paris (pôle 2 - ch. 7), 19 déc. 2019, n° 19/01374, préc.

3. La projection

134. Un moyen de transmission publique hybride. L'article L. 122-2 du Code de la propriété intellectuelle évoque, parmi les moyens de représentation de l'œuvre, la « *projection publique et [la] transmission dans un lieu public de l'œuvre télédiffusée* ». Or, il est permis de penser que ces moyens, auxquels la doctrine en droit d'auteur accorde peu d'attention, peuvent être appréhendés de façon unitaire et regroupés sous le terme unique de « *projection* »¹. En langage courant, cette dernière renvoie à l'action « *de projeter avec un appareil, des rayons ou des images éclairées qui apparaissent sur un écran* »². Cette définition exclut donc la projection sonore, qu'il semble pourtant nécessaire d'intégrer à la notion de projection telle qu'on l'entend ici.

Tributaire d'appareils tels que le projecteur et le phonogramme, ce moyen de transmission publique n'est apparu qu'au XX^e siècle et constitue assurément un moyen de communication hybride ; moderne du fait de la technologie dont il suppose l'emploi ; classique de par le caractère limité de la diffusion qu'il permet. Il est ainsi impossible d'assimiler la projection et la communication audiovisuelle, dans la mesure où celle-ci renvoie à des modes de diffusion comme la télévision ou la radio, lesquels supposent par définition une audience extrêmement large. Par ailleurs, la profération suppose l'emploi de sa propre voix. Quant à l'exposition, elle pourrait à la rigueur être une qualification adéquate dans l'hypothèse d'une projection d'images, mais l'ajout de sons rendrait discutable le recours à cette qualification.

Dès lors, seule une approche souple des termes de l'article 23 de la loi de 1881 permet à la jurisprudence de considérer que les films cinématographiques³ satisfaisaient à l'exigence de publicité posée par la loi. L'ajout de la projection à l'article précité serait donc souhaitable, d'autant que l'article 283 de l'ancien Code pénal réprimait, notamment, le fait d'avoir « *projeté aux regards du public* » une image obscène. S'il est vrai que peu d'infractions de presse sont commises par ce biais et que l'hypothèse est relativement marginale en matière de publicité réglementée⁴, il est crucial de cerner la notion de projection en matière de contrefaçon.

¹ Sauf à considérer que la diffusion sonore d'un contenu s'apparente à une « *présentation publique* » (CPI, art. L. 122-2).

² CNTRL, v° « Projection », sens A, 3.

³ CA Dijon, 8 janv. 1936 ; RSC 1936, p. 222, obs. MAGNOL. Certains considèrent que l'atteinte au principe de légalité est ici minime car les juges auraient procédé à une actualisation du texte en effectuant une interprétation téléologique de celui-ci, l'évolution étant donc prévisible (E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 607, p. 504).

⁴ Cass. crim., 11 févr. 1998, *Bull. crim.* n° 58. Il s'agissait en l'espèce de l'organisation d'une loterie dont le prix était un téléviseur sur l'écran duquel apparaissait une voiture de course de couleur jaune portant l'inscription d'une

135. Projection et contrefaçon. La Cour de cassation a pu juger que la présentation d'enregistrements à des professionnels lors d'un salon international constituait une contrefaçon¹, ainsi que la projection non autorisée de vidéocassettes par téléprojecteurs reliés à des magnétoscopes². De même, constitue le délit la diffusion d'œuvres musicales dans une discothèque³, peu important que l'enregistrement ait été licitement réalisé et que le disque ait pu être régulièrement acheté dans le commerce.

Par ailleurs, la controverse qui a pu émerger autour de la diffusion d'œuvres musicales et audiovisuelles dans les chambres d'hôtel⁴ révèle la proximité entre la projection, la profération et l'exposition. Il s'agissait en effet de savoir si une telle retransmission, en ce qu'elle avait lieu dans des lieux privés, pouvait s'apparenter à une représentation. Selon la Cour de cassation, « *l'ensemble des clients de l'hôtel, bien que chacun occupe à titre privé une chambre individuelle, constitue un public à qui la direction de l'établissement transmet les programmes de télévision [...], cette communication constituant une représentation des œuvres télévisuelles au sens du texte susvisé* »⁵. Cet arrêt illustre donc pleinement la subsidiarité de l'analyse du public par rapport à celle du lieu dans l'appréciation d'une projection, d'une profération ou d'une exposition. C'est seulement après avoir constaté le caractère privé du lieu que le juge se penchera sur la question de savoir si les récepteurs de la transmission constituaient ou non un public.

En toute hypothèse, la diffusion permise par la projection est circonstanciée, contrairement aux autres moyens de transmission publique qu'il convient d'étudier à présent.

marque de cigarettes. Cette projection a donc contribué à la commission du délit de publicité illicite en faveur le tabac (CSP, art. L. 3512-4). Quant à la publicité pour des jeux en ligne, elle est interdite « *dans les salles de spectacles cinématographiques lors de la diffusion d'œuvres accessibles aux mineurs* » (CSI, art. L320-12) ; la référence à la « *diffusion* » plutôt qu'à la projection est donc imprécise en l'occurrence.

¹ Cass. crim., 14 mars 2000, n° 99-82.536, *Bull. crim.*, n° 112.

² CA Paris, 13^e ch. corr., 27 sept. 1994, n° 93/03342.

³ CA Grenoble, ch. corr., 21 mars 1979 ; *RIDA* juill. 1979, p. 133 ; Cass. crim., 5 mai 1981 ; *RIDA* janv. 1982, p. 179.

⁴ B. EDELMAN, « La télédistribution dans les chambres d'hôtel », *D.* 1994, chron., p. 209.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 6 avr. 1994, n° 92-11.186, *Bull. civ.* 1994, I, n° 144 ; *RIDA* juill. 1994, p. 367, obs. A. KÉRÉVER ; *D.* 1994, jurispr., p. 450, note P.-Y. GAUTIER. V. encore, Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2010, n° 08-16.022 ; *CCE* 2010, comm. 22, obs. C. CARON.

B. Les moyens permettant une diffusion illimitée

136. Le caractère illimité de la diffusion permise par certains moyens de communication publique résulte essentiellement de deux facteurs. Pour la distribution, la reproduction en plusieurs exemplaires du support transmis permet une diffusion potentiellement bien plus large qu'une simple exposition, profération ou projection (1). Pour la communication au public par voie électronique, c'est tout simplement l'universalité attachée aux réseaux électroniques qui rend possible une diffusion sans limites (2).

1. La distribution

137. La distribution est sans doute le moyen de communication publique le plus souvent évoqué dans les dispositions pénales, de diverses manières. Après avoir rappelé le caractère transversal de ce moyen de transmission, on verra que la distribution présente un caractère unitaire, ce qui revient à critiquer la distinction fréquente entre distribution à titre gratuit et distribution à titre onéreux ou encore l'opposition entre distribution et publication de presse ou édition. Par ailleurs, le domaine de la distribution est étendu, dans la mesure où une chose peut être distribuée. L'appréciation de la distribution sera, *in fine*, abordée.

138. *Le caractère transversal de la distribution.* La distribution, en ce qu'elle suppose une pluralité d'exemplaires d'un écrit à transmettre – voire, on le verra, d'une chose –, dépend bien évidemment des technologies permettant la reproduction de cet écrit – ou de cette chose. C'est donc logiquement que ce moyen de transmission, quoique classique¹, a pris son essor avec l'apparition de l'imprimerie, laquelle permit notamment à la presse de connaître le succès que l'on sait. Autorisée par Louis XIII, au cœur de « *l'espace public* » habermassien au XVII^e siècle², « *quatrième pouvoir* » à compter de la Révolution, la presse exprime la voix de l'opinion publique à travers les journalistes, « *chiens de garde de la démocratie* »³. En bref, l'on peut sans peine considérer que la presse incarne le versant « *social* » de la distribution.

¹ Le *Digeste* vise déjà « *celui qui a fait vendre ou procuré l'achat* » d'écrits ou de choses diffamatoires et celui qui a « *répandu* » une telle chose (D. 47, 10, 1, § 10).

² V. P. FLICHY, *Une histoire de la communication moderne*, op. cit., p. 85 : le développement de la presse « *n'est pas lié à un événement technique qui serait apparu au cours du XVIII^e siècle, mais bien plus à la circulation des lumières, à l'émergence d'une opinion publique par le jeu de l'usage public du raisonnement* ».

³ V. not., CEDH, 26 nov. 1991, n° 13585/88, *Observer et Guardian c/ Royaume-Uni*, § 59.

Pour autant, il serait excessif de réduire la distribution à cette seule dimension, car tant l'État que le particulier vont recourir à ce moyen de transmission publique. De *La Gazette* introduite par RENAUDOT en 1631, publiant des récits de guerre et des commentaires sur la vie politique au *Journal officiel de l'Empire français*, auquel est conféré, en 1869, un monopole de la publication des actes législatifs et réglementaires, en passant par *le Bulletin des lois* introduit par un décret de 1791, l'État n'a jamais négligé la presse comme moyen de diffusion de l'information légale¹.

Quant au particulier, il lui a toujours été possible de distribuer des tracts ou d'envoyer des lettres à de nombreux destinataires, pour des motifs divers et souvent déconnectés de l'idée de contribution au débat public. Or, une opposition semble pourtant se dessiner dans les textes entre l'édition d'une publication de presse ou d'un livre et la distribution effectuée par le simple *quidam*, opposition dont la doctrine contemporaine se fait parfois l'écho en distinguant, par exemple, la « *publication dans la sphère médiatique* » et la « *publication hors de la sphère médiatique* »². Si l'appréciation des juges peut en effet varier, en pratique, selon que le publicateur est un professionnel ou non, il n'en demeure pas moins que, sur le plan conceptuel, la distribution par un particulier s'apprécie de la même manière que la publication de presse.

139. *Le caractère unitaire de la distribution d'un écrit.* Plusieurs éléments peuvent laisser penser que la distribution s'oppose à la publication de presse ou à l'édition de livres. En premier lieu, cette distinction découlerait du caractère onéreux ou gratuit de la transmission, ce qui reviendrait à admettre que la distribution « *se distingue de la vente par le fait qu'elle entraîne la cession à titre gratuit et non à titre onéreux* »³. Une analyse des textes pénaux, passés comme présents, semble *a priori* étayer cette analyse. En effet, le Code pénal de 1810, dans sa rédaction originelle, opposait à plusieurs reprises la « *publication* » et la « *distribution* » d'écrits⁴ ou

¹ Certaines incriminations anciennes réprimaient un délit d'expression pouvant paraître bien improbable aujourd'hui : la publication d'une loi ou d'un acte réglementaire en dehors canaux de diffusion étatiques, délit attestant de la volonté du pouvoir de se réserver une part de la distribution de l'information (par ex. : C. pén. 1791, 2^e partie, Titre I, Section 2, art. 8, évoquant l'acte « *publié contre la loi, sans avoir été décrété par le corps législatif, et [...] extérieurement revêtu d'une forme législative différente de celle prescrite par la Constitution* » ; C. des délits et des peines du 25 oct. 1795, art. 627).

² E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, p. 596 et s.

³ *Ibid.*, n° 1087, p. 598.

⁴ C. pén. 1810 (version d'origine), art. 283, réprimant toute « *publication ou distribution d'ouvrages, écrits, avis, bulletins, affiches, journaux, feuilles périodiques ou autres imprimés, dans lesquels ne se trouvera pas l'indication vraie des nom, profession et demeure de l'auteur ou de l'imprimeur* ». De même, la provocation à des crimes ou à des délits pouvait être commise par « *publication ou distribution d'écrits quelconques* » (*ibid.*, art. 293).

encore l'écrit calomnieux, « *imprimé ou non [...], vendu ou distribué* »¹. Dans la continuité, la loi du 17 mai 1819 distinguait en son article premier les écrits « *distribués* » et « *mis en vente* ». La loi du 20 juillet 1881 modifia légèrement ces termes et l'article 23 fait toujours référence, aujourd'hui, aux écrits « *vendus* », « *mis en vente* », et « *distribués* »². Partant de cette formulation, la doctrine analyse systématiquement la vente et la mise en vente, d'une part, et la distribution, d'autre part. Une telle distinction a également pu prospérer dans le Code pénal³.

À cet argument textuel, on peut tout d'abord répondre que d'autres textes évoquent la distribution de façon unitaire. Ainsi, tant la provocation directe à la rébellion que la provocation directe à un attroupement armé peuvent se manifester « *par des écrits [...] distribués* »⁴. Il est bien évident que le caractère payant d'un journal diffusant une telle provocation ne saurait faire obstacle à la répression pénale. Ensuite, on sait que l'absence de gratuité n'est pas exclusive de la publicité – que l'on songe à l'achat d'un billet pour accéder au lieu public qu'est un cinéma – dès lors que tout un chacun peut remplir cette condition financière. Or, l'analogie est ici de mise puisque le prix d'un journal ou d'un livre est souvent plus modique que le coût d'accès à un lieu public. Enfin, à titre surabondant, depuis l'introduction du premier journal gratuit en 1983 et de celle des quotidiens diffusés gratuitement à l'échelle nationale en 2002, il n'y a guère de différence entre distribuer un journal et distribuer un tract. Il faut donc conclure que la distribution est « *constituée par la diffusion personnelle à un certain nombre de gens auxquels*

¹ C. pén. 1810 (version d'origine), art. 367. L'ensemble manquait néanmoins de cohérence puisqu'en matière d'injures, on trouvait une référence aux seuls écrits « *répandus ou distribués* » (*ibid.*, art. 375), termes vraisemblablement synonymes.

² Comp., Loi du 29 juillet 1881, art. 14, évoquant la « *circulation, la distribution ou la mise en vente* » des publications étrangères (al. 1^{er}) et « *la mise en vente, la distribution ou la reproduction* » de ces publications (al. 3). On voit donc que l'opposition entre distribution à titre onéreux ou gratuit ne recouvre même pas totalement l'opposition entre publication et distribution, puisque les publications de presse peuvent elles-mêmes être distribuées.

³ C. pén., art. 283 ancien, distinguant le fait d'avoir « *vendu, loué, mis en vente ou en location* » des écrits, films ou objets contraires aux bonnes mœurs et le fait d'avoir « *distribué ou remis en vue de leur distribution par un moyen quelconque* » ces derniers. V. aujourd'hui, C. pén., art. 445-2, réprimant « *la vente* » et « *la distribution* » d'imprimés qui présentent avec divers papiers à en-tête ou imprimés officiels en usage une ressemblance de nature à causer une méprise dans l'esprit du public ; art. 442-6, évoquant « *la vente* » et « *la distribution* » de tous objets, imprimés ou formules qui présentent avec les signes monétaires une ressemblance de nature à faciliter l'acceptation desdits objets, imprimés ou formules au lieu et place des valeurs imitées ; art. 443-2 et 443-3, mentionnant « *la vente* » et « *la distribution* » de timbres-poste ou de diverses valeurs fiduciaires contrefaits ou falsifiés.

⁴ C. pén., art. 433-10 et 431-6. Auparavant, l'ancien Code pénal réprimait toute provocation directe à un attroupement armé « *par écrits ou imprimés [...] distribués* » (C. pén., art. 107 ancien) et la facilitation d'un rassemblement d'insurgés « *par la distribution d'ordre ou de proclamations* » (C. pén., art. 97 ancien). Le même Code réprimait le fait d'avoir « *distribué ou fait distribuer* » des écrits ou objets quelconques aux occupants de véhicules circulant sur la voie publique (C. pén., art. R. 38, 13^o ancien) ou « *distribué ou fait distribuer à domicile ou dans des lieux publics* » des écrits ou objets quelconques contraires à la décence (C. pén., art. R. 38, 10^o ancien).

on a porté ou envoyé l'écrit, l'imprimé ou le dessin, sans qu'il y ait lieu de se demander si c'est à titre gratuit ou à titre onéreux »¹.

En second lieu, il a pu être affirmé qu'alors « que la vente est réalisée par un seul acte de vente isolé, la notion de distribution exige qu'on ait touché un certain nombre d'individus autrement qu'à titre confidentiel »². Cette interprétation peut ne pas convaincre, car, tant la distribution que la vente peuvent être caractérisées malgré la transmission à une seule personne, dès lors que l'intention de l'émetteur de rendre public le document est attestée³. On a pu écrire, par ailleurs, que l'acte de vente « n'est pas considéré en tant qu'opération commerciale, mais comme un moyen de diffusion et de publication. Ainsi, la vente à un éditeur d'un manuscrit contenant des diffamations ne constitue pas le délit. Tant que l'acheteur n'a pas édité ces écrits, l'infraction demeure une contravention, faute de publicité »⁴. Cette assertion est partiellement discutable, en ce que l'éditeur pourrait être considéré comme un rapporteur nécessaire⁵, la volonté de publier de l'auteur du manuscrit étant, par ailleurs, certaine dans cette hypothèse. Cela dit, il est vrai que le processus de sélection mis en place par les éditeurs en pratique rend la publication incertaine dans ce cas. Il ne faudrait néanmoins pas généraliser cet exemple précis en considérant qu'il ne peut y avoir vente ou distribution lorsqu'un écrit est communiqué à une seule personne.

En toute hypothèse, on ajoutera que la distribution d'un écrit, à l'instar de son exposition, peut avoir lieu sur des supports très variés. Si le journal, le livre⁶, le tract⁷ ou la lettre⁸ sont les supports les plus classiques de la distribution, d'autres cas de figure peuvent se présenter. Il est ainsi possible de considérer que les inscriptions incitant à la consommation du tabac figurant à l'intérieur de paquets de cigarettes relèvent de l'écrit distribué⁹, de même que

¹ H. BLIN, A. CHAVANNE et R. DRAGO, *Traité du droit de la presse*, op. cit., n° 239, p. 169.

² *Ibid.*

³ J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, op. cit., n° 77, p. 44 ; P.-J.-É. FABREGUETTES, *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse*, t. 1, op. cit., n° 55, p. 210 ; G. LE POITTEVIN, *Traité de la presse*, op. cit., n° 530, p. 582 ; G. BARBIER, *Code expliqué de la presse*, op. cit., n° 261, p. 282.

⁴ P. AUVRET, « Fasc. 3020 : Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881 », op. cit., n° 99.

⁵ V. *supra* n° 103 et s.

⁶ V. en matière de propagande en faveur du suicide (C. pén., art. 223-14) : TGI Paris, 11 avr. 1995 ; *JCP* 1996, II, 22729, note I. LUCAS-GALLAY.

⁷ Par ex., ont été sanctionnées la distribution de pétitions collectives diffamatoires circulant de main en main (Cass. req., 3 avr. 1850 ; *DP* 1850, 1, jurispr., p. 155), celle d'un prospectus contenant une publicité mensongère (Cass. crim., 21 mai 1984, *Bull. crim.* n° 184) ou celle de tracts provoquant à un attroupement armé (CA Paris, 13 mars 1951 ; *JCP G* 1951, II, 6278).

⁸ La distribution par envoi dans des enveloppes fermées a été admise très tôt (Cass. crim., 10 mars 1900, *Bull. crim.* n° 115 ; Cass. crim., 15 avr. 1905, *Bull. crim.* n° 202). Pour une publicité mensongère commise par courrier, v. Cass. crim., 23 avr. 1997 ; *Dr. pén.* 1997, comm. 114, obs. J.-H. ROBERT.

⁹ Cass. crim., 3 nov. 2010, n° 09-88.599.

les indications portées sur les emballages ou sur les notices accompagnant des produits médicaux¹. Dans le même ordre d'idées, on peut évoquer le contenu publicitaire mensonger inscrit sur divers objets destinés à être distribués, tels que des étiquetages de bouteille², l'emballage d'un article³, une carte de restaurant⁴ ou encore des annuaires⁵.

140. La distribution d'une chose ? La distribution, à l'instar de l'exposition, soulève la question de savoir si une chose peut être, non seulement un support pour l'expression d'une information, mais aussi l'objet même de la distribution. De nombreuses dispositions pénales emploient à l'égard de choses particulières une terminologie extrêmement proche de celle que l'on trouve à l'article 23 de la loi de 1881. L'article 431-29 du Code pénal incrimine ainsi la « *distribution sur la voie publique, à des fins publicitaires* », de pièces de monnaie ou de billets de banque ayant cours légal. De même, la vente à la sauvette consiste notamment à « *mettre en vente ou d'exposer en vue de la vente des biens [...] dans les lieux publics* » en violation des dispositions réglementaires sur la police de ces lieux. On retrouve, dans ces deux hypothèses, l'absorption du lieu public par le moyen de publication ; autrement dit, la distribution est l'élément matériel de l'infraction davantage que la voie publique est la condition préalable de celle-ci⁶. De façon proche, sont également réprimées « *la mise en circulation* » de signes monétaires contrefaits ou falsifiés⁷ ou d'un signe monétaire non autorisé ayant pour objet de remplacer les pièces de monnaie ou les billets de banque ayant cours légal en France⁸. En dehors du Code pénal, sont également incriminés « *toute distribution gratuite ou vente* » d'un produit du tabac à un prix inférieur à celui qui a été homologué⁹, le fait de « *distribuer* » à des mineurs

¹ Cass. crim., 18 oct. 2005, n° 04-84.946.

² Cass. crim., 2 mai 2001, n° 00-84.043 ; Cass. crim., 15 mai 2001, n° 00-85.242, *Bull. crim.* n° 122 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 118, obs. J.-H. ROBERT ; *Crim.* 7 mars 2006 ; *CCC* 2006, comm. 122, obs. G. RAYMOND.

³ Cass. com., 27 oct. 1992 ; *D.* 1992, p. 506, note A. BÉNABENT ; Cass. crim., 3 sept. 1992 ; *Dr. pén.* 1993, comm. 16, obs. J.-H. ROBERT ; Cass. crim., 3 sept. 2002 ; *CCC* 2003, comm. 50.

⁴ CA Aix-en-Provence, 12 janv. 2010 ; *RD rur.* 2010, n° 132, obs. C. LEBEL.

⁵ Cass. crim., 20 mars 2007, n° 05-85.253 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 86, obs. J.-H. ROBERT.

⁶ Sur les rapports entre l'opposition privé-public et la caractérisation de l'infraction, v. *infra* n° 313.

⁷ C. pén., art. 445-2. V. aussi C. pén. art. 442-7 visant le fait, « *pour celui qui a reçu les signes monétaires contrefaits ou falsifiés visés à l'article 442-1 en les tenant pour bons, de les remettre en circulation après en avoir découvert les vices* ».

⁸ C. pén., art. 442-6. V. aussi, C. pén., art. 313-6-2, il réprimant le fait, sans autorisation et de manière habituelle, « *de vendre, d'offrir à la vente ou d'exposer en vue de la vente ou de la cession ou de fournir les moyens en vue de la vente ou de la cession* » des titres d'accès à diverses manifestations

⁹ CSP, art. L. 3512-4. On peut ajouter que la « *publicité, directe ou indirecte* » en faveur du tabac peut être effectuée à travers la diffusion d'objets. Ainsi, constituent une telle publicité le fait de proposer un cadeau à tout acheteur d'un paquet de cigarettes (Cass. crim., 20 nov. 2012, n° 12-80.530) et, plus largement, toute diffusion d'objets ayant pour but ou pour effet de promouvoir le tabac ou un produit du tabac (Cass. crim., 9 mars 2010, n° 08-88.501 ; *CCE* 2010, chron. 7, E. DREYER).

des prospectus, buvards, protège-cahiers ou objets quelconques rappelant une boisson alcoolique¹, de leur « *vendre ou [leur] offrir gratuitement, dans les débits de tabac et tous commerces ou lieux publics »* des produits du vapotage² ou encore de « *d'émettre ou de distribuer »* des supports de jeux d'argent et de hasard prohibé³.

Cette liste d'infractions appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, la terminologie employée confirme que la distribution peut inclure la vente. Analysant le délit de distribution de monnaie sur la voie publique, un auteur commence par constater que d'autres textes distinguent bien la vente et la distribution⁴ ; pour autant, selon lui, « *il n'est pas inconcevable que, dans ce cas, la distribution puisse également se traduire par une remise moyennant paiement d'une somme d'argent »*, d'autant qu'il « *suffirait de remettre de l'argent moyennant paiement d'un prix, fût-il seulement modique, pour échapper à des poursuites »*⁵. À cet égard, on peut aussi évoquer la confusion qui règne dans les textes du Code de propriété intellectuelle en matière de distribution d'œuvres. En effet, il est admis que « *le débit »* mentionné par l'article L. 335-2 dudit code, en matière de contrefaçon, « *correspond à la vente, largement entendue, et s'étend à la mise en vente »*⁶ et il semblerait que la « *diffusion »*⁷ renvoie également à une distribution à titre onéreux⁸. Il a en effet pu être jugé que la commercialisation d'une œuvre constitue une « *diffusion prohibée par la loi »*⁹, si bien qu'il devient difficile de distinguer les deux termes¹⁰. Pourtant, s'agissant de l'atteinte portée aux droits voisins, l'article L. 335-4 du Code de propriété intellectuelle évoque la « *communication ou mise à disposition du public, à titre onéreux ou gratuit »*. Si l'on considère que la « *notion de mise à disposition*

¹ CSP, art. L. 3323-5.

² V. aussi CSI, art. L. 320-8, incriminant le fait « *de vendre ou d'offrir gratuitement »* à des mineurs des jeux d'argent et de hasard.

³ CSI, art. L. 324-3.

⁴ N. RIAS, « Fasc. 20 : Distribution d'argent à des fins publicitaires sur la voie publique », *J.-Cl. Pénal Code*, 2013, n° 8.

⁵ *Ibid.*

⁶ E. DREYER, « Fasc. 20 : Contrefaçons et fraudes en matière littéraire et artistique », *op. cit.*, n° 42.

⁷ Le terme est employé par plusieurs textes. V. not., CPI, art. L. 335-3.

⁸ Le terme est néanmoins difficile à définir : A. FRANÇON, « Les sanctions pénales de la violation du droit moral », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 178 : « *ce terme de diffusion est bien mystérieux et sa signification divise les commentateurs depuis l'époque déjà lointaine où la loi de 1957 l'avait utilisé pour la première fois dans la rédaction que cette loi avait donnée à l'article 426 du Code pénal »* ; V. aussi, F. POLLAUD-DULIAN, *Le droit de destination, Le sort des exemplaires en droit d'auteur*, LGDJ, 1989, n° 274, évoquant « *l'énigme de la diffusion »*.

⁹ Cass. crim., 20 oct. 1977 ; RIDA avr. 1978, p. 115 ; CA Paris, 4^e ch., sect. B, 29 juin 2007, n° 05/20087 ; CCE 2007, comm. 131, obs. C. CARON.

¹⁰ V. toutefois E. DREYER, « Fasc. 20 : Contrefaçons et fraudes en matière littéraire et artistique », *op. cit.*, n° 42 : « *Pour caractériser le débit, on aurait pu considérer comme débiteur le prévenu qui a vendu des exemplaires contrefaisants en connaissance de cause mais sans avoir participé à leur fabrication alors qu'aurait été diffuseur celui qui a mis en vente des objets illicites qu'il a lui-même fabriqués »*.

du public absorbe là totalement le débit »¹, cela renforce le sentiment que le législateur contemporain préfère bel et bien appréhender la distribution de façon holiste et que la distinction entre le caractère onéreux ou gratuit de celle-ci n'enrichit en rien l'analyse.

Il est ensuite intéressant de noter que certains textes opposent la vente et la cession, ce qui permet de mieux cerner l'interprétation à retenir de ces termes en droit pénal. En effet, il semble que le législateur se réfère à « *la cession* » pour désigner spécifiquement la transmission *privée* effectuée à titre onéreux, tandis que « *la vente* » renverrait à une distribution *publique*². En ce sens, le « *commerce d'armes, de munitions et de leurs éléments* »³ désignerait une distribution publique, tandis que « *la cession* » de celles-ci pourrait être qualifiée de transmission *privée*⁴. La rédaction de l'article 222-37 du Code pénal, relatif au trafic de stupéfiants, mériterait dès lors d'être modifiée. Bien que ce texte évoque « *la cession* » de stupéfiants, c'est bien une « *fourniture publique* »⁵ qui est visée, donc une vente. Ce caractère public apparaît nettement lorsque l'on compare la rédaction dudit article à celle de l'article 222-39 du même Code, lequel réprime la « *cession ou l'offre illicites de stupéfiants à une personne en vue de sa consommation personnelle* », ce qui évoque à n'en pas douter une transmission interpersonnelle, *privée*.

Il convient, enfin, de relever que parmi les infractions évoquées, plusieurs infractions font référence au fait « *d'exposer en vue de la vente* » ou « *d'offrir en vue de la vente* ». Assurément, il ne s'agit pas ici d'une référence à l'exposition telle qu'on l'a définie plus haut, puisque, d'une part, plusieurs choses sont exposées à la vente et, d'autre part, on a démontré que l'exposition avait pour finalité un usage exclusivement visuel de la chose. En revanche, les expressions mentionnées renvoient, à n'en pas douter à la « *mise en vente* » dont fait mention l'article 23 de la loi de 1881 et que la doctrine définit comme « *une tentative de vente à l'aide d'une offre ou d'une annonce de l'ouvrage* »⁶. La mise en vente peut résulter de la distribution des exemplaires d'un mensuel chez des détaillants « *qui les ont immédiatement exposés à la*

¹ *Ibid.*, n° 43.

² Ces termes n'auraient donc pas le même sens qu'en droit civil, où la vente renvoie traditionnellement au contrat portant sur la transmission à titre onéreux d'une *chose corporelle* et la cession au contrat visant à transmettre un *droit* à titre onéreux.

³ CSI, art. L. 317-1-1.

⁴ CSI, art. L. 317-3-1. V. aussi, CSI, art. L. 317-3-2, visant le fabricant d'armes qui « *cède à un autre commerçant ou fabricant autorisé une arme, des munitions et leurs éléments* » sans accomplir certaines formalités.

⁵ M. L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 907, p. 1008. L'auteur oppose ainsi, en la matière, « *la diffusion de stupéfiants à un public indéterminé* » à leur « *offre et cession privée* ».

⁶ G. BARBIER, *Code expliqué de la presse*, *op. cit.*, p. 579, n° 528.

vente dans des étalages destinés au public »¹ et l'on pourrait assurément retenir une solution similaire pour toutes les infractions précitées.

En définitive, tous ces éléments confirment que les hypothèses de distribution d'une chose sont assimilables à la distribution d'un écrit au sens de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881. Au reste, en assimilant la distribution de disques phonographiques² à la distribution d'« imprimés », les juges avaient déjà confirmé la plasticité de cette qualification. La seule réserve, sur ce point, consiste à observer que les destinataires de la distribution d'une chose peuvent difficilement constituer un « public ». Il faudrait donc adopter une approche souple de ce substantif pour admettre l'assimilation suggérée. Il n'en demeure pas moins que le juge peut utilement s'inspirer des critères de la distribution d'une information pour les transposer aux hypothèses précitées. Reste à étudier l'appréciation de ce moyen de communication publique.

141. L'appréciation de la distribution. Si, comme les moyens de transmission étudiés jusqu'ici, la distribution doit être appréciée par le juge objectivement et subjectivement, elle présente néanmoins plusieurs spécificités. Au titre de *l'appréciation objective*, la *forme* de la distribution renvoie au type de médium utilisé, la publication de presse laissant assurément présumer une distribution publique. Ainsi, les dépêches distribuées par les agences de presse³ ont-elles un caractère public, de même qu'un article de journal⁴, qu'un magazine mis en vente dans des kiosques ou librairies⁵ ou que des gazettes auxquelles n'importe qui peut s'abonner pour recevoir des renseignements d'ordre financier ou politique⁶. Quant aux *circonstances objectives* à prendre en considération, la prise en compte du caractère privé ou public du lieu est ici quasiment indifférente. En effet, contrairement à la profération ou à l'exposition, « *l'acte de distribution échappe à [...] l'exigence supplémentaire de localisation* »⁷. Les juges en déduisent donc sans peine que la vente constitue à elle seule l'acte de publication indépendamment du caractère public ou privé du lieu où elle s'opère⁸. Si l'on peut certes affirmer que « *la distribution dans un lieu public représente une circonstance déterminante*

¹ Cass. crim., 1^{er} déc. 1981, *Bull. crim.* n° 320.

² Cass. crim., 17 janv. 1971, *Bull. crim.* n° 14.

³ CA Paris, 11^e ch., sect. A, 18 mai 1985 ; *JCP G* 1985, IV, 6.

⁴ Par ex. : Cass. crim., 8 juin 2004, *Bull. crim.* n° 156, arrêt rendu en matière de diffusion de l'image d'une personne placée en détention provisoire (Loi du 29 juillet 1881, art. 35 *ter*).

⁵ CA Paris, 14 déc. 1994 ; *Dr. pén.* 1995, comm. 90 (1^{re} esp.), obs. M. VÉRON, arrêt rendu en matière de messages violents à un mineur (C. pén., art. 227-24).

⁶ T. corr. Châteauroux, 21 déc. 1951 ; *JCP G* 1952, II, 6680.

⁷ E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 1090, p. 600.

⁸ TGI Paris, 17^e ch., 26 mars 2004 ; *Légipresse* 2004, n° 216, I, p. 156. V. aussi Cass. crim., 20 janv. 1883 ; *D.* 1884, I, p. 137 ; Cass. crim., 24 mai 1884 ; *D.* 1886, I, p. 143 ; Cass. crim., 30 juin 1899 ; *D.* 1901, I, p. 119.

pour la jurisprudence dans la mesure où elle réduit l'importance des autres critères »¹, peu de précédents jurisprudentiels illustrent une telle assertion². Il en va de même pour la circonstance de réunion publique, bien que celle-ci soit ponctuellement prise en compte dans l'analyse³. Cependant, lorsqu'un texte précise tout de même le lieu⁴, voire la réunion⁵, où doit se dérouler la distribution, le juge sera vraisemblablement tenu d'interpréter la disposition strictement et de caractériser cette circonstance. En somme, c'est la caractérisation d'un public qui intéresse ici en priorité les juges : « *L'élément de publicité résulte des personnes atteintes et non nécessairement du lieu où elles se trouvent* »⁶. On reviendra sur cette considération plus loin⁷.

Quant à l'*appréciation subjective* de la distribution, il faut ici prendre garde, en matière d'infractions de presse, à la confusion possible entre l'intention participant de l'« *élément de la publicité, en ce sens que les délits de presse supposent généralement la volonté d'un impact qui dépasse celui des simples propos ou écrits privés* »⁸ et la « *mauvaise foi* »⁹, c'est-à-dire la conscience du caractère litigieux du message, laquelle sera, pour la presse écrite, présumée du fait des règles complexes d'imputation de la responsabilité pénale prévalant en la matière¹⁰. Or, les juges distinguent rarement ces deux composantes de l'intention coupable, si bien que la volonté de publier sera souvent déduite de la mauvaise foi présumée. Ceci étant précisé, l'existence de cette volonté particulière doit tout de même être établie, en principe, pour qu'il y ait distribution¹¹ et elle demeure une considération importante pour apprécier l'élément moral du *complice* du distributeur, le cas échéant, dès lors que la présomption de mauvaise foi ne joue

¹ P. AUVRET, « Fasc. 3020 : Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881 », *op. cit.*, n° 57. Dans le même sens, G. LEVASSEUR, obs. ss. Cass. crim., 13 mai 1986, RSC 1987, p. 205.

² Tout juste peut-on citer l'hypothèse de la distribution d'un tract dans les lieux d'une élection (Cass. crim., 12 juin 1956, *Bull. crim.* n° 462). V. néanmoins, en matière de diffusion de message violent à des mineurs (C. pén., art. 227-24), CA Aix-en-Provence, 9 févr. 1996 ; JCP 1996, IV, 2369, réprimant une publication vulgaire et de mauvais goût, non exclusivement vendue dans des endroits où un contrôle minimal peut être effectué sur les revues auxquelles peuvent accéder les mineurs, cette pratique ne permettant pas d'éviter l'acquisition ou la vision de ces journaux par les mineurs.

³ Cass. crim., 14 octobre 1998, 97-84.210, jugeant que la distribution d'un dossier de presse contenant des reproductions de paquets de cigarettes durant une manifestation à laquelle étaient notamment conviés des journalistes constitue une publicité illicite en faveur du tabac.

⁴ Par ex. : C. pén., art. 431-29, évoquant la « *distribution sur la voie publique* ».

⁵ Ord. 17 nov. 1958, relative au fonctionnement des assemblées parlementaires, art. 4, mentionnant les écrits ou imprimés « *distribués à un rassemblement sur la voie publique* ».

⁶ P. AUVRET, *op. cit.*, n° 58.

⁷ V. *infra* n° 141.

⁸ P. AUVRET, *op. cit.*, n° 79.

⁹ V. *ibid.*, n° 112 et s.

¹⁰ V. *infra* n° 320.

¹¹ En ce sens, v. G. LE POITTEVIN, *Traité de la presse*, *op. cit.*, n° 528, p. 579, soulignant qu'« *il n'y a pas lieu de tenir compte du nombre d'acheteurs ; il suffit d'examiner si celui qui vend a, par cet acte, l'intention de mettre l'objet vendu dans la circulation commerciale et par suite, de le répandre dans le public* ».

pas à son encontre¹. En pratique, cette intention se déduit aisément du nombre d'exemplaire dont le distributeur dispose². Pour autant, il a pu être jugé que l'importation de livres en gros et leur distribution aux libraires détaillants n'impliquent nullement que la mise en vente ait eu lieu aussitôt³, ce qui n'enlève rien au fait que, pour la doctrine, « *la présence d'ouvrages, à la disposition du public, dans une librairie indique l'intention de vente sans que la mise en rayon ou en vitrine soit nécessaire* »⁴.

En toute hypothèse, l'appréciation subjective permet, comme pour les autres moyens de communication publique, de passer outre les apparences induites par l'appréciation objective. Quant à la possibilité de qualifier « *publique* » une communication objectivement privée, il a été jugé que si l'auteur d'une lettre adressée à une seule personne souhaite sa diffusion, la mention « *confidentiel* » ou « *personnel* » ne suffit pas à supprimer le caractère de publicité⁵. Il en va de même pour un envoi unique à une personne quelconque avec l'idée arrêtée de répandre ensuite le document en le faisant parvenir à tout venant⁶. Quant à la possibilité d'estimer qu'une distribution objectivement publique est en réalité une communication privée, on peut évoquer une espèce où un maire avait transmis à sa secrétaire un communiqué contenant des propos diffamatoires, qui l'avait elle-même transmis à un journal ; tant les juges du fond que la Cour de cassation mirent l'accent sur l'absence d'autorisation de publier les propos et le caractère public de la distribution fut écarté⁷. Reste à étudier la communication au public par voie électronique, dernier moyen de communication publique.

2. La communication au public par voie électronique

142. La communication au public par voie électronique renvoie, essentiellement, aux médias modernes que constituent la radio, la télévision et l'Internet. Ces différents moyens de communication ne sont toutefois pas toujours présentés de façon unitaire. Il faudra donc

¹ Pour des exemples, v. *infra* n° 321.

² E. DREYER, *Droit de la communication, op. cit.*, n° 1088, p. 599 : « *la publicité est appréciée plus soupagement qu'en cas de profération ou d'exposition parce que le support du message a été reproduit à plusieurs exemplaires, ce qui laisse présumer l'intention de publier* ».

³ Cass. crim., 13 oct. 1987 ; *JCP G* 1987, IV, 390 ; *RSC* 1988, p. 528, obs. G. LEVASSEUR.

⁴ P. AUVRET, *op. cit.*, n° 67. Comp., en matière de contrefaçon, A.-C. RENOARD, *Traité des droits d'auteur dans la littérature, les sciences et les Beaux-Arts*, J. Renouard et Cie Libraires, 1839, n° 23, p. 55 : « *[Le débit] résulte suffisamment de ce que des exemplaires de l'édition contrefaisante ont été trouvés exposés dans les magasins d'un libraire avec les autres objets de son commerce ; il n'est pas nécessaire de prouver qu'il y a eu vente effective* ».

⁵ Cass. 2° civ., 28 oct. 1992 ; *Gaz. Pal.* 1993, 1, pan., p. 79.

⁶ CA Paris, 1^{er} févr. 1910 ; *DP* 1912, 2, p. 209.

⁷ Cass. crim., 30 mars 2005, 04-85.048, préc.

discuter le dualisme fréquemment mis en avant en la matière, avant de s'intéresser à l'appréciation objective de la communication au public par voie électronique – le lien hypertexte soulevant des difficultés qu'il faudra souligner –, puis à son appréciation subjective.

143. La dualité relative de la communication au public par voie électronique. L'article 23 de la loi de 1881 identifie la « *communication au public par voie électronique* » comme moyen de communication publique autonome. Celui-ci renvoie, aux termes de la loi du 21 juin 2004, à la « *mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée* »¹. Cette formulation, mettant au premier plan le « *procédé de communication électronique* », ne s'est pas imposée en un jour. En effet, comme le précise un historien, si « *l'idée de communication électronique commence à apparaître en 1934, il faudra attendre la naissance du transistor en 1947 pour que cette idée puisse se concrétiser* »² ; et ce n'est qu'en 2004 que le législateur prendra acte du primat de cette technologie³ en consacrant textuellement les « *communications électroniques* »⁴.

Or, l'histoire des procédés de communication auxquels renvoie cette expression débute avec l'apparition de la radiophonie, à la veille du XX^e siècle. En 1898, l'armée britannique commande le premier équipement de TSF à l'occasion de la guerre des Boers. Avant de devenir, dès 1920⁵, le média de masse que l'on connaît, la radiophonie est donc un système de télécommunication point à point utilisé par l'État à des fins militaires. C'est également dans les années 1920 que les premiers prototypes de la télévision commencent à apparaître ; sa diffusion dans les foyers du monde entier se développera surtout après la Seconde Guerre mondiale. Dès 1934, les juges, prenant des libertés avec l'interprétation de l'article 23 de la loi de 1881, considèrent que les infractions de presse pouvaient être commises *via* la radiophonie⁶, puis par la voie de la télévision⁷. Or, s'il est indéniable qu'un public vaste est atteint par ces médias, ce

¹ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, art. 1^{er}, IV, al. 4.

² P. FLICHY, *Une histoire de la communication moderne*, op. cit., p. 191.

³ *Ibid.*, p. 204 : « *L'électronique constitue [...] la technique de base de la télévision, de l'informatique et des télécommunications contemporaines* ». Adde : E. DREYER, op. cit., n° 370, p. 205 : « *en physique, l'électronique permet la mise en forme et la gestion de signaux électroniques en vue de la transmission d'informations* ».

⁴ Le « *Code des postes, télégraphes et téléphones* » est remplacé en 1962 (Décret n° 62-273 du 12 mars 1962) par le « *Code des postes et télécommunications* », qui cède lui-même sa place au « *Code des postes et des communications électroniques* » en 2004 (Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004).

⁵ C'est en 1920 que la première radio amateur diffuse un bulletin d'information et de la musique (P. FLICHY, op. cit., p. 54).

⁶ T. corr. Bourges, 19 juill. 1934 ; DP 1934, 2, jurispr., p. 121, note H. DESBOIS.

⁷ TGI Paris, 17 oct. 1977 ; Gaz. Pal. 1978, 2, somm., p. 306

qui en fait la spécificité, il n'en reste pas moins que « *l'on diffuse les émissions de radio et de télévision à partir de lieux privés, les studios, et qu'elles sont généralement reçues au domicile des particuliers, si ce n'est, dans des endroits où le public n'a pas librement accès* »¹. Cela justifiait donc que la loi du 13 décembre 1985 mette en exergue la particularité de ce moyen de transmission publique en intégrant la mention de « *la communication audiovisuelle* » au sein de l'article 23.

Le développement de l'informatique à la fin du XX^e siècle et, surtout, l'apparition de l'Internet allait également poser la question de l'articulation des textes avec ce moyen de transmission. Celui-ci ne présentait pas à l'origine une réelle spécificité, car, comme le rappelle un auteur², l'Internet s'est constitué en deux phases. La première, celle dite du « *Web 1.0* » concevait le réseau « *comme un outil de classement, de consultation et de traitement des données. L'utilisateur était cantonné dans un rôle passif : il se contentait de recevoir des informations et les partager avec d'autres* »³. Le début du XXI^e siècle a marqué l'entrée dans la deuxième phase, celle du « *Web 2.0* » ; l'internaute est « *devenu, grâce aux outils mis à sa disposition, une personne active sur la toile, un acteur privilégié de la communication, puissant vecteur d'une intelligence collective* »⁴. En somme, alors que les médias modernes étaient jusque-là l'apanage de l'État et des acteurs de la sphère médiatique, le simple particulier a aujourd'hui la capacité de s'adresser à une audience potentiellement mondiale⁵. La communication par voie électronique est donc assurément aussi transversale que les autres moyens de communication jusqu'ici étudiés.

Cette possibilité pour l'utilisateur d'interagir et de partager du contenu justifiait que ce nouveau mode de communication soit distingué des précédents ; son assimilation par les juges à la communication audiovisuelle⁶ n'était pas satisfaisante. Néanmoins, il est frappant de constater que le législateur, en 2004, n'a pas juxtaposé la « *communication au public en ligne* »

¹ P. AUVRET, « Fasc. 3020 : Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881 », *op. cit.*, n° 76.

² T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, *op. cit.*, n° 494, p. 422.

³ CNCDH, Ass. Plén., *Avis sur la lutte contre les discours de haine sur Internet*, 12 février 2015, § 3.

⁴ *Ibid.*

⁵ T. BESSE, *op. cit.*, *loc. cit.* : « *Cette évolution, qui a débuté timidement au début du XXI^e siècle par la mise à disposition, par les fournisseurs d'accès à Internet, d'outils permettant la création par les usagers de leurs propres sites web, s'est poursuivie par l'apparition d'espaces contributifs entièrement consacrés au partage de contenus proposés par les internautes : encyclopédies gratuites et participatives, plates-formes de partage de fichiers audiovisuels et, plus récemment, les réseaux sociaux* ». V. aussi, V. A. LEPAGE, « Internet pour le meilleur et pour le pire ? », in A. LEPAGE (dir.), *L'opinion numérique. Internet : un nouvel esprit public*, Dalloz, 2006, p. 95, évoquant « *un changement de paradigme dans l'expression publique en ce [qu'Internet] permet à tout un chacun de s'exprimer sans le filtrage, la sélection qui sont de rigueur dans l'accès aux modes traditionnels d'expression publique, comme l'édition, la télévision, la radio* ».

⁶ Cass. crim., 6 mai 2003, *Bull. crim.*, n° 94 ; CCE 2003, comm. n° 89, note A. LEPAGE.

à la « *communication audiovisuelle* » au sein de l'article 23, mais a préféré employer l'expression de « *communication au public par voie électronique* ». Cette acception globale de la communication moderne conduit en effet à relativiser le dualisme de ces deux composantes, dont les définitions ne sont en réalité pas si éloignées. La communication audiovisuelle renvoie ainsi à « *toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, ainsi que toute communication au public de services de médias audiovisuels à la demande* »¹. Quant à la communication au public en ligne, elle recouvre « *toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur* »². Contrairement à ce qu'auraient pu laisser penser le rapide aperçu historique qui précède ainsi que la terminologie employée par le législateur, il serait donc erroné d'affirmer que la communication au public en ligne renverrait à l'Internet tandis que la communication audiovisuelle renverrait à la radio et à la télévision ainsi qu'aux services de vidéos à la demande. En effet, la référence aux « *services [...] ne relevant pas de la communication au public en ligne telle que définie [par la loi] du 21 juin 2004* » inclurait tous les sites Internet ou blogs qui ne permettent pas une interaction entre les internautes³. En toute hypothèse, le propos rédigé par un internaute sur un blog aura techniquement la même portée que celui tenu par un autre internaute sur un forum ouvert à tous. Dès lors, c'est à juste titre que l'article 23 appréhende globalement la communication au public par voie électronique.

Cela étant, l'identification des différentes composantes de la communication au public par voie électronique n'est pas inutile, car certains textes se réfèrent alternativement à la

¹ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, art. 2.

² Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, art. 1^{er}, IV, al. 5.

³ En ce sens, E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 371, p. 207 ; G. KESSLER, « Aspects juridiques du blog », *D.* 2006, p. 466. V. pourtant, Cass. crim., 5 oct. 2021, n° 20-85.985, P, jugeant qu'un blog relève de la communication au public en ligne, si bien que le régime de responsabilité en cascade prévu en matière de discrédit porté sur décision de justice, limité à la communication audiovisuelle (C. pén., art. 434-25, al. 3), n'était pas applicable en l'espèce.

communication audiovisuelle¹ ou à la communication au public en ligne² sans toutefois distinguer entre les sites Internet classiques de ceux permettant aux internautes d'interagir. Pourtant, il semble évident que les dispositions concernées n'entendent pas restreindre leurs champs d'applications respectifs aux seconds. Seul l'article 93-3 de la n° 82-652 du 29 juillet 1982, quand il évoque spécifiquement, en son dernier alinéa, le « *message adressé par un internaute à un service de communication au public en ligne et mis par ce service à la disposition du public dans un espace de contributions personnelles* », semble respecter la définition posée par la loi de 2004³. Pour éviter toute confusion, le législateur contemporain fait néanmoins la plupart du temps référence à notion large de « *communication au public par voie électronique* »⁴.

En définitive, au vu de la terminologie complexe et peu intuitive mise en avant par le législateur en droit de la communication, il est nécessaire de relativiser le dualisme entre communication audiovisuelle et communication au public en ligne. L'appréciation unitaire de la communication au public par voie électronique confirme cette analyse.

144. L'appréciation objective de la communication au public par voie électronique. Aussi moderne que soit la communication au public par voie électronique, son appréciation par le juge est en réalité classique et la plupart des solutions retenues en matière de distribution sont

¹ V. not., Loi du 29 juillet 1881, art. 39 *quater*, mentionnant, dans une énumération – dont on a déjà signalé l'inutilité (v. *supra* n° 119) –, la « *radiodiffusion* » ; CSP, art. L. 3323-2, évoquant la publicité par « *radiodiffusion sonore* » en faveur des boissons alcoolisées ; art. L. 3512-6, autorisant la « *retransmission des compétitions de sport mécanique [...] assurée par les chaînes de télévision* » des compétitions de sport mécanique qui se déroulent dans des pays où la publicité pour le tabac est autorisée ; CSI, art. L. 320-12, énonçant que la publicité en faveur d'un opérateur de jeux d'argent et de hasard est interdite « *sur les services de communication audiovisuelle et dans les programmes de communication audiovisuelle, présentés comme s'adressant aux mineurs [...]* » ; Loi du 20 juillet 1982, art. 6, traitant du droit de réponse « *dans le cadre d'une activité de communication audiovisuelle* ».

² V., en droit pénal de fond, C. pén., art. 227-23, réprimant le fait de consulter un « *service de communication au public en ligne* » mettant à disposition une image pédopornographique ; art. 421-2-5, aggravant, quant à lui, la répression de l'apologie du terrorisme lorsqu'elle est commise « *en utilisant un service de communication au public en ligne* » (v. *infra* n° 382 et s.). En matière procédurale, v. C. proc. pén., art. 495, disposant que la procédure de l'ordonnance pénale est applicable aux délits de contrefaçon lorsqu'ils sont commis « *au moyen d'un service de communication au public en ligne* » ; art. 50-1 du même code, régissant la possibilité pour le juge des référés de prononcer l'arrêt d'un « *service de communication au public en ligne* » lorsque certaines infractions de presse ont été commise à travers lui.

³ Le même art. renvoie, en son al. 1^{er}, au chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881 et au « *moyen de communication au public par voie électronique* » évoqué par l'art. 23 de cette loi.

⁴ Par ex., C. pén., art. 131-35, faisant référence à la diffusion de la condamnation pénale d'une personne physique dans « *un ou plusieurs services de communication au public par voie électronique* » ; art. 131-39, relatif aux condamnations des personnes morales, évoquant, lui, « *tout moyen de communication au public par voie électronique* » ; art. 227-23, aggravant la répression du délit lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur « *à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques* » ; art. 323-6-1, aggravant de même la diffusion de procédés permettant de fabriquer un engin explosif sur « *réseau de communication électronique à destination d'un public non déterminé* » (sur cette circonstance aggravante, v. *infra* n° 382). V. aussi, C. proc. pén., art. 177-1 et 212-1.

applicables ici. En effet, tout comme cette dernière, c'est essentiellement l'existence ou non d'un public destinataire qui sera appréciée, en particulier lorsque la diffusion est réalisée par courriel¹, ce que l'on étudiera en détail plus loin² ; le lieu et la réunion publique n'ont ici aucune incidence. Cependant, la plupart du temps, le simple fait d'identifier un procédé de communication électronique – ce qui renvoie à la *forme* de la communication – suffira pour caractériser son caractère public, ce qu'atteste une jurisprudence des plus conséquentes. Ainsi, la diffusion de propos diffamatoires sur les antennes d'une radio de service public, « *au cours d'une émission en direct, particulièrement suivie par les auditeurs* », est-elle évidemment publique³. Une série de décisions retient la publicité en cas de recours à la télévision⁴, la jurisprudence étant également fournie à l'égard d'Internet et des réseaux sociaux⁵. Le paramétrage de l'accessibilité sera ici déterminant, ce dernier étant un acte concret limitant la transmission du message⁶.

¹ Par ex., v. CA Paris, 11e ch., 16 janv. 2003, n° 01/03540 ; CCE 2003, comm. 99, obs. A. LEPAGE, pour une pétition diffusée à une liste de diffusion par *e-mail*.

² V. *infra* n° 148 et s.

³ CA Paris, 9 mars 1988 ; D. 1988, IR, p. 99. V. aussi, pour une interview recueillie par téléphone mais diffusée radiophoniquement CA Paris, 29 oct. 1986 ; *JurisData* n° 1986-028135, cassé, mais pour un autre motif, par Cass. crim., 7 mars 1988, *Bull. crim.* n° 113 ; D. 1988, IR, p. 113.

⁴ Par ex., sont publics les propos tenus pendant un entretien télévisé en direct au cours d'informations générales (Cass. crim., 29 nov. 1994 ; *Dr. pén.* 1995, comm. n° 92) ou la lecture d'un texte par un présentateur d'émission télévisée (TGI Paris, 16 janv. 1985 ; D. 1985, flash n° 7). Il a même été jugé que la diffamation peut être rendue publique par la seule communication d'un texte au producteur d'une émission de télévision (CA Paris, 1^{re} ch., sect. A, 9 mars 1987 ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm., p. 215 ; comp., *supra* n° 139, pour la transmission d'un manuscrit à un éditeur). En dehors de la loi de 1881, on peut évoquer la diffusion d'un enregistrement dans un journal télévisé de propos obtenus suite à une atteinte à la vie privée (Cass. crim., 16 févr. 2010, *Bull. crim.* n° 25, préc.), la diffusion d'un programme thématique intégralement consacré au vin et à la viticulture, alors que la publicité pour les boissons alcooliques est interdite à la télévision (CE 11 juill. 2012, *SARL Media Place Partners*, n° 351253) ; ou encore, en matière de contrefaçon, l'émission de films cinématographiques par une chaîne de télévision pirate (T. corr. Saint-Denis-de-la-Réunion, 9 sept. 1986 ; D. 1987, jurispr., p. 121, note C. GAVALDA).

⁵ Revêtent ainsi un caractère public l'article diffamatoire mis en ligne sur un site Internet (Cass. crim. 30 oct. 2018, n° 18-81.663), les écrits publiés sur un forum de discussion (CA Toulouse, 5 sept. 2002, n° 02/00109 ; CCE 2003, comm. 10, note A. LEPAGE ; CA Douai, 5 avr. 2006, n° 05/01589), ou sur *Twitter* (TGI Paris, 17^e ch., 25 sept. 2019, n° 18/00402). Il en va de même de la diffusion d'images pédopornographiques sur un site personnel visant plus de deux mille personnes (CA Limoges, 23 janv. 2002, n° 01/00493), du site Internet permettant la commande de médicaments (T. corr. Paris, 14 mars 2006 ; *Nouv. pharm.* 2006, n° 391, p. 252). De même encore, les articles publiés sur un blog dénigrant un magistrat sont répréhensibles (Cass. crim., 19 juin 2018, n° 15-85.073 et 17-85.742 ; *RSC* 2018, p. 724, obs. P.-J. DELAGE), comme la diffusion d'un message décrivant une scène d'inceste sur un blog accessible à des mineurs (CA Toulouse, 12 janv. 2010 ; *Dr. pén.* 2010, chron. 10, obs. A. LEPAGE).

⁶ Par ex., en matière de diffusion de message violent à destination de mineurs (C. pén., art. 227-24), des juges du fond ont pu estimer que l'accessibilité d'un site Internet pouvait être prise en compte car, selon eux, il appartient à celui qui décide à des fins commerciales de diffuser des images pornographiques sur le réseau Internet de prendre les précautions qui s'imposent pour rendre impossible l'accès des mineurs (CA Paris, 2 avr. 2002 ; D. 2002, p. 1900, obs. C. MANARA). Sur ce point, v. A. LEPAGE, « Droit pénal et Internet », art. préc. : « *C'est un excès de rigueur qui sera dénoncé le cas échéant, comme la condamnation de facto de tout site pornographique à laquelle paraît mener l'application à la lettre de l'article 227-24 du code pénal, dès lors que la technique ne permet pas à l'heure actuelle de rendre impossible l'accès du site à un mineur* ». Ces remarques n'ont néanmoins pas empêché le législateur d'introduire, avec la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020, un troisième alinéa au sein de l'article précité,

L'Internet est notamment omniprésent en matière de contrefaçon et c'est souvent en cette matière que les hypothèses les plus complexes surviennent. En effet, la jurisprudence a pu estimer sans difficulté que le fait d'offrir au public sur un site Internet l'accès à une œuvre protégée sans avoir obtenu l'accord des ayants droit a aussi été jugé illicite¹. En revanche, deux hypothèses particulières ont posé difficulté. La première a trait aux transmissions d'œuvre *via* la technique du « *pair à pair* ». Comme le résume un auteur, « *une fois installé sur l'ordinateur d'un internaute, le logiciel de partage de fichiers permet à ce dernier de communiquer avec ceux qui, parmi les autres internautes, sont susceptibles de lui fournir les œuvres recherchées. Dans les situations envisagées, la relation d'échange qui suit cette première opération est alors à la fois descendante et ascendante : descendante (download), en ce sens que l'internaute ayant trouvé le fichier qui l'intéresse, grâce à son logiciel d'échange, télécharge ce fichier pour son compte personnel ; ascendante (upload), dans la mesure où cet internaute met également ledit fichier, et donc les œuvres qu'il contient à la disposition des internautes, lesquels peuvent ainsi, grâce à leur propre logiciel d'échanges, se procurer les œuvres en question. De proche en proche, les internautes concernés constituent un réseau d'échange, chacun d'eux devenant le serveur des autres* »². Une fois cette définition posée, la difficulté d'analyse se résorbe assez facilement : la relation ascendante constitue un acte de transmission publique d'une œuvre, constitutif d'une représentation illicite³, dès lors que les autres utilisateurs du réseau ne

aux termes duquel les infractions qu'ils réprime « *sont constituées y compris si l'accès d'un mineur aux messages mentionnés au premier alinéa résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans* ». Si cette disposition a une portée générale, il est évident que c'est avant tout le paramétrage des sites Internet qui est visé ici. V. aussi, en matière de publicité réglementée par les médicaments : CJUE 5 mai 2011, *MSD Sharp & Dohme GmbH c/ Merckle GmbH*, n° C-316/09, jugeant que le caractère publicitaire du message s'apprécie, notamment, en analysant les caractéristiques techniques du média utilisé pour diffuser l'information, à savoir des systèmes d'information « *pull* » impliquant une démarche active de l'internaute ou « *push* » présumant fortement du caractère publicitaire de l'information. V. encore, récemment, Règl. UE n° 2021/748 du 29 avril 2021, précisant que « *lorsque l'accès à des informations nécessite un enregistrement ou l'admission dans un groupe d'utilisateurs, ces informations ne devraient être considérées comme étant diffusées au public que lorsque les utilisateurs cherchant à accéder à ces informations sont enregistrés ou admis automatiquement, sans intervention humaine pour en décider ou pour sélectionner les utilisateurs auxquels l'accès est accordé* ».

¹ Par ex. : CA Paris, 13^e ch., 20 janv. 2000, n° 99/03854 ; CCE 2000, comm. 87, note C. CARON ; TGI Strasbourg, 2^e ch., 16 nov. 2001 ; CCE 2002, comm. 2, obs. C. CARON. V. aussi, Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 11-84.224, *Bull. crim.* n° 196 ; D. 2012, p. 3005, note E. DREYER, qualifiant de contrefaçon « *tout service de communication au public en ligne d'œuvres protégées, sans avoir obtenu les autorisations requises et toute mise à disposition d'un logiciel ayant cette finalité* ».

² J. FRANCILLON, obs. ss. TGI Bayonne, ch. corr., 15 nov. 2005, RSC 2006, p. 93.

³ TGI Vannes, ch. corr., 29 avr. 2004 ; CCE 2004, comm. 86, obs. C. CARON. V. aussi, en matière de diffusion d'images pédopornographiques, Cass. crim., 29 mars 2006, n° 05-85.857, *Bull. crim.* n° 94, jugeant que la diffusion peut être déduite de la seule possession du prévenu d'un ordinateur dont le contenu est libre d'accès sur Internet via un logiciel de partage *peer to peer*.

constituent pas un cercle de famille¹. Plus complexe est la seconde difficulté qui concerne les hyperliens, ou liens hypertextes. Cette hypothèse mérite quelques développements particuliers.

145. L'appréciation délicate du lien hypertexte. Le lien hypertexte est assurément l'hypothèse posant le plus de difficulté en matière de communication publique par voie électronique. Si la technique n'est pas nouvelle et se définit assez aisément comme le lien « permettant à un internaute de naviguer d'un site à l'autre ou d'un contenu à l'autre en activant ses fonctionnalités »², toute la question tourne autour du fait de savoir si partager un hyperlien équivaut à un acte de transmission publique *per se*. En 2004, la Cour de cassation a pu juger, dans une affaire de diffusion d'images pornographique³, que la simple diffusion des moyens de se procurer une telle image ne saurait être assimilée à la diffusion même de celle-ci⁴. Aux termes de l'incise présente dans l'attendu conclusif de cet arrêt, « l'envoi d'un message ne contenant que l'adresse d'un site (Internet) et le lien permettant d'y accéder ne suffit pas à caractériser le délit ». La portée de cet arrêt ne saurait néanmoins être exagérée, étant donné qu'il était ici question d'une correspondance privée et que le prévenu n'avait été poursuivi que parce qu'il avait envoyé, par erreur, le lien à un mineur.

Quant au contentieux de la contrefaçon, il a d'abord été assez peu fourni dans la première décennie du siècle présent, si bien qu'il était difficile de dégager une solution univoque parmi les décisions rendues par les juges du fond, certains arrêts assimilant le poseur de lien à l'auteur de la représentation illicite⁵ tandis que d'autres s'y refusaient et préféraient analyser le poseur de lien comme un complice⁶. « Le début des années 2010 [...] signe une nouvelle ère, bien moins tranquille »⁷. En effet, ces années ont été celles du développement foudroyant des réseaux sociaux et des moteurs de recherche, lesquels ont fait du lien hypertexte une technique centrale en matière de circulation de l'information, au point qu'un auteur a pu

¹ Quant à la relation ascendante, elle constitue une reproduction illicite non couverte par l'exception de copie privée. En ce sens : TGI Bayonne, ch. corr., 15 nov. 2005 ; RSC 2006, p. 93, obs. J. FRANCILLON. V. également CPI, art. L. 335-2-1, incriminant la mise à disposition de logiciels de partage pair à pair.

² V.-L. BENABOU, « Liens et droit d'auteur : un tandem iconoclaste », in *Études en l'honneur du professeur Jérôme Huet*, LGDJ, 2017, p. 2.

³ C. pén., art. 227-24.

⁴ Cass. crim., 3 févr. 2004, *Bull. crim.* n° 28 ; RSC 2004, p. 642, obs. Y. MAYAUD ; *ibid.* 662, obs. J. FRANCILLON. Devant la Cour d'appel, le ministère public avait, au contraire, avancé que la communication du lien constituait une « diffusion en permettant la circulation des photographies litigieuses ».

⁵ TGI Saint-Étienne, 3^e ch., 6 déc. 1999 ; CCE 2000, comm. 76, obs. C. CARON ; TGI Épinal, ch. corr., 24 oct. 2000, n° 1981/2000 ; CCE 2000, comm. 125, obs. C. CARON.

⁶ V., retenant la complicité par fourniture de moyens : CA Aix-en-Provence, 5^e ch. corr., 10 mars 2004, n° 04/192 ; CCE 2004, comm. 103, obs. C. CARON.

⁷ V.-L. BENABOU, « Liens et droit d'auteur : un tandem iconoclaste », art. préc., *loc. cit.*

faire état de l'effet « *prescripteur* » des liens sur les individus¹. Il était donc logique que l'hyperlien attire l'attention des cours suprêmes.

La première à se saisir de la question fut la *Cour de justice de l'Union européenne*. Dans une série de quatre décisions – *Svensson*², *BestWater*³, *GSMedia*⁴ et *VG Bild Kunst*⁵ – elle a élaboré une construction complexe, visant à répondre à la question précise de savoir si l'acte de lier vers une œuvre constitue en lui-même un acte d'exploitation de cette œuvre relevant de l'autorisation préalable du titulaire. Cette construction a pu être décrite comme « *si acrobatique qu'elle manque de lisibilité* »⁶. Pour la Cour, trois éléments semblent devoir être pris en compte : l'accessibilité permise par le lien, l'accessibilité de l'œuvre visée par le lien et la connaissance du caractère illicite de la diffusion. Quant à la première considération, la Cour – à rebours des conclusions de l'avocat général dans l'affaire *GSMedia*⁷ – va affirmer dans l'affaire *Svensson* que « *le fait de fournir, sur un site Internet, des liens cliquables vers des œuvres protégées publiées sans aucune restriction d'accès sur un autre site, offre aux utilisateurs du premier site un accès direct auxdites œuvres* »⁸. Cette référence à l'accès direct fait écho aux termes de l'arrêt *SGAE*⁹ et sous-entend que l'hyperlien opère bel et bien une transmission publique de l'œuvre. Le problème de cette affirmation est son manque de nuance, résultant du refus affirmé dans l'arrêt *BestWater* de prendre en compte la diversité technique des liens, au prétexte du principe de neutralité technologique de l'Internet. Pour tempérer la rigueur de cette solution et éviter une mise en cause systématique des poseurs de liens, la Cour va néanmoins compléter son analyse avec les deux autres considérations précédemment évoquées. Quant à celle tenant à l'accessibilité de l'œuvre, elle renvoie au critère, mal nommé,

¹ *Ibid.* : « Ainsi, on se rend de plus en plus rarement de manière volontaire vers un site pour y voir, entendre ou lire quelque chose ; la plupart de nos mouvements sont conduits par les réseaux sociaux auxquels nous appartenons qui nous poussent à aller consulter des contenus dont nos "amis" sont les prescripteurs ».

² CJUE 13 févr. 2014, n° C-466/12, *Svensson c/ Retriever Sverige (Sté)* ; *Propr. intell.* juill. 2014, p. 234, obs. S. DORMONT.

³ CJUE 21 oct. 2014, *BestWater International GmbH*, n° C-348/13 ; *RIDA* oct. 2014, p. 283, note P. SIRINELLI.

⁴ CJUE, 2e ch., 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *GS Media BV c/ Sanoma Media Netherlands BV et a.* ; *D.* 2016, p. 1905, note F. POLLAUD-DULIAN, et p. 2141, obs. J. LARRIEU.

⁵ CJUE 9 mars 2021, n° C-392/19, *VG Bild Kunst c/ Stiftung Preussischer Kulturbesitz* ; *Propr. intell.* avr. 2021, p. 95, obs. A. LUCAS-SCHLOETTER.

⁶ V.-L. BENABOU, « Liens et droit d'auteur : un tandem iconoclaste », art. préc., p. 4.

⁷ CJUE, concl. av. gén. M. WATHELET, point 54. Pour le magistrat, les hyperliens ne constituaient pas un acte de communication au public au sens de la directive 2001/29/CE du 22 mai 2001 : « les hyperliens qui conduisent, même directement, vers des œuvres protégées ne les "mettent pas à disposition" d'un public lorsqu'elles sont déjà librement accessibles sur un autre site mais ne servent qu'à faciliter leur découverte ».

⁸ *Svensson*, préc., point 18.

⁹ CJCE, 7 déc. 2006, *SGAE*, aff. C-306/05, *Rec. I.* 11519, point 19 : « pour qu'un acte de communication au public soit caractérisé, il suffit qu'une œuvre soit mise à la disposition d'un public de sorte que les personnes qui le composent puissent y avoir accès sans qu'il soit déterminant qu'elles utilisent ou non cette possibilité ».

du « *public nouveau* ». Cette formulation évoque les destinataires de la communication publique, mais elle est en réalité trompeuse, car la Cour ne s'intéresse aux récepteurs de la transmission que de manière tout à fait incidente. En effet, comme le résume un auteur, la « *CJUE distingue selon que l'œuvre est ou non librement accessible. Si tel est le cas, les juges considèrent que le fait de lier ne peut constituer un acte de communication au public, faute pour le fournisseur de liens de s'adresser à un public nouveau. En d'autres termes, puisque rien ne fait obstacle à l'accessibilité de l'œuvre sur le site d'origine, la simple circonstance d'offrir un moyen – parmi d'autres – d'y parvenir n'élargit pas le public d'origine de l'œuvre, qui reste celui du site “source”* »¹. Cette approche est éminemment critiquable, car elle « *limite la possibilité de revendiquer un droit à celui qui était auparavant protégé “techniquement”* »². En ce qu'elle fait dépendre le caractère public de la transmission effectuée *par le poseur de lien* du caractère public de la transmission effectuée *par l'auteur de la représentation initiale*, cette considération repose sur un mélange des genres manquant de rigueur et dont les juges pénaux ne sauraient s'inspirer. Reste la troisième considération, plus justement centrée sur le poseur de lien, tenant à la connaissance du caractère illicite de la mise à disposition initiale de l'œuvre. Cette condition subjective n'est pas sans évoquer la mauvaise foi, liée à la connaissance du fait, composante de l'élément moral en matière pénale. Le problème tient ici au fait que la CJUE l'applique en matière civile, ce qui lui attire les foudres de la doctrine³. Plus fondamentalement, cette considération ne met pas suffisamment en exergue la distinction entre la *volonté de transmettre publiquement un contenu* et la *connaissance du caractère délictueux du message transmis*.

Après la Cour de Luxembourg, ce fut au tour de la *Cour de cassation* de se pencher plus en détail sur la question des hyperliens, cette fois en matière de diffamation⁴, dans une espèce où le prévenu avait publié sur un site un article comportant un hyperlien, lequel renvoyait au

¹ V.-L. BENABOU, « Liens et droit d'auteur : un tandem iconoclaste », art. préc., p. 9.

² *Ibid.*, p. 12. L'auteur ajoute qu'il est « *absurde de considérer que, dès lors qu'une œuvre est accessible sur Internet, il n'existe qu'un seul public constitué par la somme des internautes susceptibles de se connecter au réseau et qu'il n'est pas possible de caractériser un public nouveau si l'œuvre est librement accessible* ». Par ailleurs, le « *mécanisme est injuste parce qu'il réserve aux seuls titulaires qui souhaitent et peuvent ériger des “barrières” numériques la possibilité d'être associé à l'économie produite par les liens et autres mécanismes de référencement, induisant une discrimination quant à l'exercice du droit d'auteur* ». En toute hypothèse, de telles mesures techniques de protection ont été jugées présentes et « *efficaces* » dans l'arrêt *VG Bild Kunst* (point 42 et 46) mais non dans l'arrêt *Svensson* (point 26). Adde : V. VARET, « Liens hypertextes et droit d'auteur (suite et fin ?) : du baroque en jurisprudence », *Légipresse*, 2021, p. 265.

³ *Ibid.*, p. 14 : L'auteur estime que la solution va « *à rebours des principes élémentaires de la propriété intellectuelle. En effet, un acte de communication au public ne devrait pas varier selon l'intention subjective d'un individu ou la connaissance qu'il a du caractère illicite de son activité* ».

⁴ Cass. crim., 2 nov. 2016, n° 15-87.163 ; D. 2017, p. 203, obs. A. SERINET.

texte d'une citation à comparaître qui contenait, selon le demandeur au pourvoi, des propos diffamatoires à son égard. Si la question précise que soulevait cette affaire était celle de l'acquisition de la prescription trimestrielle¹, y répondre supposait de déterminer si poser un lien équivalait à un acte de publication, constitutif de l'infraction. La Cour de cassation, saisie pour avis par les juges du fond, refusa de se prononcer² dans la mesure où, selon elle, la question supposait un examen des circonstances de l'espèce. Néanmoins, elle indiquait tout de même les circonstances à prendre en considération, à savoir la nature du lien posé, l'identité de l'auteur de l'article et son intention de mettre à nouveau le document incriminé à la disposition du public. Contrairement à la Cour de Luxembourg, la Cour de cassation n'a donc pas considéré que le principe de neutralité technologique s'opposait d'une quelconque manière à la prise en compte des caractéristiques du lien. En effet, ce dernier peut présenter plusieurs caractéristiques : il est « *activable* » lorsque « *son accès dépend de la volonté de l'internaute qui consulte le site source* »³, « *interne* » lorsque le lien permet d'accéder à « *une ressource qui appartient à la même collection de ressources en liant deux pages d'un même site* »⁴ et « *profond* » si le lien qui « *suppose un accès direct à une information, sans passer par l'accueil du site cible* »⁵. Or, finalement saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation va mettre l'accent sur le caractère profond du lien. C'est encore une fois en incise que la Cour va estimer que « *le texte incriminé avait été rendu à nouveau accessible par son auteur au moyen d'un lien hypertexte, y renvoyant directement, inséré dans un contexte éditorial nouveau* ». L'accès direct est donc essentiel et l'on peut sans doute déduire de cette formulation, par un raisonnement *a contrario*, que le lien hypertexte non profond ne constitue pas une communication publique. On peut néanmoins regretter la référence au « *contexte éditorial nouveau* », formule énigmatique qui n'est pas sans évoquer le critère du « *public nouveau* » dont on a montré l'insuffisance. De plus, la Cour de cassation aurait également pu mettre davantage l'accent sur le caractère intentionnel de la diffusion. En toute hypothèse, cette dernière a également eu l'occasion de se prononcer sur les hyperliens en matière de menaces de mort, quoique cette infraction ne suppose pas une transmission publique pour être constituée. Elle a d'abord estimé que le renvoi par un lien hypertexte à une vidéo contenant des menaces de mort proférées par

¹ V. *infra* n° 324 et 426.

² Cass. crim., 26 mai 2014, avis, n° 14-70.004, *Bull. crim.* n° 3, conl. av. gén. X. SALVAT.

³ Conl. av. gén. X. SALVAT, préc., p. 12

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.* Un auteur (V.-L. BENABOU, art. préc., p. 15 et s.) a également suggéré de distinguer entre le lien « *brut/informationnel* » qui se contente de renvoyer à une œuvre et le « *lien enrichi* » qui contient l'œuvre, ce qui est le cas dans l'hypothèse de la transclusion.

des tiers n'est pas susceptible de constituer, à lui seul, l'infraction¹. Plus récemment, elle a considéré qu'est coupable de menaces de mort celui qui, sur son site, crée un lien hypertexte renvoyant à de telles menaces et se les approprié². La référence à l'appropriation du contenu n'est pas sans évoquer l'appréciation de l'hyperlien suggérée par la Cour européenne des droits de l'homme.

La *Cour de Strasbourg* fut la dernière cour suprême à se prononcer sur la question de l'hyperlien, dans une espèce hongroise relative à une diffamation³. Fidèle à son approche sous l'angle de la proportionnalité, la Cour n'exclut pas que le lien hypertexte puisse constituer une transmission publique, mais elle considère que plusieurs critères doivent être réunis pour que la responsabilité du poseur de lien puisse être retenue. Un auteur les résume ainsi : « *Trois sont relatifs au contexte dans lequel le lien hypertexte est mis en ligne : il faut alors se demander si le journaliste a approuvé le contenu litigieux auquel le lien renvoie, s'il en a repris le contenu sans l'approuver, ou s'il s'est contenté d'insérer un lien hypertexte. Les deux derniers critères sont relatifs à la connaissance du caractère illicite du contenu relayé par le lien et à la bonne foi* »⁴. Il semble donc que les juges européens ne s'intéressent guère aux caractéristiques techniques de l'hyperlien et qu'ils confondent en partie la volonté de publier avec la connaissance du caractère illicite du message. La Cour de cassation a, pour lors, rendu un arrêt en s'inspirant explicitement de cette approche. Dans une espèce où une élue locale avait mis en ligne, sur sa page *Facebook*, un lien renvoyant à un article précédemment publié par des tiers⁵, les juges du fond avaient estimé que la réactivation d'un contenu sur le réseau Internet valait reproduction et que l'insertion d'un tel lien constituait un nouvel acte de publication. En d'autres termes, ils s'étaient focalisés sur l'accessibilité du lien. La Cour de cassation va toutefois casser l'arrêt de seconde instance, reprochant aux juges de ne pas avoir examiné « *les éléments extrinsèques au contenu incriminé que constituaient les modalités et le contexte dans lesquels avait été inséré le lien hypertexte y renvoyant, et spécialement le sens de l'autre texte auquel renvoyait le lien, qui contredisait le propos poursuivi, et les conclusions que tirait la prévenue de l'ensemble formé par ces deux textes* »⁶. Cette affirmation est quelque peu

¹ Cass. crim., 31 mars 2016, n° 15-82.417 ; *Dr. pén.* 2016, comm. 90, obs. P. CONTE ; Cass. crim., 2 nov. 2016, n° 15-87.163 ; *CCE* 2016, comm. 5, obs. A. LEPAGE ; *RSC* 2017, p. 85, note A. GIUDICELLI.

² Cass. crim., 10 avr. 2019, n° 17-81.302 ; *CCE* 2019, comm. 42, obs. A. LEPAGE.

³ CEDH, 4 déc. 2018, n° 11257/16, *Magyar Jeti Zrt c/ Hongrie* ; *AJ Pénal* 2019, p. 93, obs. J.-B. THIERRY, § 69.

⁴ J.-B. THIERRY, obs. préc.

⁵ L'espèce se distingue donc de celle de l'arrêt de 2016 précité en ce que le poseur de lien n'était pas, ici, l'auteur du texte auquel il était renvoyé.

⁶ Cass. crim., 1^{er} sept. 2020, n° 19-84.505 ; *RSC* 2021, p. 111, obs. E. DREYER ; *AJ pénal* 2020, p. 470, obs. J.-B. THIERRY ; *CCE* 2020, comm. 90, obs. A. LEPAGE.

déroutante, en ce qu'il devient très délicat de dissocier la condition de publicité et la volonté de publier d'une part, l'analyse du contenu diffamatoire du message et la connaissance de ce caractère, d'autre part. Il est vrai que la particularité de l'espèce tenait au fait que le poseur de lien n'était pas l'auteur des propos, ce qui justifiait que la volonté du premier fût sondée, mais il serait dommage que les juridictions nationales renoncent à l'analyse objective des caractéristiques du lien, mise en exergue en 2016, même si le caractère profond du lien ne fait pas de doute dans les faits¹.

En définitive, il n'est pas certain que les critères mis en avant par la Cour européenne des droits de l'homme pour apprécier le caractère public d'un hyperlien soient les plus pertinents² et la question des hyperliens n'a sans doute pas fini d'animer les réflexions jurisprudentielles et doctrinales. En tous les cas, ici encore, l'appréciation objective de la communication au public par voie électronique se double d'une approche subjective.

146. *L'appréciation subjective de la communication au public par voie électronique.* Le plus souvent, la volonté de publier sera déduite du médium utilisé. En effet, « *il est impossible à celui qui s'exprime d'ignorer que son émission sera captée par un public anonyme et imprévisible. Destinées à être entendues de tous, les émissions de radiodiffusion ou de télévision ont un caractère public* »³. On retrouve néanmoins des hypothèses semblables à celles rencontrées lors de l'étude des autres moyens de communication publique. D'un côté, la personne qui accorde sciemment une interview à un journaliste, entretien privé, mais n'a pas conscience que ses propos seront publiés sur un blog, ne peut pas être réputée complice d'une infraction de presse, dès lors que l'élément moral de la complicité n'est pas caractérisé⁴. À l'inverse, s'il est établi que l'auteur des propos avait accepté que ses propos soient retransmis à la radio ou à la télévision, la complicité sera établie⁵. Il en va de même en droit d'auteur, où

¹ J.-B. THIERRY, obs. préc. : « *La Cour de cassation ne fait plus davantage référence au caractère activable du lien, sans doute parce qu'il était acquis en l'espèce* ».

² V. toutefois, J. BOSSAN, « Réflexions sur l'application du droit pénal aux liens hypertextes », *Légipresse*, 2021, p. 83, vantant les mérites de ce qu'il serait convenu d'appeler le critère de l'« appropriation ».

³ P. AUVRET, « Fasc. 3020 : Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881 », *op. cit.*, n° 76. L'auteur émet néanmoins une réserve à l'égard des émissions d'amateurs qui ne visent qu'un public restreint ou les télévisions en circuit fermé : « *Il faudrait alors vérifier si l'intention de l'auteur correspond à un souci de publicité au sens de l'article 23* ».

⁴ Cass. crim., 10 nov. 2009, n° 08-88.484 ; *Dr. pén.* 2010, comm. 120, obs. J.-Y. CHEVALLIER ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 62, p. 14, note F. FOURMENT. V. aussi TGI Paris, 1^{re} ch., 23 mars 1983 ; *Gaz. Pal.* 1983, 2, somm., p. 345 ; TGI Paris, 7 déc. 1994 ; *Légipresse* 1995, n° 122, I, p. 53.

⁵ Cass. crim., 14 avr. 1992, *Bull. crim.* n° 162. V. aussi TGI Paris, 12 avr. 1995 ; *Légipresse* 1995, n° 122, I, p. 43 ; Cass. crim., 6 juill. 1993 ; *Gaz. Pal.* 1993, 2, chron., p. 455.

la jurisprudence met parfois l'accent sur la volonté de « *l'utilisateur* »¹. Comme le précise un auteur, il s'agit « *d'exclure du champ d'application du droit d'auteur les communications au public effectuées de manière accidentelle, ainsi que les interventions, dans le processus de communication des œuvres au public, trop insignifiantes pour constituer un acte d'exploitation* »². L'importance de la volonté en matière de communication au public par voie électronique est donc bien établie.

147. Bilan. La communication publique peut donc s'opérer par divers moyens, lesquels permettent une diffusion plus ou moins étendue et circonscrite, mais ayant pour point commun de rendre accessible, matériellement, le message – voire, pour la distribution, la chose – faisant l'objet de la transmission. Le ton de la voix en matière de profération, la pancarte employée en matière d'exposition, le niveau sonore de l'amplificateur en matière de projection, le recours à la presse dans le cadre de la distribution ou encore l'usage d'un site *web* en matière de communication au public par voie électronique sont autant de révélateurs de l'accessibilité de la communication. Néanmoins, là encore, l'analyse des moyens de communication publique doit être complétée par celle de son destinataire : le public.

§3. Le public destinataire de la communication

148. Le substantif « *public* », on le sait, est le dénominateur commun de toutes les qualifications légales étudiées dans le cadre de cette étude³. Il pourrait d'ailleurs lui-même s'analyser comme une qualification, en ce que plusieurs textes en font mention, à ceci près qu'il ne dispose d'aucune autonomie textuelle. En effet, l'expression « *communication au public en ligne* » étudiée précédemment sous l'angle des moyens de communication publique illustre que le public est toujours mentionné conjointement avec la communication ; lorsque, à tout le moins, il est mentionné par les textes. En effet, l'apparition du public au sein des dispositions pénales est relativement récente, ce qui appelle quelques développements (A). Il n'en demeure

¹ CJUE, 14 juin 2017, C-610/15, *Ziggo (The Pirate Bay)* ; CCE 2017, comm. 70, note C. CARON, point 26. L'utilisateur réalise « *un acte de communication lorsqu'il intervient, en pleine connaissance des conséquences de son comportement, pour donner à ses clients accès à une œuvre protégée, et ce notamment lorsque, en l'absence de cette intervention, ces clients ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée* ».

² A. LUCAS-SCHLOËTTER, C. BERNAULT et A. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 319, p. 323. Les auteurs affirment, certes, que la formule de l'arrêt *Ziggo* ne doit pas « *être comprise comme consacrant l'exigence d'un élément subjectif en la personne de l'utilisateur* », mais ils se réfèrent alors à l'exigence de la connaissance du caractère illicite de la diffusion et non à la volonté de rendre publique l'œuvre.

³ V. *supra* n° 30.

pas moins que, même passé sous silence, le public concerne tous les moyens de communication publique étudiés et que son appréciation est délicate dans la pratique judiciaire (B).

A. L'apparition récente de la notion de public dans les textes pénaux

149. L'apparition du substantif « *public* » dans les textes pénaux est relativement récente et est en partie liée au progrès de l'alphabétisation de la société. Certes, le public ne se résume pas au public de lecteurs – que l'on songe au public de la profération –, mais c'est bien celui-ci qui est au cœur des réflexions de philosophie politique sur le substantif étudié, réflexions qui permettent d'éclairer l'émergence du public dans les textes pénaux.

150. De la foule au public littéraire. L'histoire du public de la communication – par opposition au public du lieu et à celui de la réunion – est intimement liée à l'histoire des médias et de l'édition ; elle débute donc au XVII^e siècle. Elle rejoint par ailleurs en partie celle des rassemblements publics¹. En effet, à la masse de la foule rassemblée, généralement par le pouvoir², va se greffer le public littéraire, entendu comme une « *personne fictive renvoyant à l'ensemble virtuel des lecteurs et spectateurs d'une œuvre "littéraire" ou plus exactement à l'ensemble des particuliers susceptibles d'être touchés – affectés, engagés, transformés – par la publication d'une œuvre "littéraire" »*³. En des termes encore plus explicites, on a pu écrire que « *le public désigne, dans la France du XVII^e siècle, les lecteurs, les spectateurs, les auditeurs en tant qu'ils sont les destinataires, les consommateurs et les critiques de l'art et de la littérature »*⁴. Si ce public est réceptif à l'art, *lato sensu*, il n'est pas censé être réflexif et s'intéresser au politique, si bien qu' « *au XVII^e siècle, le public [...] serait un public divertie ou manipulé plutôt par une idole (le Roi-Soleil, ses fêtes, ses spectacles) ou par des pièges discursifs (propagande royale), et ne serait susceptible de positivité que dans les monuments ou les lieux où il annoncerait, préparerait le public critique des Lumières »*⁵. De ce public

¹ V. *infra* n° 164 et s.

² V. not. : C. pén. 1791, 1^{re} partie, Titre I, art. 31 : « *Le condamné sera ensuite mis au carcan au milieu de la place publique ; il y restera pendant deux heures exposé aux regards du peuple* » ; C. des délits et des peines du 25 oct. 1795, art. 428 : « *Lorsque l'accusé a été déclaré convaincu, le président, en présence du public, le fait comparaître, et lui donne lecture de la déclaration du jury* ».

³ H. MERLIN-KAJMAN, *Public et littérature en France au XVII^e siècle*, Les Belles Lettres, 1994, p. 385.

⁴ J. HABERMAS, *L'Espace public*, *op. cit.*, p. 42.

⁵ H. MERLIN-KAJMAN, « Le public : quelques réflexions historiques », p. 104. Et l'auteur d'ajouter que la littérature « *façonne donc la conscience de soi nécessaire au public pour se poser bientôt en support d'une opinion éclairée et capable de jugement politique* ».

littéraire, on ne trouve pas forcément de trace dans les dispositions pénales de l'époque. Il est cependant au cœur du droit d'auteur, aujourd'hui avec les notions de « *communication au public* »¹ ou de « *mise à disposition du public* »², que l'on retrouve dans plusieurs textes relatifs à la contrefaçon³, et l'on reviendra plus loin sur l'interprétation de la notion de public adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne⁴.

151. Du public littéraire au public politique. Pour les sociologues et les philosophes, c'est au XVIII^e siècle que naît véritablement le public philosophique ou critique, socle de l'espace public habermassien. En effet, HABERMAS entend « *par usage public de [la] raison celui que l'on en fait en tant que savant devant l'ensemble du public qui lit* »⁵. Le public critique serait ainsi constitué de l'ensemble des membres de la sphère publique bourgeoise qui lisent des journaux, véritable « *foule à distance* »⁶. Dès lors, « *la notion de public est une notion réflexive. Le public du XVIII^e siècle se constitue [...] à force de lire et de discuter des journaux où il est question du "public"* »⁷. Les sociologues vont donc distinguer ce public de la foule et le parer de toutes les qualités⁸. Comme le résume un auteur, le public, « *au sens moderne du terme, est à l'intersection de deux phénomènes contemporains : le rôle des foules dans la vie publique, mais aussi celui des moyens de communication de masse, notamment la presse, en attendant la radio, la télévision et Internet. On peut donc considérer le public comme une forme d'apprivoisement démocratique et rationnel du phénomène des foules. Le public d'un journal peut prendre le temps de la réflexion, alors que ce qui caractérise les mouvements de foules, c'est leur immédiateté* »⁹. Fort logiquement, le concept d' « *opinion publique* » va se forger autour de ce public idéalisé et parfois regretté¹⁰.

¹ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

² Traité de l'OMPI du 20 déc. 1996 sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes, art. 8 (1).

³ Par ex. : CPI, art. L. 335-4, évoquant la « *communication ou mise à disposition du public, à titre onéreux ou gratuit* ».

⁴ V. *infra* n° 157.

⁵ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 115.

⁶ J. JULLIARD, « Foule, public, opinion », art. préc., p. 11.

⁷ D. DAYAN, « Télévision : le presque-public », *Réseaux*, 2000, n° 18, p. 430.

⁸ Par ex., pour G. TARDE, les publics « *sont moins outranciers, moins despotes et moins dogmatiques* » que les foules (« Le public et la foule », *Revue des Deux mondes*, 15 juill. et 1^{er} août 1898).

⁹ J. JULLIARD, art. préc., *loc. cit.*

¹⁰ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 283 : « *Il est possible de résumer ainsi encore une fois le déclin de la sphère publique littéraire : la surface de résonance que devait constituer cette couche sociale cultivée, et éduquée pour faire de sa raison un usage public, a volé en éclats ; le public s'est scindé d'une part en minorités de spécialistes dont l'usage qu'ils font de leur raison n'est pas public, et d'autre part en cette grande masse des consommateurs d'une culture qu'ils reçoivent par l'entremise de médias publics* ».

Cette approche du public ne va guère trouver d'expression en droit pénal¹. En effet, la loi pénale reste focalisée sur le médium avec la loi du 29 juillet 1881, ce que traduit la diversité des moyens de communication publique², mais ne s'intéresse qu'implicitement au destinataire de celle-ci. Originellement, la seule mention du public à l'article 23 de ladite loi 1881 est le public de l'exposition – le texte évoque les placards ou des affiches « *exposés au regard du public* » –, soit le public qui circule en masse dans la rue et non le public de lecteurs éclairés. Il est vrai que le droit de la presse est imprégné, de façon sous-jacente, par le « *droit du public à l'information* »³, si bien qu'il pourrait être tentant de concevoir le public comme une « *entité abstraite à laquelle l'information contribuant à un débat d'intérêt général apporte – du moins est censée apporter, eu égard à la conception peu exigeante que peut en avoir la Cour européenne des droits de l'Homme – de quoi élever l'esprit et stimuler la réflexion critique* »⁴. Cela dit, seul l'article 222-33-3 du Code pénal, lorsqu'il évoque les « *membres d'une profession ayant pour objet d'informer le public* », entend explicitement le public comme un ensemble de personnes en quête d'informations. Il semble donc que le concept de public, au sens philosophique du terme, n'imprègne qu'incidemment la notion de public, entendue juridiquement, laquelle renvoie essentiellement, non pas à un public politique, mais plutôt à un public de masse.

152. Du public politique au public de masse. Comme le relève HABERMAS, la diffusion croissante de la presse et de la propagande « *a provoqué un élargissement, tout d'abord informel, du public ; puis, perdant son caractère élitiste, celui-ci voit également se rompre sa cohésion qui reposait sur les institutions des relations de société et sur un niveau culturel relativement élevé* »⁵. Corollaire de la liberté de la presse et de l'alphabétisation croissante des sociétés occidentales, le public de masse apparaît au XIX^e siècle et prend de l'ampleur au XX^e siècle avec l'apparition de nouveaux médias que constituent la radio, la télévision et l'Internet. Apparaît alors, en sciences sociales, l'opposition terminologique entre le public et l'audience,

¹ Sauf à considérer que dans la référence au fait d'avoir « *porté ou laissé porter à la connaissance d'une personne non qualifiée ou du public* » (C. pén., art. 413-10), le public représente alors ce public éclairé ; public que l'on retrouverait aux articles L. 211-5 et L. 211-13 du Code de la propriété intellectuelle, faisant état de la diffusion « *par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles* ».

² V. *supra* n° 122 et s.

³ V. *infra* n° 489.

⁴ A. LEPAGE, note ss. Cass. com., 13 févr. 2019, CCE 2019, comm. 25.

⁵ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 140.

opposition là encore fondée sur la connotation respectivement positive et négative de ces termes. Dès lors, « le “public” est automatiquement crédité d'une valeur positive. L'audience est le double obscur du public »¹, cette dernière étant composée d' « êtres timides plongés dans une pénombre perpétuelle, ménages aux regards écarquillés, fantômes dont l'existence se partage entre les limbes des salles de séjour et les camemberts des parts de marché »². Le développement de la publicité, au sens commercial du terme, est révélateur de cette évolution. « Ainsi, la “Publicité” de manipulation prend-elle le pas sur la Publicité critique »³. Le public de masse est donc essentiellement un public de consommateur, un public qui « ne semble plus appréhendable en termes d'agrégation physique, mais seulement en termes d'agglomération statistique »⁴. C'est cette conception du public, du « grand public »⁵ au sens plein du terme, impersonnel et uniformisé, consommateur, que l'on va retrouver dans certaines locutions employées par les textes.

La première disposition du Code pénal évoquant explicitement ce public fut son ancien article 419, introduit par une loi du 3 décembre 1926, lequel réprimait, notamment, un délit économique consistant à opérer ou de tenter d'opérer la hausse ou la baisse artificielle de certains prix en répandant « des faits faux ou calomnieux semés sciemment dans le public »⁶. Par la suite, ayant en vue les consommateurs de presse à scandale, le législateur évoquera en 1970 le fait de porter à la connaissance « du public ou d'un tiers » des images ou propos obtenus suite à la commission d'une atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui⁷. Le Code de la santé publique mentionne quant à lui à maintes reprises la publicité « effectuée auprès du public »⁸, ce dernier étant ici le consommateur de médicaments⁹. C'est bien évidemment à ce public de masse que renvoient les expressions « communication au public par voie électronique » ou « communication au public en ligne »¹⁰. Force est donc de constater que le membre du public est avant tout envisagé comme un consommateur plutôt que comme un citoyen en quête de savoir.

¹ D. DAYAN, « Télévision : le presque-public », art. préc., p. 432.

² *Ibid.*, p. 433.

³ J. HABERMAS, *op. cit.*, p. 186.

⁴ D. DAYAN, « Les mystères de la réception », art. préc., p. 152.

⁵ V. C. rur., art. L. 253-16, évoquant le fait de faire de la publicité commerciale destinée « au grand public ».

⁶ Le délit intégré par la suite le Code monétaire et financier (CMF, art. L. 456-2 ancien).

⁷ C. pén. art. 226-2.

⁸ Par ex. : CSP, art. L. 5422-18.

⁹ V. encore, Loi du 16 juillet 1949, art. 14, désignant explicitement « les acquéreurs éventuels » des publications destinées à la jeunesse ; CSI, art. 320-1 réputant jeux d'argent et de hasard et interdits comme tels toutes opérations « offertes au public », pour faire naître l'espérance d'un gain aléatoire et nécessitant un sacrifice financier des participants.

¹⁰ V. *supra* n° 143.

En toute hypothèse, le législateur ne définit jamais le public, pas plus qu'il n'indique comment l'apprécier, le cas échéant. L'appréciation de ce dernier est donc délicate dans la pratique judiciaire.

B. L'appréciation prétorienne délicate de la notion de public

153. Le nombre semble au cœur de l'appréciation du public et, partant, de la distinction entre communication publique ou privée. Il s'agirait ainsi d'opposer « *la communication entre deux personnes à une communication à un nombre plus ou moins grand de personnes [...], la première s'inscrit dans une relation interpersonnelle, alors que la seconde suppose qu'un même message soit adressé à plusieurs personnes (formant ou non un public)* »¹. Il ne faudrait pas exagérer l'importance de cette considération (1), tant c'est avant tout le critère de la communauté d'intérêts précédemment défini² qui permettra, au prix d'une approche négative du public, de le qualifier (2).

1. L'insuffisance du critère du nombre

154. L'appréciation in abstracto du nombre de personnes destinataires. On le sait, selon le moyen de communication publique employée, la diffusion de l'information est potentiellement illimitée³. Une approche *in abstracto* du nombre de personnes visées peut donc parfois suffire pour qualifier un public quand ces moyens de communication sont employés. L'analyse de l'audience d'un journal, d'une émission télévisée ou d'un *tweet* est ainsi potentiellement impossible à mesurer⁴. C'est pourquoi une simple référence abstraite au nombre conséquent de personnes suffit parfois à justifier la publicité dans ces hypothèses⁵. Quant à la jurisprudence,

¹ E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 79, p. 62.

² V. *supra* n° 111 et s.

³ V. *supra* n° 136 et s.

⁴ V. A. LUCAS-SCHLOËTTER, C. BERNAULT et A. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 299, p. 302, distinguant entre le public « réel », « potentiel » et « virtuel ». Certes, les audiences télévisées sont quotidiennement mesurées, mais sur la base d'estimations imparfaites qui ne permettant pas de prendre en compte, par exemple, les personnes réunies dans un bar pour suivre un évènement sportif. Au surplus, on peut supposer que l'approche *in abstracto* du public ne prospère pas, par principe, en matière de réunion. En effet, si l'on peut concevoir un public potentiel d'une réunion publique n'ayant pas encore eu lieu – notamment en matière administrative où il est généralement question d'une déclaration préalable à la manifestation –, l'appréciation du nombre de personnes présentes est le plus souvent faite *a posteriori* et *in concreto* ; même s'il est fréquent, en pratique, que les estimations des organisateurs de la manifestation divergent de celles des forces de l'ordre...

⁵ P. AUVRET, « Fasc. 3020 : Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881 », *op. cit.*, n° 76 : « Destinées à être entendues de tous, les émissions de radiodiffusion ou de télévision ont un caractère public ».

elle a pu estimer que la diffusion de propos diffamatoires sur les antennes d'une radio de service public « *au cours d'une émission en direct, particulièrement suivie par les auditeurs* » remplit les conditions de publicité de l'article 23¹.

De même, il a été jugé que la diffusion de propos diffamatoires sur le réseau Internet à destination d'un « *nombre indéterminé* » de personnes constitue un acte de publicité dès que l'information a été mise à la disposition des « *utilisateurs éventuels du site* »². À l'inverse, le « *nombre très restreint* » des personnes agréées par le titulaire d'un compte sur des réseaux sociaux a pu contribuer à écarter la publicité de l'injure dans l'arrêt *Facebook* évoqué plus haut³.

Quant à la distribution, le fait que les dépêches de l'agence France Presse soient distribuées « *à des destinataires variés et nombreux* »⁴ participe de leur caractère public. Dans le même ordre d'idées, le fait de reproduire des photographies et de les faire adresser par voie postale, sous pli fermé, « *à de nombreux correspondants* » constitue-t-il une distribution⁵, de même que le fait de distribuer un tract à « *un grand nombre de personnes* »⁶. Un arrêt a même pu estimer que le fait qu'un journal comporte des abonnés suffit à caractériser la distribution, sans qu'il soit nécessaire de vérifier si le journal leur a effectivement été livré⁷.

Si le public destinataire est appréciable *in abstracto*, il peut tout de même faire l'objet d'une appréciation *in concreto*, et il est d'ailleurs souhaitable que le juge y procède lorsqu'il en a la possibilité⁸.

155. L'appréciation in concreto du nombre de personnes destinataires. L'appréciation *in concreto* du nombre de personnes destinataires a parfois été mise en avant par la jurisprudence, essentiellement en matière de communications électroniques et consiste pour le juge à mettre l'accent sur le nombre effectif de personnes atteintes par un message, dans les hypothèses où ce nombre peut être déterminé. Il a ainsi pu être jugé que le message électronique envoyé depuis

¹ CA Paris, 9 mars 1988 ; *D.* 1988, IR, p. 99, préc.

² TGI Paris, réf., 30 avr. 1997 ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, somm., p. 393, note C. ROJINSKY. Rappr. : TGI Paris, 10 juill. 1997 ; *Gaz. Pal.* 1998, 1, p. 59, note A. COUSIN.

³ Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n° 11-19530, préc.

⁴ CA Paris, 18 mai 1988 ; *D.* 1990, p. 35 (1^{re} esp.), note G. DROUOT, préc.

⁵ Cass. crim., 3 mars 1955 ; *D.* 1955, p. 329, arrêt rendu en matière d'outrage à la pudeur.

⁶ TGI Montbéliard, 28 juin 1963 ; *Gaz. Pal.* 1963, 2, p. 350, décision rendue en matière de discrédit publiquement jeté sur une décision de justice (C. pén., art. 434-25).

⁷ Cass. crim., 3 févr. 2009, *Bull. crim.* n° 25 ; *CCE* 2009, obs. A. LEPAGE.

⁸ E. PIERROUX, « Facebook, Twitter et autres réseaux sociaux », art. préc. : « *quel est ce "nombre très restreint" ? Où placer le curseur pour déterminer si ce nouveau critère quantitatif est rempli ?* »

une adresse e-mail à 53 destinataires était public¹. Dans la même logique, dans un arrêt rendu récemment par la chambre sociale de la Cour de cassation², il a été jugé que les propos insultants d'une salariée, diffusés sur un réseau social, « *n'avaient été accessibles qu'à des personnes agréées par cette dernière et peu nombreuses, à savoir un groupe fermé composé de quatorze personnes, de sorte qu'ils relevaient d'une conversation de nature privée* ». Contrairement à la référence abstraite au « *nombre très restreint* » des destinataires dans l'arrêt *Facebook* rendu en 2013, le nombre de personnes atteintes est bien précisé ici³.

Cette approche résolument *in concreto* du nombre de personnes n'en suscite pas moins la réserve : « *Si ce nombre semble effectivement raisonnable, et même faible sur des réseaux comme Facebook qui sont de véritables caisses de résonance, une question demeure : existe-t-il un nombre limité d'amis acceptable, ou celui-ci peut-il être conséquent, tant qu'il existe bel et bien un paramétrage ? [...] On peut estimer qu'en précisant le nombre réduit de quatorze amis, la Cour de cassation indique que la simple existence d'un paramètre d'accès n'est pas suffisante, et qu'il faut en plus que le salarié limite au maximum sa communication à quelques membres triés sur le volet* »⁴. En d'autres termes, de la question du nombre des destinataires, on retombe bien vite sur les critères de l'agrément et de la communauté d'intérêts⁵. Plus radicalement, un commentateur considère qu'« *il ne convient aucunement de raisonner sur le nombre de destinataires de l'information. Que les destinataires soient 10 ou 200, c'est la volonté de l'auteur de considérer comme privée ou non l'information transmise qu'il convient de prendre en compte* »⁶. Ces remarques révèlent l'importance relative du critère quantitatif pour apprécier le public d'une communication.

156. La subsidiarité du nombre par rapport aux liens. Un auteur, analysant la jurisprudence rendue en matière d'injures sur les réseaux sociaux, a pu soulever l'interrogation suivante : « *le critère du nombre de destinataires doit-il prévaloir sur celui de l'agrément, le choix "public/autre que public" n'étant plus essentiel dans le raisonnement juridique ?* »⁷ La réponse à cette interrogation est sans aucun doute négative. En effet, le critère du nombre ne joue que

¹ Cass. crim., 9 nov. 2010, n° 10-84.345 ; *Dr. pén.* 2011, chron. 5, obs. O. MOUYSET.

² Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-11.690, préc.

³ V. déjà CA Aix-en-Provence, 7 mai 2013 ; *D. actu*, 14 juin 2013, obs. C. MANARA, évoquant le fait que le nombre de personnes visées par un message sur le service de messagerie instantanée *MSN* « *ne dépassait pas une douzaine d'individus* ».

⁴ R. DALMASSO, obs. ss. Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-11.690, préc.

⁵ V. *supra* n° 96 et s.

⁶ S. MAYOUX, obs. ss. Cass. soc., 12 sept. 2018, n° 16-11.690, préc.

⁷ E. PIERROUX, « Facebook, Twitter et autres réseaux sociaux », art. préc.

de façon subsidiaire par rapport aux critères tenant aux liens entre les personnes et s'efface lorsque ces derniers entrent en jeu. En matière d'infractions de presse, l'on peine à trouver un arrêt mettant en exergue le critère numérique, celui-ci étant toujours subsidiaire par rapport au critère de la communauté d'intérêts¹. Tout juste peut-on évoquer un arrêt de première instance où les juges estimèrent que l'envoi d'un ouvrage à de nombreux parlementaires caractérisait la distribution de ce dernier².

Il n'en demeure pas moins que le critère du nombre est plus qu'un indice pour les infractions faisant peu de cas de l'appréciation du lien entre les destinataires³. Dans un arrêt relativement ancien rendu en matière de représentation fallacieuse d'une personne⁴, la Cour de cassation a ainsi explicitement considéré que l'infraction n'était pas soumise à l'exigence de publicité qualifiée de l'article 23 de la loi de 1881 et a jugé que l'accès d'un certain nombre de personnes au montage permettait de le considérer publié, quand bien même ces personnes étaient impliquées dans une même affaire judiciaire⁵. Cette conception très large du mot « *publier* », avalisée par une partie de la doctrine⁶, impliquerait donc que le montage simplement porté à la connaissance de quelques personnes est public. On peut néanmoins être un peu sceptique quant à cette exclusion du critère du lien ici, puisqu'on verra que les personnes concernées par une affaire judiciaire constituent un cercle privé particulier⁷. Dans le même ordre d'idées, la diffusion d'images pédopornographiques est « *constituée dès que l'envoi a eu*

¹ Ainsi, dans une espèce où il était question de l'affichage à l'intérieur d'une usine de notes diffamatoires, les juges ont-ils considéré qu'il n'y avait pas « *exposition desdits placards au regard du public, le personnel d'une usine, quelque nombreux qu'il soit, ne constituant pas le public au sens de l'article 23* » (Cass. crim., 8 oct. 1974, *Bull. crim.* n° 280 ; dans le même sens, v. Cass. crim., 15 juill. 1981, *Bull. crim.* n° 617). De même, il a été jugé que le caractère public d'une diffamation contenue dans une pétition ne résultait pas du nombre de personnes ayant signé la pétition, car « *la publicité d'un écrit portant atteinte à la considération est (seulement) caractérisée par les conditions dans lesquelles il atteint ses destinataires* » (Cass. 2° civ., 12 oct. 1983 ; *Gaz. Pal.* 1984, 1, pan., p. 107), ce qui revenait en l'espèce à s'intéresser au lien existant entre les destinataires. Dans la même logique, dans l'affaire précédemment évoquée où un courriel avait été envoyé à 53 destinataires, c'est l'absence de communauté d'intérêts liant les différents destinataires – des associations, des journalistes, des fonctionnaires d'État –, qui a justifié l'absence de publicité, « *toutes ces personnes ayant des qualités, des compétences et des intérêts différents* » (Cass. crim., 9 nov. 2010, n° 10-84.345, préc.). De même encore, des juges du fond ont pu clairement affirmer qu'un « *faible nombre d'abonnés du compte Twitter n'a pas pour effet de priver la diffusion litigieuse de son caractère public, l'accès d'un public anonyme, même réduit, étant exclusif à la fois de toute notion de confidentialité, mais aussi de celle de groupement lié par une communauté d'intérêts* » (CA Paris, pôle 2, ch. 7, 26 févr. 2020, n° 18/20461 ; *JurisData* n° 2020-002329).

² TGI Paris, 17° ch., 13 déc. 1999 ; *Légipresse* 2000, n° 169, I, p. 27.

³ Sur la portée incertaine du critère de la communauté d'intérêts, v. *infra* n° 160.

⁴ C. pén., art. 226-8. Est réprimé le fait de « *publier, par quelque voie que ce soit* », le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement.

⁵ Cass. crim., 30 janv. 1978, *Bull. crim.* n° 34 ; *RSC* 1978, p. 864, obs. G. LEVASSEUR.

⁶ R. LINDON, « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 relative à la protection de la vie privée », *JCP G* 1970, I, 2357, n° 20.

⁷ V. *infra* n° 249.

plusieurs destinataires »¹, le nombre de personnes visées étant alors déterminant, seule une lettre adressée à une personne ayant le caractère de correspondance personnelle lui permettant d'échapper à la répression². La solution rendue en matière d'outrage aux bonnes mœurs selon laquelle constitue l'infraction le fait de reproduire des photographies et de les faire adresser par voie postale, sous pli fermé, à de nombreux correspondants³, paraît donc transposable au délit prévu par l'article 227-23 du Code pénal⁴.

Si ces solutions semblent justifiées par une logique de subsidiarité entre approche qualitative et quantitative du public, l'importance déterminante accordée au public par la Cour de la justice de l'Union européenne en matière de droit d'auteur est, elle, surprenante.

157. L'importance déterminante du nombre pour la Cour de Luxembourg. En matière de droits d'auteurs, la Cour de Luxembourg a pu dégager une interprétation assez critiquable de la notion de public. Contrairement à l'appréciation du public en droit interne, où le critère du lien est explicitement mis en avant par l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle, lequel évoque, notamment, le « *cercle de famille* »⁵, la Cour de justice va mettre l'accent sur le nombre de personnes présentes. Elle évoque dans plusieurs arrêts le « *nombre indéterminé de destinataires potentiels* »⁶, nombre qui doit être « *assez important* »⁷, les destinataires ne pouvant constituer « *une pluralité de personnes trop petite, voire insignifiante* »⁸. Ont été jugés suffisamment nombreux les clients d'un hôtel⁹, d'un café-restaurant¹⁰, d'un établissement thermal¹¹, ou encore d'un centre de réhabilitation¹², mais pas ceux d'un dentiste¹³. Or, « *un tel critère quantitatif est en totale contradiction avec la pratique qui prévalait jusqu'à présent dans*

¹ M.-L. RASSAT, « Fasc. 20 : Mise en péril des mineurs », *op. cit.*, n° 22.

² V. *infra* n° 160.

³ Cass. crim., 3 mars 1955 ; *D.* 1955, p. 329.

⁴ V. toutefois, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 16 : « *Faut-il considérer la diffusion comme la livraison à un nombre indéterminé de clients potentiels en sorte que la transmission à une liste nominative de destinataires (transmission simple) serait possible ? Faut-il considérer que la diffusion se définit par un nombre élevé des spectateurs, une transmission restreinte étant licite ? Aucune des interprétations possibles que nous venons d'inventorier ne s'impose et la jurisprudence est toujours inexistante, sur la question* ».

⁵ V. *infra* n° 244.

⁶ CJCE, 2 juin 2005, C-89/04, *Mediakabel*, point 30 ; CJCE, 14 juill. 2005, C-192/04, *Lagardère*, point 31.

⁷ CJUE, 15 mars 2012, C-135/10, *Del Corso*, point 88.

⁸ CJUE, 15 mars 2012, C-162/10, *PPL*, point 35.

⁹ CJCE, 7 déc. 2006, C-306/05, *SGAE c/ Rafaël Hoteles*, préc., point 42.

¹⁰ CJUE, gr. ch. 4 oct. 2011, C-403/08, *FAPL* et C-429/08, *Murphy*, point 207.

¹¹ CJUE, 27 févr. 2014, C-351/12, *OSA*, points 29-30.

¹² CJUE, gr. ch., 31 mai 2016, C-117/15, *Reha Training*, point 59.

¹³ CJUE, *Del corso*, préc., point. 96 : « *S'agissant des clients d'un dentiste, cette pluralité de personnes est peu importante, voire insignifiante, étant donné que le cercle de personnes présentes simultanément dans son cabinet est, en général, très limité* ».

la plupart des États membres où le caractère privé est traditionnellement défini par un critère spatial et/ou en contemplation des relations existants entre les membres du groupe »¹. La doctrine a été particulièrement critique de la solution rendue dans l'arrêt *Del Corso*, par rapport aux clients d'un dentiste².

Si l'interprétation européenne ne semble pas suivie par les juges français, elle n'en demeure pas moins discutable. Cela dit, l'article L. 122-5 du Code de la propriété intellectuelle n'est pas tout à fait exempt d'ambiguïté, lorsqu'il fait référence à « *l'usage privé du copiste* » opposé à une « *utilisation collective* ». La collectivité suppose un nombre important et un auteur a pu directement faire le lien entre le nombre et cette expression³.

On peut ajouter que la Cour a adopté d'autres critères, tout aussi critiquables. Elle a pu mettre l'accent sur le caractère participatif du public, celui-ci devant être « *réceptif* » à la communication et non « *capté par hasard* »⁴. Dans l'affaire *Reha Training*, la Cour refuse de suivre l'avocat général qui recommandait de renoncer à ce critère, estimant que « *la dimension subjective de ce critère relatif à la réceptivité du public le rend difficilement utilisable en pratique* »⁵. On a déjà critiqué, par ailleurs, le critère du « *public nouveau* »⁶.

158. En résumé, le critère du nombre est sans doute une entrée en matière inévitable pour apprécier l'existence d'un public. Le plus souvent, toutefois, ce critère devra s'effacer au profit de l'appréciation du lien entre les personnes impliquées dans l'acte de communication, si bien que l'observateur doit se résoudre à une appréciation négative du public.

2. La nécessité d'une appréciation négative du public

159. La nécessité de relever l'absence de communauté d'intérêts. En complément de la jurisprudence évoquée plus haut mettant en exergue, positivement, un cercle privé du fait de

¹ A. LUCAS-SCHLOËTTER, C. BERNAULT et A. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, op. cit., n° 299, p. 301.

² S. VON LEWINSKI, « Réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne en droit d'auteur, en particulier sur le droit de communication au public », art. préc., p. 778 : « *Si l'on prenait au sérieux cette manière d'interpréter la notion de "public", surtout sur la base du critère d'un nombre indéterminé de destinataires potentiels, on pourrait même conclure qu'une communication au public dans une salle de concert avec un nombre déterminé maximum de chaises serait une communication à un nombre déterminé de destinataires potentiels et dès lors ne viserait pas le public – ce qui prouve l'absurdité d'une telle argumentation [...]. La possibilité de déterminer un certain nombre de personnes n'a pas d'impact direct sur la taille de ce groupe* ».

³ E. DERIEUX, « La notion de "publication" : les insupportables incertitudes du droit », *JCP G*, 2010, n° 49, 2262.

⁴ CJUE, *Del Corso*, préc., point 91.

⁵ Y. BOT, concl. in CJUE, *Reha Training*, préc., n° 67.

⁶ V. *supra* n° 145.

l'existence d'une communauté d'intérêts¹, on peut évoquer une série d'arrêts ayant écarté la communauté d'intérêts et donc, négativement, retenu l'existence d'un public. D'une part, dans certains cas, la communication avait été adressée à plusieurs cercles privés distincts, tels : un parti politique et un syndicat, groupements qui « *constituent des entités distinctes, ne partageant pas nécessairement les mêmes objectifs et ayant des domaines d'action différents* »² ; des associations, des journalistes, des fonctionnaires d'État, « *toutes ces personnes ayant des qualités, des compétences et des intérêts différents* »³ ; des parents d'élèves, un journaliste et des autorités civiles et religieuses⁴ ; des membres d'une association et membres d'un syndicat⁵ ; ou encore, des entreprises, institutions publiques diverses et organes de presse⁶.

D'autre part, à l'instar du critère numérique, l'absence de communauté d'intérêts est parfois caractérisée de façon relativement abstraite. Ainsi, les destinataires de dépêches de l'agence France Presse sont-ils par définition variés, nombreux et non réunis par une communauté d'intérêts⁷, de même que des individus étrangers au personnel d'une société⁸, et le nombre indéterminé de personnes nullement liées par une communauté d'intérêts que représentent les utilisateurs éventuels d'un site Internet⁹.

L'appréciation négative du public semble donc inévitable. Toutefois, le critère de la communauté d'intérêts ne résout pas toutes les difficultés, en ce que sa portée est empreinte d'incertitude.

160. La portée incertaine du critère de la communauté d'intérêts. Le critère de la communauté d'intérêts ayant été dégagé en matière d'infractions de presse, toute la question est de savoir si les juges peuvent l'appliquer à des infractions exigeant la publicité du propos mais définies en dehors de la loi du 29 juillet 1881. Parfois, ils écartent clairement ce critère¹⁰. Pour autant, en matière d'apologie du terrorisme, le critère de la communauté d'intérêts a été

¹ V. *supra* n° 112.

² Cass. crim., 28 avr. 2009 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 105, obs. M. VÉRON ; *ibid.*, chron. 5, obs. O. MOUYSSET.

³ Cass. crim., 9 nov. 2010, n° 10-84.345, préc.

⁴ Cass. crim., 5 oct. 1993, *Bull. crim.* n° 276. Le texte d'une pétition d'un groupe de parents d'élèves communiqué ou remis en copie à un journaliste, et adressé aux autorités civiles et religieuses.

⁵ Cass. crim., 30 janv. 2001, 00-82.810.

⁶ Cass. crim., 6 janv. 2015, 13-87.885.

⁷ CA Paris, 18 mai 1988 ; *D.* 1990, p. 35 (1^{re} esp.), préc.

⁸ Cass. crim., 31 janv. 1989 ; *JCP G* 1989, IV, 144.

⁹ TGI Paris, réf., 30 avr. 1997 ; *Gaz. Pal.* 1997, 1, somm., p. 257, préc.

¹⁰ V. Cass. crim., 26 mars 1992, n° 91-83.162, jugeant, à propos de l'ancien délit de publicité trompeuse, que l'infraction était consommée alors même que les destinataires des documents publicitaires appartenaient à un groupe déterminé.

explicitement invoqué par les juges du fond dans une affaire où ils relaxèrent le prévenu du fait, notamment, que « *la condition de publicité fait défaut dès lors que les propos ont été tenus à des militaires, liés par une communauté d'intérêts* ». La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé contre cet arrêt, mais en se prévalant de l'approche subjective de la profération¹. Il est difficile, dès lors, de déterminer si les circonstances objectives qu'évoque la Haute juridiction pour en déduire la volonté de la profération renvoient à l'absence de communauté d'intérêts ou seulement aux autres éléments retenus par les juges du fond, notamment le caractère privé du lieu de l'énonciation, une enceinte militaire².

Une incertitude du même acabit règne en matière de provocation à un attroupement³, délit constitué lorsque la provocation est « *manifestée soit par des cris ou discours publics, soit par des écrits affichés ou distribués, soit par tout autre moyen de transmission de l'écrit, de la parole ou de l'image* », terminologie très proche de celle de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881. Ce rapprochement n'a pas échappé à la doctrine : « *La jurisprudence rendue en matière d'infraction de presse peut fournir quelques indications [...]. Pour autant, certaines solutions ne paraissent pas pouvoir être transposées. Doit-on [...] considérer que le fait d'inciter, par la distribution d'un écrit, les membres d'un syndicat, d'une association ou de tout groupement, liés par une communauté d'intérêts, à se munir d'armes et à se rassembler sur la voie publique n'entre pas dans le champ de l'incrimination [...] ? Il est difficilement concevable, dans cette hypothèse, que la provocation à un attroupement armé ne soit pas établie* »⁴. Si l'on comprend la logique de cette interprétation, laquelle repose sur l'évaluation de la gravité de l'infraction étudiée, cela reste une assertion théorique et le peu de jurisprudence qu'on trouve en la matière semble attester, au contraire, que la provocation doit être destinée à un public et ne saurait être constituée en cas de diffusion à un cercle privé⁵.

Dans le même ordre d'idées, le délit de fausses nouvelles⁶ ne renvoie pas, dans sa définition, à l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, le texte d'incrimination se contentant d'évoquer « *la publication, la diffusion ou la reproduction par quelque moyen que ce soit* ». Par conséquent, certains auteurs « *considèrent même que l'infraction peut être caractérisée*

¹ Cass. crim., 13 déc. 2017, n° 17-82.030 ; *Dr. pén.* 2018, comm. 40, obs. P. CONTE. V. *supra* n° 128.

² Sur ce type de lieux, v. *infra* n° 248.

³ C. pén., art. 431-6.

⁴ J.-F. DREUILLE, « Fasc. 20 : Attroupements », *op. cit.*, n° 98.

⁵ Ont en effet été jugés publics la distribution à profusion d'un article de journal invitant les paysans, métayers, fermiers ou propriétaires, à se rassembler (CA Pau, 31 janv. 1950 ; *Gaz. Pal.* 1950, 1, p. 248.), ou encore des appels à la solidarité lancés à une foule déjà rassemblée (Cass. crim., 28 juin 1995 ; *Dr. pén.* 1995, comm. 278, obs. M. VÉRON). Dans ces hypothèses, aucune communauté d'intérêts ne pouvait être relevée.

⁶ Loi du 29 juillet 1881, art. 27.

quand la nouvelle a été annoncée dans un lieu privé à des personnes différentes, au point de faire naître une rumeur »¹, ce qui revient à dire que les personnes visées n'ont pas à constituer un public. Pourtant, là encore, il est possible de deviner la présence d'un public dans toutes les hypothèses jurisprudentielles recensées².

Viennent ensuite une série d'infractions ayant trait à la diffusion de contenu à caractère sexuel. Pour ce qui concerne l'article 226-2-1 du Code pénal, incriminant la pratique dite du « *revenge porn* », un auteur a pu ainsi affirmer que contrairement « *au droit de la presse où "c'est la publication qui fait le délit", l'infraction de l'article 226-2-1 peut être caractérisée alors même que le prévenu s'est contenté de divulguer l'image, la vidéo ou l'enregistrement sonore à une seule personne ou auprès d'un groupe d'individus liés par une communauté d'intérêts* »³. Cette assertion est ici justifiée par le texte de l'incrimination qui évoque le fait de « *porter à la connaissance du public ou d'un tiers* » le document à caractère sexuel, formule d'ailleurs également présente à l'article 226-2 du même Code, relatif à la publication d'un document obtenu suite à la commission d'une atteinte à l'intimité de la vie privée⁴. Quant à l'article 227-23 du Code pénal, il réprime en son deuxième alinéa le fait « *d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter* ». Au vu de la sévérité dont le législateur fait preuve à l'égard des images de cette nature, la simple détention en étant incriminée⁵, il est évident que la communication à un groupe de personnes liées par une communauté d'intérêts ne saurait faire obstacle à la répression. « *Seule, la reproduction à l'égard d'une seule personne échappe à la répression* »⁶. Néanmoins, par le passé, en matière d'outrage aux bonnes mœurs, il n'est pas certain que la présence d'un cercle privé ait été indifférente⁷. Par ailleurs, l'article 227-23 du Code pénal évoque en son troisième alinéa « *la*

¹ P. AUVRET, « Fasc. 3210 : Fausses nouvelles », *op. cit.*, n° 7.

² Ont ainsi été constitutifs du délit de fausses nouvelles : des propos proférés par un crieur de journaux (CA Aix-en-Provence, 7 mai 1984 ; *Gaz. Pal.* 1884, 2, p. 516, relaxant toutefois le prévenu faute de trouble à l'ordre public), une dépêche délivrée par une agence d'information (CA Paris, 11^e ch., sect. A, 18 mai 1984, *op. cit.*), un article publié dans un magazine (TGI Toulouse, 3^e ch., 27 juin 2002 ; *D.* 2002, p. 2972), un communiqué de presse diffusé par une association (CA Paris, 11^e ch., sect. A, 7 janv. 1998 ; *Dr. pén.* 1998, comm. 63, obs. M. VÉRON), ou une diffusion sur un site web (CA Montpellier, 3^e ch., 5 mars 2008 ; *JurisData* n° 2008-365810).

³ A. SERINET, « L'instauration d'une répression des atteintes à l'intimité sexuelle par la loi pour une République numérique. Du délit d'atteinte à la vie privée au délit d'atteinte "à l'intimité sexuelle" », *D.* 2016, p. 1711.

⁴ V. *infra* n° 446.

⁵ C. pén., art. 227-23, al. 4.

⁶ B. BEIGNIER, B. LAMY et E. DREYER, *Traité de droit de la presse et des médias*, *op. cit.*, n° 1383, p. 809. V. toutefois, *infra* n° 438 pour la relativisation d'un tel constat.

⁷ V. T. corr. Paris, 18 oct. 1973 ; *Gaz. Pal.* 1975, 1, p. 32, considérant que l'envoi de bulletins ronéotypés adressés à toute personne qui faisait la demande était répréhensible, « *la dénomination de "club" n'étant choisie que dans*

diffusion de l'image ou de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé » à l'aide d'un réseau de communications électroniques. Si l'on adopte une interprétation stricte de ces termes, la circonstance aggravante peut uniquement s'appliquer lorsque l'image est diffusée au grand public et non lorsqu'elle est partagée à un cercle privé. La jurisprudence semble aller dans ce sens¹.

161. Conclusion de section. Il résulte des développements qui précèdent que la communication publique et la communication privée renvoient à de nombreux moyens de communication, lesquels constituent autant de qualifications légales : correspondance privée et paroles prononcées à titre privé ou confidentiel d'une part ; profération, exposition, projection, distribution, communication au public par voie électronique, d'autre part. Dans les deux cas, aucune notion générique ne permet, pour lors, d'embrasser toutes ces qualifications. En toute hypothèse, celles-ci sont indéniablement des qualifications complexes, articulant différentes notions liées à l'opposition privé-public.

Ces qualifications n'en restent pas moins des notions conceptuelles, dans la mesure où des critères d'appréciation précis ont pu être dégagés. *Objectivement*, ces communications supposent, d'une part, que la forme de la communication soit analysée, le type de médium choisi jouant un rôle déterminant et, d'autre part, que certaines circonstances objectives soient prises en compte, comme le caractère privé ou public du lieu ou de la réunion où le message est exprimé. Toutes ces considérations ont pour finalité principale de faire ressortir la volonté de moduler l'accessibilité de la communication, l'appréciation *subjective* de la communication permettant en effet de moduler des applications trop rigides de l'appréciation objective. Le fait que soient visés un destinataire unique, un cercle privé ou un public – considération tant objective, en ce que l'auteur du propos n'a pas forcément de maîtrise sur les liens existant entre les récepteurs, que subjective, en ce que l'auteur peut viser certaines personnes déterminées – permet également de qualifier la communication de privée ou de publique. Sur ce dernier point, il faut concéder que toutes les difficultés ne sont pas résorbées par l'analyse proposée, l'incertitude sur la portée du critère de la communauté d'intérêts révélant, à nouveau, les limites du caractère binaire de l'opposition privé-public, ce qu'il faudra prendre en compte au stade de

le but de masquer une activité illicite, et ne supprimant pas le caractère public des annonces contenues dans ces bulletins dont, au surplus, un exemplaire était envoyé à toute personne qui demandait des renseignements sur le club ». Une interprétation *a contrario* de cet arrêt pouvait laisser penser que si le club avait été un véritable cercle privé, il n'y aurait pas eu de publicité.

¹ CA Riom, ch. corr., 26 juin 2019, n° 18/01220, pour la diffusion d'une image pédopornographique sur un forum de discussion.

sa conceptualisation. L'analyse des réunions privées ou publiques appelle des remarques du même ordre.

Section 2 : Les réunions privées ou publiques

162. La réunion peut se définir, en première analyse, comme « *le rassemblement de plusieurs personnes en un même lieu* »¹. Il est toutefois nécessaire de préciser que toute réunion de personnes ne s'analyse pas, en droit pénal, à travers le prisme de l'opposition privé-public. En effet, la réunion publique ou privée pose la question de son accessibilité, considération étrangère à la commission « *en réunion* » d'une infraction². Par ailleurs, la réunion, nécessairement ponctuelle, s'oppose au groupement s'inscrivant dans le temps, telles qu'une « *association de malfaiteurs* »³ ou une « *bande organisée* »⁴. En toute hypothèse, la qualification de « *réunion publique* » n'apparaît que tardivement au sein des textes pénaux. Quant à la notion de « *réunion privée* », elle n'est jamais évoquée explicitement par ceux-ci – contrairement au lieu privé ou aux diverses qualifications désignant imparfaitement la communication privée –, mais elle constitue naturellement le pendant de la précédente (§1). Il n'en reste pas moins que le travail notionnel réalisé ici portera essentiellement sur la réunion publique (§2).

§1. L'apparition tardive de la qualification de réunion publique en droit pénal

163. Il convient d'abord de s'intéresser à la genèse de la réunion publique (A) afin de comprendre l'émergence de la celle-ci dans diverses dispositions pénales, dont l'articulation pose la question de l'unité de la notion (B).

¹ A. VITU, *Droit pénal spécial*, op. cit., t. 1, n° 1558, p. 1227.

² Par ex., C. pén., art. 433-5, al. 4 : « *Lorsqu'il est commis en réunion, l'outrage prévu au premier alinéa est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende, et l'outrage prévu au deuxième alinéa est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende* ».

³ C. pén., art. 450-1, al. 1^{er} : « *Constitue une association de malfaiteurs tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement* ».

⁴ C. pén., art. 132-71 : « *Constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions* ».

A. La genèse de la réunion publique

164. La notion de réunion publique semble *a priori* avoir pour finalité exclusive la discussion politique collective¹. Cette conception étroite de la réunion publique, dont on verra le caractère discutabile, occulte toutes les réunions publiques que sont la représentation artistique, la manifestation sportive, la célébration religieuse ou l'évènement festif. Il s'agit donc de retracer la genèse de la réunion publique dans toutes ses dimensions.

165. *La réunion publique omniprésente dans l'Antiquité.* Dans l'Antiquité grecque ou romaine, la réunion publique, discussion collective autour de la chose publique, est assurément centrale. L'*agora*, avant de désigner la place publique, désigne le rassemblement qui s'y tient. À Rome, le Sénat, les *comices* et les *concilia plebis* – les « *assemblées de la plèbe* » – réunissent respectivement les chefs de grandes familles patriciennes, le peuple tout entier et les citoyens d'origine plébéienne. Le *Digeste*, attestant de l'importance de ces réunions, considérait illicite le comportement de « *celui qui avec dol se sera trouvé avec une arme dans une assemblée publique ou dans l'audience d'un tribunal* »². Femmes, esclaves ou étrangers ne participent toutefois pas à la délibération publique, ce qui tempère l'accessibilité de ces réunions.

Par ailleurs, la discussion politique ne semble pas avoir sa place ailleurs que dans ces réunions spécifiques. Les fêtes lupercales ou dynonisiaques, les évènements sportifs – jeux olympiques comme jeux du cirque –, le théâtre, ou encore les nombreuses célébrations religieuses avaient précisément pour but – catharsis et *panem et circenses* obligent – de purger les passions afin de laisser à la « *chose publique* » la prééminence qui lui revenait. Cette analyse a néanmoins été nuancée, dès lors que la tragédie grecque « *se serait offerte comme la forme, politique et non politique tout à la fois, chargée d'accueillir, de donner voix à ce que le politique exclut* : “la volupté des larmes”, *la passion de la vengeance, la teneur de la mort* »³. Mettant ainsi en doute l'idée selon laquelle « *la représentation tragique purgeait le citoyen des passions de l'individu* »⁴, un auteur considère plutôt que « *dans la tragédie grecque s'exprimait une autre politique, une anti-politique, protestation des larmes contre le deuil civique sans pathos et*

¹ En ce sens, v. les conclusions de l'avocat général dans l'arrêt *Benjamin*, citées *infra* n° 169.

² D., 48, 6, 10.

³ H. MERLIN-KAJMAN, « Le public : quelques réflexions historiques », in *Les sens du public. Publics politiques, publics médiatiques*, *op. cit.*, p. 109.

⁴ N. LORAUX, *La voix endeuillée. Essai sur la tragédie grecque*, Gallimard, 1999, p. 129.

oublieux des morts »¹. En d'autres termes, la réunion publique non politique participe tout de même à la vie de la cité. Une configuration semblable s'observe du Moyen Âge à la Renaissance, le caractère démocratique de la délibération collective s'éclipsant néanmoins avec l'affirmation du pouvoir monarchique.

166. *La réunion publique, monopole du pouvoir au Moyen Âge et à la Renaissance.* Du Moyen Âge à la Renaissance, c'est essentiellement le pouvoir, l'État en construction, qui va rassembler les foules pour asseoir sa légitimité. La mise en scène de ce dernier passera ainsi par de nombreuses processions, par la théâtralité de moments forts – couronnement, châtiments publics –, le faste étant l'élément clé de ce processus². Le peuple perd dès lors sa place dans les assemblées délibérantes et ne la regagne pas forcément ailleurs. Le théâtre, condamné par l'Église, puis encadré par elle, n'aura guère l'occasion de le rassembler³. Quant aux évènements sportifs, tournés la plupart du temps vers la préparation de la guerre – que l'on songe aux tournois – et réservés à l'élite des chevaliers, ils ne le fédèrent pas non plus. Les charivaris, asouades et autres rassemblements populaires spontanés sont certes l'expression d'un corps social en construction⁴, mais visent surtout à la normalisation des comportements, à l'affirmation des normes de civilité alors en plein essor⁵. Théâtre, évènements sportifs et fêtes jouent donc toujours un rôle essentiellement cathartique. Quant au pouvoir de l'Église, à l'instar du pouvoir temporel, il se renforce par certaines réunions spectaculaires, au sein même de

¹ Thèse de N. LORAUX résumée par H. MERLIN-KAJMAN, in art. préc.

² R. CHARTIER, « Formes de privatisation », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée, op. cit.*, t. 2, p. 163 : « Abolissant la frontière entre le public et le privé, le faste des royautés absolues manipule comme autant d'images de la puissance publique les monuments qu'il édifie, les rituels qu'il ordonne ». V. aussi G. VINCENT, « Une histoire du secret », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *op. cit.*, t. 5, p. 163 : « Dans la société féodale, où seuls les hommes d'église savaient manier l'écriture, on luttait contre l'oubli toujours possible en assurant la transmission du souvenir collectif par des cérémonies que l'on voulait "inoubliables" ». Et l'auteur de citer G. DUBY : « Tout acte social de quelque importance devait être public, s'accomplir devant une assemblée nombreuse, dont les membres gardaient en dépôt le souvenir, et dont on attendait qu'ils portent plus tard témoignage de ce qu'ils avaient vu et entendu ».

³ Il a pu être argué, cela dit, que « l'extraordinaire développement du théâtre, notamment cornélien, au XVII^e siècle » s'explique par la quête d'autonomie du public au sens politique du terme (v. *supra* n° 151), qui se concrétisera au siècle suivant (H. MERLIN-KAJMAN, art. préc., p. 107).

⁴ V. ROBERT, « Aux origines de la manifestation en France (1789-1848) », in P. FAVRE (dir.), *La manifestation*, Presses de la fondation nationale des sciences politiques, 1990, p. 74. Pour l'auteur, le charivari sous la monarchie censitaire est « la première forme d'action des citoyens français qui entendent exprimer leurs convictions politiques ».

⁵ D. FABRE, « Familles. Le privé contre la coutume », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *op. cit.*, t. 3, p. 527. Si l'État sanctionnera progressivement ces rassemblements, c'est essentiellement pour consolider son propre pouvoir et parce que le contrôle des mœurs se voit alors relégué dans la sphère familiale qui éclot.

certains monastères oublieux de la règle de Saint-Benoît¹, et ne tolère guère les assemblées jugées hérétiques².

167. La reconfiguration de la réunion publique au XVIII^e siècle. Au XVIII^e siècle se structure l'espace public au sens habermassien du terme³. Or, les réunions tenues dans les cafés, dans les salons, par les clubs et les fraternités constituent le ferment de la société civile naissante. Si, en toute rigueur, le « *salon* » était un espace privé et la réunion éponyme une réunion privée, le simple fait que ces réunions d'un nouveau genre se soient émancipées du pouvoir royal est une innovation déterminante. D'autant que la réunion tenue dans le salon est assurément publique dans l'esprit des participants par opposition aux réunions tenues par les femmes dans leurs « *boudoirs* »⁴.

En somme, quoique la mise en scène du pouvoir soit toujours bien présente tout au long de cette période⁵, ce qui ne changera pas avec la Révolution – les foules régulièrement convoquées place de Grève en attestent –, elle se trouve concurrencée par l'espace public qui se structure et annonce la consécration juridique de la réunion publique, laquelle sera duelle.

B. La réunion publique et la loi pénale : du monisme au dualisme

168. L'apparition d'une qualification duelle. À l'instar du lieu public, c'est donc encore une fois à la Révolution que la réunion publique fait son apparition dans les textes pénaux, aux côtés des assemblées politiques qui font leur retour⁶. Les citoyens se voient reconnaître par le décret

¹ G. DUBY, « La vie privée dans les maisonnières aristocratiques de la France féodale », in P. ARIÈS et G. DUBY, *op. cit.*, t. 2, p. 63 : « *si les étrangers avaient accès à certaines heures jusqu'à l'aire apprêtée pour cette fête somptueuse et semi-publique que voulait être la liturgie clunisienne, pour ce qui peut apparaître l'équivalent, dans le palais royal, des cérémonies du couronnement, ils étaient toujours strictement tenus à l'écart* ».

² V. DELBOS, v° « Droit de réunion », *Rép. pén.*, 2014, n° 5 : « *En réponse, durant la période s'étendant de 1685 à l'Édit de tolérance de 1787, les Protestants commencent à organiser, de manière clandestine, des réunions, les "assemblées du désert", occasions de célébrer leur culte mais aussi d'échanger des idées. Ces réunions sont l'objet d'une répression importante* ».

³ V. *supra* n° 4.

⁴ Étymologiquement, « *se mettre à l'écart* ».

⁵ On passe néanmoins du faste au luxe, signe « *d'une nouvelle manière de vivre qui n'a plus besoin de la scène publique pour marquer ostensiblement les distances sociales mais peut se satisfaire d'une certitude de supériorité vécue privativement, donnée par soi-même à soi-même* » (R. CHARTIER, « Formes de privatisation », art. préc., p. 163).

⁶ V. not., C. pén. 1791, 2^e partie, Titre I, section 2, art. 1^{er} : « *Tous complots ou attentats pour empêcher la réunion ou pour opérer la dissolution d'une assemblée primaire ou d'une assemblée électorale, seront punis de la peine de la gêne pendant quinze ans* » ; art. 6 : « *Quiconque aura commis l'attentat d'investir d'hommes armés le lieu des séances du corps législatif, ou de les y introduire sans son autorisation ou sa réquisition, sera puni de mort* ». V. aussi, C. des délits et des peines du 25 oct. 1795, art. 630, punissant toutes « *machinations ou violences ayant*

du 13 décembre 1789 le droit de se réunir paisiblement, à condition d'avoir averti les officiers municipaux¹, droit confirmé par la Constituante². Le décret du 18 juillet 1791 contre la sédition est sans doute le premier texte pénal à évoquer la réunion publique d'une façon générique, celui-ci réprimant en son article premier la provocation à des actes séditieux par, notamment, « *des discours tenus dans des [...] assemblées publiques* ».

Le Code pénal de 1810 prévoit plus explicitement plusieurs délits d'expressions pouvant être commis dans les « *lieux ou réunions publics* »³, expression reprise par la loi du 17 mai 1819 puis celle du 29 juillet 1881, consacrant ainsi la réunion publique en droit pénal de la communication. Paradoxalement, malgré cette reconnaissance de l'existence des réunions publiques par les textes évoqués, leur possibilité est dans le même temps fortement limitée par d'autres articles⁴. La Constitution de 1848 réintroduira la liberté de réunion à la suite du mouvement des banquets⁵, mais la loi du 9 août 1849 sur l'état de siège réduira dans la foulée cette liberté en prévoyant la possibilité d'interdire les réunions⁶. Un régime d'autorisation préalable sera instauré sous le Second Empire, avant d'être assoupli par la loi du 6 juin 1868.

Enfin, sous la III^e République, la loi du 30 juin 1881 restaure la liberté de réunion en son article premier, mais l'assortit de restrictions. Aux termes de l'article 6 de cette loi, la réunion ne peut avoir lieu sur la voie publique. Surtout, les articles 8 à 10 sanctionnent pénalement le non-respect des dispositions prévues par la loi. C'est alors que se concrétise

pour objet d'empêcher la réunion ou d'opérer la dissolution de toute assemblée administrative, d'un tribunal, ou de toute assemblée constitutionnelle et légale, soit de commune, soit municipale ».

¹ Décret du 14 déc. 1789, art. 62 : « *Les citoyens actifs ont le droit de se réunir paisiblement et sans armes en assemblées particulières pour rédiger des adresses et des pétitions, soit au corps municipal, soit aux administrations de département et de district, soit au corps législatif, soit au Roi, sous la condition de donner avis aux officiers municipaux du temps et du lieu de ces assemblées, et de ne pouvoir députer que dix citoyens pour apporter et présenter des adresses ou pétitions* ».

² Const. du 3 sept. 1791, titre 1^{er} : « *La Constitution garantit, comme droits naturels et civils : [...] La liberté aux citoyens de s'assembler paisiblement et sans armes, en satisfaisant aux lois de police* ». Le décret du 17 juillet 1791 réprime par ailleurs les « *voies de fait ou violences légères dans les assemblées et les lieux publics* ».

³ C. pén. 1810 (version d'origine), art. 102, 217 et 367. On peut aussi évoquer l'art. 201 qui sanctionne d'une peine d'emprisonnement de trois mois à deux ans « *les ministres des cultes qui prononceront, dans l'exercice de leur ministère, et en assemblée publique, un discours contenant la critique ou censure du gouvernement, d'une loi, d'un décret impérial, ou de tout autre acte de l'autorité publique* » (v. infra n° 437).

⁴ *Ibid.*, art. 291 : « *Nulle association de plus de vingt personnes, dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement, et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société* » ; art. 293, réprimant les provocations à des crimes ou des délits commis « *dans ces assemblées* » ; art. 294, visant celui qui aurait sans permission de l'autorité municipale « *accordé ou consenti l'usage de sa maison ou de son appartement, en tout ou en partie, pour la réunion des membres d'une association même autorisée, ou pour l'exercice d'un culte* ».

⁵ V. DELBOS, *op. cit.*, n° 7 : Ce mouvement, « *qui permet l'expression et la diffusion des idées républicaines, est un contournement des embarras voulus par le régime. C'est l'interdiction par le gouvernement de l'un de ces banquets qui devait se tenir à Paris le 22 février 1848, qui est à l'origine de la révolution de février 1848 qui entraîna la chute de la monarchie de Juillet* ».

⁶ Loi du 9 août 1849, art. 9.

véritablement le dualisme entre la réunion publique évoquée par cette loi et la réunion publique présente dans la loi du 29 juillet 1881. Les deux réunions sont liées à des sanctions pénales, mais dans des domaines différents.

Avant d'évaluer les conséquences de ce dualisme et sa portée, l'on peut noter que l'exigence de déclaration préalable, initialement posée par la loi du 30 juin 1881, a été supprimée par la loi du 28 mars 1907, puis, après un bref rétablissement par le Gouvernement de Vichy, par l'ordonnance du 9 août 1944 portant rétablissement de la liberté républicaine. Par ailleurs, la réunion publique refait son apparition à l'article 106 du Code pénal, introduit par l'ordonnance du 4 juin 1960, lequel réprime le port d'arme « *au cours d'une réunion ou à l'occasion d'une réunion* ». Curieusement, ce texte n'évoque que la « *réunion* » sans l'associer à son épithète habituelle. Il n'en demeure pas moins que le nouveau Code pénal, reprenant ces dispositions, mentionnera la « *réunion publique* », laquelle se distingue alors de l'attroupement et de la manifestation¹.

En résumé, en droit positif, la réunion publique apparaît dans un article du Code pénal et dans les lois du 30 juin 1881 et du 29 juillet 1881². Faut-il, dès lors, entendre la réunion publique distinctement selon qu'elle s'inscrit dans le contexte du droit de la communication ou dans celui de l'ordre public administratif ? Ce dualisme ne doit pas être exagéré.

169. *Un dualisme relatif.* Qu'elle soit pénaliste et étudie la réunion publique de la loi du 29 juillet 1881 ou publiciste et focalisée sur celle de la loi du 30 juin 1881, la doctrine est unanime : il ne faut pas confondre les deux qualifications. VITU, commentant la réunion publique de la loi sur la presse, estime qu'on « *ne doit pas la confondre avec la réunion publique règlementée par la loi du 30 juin 1881 qui s'inspire, elle, de considérations propres au maintien de l'ordre* »³. D'autres auteurs estiment qu'« *en matière de presse, la réunion publique est un concept plus extensif* »⁴, en ce que la réunion publique, au sens de la loi du 30 juin 1881, serait exclusivement liée à la question de l'envoi d'invitations⁵. Quant à la jurisprudence administrative, elle avance

¹ V. *infra* n° 207 et s.

² L'édiction récente du Code de la sécurité intérieure ne change pas grand-chose sur ce point étant donné que l'article L. 211-1 dudit Code renvoie à la loi du 30 juin 1881.

³ A. VITU, *Droit pénal spécial, op. cit., loc. cit.*

⁴ H. BLIN *et al.*, *Droit de la presse*, Litec, 1978, fasc. 120, n° 8.

⁵ H. BLIN, A. CHAVANNE et R. DRAGO, *Traité du droit de la presse, op. cit.*, n° 232, p. 162 : « *Dès qu'il y a invitations ou convocations individuelles, il n'y a plus au regard de la loi du 30 juin 1881, réunion publique. [...] Mais, en revanche, il est des cas où malgré l'existence d'invitations personnelles, on pourra se trouver en présence d'une réunion publique au sens de la loi sur la presse* ». C'est là accorder beaucoup d'importance au critère des invitations, critère qui n'en est pourtant qu'un parmi d'autres (v. *infra* n° 178 et s.), si bien que l'on ne saurait en faire le principe de la distinction entre les deux réunions publiques étudiées.

que la réunion est « *concertée ou organisée en vue de la défense d'idées ou d'intérêts* »¹. Dans les conclusions relatives à l'arrêt *Benjamin*, le commissaire du gouvernement estima par ailleurs que « *la réunion constitue un groupement momentané de personnes formé en vue d'entendre l'exposé d'idées ou d'opinions en vue de se concerter pour la défense d'intérêts. La réunion se distingue de l'association en ce que cette dernière implique un lien permanent entre ses membres ; elle ne doit pas être confondue non plus avec un spectacle théâtral ou un spectacle de curiosités soumis, l'un et l'autre, à des régimes juridiques différents de celui de la réunion* »². En résumé, la réunion publique, au sens administratif, serait spécifique du fait de son objet – la discussion publique –, sa prise en compte au titre du maintien de l'ordre et ses conditions d'organisation rigoureusement définies par loi. Ces arguments peuvent être discutés.

Tout d'abord, par rapport à l'importance de la discussion publique, « *la jurisprudence récente montre que ces notions [de réunion publique et de spectacle de théâtre] peuvent être parfois imbriquées* »³. L'étude de la genèse de la réunion publique précédemment menée atteste que les réunions publiques, qu'elles soient théâtrales, sportives, ou culturelles, ont souvent une dimension politique sous-jacente. De plus, seule la réunion publique électorale est explicitement définie par la loi du 30 juin 1881 comme participant à la vie politique⁴.

Ensuite, ladite réunion publique est certes appréhendée sous l'angle du maintien de l'ordre et non sous l'angle de la liberté d'expression, mais les deux types de réunions procèdent en réalité de la même liberté, celle de réunion.

Enfin, la loi du 30 juin 1881 est exigeante quant aux modalités d'organisation de la réunion publique, cette loi rendant obligatoire la constitution d'un bureau, la fixation d'une heure de fin et la détermination du lieu de la manifestation. Ainsi, le rassemblement inorganisé des consommateurs d'un débit de boissons⁵ ou le regroupement improvisé de personnes écoutant la prédication d'un orateur⁶ ne sont-ils pas des réunions publiques. Cela étant, ces rassemblements ne seraient pas non plus qualifiés de réunion publique en droit de la presse, car

¹ CE, 6 août 1915, *Delmotte, Lebon* 275.

² CE, 19 mai 1933, *Benjamin, Lebon* 541, préc.

³ V. DELBOS, *op. cit.*, n° 67. L'auteur en veut pour preuve l'affaire « *Dieudonné* » (CE, ord. réf., 10 janv. 2014, n° 374528 et 374552, *Les Productions de la Plume (Sté), Dieudonné M'Bala M'Bala*, préc.).

⁴ Loi du 30 juin 1881, art. 5 : « *La réunion électorale est celle qui a pour but le choix ou l'audition de candidats à des fonctions publiques électives, et à laquelle ne peuvent assister que les électeurs de la circonscription, les candidats, les membres des deux Chambres et le mandataire de chacun des candidats* ». Il est vrai que l'article précédent indique que la déclaration doit faire connaître « *si la réunion a pour but une conférence, une discussion publique, ou si elle doit constituer une réunion électorale* ». Cela étant, une conférence n'est pas nécessairement liée à un thème politique.

⁵ CE, 6 août 1915, *Delmotte, préc.*

⁶ Cass. crim., 14 mars 1903 ; S. 1906, 1, p. 103.

la présence d'un organisateur, on le verra, est une condition nécessaire pour identifier une telle réunion en cette matière¹. De plus, dans une telle hypothèse, les juges auraient simplement relevé le caractère public des lieux pour caractériser la publicité de l'infraction au sens de la loi du 29 juillet 1881. En réalité, seules les conditions de temps et de lieux sont véritablement décisives ici. D'une part, quant au lieu de déroulement, la réunion au sens médiatique intégrera les manifestations², tandis que la réunion publique au sens administratif, ne pouvant avoir lieu sur la voie publique, les exclura de son domaine³ ; il s'agirait alors, éventuellement⁴, d'un attroupement délictueux. Quant à la condition temporelle, d'autre part, une fête organisée par une personne privée se déroulant après minuit pourrait sans doute constituer une réunion publique au sens médiatique du terme, mais non au sens administratif. La nuance est néanmoins purement sémantique. Une personne qui porterait une arme dans ce rassemblement à 21 heures ou à minuit encourrait une peine identique, soit trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende ; seul le fondement textuel changerait : l'article 431-10 du Code pénal dans la première hypothèse, l'article 431-5 du même Code dans la seconde.

En conclusion, pour définir la notion générique de réunion publique, on se fondera sur la notion de la loi du 29 juillet 1881 comme sur celle de la loi du 30 juin 1881, en gardant à l'esprit les rares spécificités de la seconde.

§2. La définition de la réunion publique en droit pénal

170. La réunion publique n'est définie par aucun texte pénal. De plus, tant la doctrine que la jurisprudence peinent à appréhender cette notion, et plus précisément à en identifier les critères de définition (A). Il est donc nécessaire de systématiser ces critères de façon cohérente (B).

¹ V. *infra* n° 219.

² E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 1092, p. 601 : « constitue une réunion publique un meeting politique, la manifestation à l'appel d'une organisation syndicale ou "l'évènement" organisé par une association ».

³ En ce sens, V. DELBOS, *op. cit.*, n° 77 : « La loi n'interdit pas cependant la tenue des réunions publiques en plein air, dès lors qu'il ne s'agit pas de la voie publique ; elle n'exige pas que le lieu soit "clos et couvert", comme cela était prescrit par la loi du 6 juin 1868 ».

⁴ *Ibid.* : « le seul fait qu'une réunion publique se tienne sur la voie publique, de même qu'une manifestation sur la voie publique non déclarée ou interdite par l'autorité investie des pouvoirs de police, ne constituent pas ipso facto un attroupement susceptible de troubler l'ordre public ».

A. L'absence de définition satisfaisante de la réunion publique

171. La jurisprudence n'a jamais défini clairement la réunion publique ou la réunion privée. Les juges se sont contentés d'évoquer différents critères définitoires sans en fixer une liste précise (1). Il n'est, dès lors, guère surprenant que la doctrine peine à recenser ces derniers, les synthèses doctrinales étant souvent incomplètes en la matière (2).

1. L'éclatement des critères jurisprudentiels

172. L'absence de définition générique. De nombreux arrêts se sont prononcés sur la question de l'existence ou de l'inexistence d'une réunion publique dans le cadre de la loi du 29 juillet 1881. Parmi tous ces arrêts, aucun ne comporte néanmoins d'attendu de principe, ni d'*obiter dictum*, ni même d'incise véritablement définitoire. Très tôt, la Cour de cassation a, en effet, considéré qu'aucun critère ne pouvait à lui seul suffire à caractériser la réunion publique¹ et elle se retranche depuis derrière l'appréciation souveraine des juges du fond. Si l'on comprend cette attitude, car déterminer l'existence d'une réunion publique est avant tout une question de fait, il n'en demeure pas moins que cette même réunion peut prétendre au statut de notion juridique et, en tant que telle, devrait recevoir une définition satisfaisante. Un recensement précis des différents critères d'appréciation déterminants serait au minimum souhaitable. En refusant de se prêter à cet exercice, la Cour de cassation contraint l'observateur à l'analyse d'une jurisprudence, certes cohérente sur certains points, mais également désordonnée. On évoquera ici les arrêts ayant eu à traiter de situations ambivalentes.

Il a ainsi été jugé que la réunion des actionnaires d'une société, convoqués individuellement pour délibérer sur les affaires sociales et admis dans l'assemblée après que leur personnalité avait été constatée, ne constituait pas une réunion publique². Trois critères semblent avoir été invoqués : la convocation individuelle des associés, l'objet de la réunion et le contrôle de l'identité des associés.

Dans une autre affaire, la Cour de cassation a pu casser pour défaut de base légale l'arrêt se bornant à constater que les paroles incriminées avaient été prononcées au cours de l'assemblée d'un groupement professionnel, tenue dans une salle de café, sans donner aucune indication ni sur le nombre des assistants, ni sur le mode de leur convocation, et sans faire

¹ V., déjà : Cass. crim., 16 févr. 1900 ; *DP* 1900, 1, jurispr., p. 344.

² Cass. crim., 27 nov. 1920, *Bull. crim.* n° 461.

connaître si l'entrée de la salle était ou non réservée aux seuls membres du groupement¹. On retrouve ici le mode de convocation de l'assistance, le contrôle de l'accès, auxquels vient s'ajouter le critère du nombre et, pour les juges du fond, le critère du lieu de la réunion.

Dans un arrêt intéressant, la Haute juridiction a estimé que n'étaient pas publics les propos diffamatoires « *tenus au cours d'une réunion privée tenue par un syndicat, à laquelle seuls les membres du syndicat ont été convoqués et ont assisté, et alors que les propos étaient relatifs à l'objet commun* »². La notion de « *réunion privée* » fut ainsi consacrée, ce qui n'est pas anodin au regard de la faible autonomie conceptuelle de cette notion. Par ailleurs, l'organisateur de la réunion, le syndicat, a été distingué des personnes présentes, les membres du syndicat. Néanmoins, la mention du critère de l'objet de la réunion et du contenu des propos était discutable³.

La Cour a également jugé qu'une réunion en vue de procéder à des opérations d'expertise judiciaire, à laquelle assistaient seulement les parties et leurs conseils, ainsi que les experts, tenue sur convocations individuelles, dans un appartement privé mis à leur disposition par le parent de l'une des parties, ne constituait pas une réunion publique⁴. Le lieu de la réunion, l'objet de celle-ci, le mode de convocation des personnes rassemblées, ainsi que le lien entre celles-ci furent pris en compte en l'occurrence.

173. L'effort conceptuel des juges du fond et des demandeurs au pourvoi. L'effort de conceptualisation de la réunion publique par la Cour de cassation semble s'arrêter dès lors que le critère de la « *communauté d'intérêts* » fait son apparition⁵. Or ce besoin n'a pas pour autant disparu, comme le révèlent plusieurs arrêts où les plaideurs se prévalaient d'une analyse globale de la réunion publique. Dans un arrêt de 2001, il était notamment question d'une assemblée générale d'une association à laquelle avaient assisté des tiers étrangers à cette association. Le pourvoi invoquait un défaut de base légale, estimant que les juges du fond avaient accordé une importance trop importante à l'appréciation du lien entre les personnes présentes et n'avaient pas analysé les arguments des prévenus qui faisaient valoir que seuls les adhérents de l'association étaient convoqués, que les identités étaient contrôlées à l'entrée de la salle de

¹ Cass. crim., 19 avr. 1945 ; *D.* 1946, p. 25.

² Cass. crim., 8 août 1949, *Bull. crim.* n° 283. V. aussi T. corr. Paris, 21 juin 1968 ; *Gaz. Pal.* 1968, 2, p. 268 ; *RSC* 1969, p. 150, obs. G. LEVASSEUR. Comp., Cass. crim., 27 mai 1975, *Bull. crim.* n° 134, pour une réunion d'actionnaires ; Cass. crim., 3 juill. 1980, *Bull. crim.* n° 560, pour une réunion d'entreprise dans un restaurant privatisé pour l'occasion.

³ V. *infra* n° 176.

⁴ Cass. crim., 4 juill. 1951, *Bull. crim.* n° 192 ; *D.* 1951, p. 563.

⁵ V. *infra* n° 186.

réunion et que l'entrée de personnes non adhérentes avait été empêchée. La Cour de cassation se contenta de se retrancher derrière l'appréciation souveraine des juges du fond¹.

On peut également relever un arrêt dans lequel le demandeur au pourvoi arguait que la conférence de presse au cours de laquelle il avait tenu des propos négationnistes avait eu lieu à la permanence électorale du prévenu, soit un lieu privé et que seuls y ayant participé des journalistes nominativement conviés et contrôlés à l'entrée, elle constituait une réunion privée. Ici, la Cour de cassation a retenu l'intention évidente de publier les propos pour retenir la publicité du délit².

Enfin, dans une autre affaire³, les prévenus faisaient valoir que la fête qu'ils avaient organisée était une réunion privée. La Cour d'appel avait réfuté cette analyse en estimant qu'il n'existait « aucun tri des participants au lieu de rendez-vous du parking de la gare, ni aucun contrôle sur les véhicules se rendant en cortège au chalet, ni davantage à l'entrée de la soirée », que « les organisateurs ont été dépassés par le nombre des participants, qui s'est élevé à une centaine, alors que les victuailles et boissons avaient été prévues pour environ 80 personnes, de sorte qu'il a fallu procéder en catastrophe à un complément des provisions », que le fait qu'un journaliste ait été présent montrait « que des tiers pouvaient pénétrer facilement dans cette réunion, sans contrôle et même la filmer, de sorte que son caractère strictement privé ne peut sérieusement être soutenu » et qu'enfin, il « n'existait même pas de communauté d'intérêts entre les participants à la soirée »⁴. Cette motivation, là encore très développée et circonstanciée, montre, certes, que les juges du fond ne sont pas démunis dans leur analyse du caractère privé ou public d'une réunion, mais révèle surtout que cette question a toujours une importance déterminante dans le contentieux pénal. Or, la Cour de cassation s'est là encore retranchée derrière l'appréciation souveraine des juges du fond.

Néanmoins, le critère de la communauté d'intérêts n'a pas tout à fait éclipsé la question de l'accessibilité de la réunion. Dans une affaire de profération de propos diffamatoires⁵, la Cour d'appel avait estimé que « *dès lors que les entrées à une réunion ne sont pas règlementées ou restrictives, l'élément de publicité existe, nonobstant le fait que les personnes présentes à ladite réunion sont liées par une communauté d'intérêts* ». C'était mettre sur un même plan

¹ Cass. crim., 30 janv. 2001, n° 00-82.810.

² Cass. crim., 23 juin 2009, n° 08-82.521.

³ Cass. crim., 16 sept. 2003, n° 02-84.554, 01-83.162, 02-85.001.

⁴ Quant aux demandeurs, ils arguaient qu'« *une fête organisée dans un chalet situé en pleine forêt vosgienne réunissant des amis et des amis d'amis constitue une réunion privée, à moins que ne soit rapportée la preuve qu'en réalité, le public y était admis* ». Au vu de l'analyse menée par la Cour d'appel, il était évident qu'un tel argument ne pouvait prospérer.

⁵ Cass. crim., 3 avr. 2007, n° 06-82.063.

l'analyse de l'accessibilité de la réunion et le lien entre les personnes y assistant et, *in fine*, faire prévaloir la question de l'accès. La Cour de cassation le confirma, moins explicitement, en estimant que « l'accès à [la réunion] n'était pas limité aux seules personnes liées par une communauté d'intérêts » et en rejetant dès lors le pourvoi. Cet arrêt a donc eu le mérite de distinguer l'appréciation de l'accessibilité de la réunion et la prise en compte des personnes présentes, distinction que l'on reprendra plus loin¹.

En tout état de cause, la jurisprudence n'ayant pas fourni de définition générique de la réunion publique, la doctrine, partant de la jurisprudence, a dû se résoudre à recenser les critères épars évoqués par les juridictions. Or, bien que constituant une base de réflexion nécessaire et appréciable, les diverses recensions peuvent paraître insuffisantes.

2. Le recensement incomplet des critères par la doctrine

174. Il est intéressant de constater que les analyses de la doctrine publiciste quant à la réunion publique de la loi du 30 juin 1881 recourent, en partie, celles de la doctrine pénaliste relatives à la réunion publique de la loi du 29 juillet 1881, ce qui manifeste l'étroite parenté entre ces deux notions. Néanmoins, la doctrine publiciste se focalise sur l'accessibilité de la réunion et accorde peu d'importance aux personnes présentes. Quant à la doctrine pénaliste, au contraire, elle se focalise aujourd'hui, à l'instar de la jurisprudence, sur les personnes présentes. Ses analyses passées méritent néanmoins d'être évoquées.

175. La focalisation de la doctrine publiciste sur l'accessibilité de la réunion. La jurisprudence administrative, dont découle la doctrine publiciste, s'est essentiellement concentrée sur l'accessibilité de la réunion pour définir son caractère privé ou public. Trois critères sont ainsi recensés par la doctrine, un seul d'entre eux ayant trait aux personnes présentes lors de la réunion. Le premier est relatif au lieu de la réunion. Pour être publique, celle-ci ne doit pas être « tenue dans un lieu dont l'accès n'est pas ouvert aux personnes non invitées »². Une réunion privée peut très bien, néanmoins, se tenir dans un lieu public qui demeure contraint par des règles particulières³, tandis qu'une réunion publique peut prendre place dans le domicile d'un citoyen, dès lors que ce domicile est ouvert à tous durant le temps

¹ V. *infra* n° 178.

² V. DELBOS, v° « Droit de réunion », *op. cit.*, n° 70.

³ T. civ. Rennes, 10 mars 1905 ; *DP* 1905, 5, p. 8.

de la réunion¹. Du fait de cette considération, certains auteurs écartent ce critère, dès lors que « *ce n'est pas le lieu de la réunion qui détermine la qualification* »², si bien que « *le critère tiré du lieu de la réunion n'est pas pertinent* »³. En toute hypothèse, cette première condition est clairement liée au caractère spatial de l'opposition privé-public. En d'autres termes, les critères dégagés pour définir le lieu privé et le lieu public rentrent alors en ligne de compte.

Le deuxième critère évoqué tient aux invitations envoyées, lesquelles ont pour but, le cas échéant, de réserver l'accès de la réunion à des personnes déterminées à l'avance⁴. Ainsi, « *la réunion est publique lorsque l'invitation est impersonnelle et anonyme, elle est privée si l'invitation est personnelle et nominative* »⁵. Certes, cette analyse revient à s'intéresser aux personnes présentes, mais uniquement sous l'angle du lien qui les unit à l'organisateur de la réunion⁶, et non au lien qui les unit entre elles.

Enfin, la troisième condition est celle du « *contrôle effectif de l'accès aux seuls invités* »⁷. Pour qu'une réunion soit privée, le contrôle doit être effectif, constant, effectué à toutes les issues du lieu considéré⁸. Il revient aux organisateurs de la réunion et peut être réalisé par tous moyens, sans que soit nécessaire la vérification d'un titre d'identité ni la tenue d'une liste de contrôle. Il peut même y être procédé par le maître de maison qui connaît ses invités⁹. Ce qui importe, c'est donc que « *le lieu de la réunion soit disposé de telle façon que les étrangers à la réunion ne puissent percevoir du dehors ce qui se dit et ce qui se fait à l'intérieur* »¹⁰. On le constate, cette troisième condition est très proche de la première, mais permet tout de même de souligner que la question de l'accessibilité porte véritablement sur l'accès à une réunion et non sur l'accès à un lieu.

Au total, bien que ces trois conditions soient assurément pertinentes, la doctrine publiciste accorde peu d'importance aux personnes présentes, ce qui n'est pas le cas de la doctrine pénaliste.

¹ Cass. crim., 9 janv. 1869, *Larcy* ; S. 1869, 1, p. 281.

² J.-F. DREUILLE, « Fasc. 20 : Manifestations et réunions publiques », *J.-Cl. Pénal Code*, 2019, n° 42.

³ J. FIALAIRE, « Fasc. 210 : Police des réunions et manifestations », *J.-Cl. Administratif*, 2012 (màj. 2021), n° 71.

⁴ Cass. crim., 6 déc. 1909, *Gaschard* ; DP 1910, 1, p. 496. ; Cass. crim., 7 déc. 1927 ; S. 1928, 1, p. 85.

⁵ J.-F. DREUILLE, *op. cit.*, *loc. cit.*. V. aussi Cass. crim., 9 janv. 1869, *Larcy*, préc.

⁶ En ce sens, J. FIALAIRE (*op. cit.*, *loc. cit.*) estime nécessaire, pour qualifier une réunion de privée, qu'un « *lien personnel ait uni l'organisateur de la réunion et les assistants. Inversement, une réunion publique est normalement impersonnelle et anonyme* ».

⁷ V. DELBOS, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁸ Cass. crim., 19 mars 1898 ; DP 1898, 1, p. 439.

⁹ Cass. crim., 18 mars 1911, *Bull. crim.* n° 165.

¹⁰ M. LE CLÈRE, *Les réunions, manifestations et attroupements en France*, th. Paris, 1945, p. 24.

176. La focalisation de la doctrine pénaliste sur les personnes présentes. La doctrine pénaliste a suivi, logiquement, l'évolution de la jurisprudence en matière d'infractions de presse. À l'heure actuelle, face au développement conséquent du critère de la communauté d'intérêts, la réunion publique est traitée rapidement¹ par les auteurs traitant de la condition de publicité en cette matière, voire ignorée². Pourtant, il est ici question d'une qualification légale et une approche rigoureuse de la légalité pénale suppose de définir précisément les notions employées par le législateur. Il s'agit donc évoquer les théories passées pour en apprécier la pertinence. Effectivement, tout au long du XX^e siècle, les auteurs se sont intéressés à la réunion publique en développant des classifications et en les raffinant.

Pendant un temps, la doctrine a évoqué trois critères de définition distincts : le nombre des participants à la réunion publique, la nature des relations existant entre les membres et les facilités ou conditions d'admission à la réunion³. Ainsi, les deux premiers critères étaient-ils liés aux personnes présentes – le nombre et le lien – et seul le troisième avait trait à l'accessibilité de la réunion⁴. Cette présentation des choses était, somme toute, satisfaisante, mais passait sous silence l'importance de la volonté de l'organisateur de la réunion ; la réunion publique n'est pourtant pas une notion purement objective.

Puis, la doctrine a ajouté un quatrième critère de définition de la réunion publique, celui du lien des propos tenus avec l'objet de la réunion⁵. Une réunion devenait ainsi « *publique si les propos proférés [n'avaient] aucun rapport avec l'ordre du jour ou la question qui a rassemblé les participants* »⁶. En réalité, un tel critère engendrait une confusion des plus regrettables entre l'analyse du message litigieux et la condition de publicité de la réunion au

¹ E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 1092, p. 601 : L'auteur se contente de définir la réunion publique comme « le rassemblement de plusieurs personnes sur un thème donné sans exclusive. Peu importe que le lieu où se tient la réunion soit public ou privé ». Il ajoute : « L'essentiel est qu'une telle réunion ait été ouverte à toute personne désireuse d'y assister, sans qu'aucune condition, autre peut-être que le paiement d'un droit d'entrée, ne puisse s'appliquer [...]. D'une manière générale, sont révélatrices du caractère public de la réunion les invitations lancées à y participer ». Cette analyse a néanmoins le mérite de mettre l'accent sur l'accessibilité de la réunion.

² C. BIGOT, *Pratique du droit de la presse*, op. cit., p. 115 et s.

³ Par ex., G. LE POITTEVIN, *Traité de la presse*, op. cit., n° 519 et s.

⁴ Un auteur considérait ce critère comme central : P.-J.-É. FABREGUETTES, *Traité des délits politiques et des infractions par la parole, l'écriture et la presse*, t. 1., op. cit., n° 36, p. 89. V. toutefois, L. FACQ, op. cit., p. 40 : « Il serait aussi excessif de refuser par principe le caractère de réunion publique à toutes celles dont le mode d'organisation ne laisse aucune possibilité d'accès au public, que de déclarer qu'une telle réunion cesse ipso facto d'être privée dès l'instant où une seule personne étrangère y est introduite ».

⁵ H. BLIN, A. CHAVANNE et R. DRAGO, *Traité du droit de la presse*, op. cit., n° 263, p. 166.

⁶ Cass. crim., 24 mai 1955 ; RSC 1955, p. 686, obs. L. HUGUENEY ; Cass. crim., 10 nov. 1959 ; D. 1960, somm., p. 10.

sein de laquelle il est proféré¹. En d'autres termes, les différentes composantes de l'élément matériel des infractions de presse étaient mélangées de façon critiquable, car on ne saurait déduire la publicité d'un message de son caractère litigieux. Le critère paraît d'ailleurs tombé en désuétude puisqu'aucune décision récente n'y fait écho.

Enfin, VITU évoquera une cinquième condition, celle de la nature de la réunion : certaines réunions publiques seraient publiques par nature, à savoir les audiences d'un tribunal, ou les séances des conseils municipaux ou généraux. Si l'on comprend la logique de l'argument, il n'en reste pas moins que ces réunions peuvent tout à fait être tenues à huis clos². Ce critère ne peut donc être véritablement déterminant. Surtout, cette analyse invitait à confondre, encore une fois, la conception verticale de l'opposition étudiée et sa conception transversale. Si les réunions organisées par des personnes publiques sont parfois spécifiquement identifiées par certaines dispositions, elles ne sont pas plus « *publiques* » que d'autres réunions. En résumé, les trois premiers critères dégagés étaient les plus pertinents et il est à regretter que la doctrine contemporaine n'en fasse plus état.

177. En définitive, si la doctrine publiciste est plus précise que la doctrine pénaliste sur l'accessibilité de la réunion, la doctrine pénaliste met davantage l'accès sur le caractère personnel de la réunion. Une synthèse des différents critères dégagés est donc nécessaire afin de systématiser la notion de réunion publique.

B. La systématisation nécessaire des critères de la réunion publique

178. La pluralité de critères à prendre en compte atteste que la réunion publique est bien une qualification complexe. Certains critères de définition recensés par la doctrine ont trait à l'accessibilité de la réunion et méritent d'être précisés (1). D'autres critères sont liés aux personnes présentes. Sans surprise, l'on retrouve pour la dernière fois le substantif « *public* », le public de la réunion étant une des trois acceptions de ce terme³ (2).

¹ G. LEVASSEUR, *RSC* 1981, p. 625 : « *Le fait que les propos "étaient étrangers à l'objet du groupement au sein duquel ils avaient été tenus" était de nature à donner à ces propos un caractère diffamatoire, mais non pas un caractère public* ».

² V. *infra* n° 212 et 261.

³ V. *supra* n° 30.

1. Les critères tenant à l'accessibilité de la réunion

179. L'accessibilité de la réunion n'est pas uniquement spatiale, au sens où c'est moins l'accès au lieu de la réunion qui importe que l'accès à l'évènement qui s'y déroule. De plus, l'accessibilité de la réunion sera parfois déduite de l'accessibilité des invitations à y participer. Enfin, il est nécessaire de mettre en avant la volonté de l'organisateur de la réunion.

180. *L'accessibilité de la réunion.* Il est évident que le lieu public et la réunion publique entretiennent des liens étroits. C'est ce que semble suggérer la mention conjointe des « *lieux ou réunions publics* » par l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881. Toutefois, cette formule doit plutôt être interprétée comme consacrant l'indépendance potentielle de la réunion publique par rapport au lieu public. En matière d'infractions de presse, tout l'intérêt est justement de qualifier « *publics* » des propos exprimés lors d'une réunion publique tenue dans un lieu privé. De surcroît, une réunion privée peut tout à fait se tenir dans un lieu public, comme un restaurant¹.

Plus largement, certains auteurs sont parfois tentés de considérer que le caractère public ou privé d'une réunion influe sur le caractère privé ou public d'un lieu, et réciproquement. Par exemple, un auteur estime que, lorsqu'une réunion publique se déroule dans un lieu privé, celui-ci « *acquiert alors un caractère public du fait même de la volonté des participants à la réunion* »². Cette analyse peut ne pas convaincre, car, d'une part, ce qui est rendu public, c'est le propos exprimé, et non le lieu ; d'autre part, c'est la volonté de l'organisateur qui doit être analysée, ce dernier n'étant d'ailleurs pas nécessairement celui qui jouit du lieu où prend place la réunion.

¹ Comp. Cass. crim., 15 mars 1983, 82-90.533, *Bull. crim.* n° 82 ; RSC 1984, p. 320, obs. G. LEVASSEUR. Dans cette affaire de diffamation, les juges du fond avaient écarté la publicité dans la mesure où la réunion des actionnaires attablés à la terrasse d'un restaurant était privée. La chambre criminelle cassa néanmoins l'arrêt de deuxième instance, jugeant que la terrasse était un lieu public par nature et que la publicité des propos diffamatoires résultait de plein droit de ce qu'ils avaient été tenus à haute voix dans un tel lieu. Le commentateur de l'arrêt s'interroge en ces termes : « [La Cour] a-t-elle entendu par-là privilégier le critère du lieu au détriment de celui du nombre des assistants ou de celui des conditions d'admission à la réunion (auquel l'arrêt avait fait une référence maladroite), de celui du lien entre les personnes présentes et enfin de celui du lien avec la question discutée ? » En réalité, de cet arrêt, on peut seulement déduire que le critère du lieu public prime sur le critère de la réunion publique pour apprécier une profération et non qu'une réunion privée ne puisse, dans l'absolu, se tenir dans un lieu public. V. encore, Cass. crim., 3 juill. 1980, *Bull. crim.* n° 215 ; RSC 1981, p. 624, obs. G. LEVASSEUR, estimant que la salle à manger de restaurant réservée au personnel d'une entreprise ne saurait être considérée comme un lieu public dès lors qu'il n'est pas établi que des personnes étrangères à l'entreprise pouvaient y accéder, et alors que le personnel d'une entreprise, quelque nombreux qu'il soit, ne constitue pas un public. Cette décision est toutefois source de confusion, car les juges analysent le caractère privé du lieu à l'aune des critères de la réunion publique, à savoir le nombre de personnes présentes et le lien existant entre elles, qu'on étudiera plus loin.

² E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, *loc. cit.*

Par ailleurs, la notion de lieu public « *par accident* »¹ est emblématique de cette confusion entre lieu public et réunion publique. Aussi, dans l'affaire où des propos litigieux étaient proférés au cours d'une réunion entre parents d'élèves et professeurs tenue dans une école², il aurait suffi aux juges de relever que la réunion était publique – puisque les parents avaient été invités de façon impersonnelle et qu'une communauté d'intérêts ne pouvait être établie entre eux – pour caractériser la publicité des propos. Le fait de considérer que l'école était un lieu public par destination était superflu et source de confusion inutile. De même, la distribution de tracts dans un institut d'études politiques, dont l'entrée était ouverte à des tiers en raison d'une journée portes ouvertes appelée « *journée des dédicaces* », excluant par là qu'elle fût réservée aux seuls élèves, anciens élèves et enseignants³, était assurément une distribution dans une réunion publique et non dans un lieu public par accident.

En toute hypothèse, il faut bien réaliser que ce n'est pas l'accès au lieu de la réunion qui prime, mais le contrôle exercé à l'entrée de la réunion par l'organisateur ou le service d'ordre de celle-ci, dont on a vu que la doctrine publiciste faisait un critère à part. Contrôler la qualité *d'invité* à une réunion n'est donc pas toujours la même chose que contrôler la qualité de *personne autorisée à rentrer dans un lieu*. Ainsi, la procédure de filtrage mise en place pour limiter l'accès à la chambre mortuaire d'un ancien président de la République⁴ vise à limiter l'accès à *un lieu* et non à une réunion tandis qu'une même procédure mise en place pour accéder à une soirée privée vise à limiter l'accès à *une réunion privée*. Cette considération est certes essentiellement théorique, car dans l'immense majorité des cas la mise en place d'un contrôle rendra le lieu de la réunion aussi privé que celle-ci. Il n'en reste pas moins que l'on peut intellectuellement concevoir l'hypothèse de personnes réunies attablées à un restaurant, lieu public, et protégées par un garde du corps, ce dernier interdisant l'accès à cette table à quiconque n'y serait pas invité. En tous les cas, lorsque le lieu est privé, le juge pourra analyser, à titre subsidiaire, l'accessibilité des invitations.

181. L'accessibilité des invitations. Comme il a été exposé, la doctrine publiciste accorde beaucoup d'importance aux invitations et considère que la réunion est accessible dès lors que les invitations sont impersonnelles et anonymes. Présenter les choses de la sorte ne permet pas, cependant, de réaliser que l'accessibilité de la réunion dépend alors de l'accessibilité des

¹ V. *supra* n° 63.

² Cass. 2^e civ., 3 juill. 2003, n° 00-15.468, préc.

³ CA Paris, 31 mai 1995 ; *Dr. pén.* 1995. 263 ; *Légipresse* 1996, n° 134, 1, p. 97.

⁴ Cass. crim., 20 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 264, préc.

invitations ; il s'agit de déterminer si les invitations ont fait l'objet d'une communication privée ou publique. Ainsi, aux termes de l'arrêt *Larcy*, « *est publique, bien que tenue dans le domicile privé d'un citoyen, la réunion pour laquelle des invitations ont été distribuées soit à domicile, mais sans adresses, soit sur la voie publique, soit à la porte de l'habitation du prévenu, où chacun pouvait s'en procurer* »¹. Cet extrait est particulièrement intéressant puisque, d'une part, on observe qu'il est question de distribution, donc de la communication publique d'une information. Autrement dit, pour apprécier l'ouverture d'une réunion, il faut apprécier s'il y a eu distribution, voire diffusion par voie électronique, puisque la solution serait la même pour un individu qui communiquerai une invitation par courriel à un nombre indéterminé de personnes ou qui créerait un évènement libellé « *public* » sur les réseaux sociaux. D'autre part, le caractère subsidiaire de l'analyse de l'accessibilité des invitations par rapport à celle du lieu de la réunion, en l'occurrence un « *domicile privé* », ressort clairement de cet extrait. Reste à évoquer l'appréciation subjective de l'accessibilité de la réunion.

182. L'appréciation subjective de l'accessibilité. Il est frappant de constater que le rôle de l'organisateur de la réunion n'est jamais mis en exergue par la doctrine. La doctrine publiciste se contente d'indiquer que ses intentions ne sont pas déterminantes², rappelant que, dans l'arrêt *Benjamin*, les organisateurs d'une réunion publique interdite avaient déclaré que celle-ci était privée « *sur invitations gratuites* », ce qui conduisit le Conseil d'État à considérer que la réunion avait seulement été annoncée comme privée, mais revêtait en réalité un caractère public³. Mais n'était-ce pas, précisément, déduire du caractère gratuit des invitations la volonté de rendre la réunion publique ?

Quant à la doctrine pénaliste, l'on sait qu'elle se focalise sur la volonté de profération des propos⁴ et non sur la volonté de rendre publique la réunion au sein de laquelle ils sont proférés. En d'autres termes, elle se concentre sur la volonté de l'*émetteur* des propos et passe sous silence la volonté de l'*organisateur* de la réunion, qui peut tout à fait être une personne distincte de celle proférant les propos. Certes, cette volonté sera le plus souvent déduite de considérations objectives, comme l'envoi d'invitation ou la mise en place d'un système de

¹ Cass. crim., 9 janv. 1869, *Larcy*, préc

² V. DELBOS, v° « Droit de réunion », *op. cit.*, n° 71 : « *les intentions des organisateurs ne peuvent suffire à déterminer le caractère privé ou public d'une réunion* ».

³ V. aussi, CE, 23 déc. 1936, *Bucard, Lebon* 1151.

⁴ V. *supra* n° 128.

filtrage. L'analyse de la réunion publique par les juges serait toutefois enrichie si cette considération était plus explicitement mise en exergue.

En tout état de cause, ces considérations sur l'accessibilité de la réunion sont éclipsées par la montée en puissance des critères tenant aux personnes présentes.

2. Les critères tenant aux personnes présentes

183. *Le particularisme du public de la réunion publique.* Le public de la réunion publique s'apprécie globalement de la même manière que le public de la communication, avec lequel il se confond parfois. Il convient néanmoins de souligner que l'approche *in abstracto* du public ne devrait pas prospérer, par principe, en matière de réunion. En effet, si l'on peut concevoir un public potentiel d'une réunion publique n'ayant pas encore eu lieu – notamment en matière administrative où il est souvent question d'une déclaration préalable à la manifestation –, l'appréciation du nombre de personnes présentes est généralement faite en matière pénale *a posteriori* et *in concreto* ; même s'il est fréquent, en pratique, que les estimations des organisateurs de la manifestation divergent de celles des forces de l'ordre. Cela étant, on retrouve ici une appréciation quantitative du public présent, ainsi qu'une approche qualitative tenant au lien entre les personnes présentes.

184. *Le nombre de personnes présentes.* Le critère du nombre de personnes présentes, on l'a vu, a été dégagé par la doctrine pénaliste. Par ailleurs, un nombre de participants est souvent défini par les textes évoquant une réunion publique. Ainsi, dans le cadre de la crise sanitaire liée à la Covid-19, les rassemblements de plus de dix personnes dans l'espace public furent interdits pendant un temps¹. Par le passé, l'article 291 du Code pénal de 1810, précédemment évoqué, interdisait les réunions de plus de vingt personnes et le texte précisait en son second alinéa dans le « *nombre de personnes indiqué par le présent article, ne sont pas comprises celles domiciliées dans la maison où l'association se réunit* »². On verra que d'autres textes

¹ Décret n° 2020-548 du 11 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire, art. 7 : « *Tout rassemblement, réunion ou activité à un titre autre que professionnel sur la voie publique ou dans un lieu public, mettant en présence de manière simultanée plus de dix personnes, est interdit sur l'ensemble du territoire de la République* ».

² V. aussi, Loi salique, Titre XLV, art. 1^{er} : « *Si, de quatre ou cinq hommes réunis dans festin, l'un d'eux vient à être tué, ceux qui étaient avec lui, doivent faire connaître le coupable, et le convaincre de son crime ; à défaut de quoi, ils doivent tous contribuer à acquitter le montant de la composition, due à l'occasion du meurtre* » ; art. 2 : « *Mais si les convives sont au nombre de plus de sept, ils ne doivent pas tous être réputés coupables ; mais ceux à*

ayant trait à des réunions publiques spécifiques fixent souvent un *quantum*¹. La doctrine est néanmoins unanime pour estimer que le critère du nombre est peu déterminant². Il est d'ailleurs délicat de trouver un arrêt mettant ce critère à l'honneur, mis à part des arrêts anciens³. C'est donc surtout le critère du lien qui sera déterminant, celui-ci se dédoublant puisqu'il s'agit d'analyser, d'une part, le lien entre les personnes présentes et l'organisateur de la réunion et, d'autre part, le lien entre les personnes présentes.

185. *Le lien entre les personnes présentes et l'organisateur.* On a vu que les invitations à participer à une réunion doivent avant tout être analysées au titre de leur accessibilité, dans la mesure où il faut identifier une transmission publique de celles-ci pour en déduire, le cas échéant, le caractère public de la réunion. Pour autant, c'est au titre d'une approche personnelle que la doctrine publiciste⁴ aborde ce critère, et ce, à juste titre. En effet, l'organisateur peut tout à fait envoyer des invitations à plusieurs personnes étrangères les unes aux autres, la réunion n'en sera pas moins privée si l'organisateur les a personnellement choisies. En ce sens, il s'agit d'un agrément⁵. Ce critère fait néanmoins pâle figure au côté du lien entre les personnes présentes, bien plus souvent invoqué par les juges et les auteurs.

186. *Le lien entre les personnes présentes.* Ignoré par la doctrine publiciste⁶, le critère de « *la nature des relations existant entre les différents membres* » de la réunion⁷ a connu un essor considérable. Ce critère est, *a priori*, simple à appréhender. Ainsi, « *la réunion demeurerait privée entre les personnes qui se connaissent et se sont rassemblées sur un sujet qui leur est*

qui ce crime sera imputé par les autres convives devront payer la composition fixée par la loi ». Adde : D. 47, 8, 4, § 3 : « *Pour constituer un attroupement quel nombre faut-il ? Si deux hommes ont engagé une rixe, nous ne regarderons pas cela comme fait dans un attroupement, parce que deux ne sont pas un attroupement proprement dit. Mais s'ils sont un plus grand nombre, par exemple dix ou quinze hommes, on pourra appeler cela un attroupement. Que sera-ce s'ils sont trois ou quatre ? Ce ne sera pas non plus un attroupement* ».

¹ V. *infra* n° 255 et 256.

² V. not., G. LE POITTEVIN, *op. cit.*, n° 520, p. 569.

³ Par ex., Cass. crim., 26 janv. 1826, *Bull. crim.* n° 19, évoquant un « *nombre assez considérable* » de personnes réunies dans une maison particulière. L'absence d'invitations nominales avait néanmoins joué également. V. aussi, CA Lyon, 29 nov. 1897 ; S. 98, 2, 48, retenant la qualification de réunion publique pour une assemblée de 1 500 personnes, pourtant non ouverte au public.

⁴ V. aussi A. VITU, *Droit pénal spécial, op. cit., loc. cit.* : « *ouverte sans contrôle à n'importe qui, une réunion devient publique, alors qu'elle demeure privée lorsqu'elle n'est accessible que sur invitation personnelle* ».

⁵ V. *supra* n° 96 et s.

⁶ V. néanmoins J. ROBERT, *Libertés publiques*, 1971, Montchrestien, p. 506. : « *Le fait de déclarer réserver une réunion aux seuls membres d'une association n'est pas suffisant pour donner à cette réunion un caractère privé, dès l'instant qu'au lieu de payer un droit d'entrée on règle une "cotisation" devenant ainsi membre de l'association* ».

⁷ G. LE POITTEVIN, *op. cit.*, n° 521, p. 569 ; H. BLIN, A. CHAVANNE et R. DRAGO, *Traité du droit de la presse, op. cit.*, n° 233, p. 165.

commun, tandis qu'elle deviendrait publique si elle groupe des personnes étrangères les unes aux autres »¹. Sont dès lors privées : la réunion du personnel d'une entreprise², des membres d'un syndicat³, des membres d'une association⁴, d'un comité d'établissement d'une entreprise⁵, ou l'assemblée générale de copropriétaires⁶. En revanche, les parents d'élèves ne sont pas unis par un lien aussi étroit⁷.

C'est seulement à la fin du XX^e siècle que l'expression « *communauté d'intérêts* » fait son apparition, plusieurs arrêts l'évoquant comme critère permettant de caractériser une réunion publique⁸. Malgré l'importance prise par ce critère pour évaluer le caractère privé ou public d'une transmission⁹, quel qu'en soit le moyen, il est intéressant de remarquer la réticence de la doctrine classique à son égard. Selon certains, ce critère est « *assez fragile [...]. Il faut bien voir que dans des réunions privées où sont réunis de nombreux actionnaires par exemple, celui qui parle ne connaît guère mieux les membres de l'assemblée [...]. Les tribunaux ne font du reste appel à ce critère que concurremment avec tous les autres et ne se déterminent pas en lui donnant une valeur exclusive* »¹⁰. En effet, l'on sait que la notion de communauté d'intérêts est difficile à définir et que sa portée est incertaine¹¹. En somme, s'il faut prendre acte du fait que ce critère est prépondérant aujourd'hui, il ne semble pas justifier le désintérêt quasiment total de la jurisprudence comme de la doctrine à l'égard de la réunion publique.

187. La définition de la réunion publique. Au regard des critères dégagés, l'on peut définir la réunion publique, qualification complexe, comme le *rassemblement d'un nombre par hypothèse important de personnes, non liées entre elles par une communauté d'intérêts, conviées volontairement par un organisateur à l'aide d'invitations transmises publiquement, les invités étant admis librement, le plus souvent dans un lieu public, l'objet du rassemblement étant indifférent*. Il reste à mettre à l'épreuve cette définition, en évoquant les arrêts appliquant

¹ A. VITU, *op. cit.*, t. 1, n° 1558, p. 1228.

² Cass. crim., 26 nov. 1979 ; D. 1980, IR, p. 442.

³ Cass. crim., 17 mars 1980, *Bull. crim.* n° 91.

⁴ Cass. crim., 15 juill. 1981, *Bull. crim.* n° 232.

⁵ Cass. 2^e civ., 24 oct. 2002 ; *Légipresse* 2002, n° 197, I, p. 148. Comp., considérant que les personnes présentes à un conseil d'administration n'étaient pas tenues par une communauté d'intérêt : Cass. crim., 16 janv. 2001, n° 00-84.472.

⁶ Cass. crim., 14 mars 1995, n° 93-84.213.

⁷ Cass. 2^e civ., 3 juill. 2003, n° 00-15.468, préc.

⁸ Cass. crim., 16 sept. 2003, n° 02-84.554, 01-83.162, 02-85.001 ; Cass. crim., 3 avr. 2007, 06-82.063, préc.

⁹ C. BIGOT, *Pratique du droit de la presse, op. cit.*, p. 117 : « *Ce critère est ancien et avait été affirmé à plusieurs reprises par le passé, mais depuis les années 1990, il s'est imposé comme le critère exclusif, et est désormais appliqué systématiquement par la Cour de cassation* ».

¹⁰ V. H. BLIN, A. CHAVANNE et R. DRAGO, *op. cit.*, n° 233, p. 165.

¹¹ V. *supra* n° 111 et 160.

des infractions réprimant une transmission publique pouvant avoir lieu dans une réunion publique.

Tout d'abord, dans un jugement ancien, rendu en matière d'usurpation de signes de l'autorité publique¹, il était question d'un individu ayant assisté aux funérailles d'un général, revêtu d'un uniforme de fantaisie de général italien et porteur de décorations étrangères que la Grande Chancellerie de la Légion d'honneur lui avait interdit de porter. Or, le prévenu prétendait que la cérémonie était privée, à l'intérieur des Invalides, sur invitation personnelle. Il a été condamné en raison du caractère solennel de la manifestation et du grand nombre de personnalités invitées².

Ensuite, on peut évoquer un arrêt rendu en matière d'incitation au génocide³, précisant que le caractère public de l'incitation au génocide peut être examiné à la lumière de deux facteurs : le lieu où l'incitation a été formulée et le fait de savoir si l'assistance a été ou non sélectionnée ou limitée. Cette indication concorde tout à fait avec la définition évoquée.

On peut enfin évoquer plusieurs affaires où les juges ne mirent pas explicitement l'accent sur le caractère public de la réunion, mais où ce caractère a assurément joué un rôle central dans la caractérisation de l'infraction. Ainsi, la quête faite au profit d'un condamné, au cours d'une réunion publique organisée pour protester contre la condamnation, tombe sous le coup de l'incrimination prévue par l'article 40 de la loi du 20 juillet 1881⁴. Dans le même ordre d'idées, caractérise le délit d'apologie d'actes de terrorisme le comportement consistant, lors d'un rassemblement public se déroulant sur une place publique, en l'occurrence un rassemblement en hommage aux victimes des attentats ayant frappé la France entre les 7 et 9 janvier 2015, à manifester une égale considération pour les victimes d'actes de terrorisme et l'un des auteurs de ces actes⁵. En l'occurrence, la simple considération que la pancarte ait été exhibée dans un lieu public suffisait, il est vrai, à caractériser la publicité, mais l'existence d'une telle réunion publique ne pouvait que confirmer cette analyse⁶. Bien que la discussion ait porté sur le caractère injurieux des propos, on peut également évoquer une affaire où les prévenus étaient poursuivis pour avoir fait irruption dans un cortège en portant des coiffes de religieuses, mais avec le dos et le torse nus où étaient marqués différents slogans⁷. Si la teneur des propos

¹ C. pén., art. 259 ancien ; devenu C. pén., art 433-14.

² T. corr. Seine, 9 déc. 1936 ; S. 1937, 2, p. 133.

³ TPIR, ch. 1^{re} inst., 2 sept. 1998, *Akayesu*.

⁴ CA Alger, 13 mai 1948 ; D. 1948, somm., p. 34.

⁵ Cass. crim., 25 avr. 2017, n° 16-83.331, *Bull. crim.* n° 121 ; CCE 2017, comm. 63, obs. A. LEPAGE.

⁶ En effet, le fait de s'exprimer dans une réunion publique organisée par un parti politique suffit à caractériser la publicité (Cass. crim., 19 févr. 2002 ; *Légipresse* 2002, n° 192, I, p. 67).

⁷ Cass. crim., 23 janv. 2018, n° 17-80.524 ; D. 2019, p. 216 note E. DREYER.

était débattue, la condition de publicité était assurément remplie. Enfin, en matière de publicité pour le tabac, la distribution d'un dossier de presse contenant des reproductions de paquets de cigarettes d'une marque précise lors d'une manifestation organisée dans un grand hôtel parisien à laquelle étaient notamment conviés des journalistes constitue la publicité illicite¹. L'argumentation du demandeur au pourvoi, selon lequel la réunion était privée², n'a pas prospéré.

188. Conclusion de section. La recension des nombreux critères doctrinaux et jurisprudentiels relatifs à la qualification de réunion publique a permis de dégager une définition de cette dernière, rendant possible l'identification des différentes occurrences de la réunion publique dans la jurisprudence et, on le verra, dans la loi³. En somme, la réunion publique, tout comme la réunion privée, dont on admettra, exceptionnellement, une définition négative, relève bien de la catégorie des notions conceptuelles.

189. Conclusion de chapitre. Les qualifications complexes que représentent toutes les notions renvoyant aux communications privées ou publiques ou celle de réunion publique sont bel et bien plus délicates à appréhender que les qualifications simples de lieux privés ou publics. Pour les apprécier, le juge devra combiner différentes qualifications construites autour de l'opposition privé-public et appréhender l'existence, ou non, d'un public. Ces qualifications ont en commun, par ailleurs, l'incertitude engendrée par le critère de la communauté d'intérêts.

190. Conclusion de titre. L'opposition privé-public est à l'origine d'une multitude de qualifications légales, plus ou moins aisées à appréhender pour le juge, du fait de leurs caractères simples ou complexes. Les définitions des lieux privés ou publics, des diverses qualifications renvoyant aux communications privées ou publiques et de la réunion publique ont été, au besoin, précisées ou suggérées, si bien que toutes ces qualifications peuvent prétendre au statut de notions conceptuelles. Pour autant, s'il est clair que les lieux, réunions ou communications privés ou publics présentent des spécificités, il n'est pas moins exact que la

¹ Cass. crim., 14 oct. 1998, 97-84.210.

² Les demandeurs arguaient ainsi que « ne constitue pas une mesure de propagande ou de publicité la remise individuelle d'un écrit à diverses personnes liées par une communauté d'intérêts dans le cadre d'une réunion privée ; [...] les membres de l'Association Club Dunhill Prestige International remettaient des récompenses annuelles à des artisans dans le cadre d'une manifestation privée où seules quelques personnalités et journalistes étaient nommément invités [...] ».

³ V. *infra* n° 238 et s.

façon de les apprécier est similaire à de nombreux égards. Plus encore, à plusieurs reprises, les limites de la dichotomie étudiée sont apparues, si bien que son caractère binaire a pu paraître relatif. Ce double constat appelle naturellement une approche plus conceptuelle de l'opposition privé-public, à laquelle il s'agit maintenant de procéder.

TITRE 2 : LA CONCEPTUALISATION DE L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC

191. Il a été question, jusqu'ici, d'identifier les différentes qualifications explicitement construites autour de l'opposition privé-public, à savoir les lieux, réunions et communications privés ou publics, ce qui a permis de mettre en lumière les spécificités de chacune de ces notions. Il s'agit à présent d'identifier les caractéristiques générales de l'opposition privé-public en dégagant les traits communs de toutes les notions étudiées.

Dans un premier temps, il convient de réaliser qu'au-delà de leurs spécificités, ces notions sont soumises à une appréciation commune. Il est donc possible d'identifier les concepts¹ de *caractère privé* et de *caractère public* afin de rendre compte de ce trait commun. Cet effort de conceptualisation permettra de réaliser que le domaine de l'opposition privé-public dépasse largement les seules qualifications étudiées jusqu'ici. D'autres qualifications pénales, plus spécifiques, seront ainsi concernées par les caractères que l'on aura dégagés, quand bien même elles ne seraient pas explicitement construites autour des adjectifs « *privé* » et « *public* ». Par exemple, comprendre qu'une réunion publique se caractérise avant tout par son accessibilité permet de qualifier comme telle une manifestation sportive ou une assemblée délibérative. En d'autres termes, le mouvement ascendant vers la conceptualisation permettra un mouvement descendant vers d'autres qualifications légales. La nature fonctionnelle ou conceptuelle de ces notions devra être discutée (Chapitre 1).

Plus fondamentalement, il est nécessaire de montrer, dans un second temps, que la binarité de l'opposition étudiée ne saurait être exagérée. De la confrontation entre ces caractères privé et public émerge un caractère tiers, hybride, ce que traduira le concept de *caractère commun*, également à la source de multiples qualifications – que l'on songe aux parties communes ou aux lieux affectés à un usage collectif –, souvent davantage fonctionnelles que conceptuelles (Chapitre 2).

¹ Pour rappel, le « *concept* » est appréhendé dans cette étude comme une « *construction qui accompagne, encadre le fonctionnement des notions* » (X. BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », art. préc., p. 21).

Chapitre 1 : La conceptualisation d'un caractère privé et d'un caractère public

192. Les enseignements tirés de l'étude des qualifications construites autour de l'opposition privé-public peuvent être mis à profit pour conceptualiser un « *caractère privé* » et un « *caractère public* », concepts unitaires permettant d'identifier ce qui constitue la spécificité de l'opposition dans sa conception transversale¹. Sans surprise, c'est l'*accessibilité* qui sera mise à l'honneur, puisqu'elle constitue, en quelque sorte, l'« *ADN* » de cette conception ; elle est le critère constitutif² de ces caractères (section 1). L'importance d'autres considérations, liées aux autres conceptions du partage privé-public, telles que la *propriété privée ou publique* ou ce qu'on qualifiera d'*objet*, devra donc être relativisée, celles-ci ne représentant que des critères de définition indifférents (section 2).

Section 1 : Le critère constitutif : l'accessibilité

193. Pour toutes les qualifications jusqu'ici appréhendées, l'accessibilité a été une considération centrale. Il ne fait donc guère de doute qu'elle constitue le critère de définition déterminant des caractères privé ou public. L'accessibilité peut s'apprécier *objectivement*, elle renvoie alors à l'ouverture ou à la fermeture (§1). Elle peut aussi être appréciée *subjectivement*, afin de tempérer la rigidité d'une approche purement objective (§2).

§1. L'appréciation objective de l'accessibilité

194. Le caractère privé est bien souvent déduit de la présence d'un processus de fermeture, d'une barrière plus ou moins concrète, là où le caractère public suppose l'ouverture. C'est en ce sens que s'entend l'accessibilité objective en matière de lieux, de réunions et de communications³. En effet, on sait que la clôture est le critère principal permettant de juger du

¹ Sur cette conception, v. *supra* n° 19 et s.

² J. L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, n° 26, p. 45 : « Pour pouvoir émerger en droit, les réalités considérées doivent aussi, outre leur juridicité et leur nouveauté ou leur renouvellement, comporter des qualités permettant de les conceptualiser, autrement dit de les définir par des éléments constitutifs et distinctifs et des caractères communs, et de les désigner par un nom ou une expression qui leur soit propre ».

³ On a vu que l'accessibilité d'une communication est essentielle et dépend de plusieurs facteurs. Toutefois, on a déjà évoqué ces hypothèses plus haut lors de l'étude des moyens de communication publique (v. *supra* n° 122 et s.) et l'on n'y reviendra donc pas dans les développements qui suivent.

caractère privé d'un lieu, ce dont témoigne l'usage de plus en plus fréquent du syntagme « *lieu clos* » tant par le législateur que par la doctrine¹. À l'inverse, l'ouverture est caractéristique du lieu public, ce qu'atteste notamment la référence fréquente au « *lieu ouvert au public* »². Or, l'accessibilité est également la caractéristique première de certains lieux ou espaces spécifiquement identifiés par le législateur. Leur caractère privé ou public peut donc être identifié, malgré l'absence de référence explicite aux adjectifs « *privé* » et « *public* » (A). De même, une réunion est privée ou publique selon son degré d'accessibilité, lequel dépend du caractère clos ou ouvert du lieu, de l'existence d'un contrôle à l'entrée de la réunion ainsi que, le cas échéant, du caractère accessible des invitations envoyées à participer à la réunion. Là encore, des réunions spécifiées par leur accessibilité peuvent être identifiées (B).

A. *L'identification de lieux spécifiés par leur accessibilité*

195. L'accessibilité est particulièrement mise en exergue par la qualification légale de « *lieu accessible aux regards du public* », qualification néanmoins problématique en ce qu'elle dépasse la définition du lieu public que l'on a dégagée plus haut (1). Par ailleurs, plusieurs espaces clos revêtent assurément un caractère privé en ce qu'ils peuvent sans peine être assimilés à un lieu privé (2).

1. *Le lieu accessible aux regards du public*

196. *Le particularisme du lieu accessible aux regards du public.* Pour le lieu public, comme pour le lieu privé, l'accessibilité *visuelle* est normalement indifférente et la doctrine n'en fait généralement pas un critère définitoire. C'est la personne qui doit pouvoir pénétrer ou non dans le lieu et non son regard³. Si cette importance accordée à la visibilité est excessive pour définir les lieux publics comme notion générique, elle est inhérente à la locution « *lieu accessible aux regards du public* ». Ce lieu n'est mentionné qu'en matière d'exhibition sexuelle⁴, et ce, depuis

¹ V. *supra* n° 36 et s.

² V. *supra* n° 68.

³ V. néanmoins, M. MORITZ, *Les communes et la publicité commerciale extérieure. Pour une valorisation environnementale et économique de l'espace public*, LGDJ, 2009, p. 24, pour qui l'« *espace public* », entendu au sens de « *lieu public* », se définit comme « *un espace de visibilité de la publicité extérieure d'une voie ouverte à la circulation publique, indépendamment de toute qualification de cet espace en termes de domanialité* ».

⁴ C. pén., art 222-32. On peut certes relever les termes « *exposés aux regards du public* » qui figurent au sein de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, mais la parenté entre les deux expressions est exclue par la doctrine (P. AUVRET, « Fasc. 3020 : Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881 », *op. cit.*, n° 18).

le Code pénal de 1992. Cette catégorie pousse donc loin le critère de l'accessibilité, en ce qu'elle vise tant des lieux publics que des lieux privés. C'est pourquoi, malgré le fait que cette locution intègre le substantif « *public* », on ne l'étudie qu'à présent.

En toute hypothèse, le particularisme du délit d'exhibition sexuelle complique l'analyse. En effet, un auteur, étudiant le délit d'exhibition sexuelle, considère que « *c'est la publicité du délit qui compte, non celle des lieux* »¹. Cette formule illustre l'ambiguïté qui règne en la matière. Effectivement, il s'avère parfois difficile de distinguer ce qui a trait à l'analyse du lieu accessible aux regards du public, que l'on peut considérer comme la condition préalable du délit, et le caractère public de l'exhibition elle-même, véritable élément matériel de l'infraction². En d'autres termes, il s'agit de savoir si le lieu public est un élément essentiel du délit ou s'il constitue une circonstance parmi d'autres, à apprécier conjointement avec la présence d'un public³ ou la volonté de s'exhiber publiquement. Pour certains, c'est la seconde branche de l'alternative qui devrait être retenue⁴. Il semble néanmoins nécessaire de distinguer selon le lieu de commission de l'infraction.

197. *Exhibition sexuelle et lieu public.* Si l'exhibition se déroule dans un lieu public, cette circonstance spatiale sera généralement suffisante. Dès lors, caractériser la publicité ne pose pas de difficultés lorsque l'exhibition est commise sur des rochers⁵, dans une rivière⁶, un bois⁷, une plage⁸, la rue⁹, un chemin public¹⁰, une voiture de métro¹¹, un sauna¹², une vespasienne¹³, une salle d'audience¹⁴, une église¹⁵ ou un musée¹⁶. Dans ces hypothèses, « *le délit est constitué, même si, en fait, l'acte n'a été vu par personne* »¹⁷. Cependant, certains arrêts ont pu considérer

¹ P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 261, p. 189. Dans le même sens, v. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 629, p. 722 : « *La publicité est l'élément essentiel du délit* ».

² Sur les rapports entre l'opposition privé-public et la constitution de l'infraction, v. *infra* n° 313 et s.

³ Sur le particularisme du public en la matière, v. *infra* n° 218.

⁴ P. CONTE, *op. cit.*, n° 261, p. 189 : « *La nature publique ou privée des lieux ne joue qu'un rôle probatoire* ».

⁵ CA Aix-en-Provence, 27 nov. 1996 ; *JurisData* n° 1996-046519.

⁶ CA Montpellier, 8 août 1859 ; *S.* 1859, 2, p. 490.

⁷ CA Versailles, 3 mai 2000 ; *JCP* 2001, IV, 1032.

⁸ CA Montpellier, 8 mars 2007 ; *JCP* 2007, IV, 3303.

⁹ CA Aix-en-Provence, 10 déc. 1953 ; *S.* 1954, 2, p. 80.

¹⁰ Cass. crim., 1^{er} déc. 1848 ; *S.* 1849, 1, p. 543.

¹¹ CA Paris, 14 janv. 1986 ; *JurisData* n° 1986-021240. V., pour le wagon d'un train : Cass. crim., 19 août 1869, *Bull. crim.* n° 195 ; CA Angers, 24 mai 1869 ; *DP* 1869, 2, p. 130

¹² TGI Paris, 5 déc. 1978 ; *JCP* 1979, II, 19138.

¹³ Cass. crim., 5 juin 1958, *Bull. crim.* n° 445.

¹⁴ Cass. crim., 19 nov. 1829 ; *DP* 1829, 1, p. 414.

¹⁵ Cass. crim., 9 janv. 2019, n° 17-81.618, P+B.

¹⁶ Cass. crim., 10 janv. 2018, n° 17-80.816.

¹⁷ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.* n° 529, p. 723. *Adde* : Cass. crim., 1^{er} juin 1863, *Bull. crim.* n° 134.

que des champs ou des bois trop éloignés des chemins ou disposés de telle manière que les passants qui y circulaient ne pouvaient apercevoir ce qui s'y passait ne constituaient pas des lieux publics¹. Il ne faudrait pas pour autant en conclure que les champs ou les bois en question ne sont pas des lieux publics, ce que suggéraient les termes de ces arrêts anciens, mais plutôt que la seule constatation du caractère public des *lieux* ne suffit pas toujours à caractériser le caractère privé ou public de l'*exhibition*.

198. *Exhibition sexuelle et lieu privé.* Si l'*exhibition* est perpétrée dans un lieu privé, d'autres circonstances seront analysées², ce qui n'enlève rien au fait que le lieu accessible aux regards du public intègre des lieux privés dans son domaine. On peut ainsi citer de nombreux arrêts où l'*exhibition* est commise dans une voiture alors qu'il est établi que des passants pouvaient apercevoir ce qu'il s'y passait³. Est également constitutif d'une *exhibition sexuelle* le fait d'uriner sur la voie publique du haut d'une chambre et de « *livrer ainsi ses parties sexuelles à la vue des nombreuses personnes présentes sur les lieux* »⁴, de s'exhiber dans un magasin, même en dehors des heures d'ouverture, si l'acte est commis fenêtre ouverte⁵, ou dans une bergerie, alors que les faits ont été vus par un tiers regardant par un trou du mur⁶, voire même dans une cellule de dégrisement, dont les vitres sont transparentes⁷. La publicité a par ailleurs été caractérisée dans l'hypothèse où la porte d'une écurie était seulement poussée, sans être assujettie à l'intérieur⁸. À l'inverse, les actes commis dans une salle d'école communale,

¹ Cass. crim., 22 févr. 1828, *Bull. crim.* n° 48 ; Cass. crim., 30 juill. 1863, *Bull. crim.* n° 209 ; S. 1863, 1, p. 155 ; T. corr. Marmande, 3 mai 1984 ; *Gaz. Pal.* 1984, 2, somm., p. 431.

² V. déjà, en ce sens, Cass. crim., 14 nov. 1903 ; *DP* 1903, 1, p. 59 : « *l'outrage à la pudeur n'est puni qu'autant qu'il est commis dans un lieu public ou que, commis dans un lieu privé, il a pu être aperçu du public* ».

³ Cass. crim., 18 juill. 1930, *Bull. crim.* n° 205 ; Cass. crim., 19 avr. 1939, *Bull. crim.* n° 89 ; Cass. crim., 27 oct. 2004, n° 04-80.596 ; Cass. crim., 27 janv. 2016, n° 14-87.591 ; *Dr. pén.* 2016, comm. 56, obs. P. CONTE.

⁴ CA Poitiers, 18 févr. 1858 ; *DP* 1859, 5, p. 37.

⁵ Cass. crim., 23 déc. 1858, *Bull. crim.* n° 317.

⁶ Cass. crim., 7 déc. 1960, *Bull. crim.* n° 573 ; *Gaz. Pal.* 1961, 1, p. 162.

⁷ Cass. crim., 21 juin 2017, n° 16-84.158 ; *RSC* 2017, p. 517, obs. MAYAUD. Le pourvoi soutenait, en l'espèce, que la cellule de dégrisement était un lieu privé. Or, comme l'a indiqué la cour d'appel, « *il est établi que les policiers ont vu [l'intéressé]* », se livrer à un acte impudique, « *ce qui prouve déjà que cette cellule n'est pas destinée à préserver l'intimité* ». En outre, « *toutes les images concernant de telles cellules [...] montrent des pièces équipées de larges parois vitrées destinées à s'assurer de l'intégrité d'une personne en état d'ébriété, et il est probable qu'elles soient également pourvues de caméras de surveillance* ». Dès lors, « *un tel lieu ne saurait être considéré par [le prévenu] ni encore moins par la cour comme un lieu privé* ».

⁸ Cass. crim., 9 mars 1906 ; *DP* 1907, 1, p. 158. V. encore, Cass. crim., 19 juill. 1956, *Bull. crim.* n° 555, à propos d'une chambre d'hôtel, dont la porte était aussi seulement poussée et où tout le monde pouvait entrer ; Cass. crim., 11 oct. 1979 ; *D.* 1980, IR, p. 105, relatif à une pièce d'un domicile dont la porte d'entrée était restée ouverte.

en dehors des heures de classe, sans témoins et portes fermées, ne sont, théoriquement, pas punissables¹.

Cette approche objective de l'accessibilité n'est toutefois pas systématique, puisqu'il a aussi pu être jugé que la circonstance que la porte d'un local privé ne fût pas fermée à clé et ait donné sur un couloir commun ne caractérisait pas *ipso facto* l'élément de publicité². Ce dernier arrêt soulève la question de l'appréciation subjective à adopter en la matière, sur laquelle on reviendra plus loin³.

199. En définitive, l'incertitude qui règne en matière d'exhibition sexuelle laisse penser que le « *lieu accessible aux regards du public* » est une notion fonctionnelle, dès lors que cette expression est particulièrement délicate à appréhender et qu'elle semble avoir pour unique utilité de permettre une répression étendue du comportement exhibitionniste, voire d'inciter le juge à évaluer le caractère privé ou public de l'exhibition et non du lieu. On reviendra plus loin sur la rédaction défailante de l'article 222-32 du Code pénal⁴. La même critique ne peut pas être faite à l'égard de certains espaces clos entretenant des liens étroits avec l'accessibilité.

2. Les espaces clos assimilables à des lieux privés

200. L'assimilation renvoie au procédé technique « *consistant, pour le législateur, une convention ou un interprète, à rattacher une situation, un cas ou une notion juridique à une catégorie voisine, en faisant (plus ou moins artificiellement) abstraction de leurs différences, afin de soumettre, en tout ou partie, l'élément assimilé au même régime juridique que la catégorie de rattachement* »⁵ ; elle est assurément à utiliser avec parcimonie, sous peine de se rendre coupable d'abus d'abstraction⁶. En matière de lieu privé, le recours à cette technique semble néanmoins s'imposer, tant plusieurs contenants entretiennent une proximité étroite avec

¹ Cass. crim., 30 juill. 1863, *Bull. crim.* n° 209 ; *DP* 1864, 1, p. 147 ; *S.* 1868, 1, p. 555. La solution serait certainement différente aujourd'hui, les personnes exposées étant des témoins involontaires (v. *infra* n° 218).

² Cass. crim., 11 déc. 1952, *Bull. crim.* n° 300.

³ V. *infra* n° 218.

⁴ V. *infra* n° 461.

⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « Assimilation ».

⁶ Dans cette optique, l'on n'évoquera pas ici la « *sépulture* » parmi les contenants revêtant un caractère privé, quand bien même celle-ci soit fréquemment décrite comme la « *dernière demeure* » d'un individu et que soit incriminée la « *violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de tombeaux, de sépultures, d'urnes cinéraires ou de monuments édifiés à la mémoire des morts* » (C. pén., art. 225-17, al. 2). En effet, en application de cette disposition, la sépulture est avant tout envisagé par la jurisprudence comme un *objet* susceptible de dégradations plutôt que comme un *espace* inaccessible.

le lieu privé, du fait de leur inaccessibilité. Il s'agit, d'une part, du *contenant d'une chose corporelle* et, d'autre part, du *contenant d'une donnée*.

201. Le contenant d'une chose corporelle en droit pénal. Le principal obstacle à l'assimilation des contenants de choses corporelles tient au fait qu'une personne ne peut matériellement y entrer. Seule, la main peut généralement pénétrer dans l'objet pour en extraire le contenu, si bien que parler d'« *occupant du lieu* » relève assurément de l'abus de langage. Néanmoins, selon BACHELARD, l'armoire « *et ses rayons, le secrétaire et ses tiroirs, le coffre et son double fond sont de véritables organes de la vie psychologique secrète. Sans ces "objets" et quelques autres aussi valorisés, notre vie intime manquerait de modèle d'intimité. Ce sont des objets mixtes, des objets-sujets. Ils ont, comme nous, par nous, pour nous, une intimité* »¹. Si tant est que l'on considérât la vie privée comme critère de définition constitutif du lieu privé, on trouverait déjà, dans cette assertion, un fondement de rattachement des objets contenants au lieu privé. On sait, cependant, que le seul fait qu'un espace soit clos et inaccessible sans autorisation expresse suffit à en faire un lieu privé². C'est ainsi que le législateur, comme le juge pénal, y assimilent certains contenants en droit pénal et en procédure pénale.

Avant la loi n° 81-82 du 2 février 1981, les incriminations pénales faisaient uniquement référence à certains lieux privés affectés à l'entrepôt³. Dès lors, il n'était pas possible d'assimiler des objets contenants à ces espaces, clairement délimités, au sein desquels une personne pouvait tout à fait pénétrer. L'introduction, en 1981, de la formule « *lieu où sont conservés des fonds, valeurs, marchandises ou matériels* », remplacée par la suite par celle de « *lieu utilisé ou destiné à l'entrepôt de fonds, valeurs, marchandises ou matériels* »⁴ allait permettre une telle assimilation. En effet, celle-ci met l'accent sur les choses corporelles

¹ G. BACHELARD, *Poétique de l'espace*, op. cit., p. 83.

² V. *supra* n° 45 et s.

³ V. C. pén., art. 383 ancien, aggravant le vol commis, par effraction, escalade ou usage de fausses clés, « *dans des édifices, parcs ou enclos non servant à l'habitation et non dépendant des maisons habitées* » ; circonstance aggravante ayant pu être qualifiée « *de médiocre importance* » (A. VITU, *Droit pénal spécial*, op. cit., t. 2, n° 2270, p. 1854) ; art. 391, réputant « *parc ou enclos, tout terrain environné de fossés, de pieux, de claies, de planches, de haies vives ou sèches, ou de murs, de quelque espèce de matériaux que ce soit, quelles que soient la hauteur, la profondeur, la vétusté, la dégradation de ces diverses clôtures, quand il n'y aurait pas de porte fermant à clé ou autrement, ou quand la porte serait à claire-voie et ouverte habituellement* » ; art. 392, complétant l'article précédent en ces termes : « *Les parcs mobiles destinés à contenir du bétail dans la campagne [...] sont aussi réputés enclos ; et lorsqu'ils tiennent aux cabanes mobiles ou autres abris destinés aux gardiens, ils sont réputés dépendants de maison habitée* ».

⁴ Sur les raisons de cette évolution sémantique, v. *infra* n° 270.

stockées dans le lieu¹. Sont ainsi concernés, notamment, les banques, les usines, les hangars, les entrepôts², ou encore les magasins, tels qu'une bijouterie³.

Le cas des véhicules automobiles a suscité des hésitations. Ces derniers ne sont pas, par nature, destinés à l'entrepôt. Toutefois, il est évident que la voiture a également vocation à stocker des objets ; dans le langage courant, « *le coffre* » d'une voiture se distingue ainsi de « *l'habitacle* ». Certains juges du fond ont donc considéré comme constitutif d'une effraction le fait de forcer la serrure d'une voiture pour y pénétrer et dérober des objets⁴ ; d'autres ont jugé, au contraire, que la voiture ne pouvait pas être considérée comme un lieu de stockage⁵.

Dans toutes ces hypothèses, il était donc question de lieux privés au sens classique du terme. En revanche, il a été jugé que caractérisait l'effraction le fait de fracturer des parcmètres⁶ ou de forcer les appareils récepteurs de monnaie de cabines téléphoniques⁷. Or, ces objets sont des contenants au sein desquels une personne ne peut, matériellement, se trouver. On observe donc une assimilation de l'objet contenant au lieu privé en la matière. Sans doute serait-il souhaitable, au nom du principe de la légalité pénale, d'amender ce texte en précisant que les infractions concernées seraient aggravées lorsqu'elles concernent « *le lieu privé, l'objet ou le contenant destiné à l'entrepôt de fonds, valeurs, marchandises ou matériels* ».

En toute hypothèse, on peut observer une telle démarcation du lieu privé et de l'objet contenant en procédure pénale.

202. *Le contenant d'une chose corporelle en procédure pénale.* En matière procédurale, l'enjeu du contenant est plus prépondérant qu'en droit pénal de fond, car la manière dont l'enquêteur accède à une preuve importe autant que la substance de celle-ci. Plusieurs contenants sont ainsi assimilés par le juge ou par le législateur à des lieux privés, en ce que l'accès à ces objets est soumis à un régime spécifique. Il s'agit essentiellement du coffre, des bagages et des vêtements.

¹ W. JEANDIDIER, « Fasc. 20 : Vol », *J.-Cl. Pénal Code*, 2020, n° 93 : « *les fonds visent l'argent, les valeurs, les bijoux, lingots et valeurs mobilières, les marchandises des colis divers comprenant les objets fabriqués dans le local ou qui y sont entreposés et faisant l'objet d'un commerce ; enfin les matériels font allusion aux objets de toute nature servant à une exploitation, celle poursuivie dans le local visité* ».

² TGI Agen, 18 févr. 1998 ; *D.* 1999, somm., p. 334, obs. J.-C. GALLOUX. En l'espèce, des sacs de maïs transgénique et de semences diverses ont été détruits lors d'une manifestation paysanne.

³ CA Paris, 18 sept. 2001 ; *JurisData* n° 2001-161163.

⁴ CA Paris, 2 juill. 1987 ; *JurisData* n° 1987-025268 ; CA Limoges, 11 mars 1988 ; *JurisData* n° 1988-040913.

⁵ CA Rennes, 14 déc. 1984 ; *JurisData* n° 1984-042795 ; CA Paris, 9 avr. 1987 ; *JurisData* n° 1987-025268.

⁶ CA Nancy, 8 juin 1988 ; *JurisData* n° 1988-044886.

⁷ CA Paris, 18 mars 1985 ; *JurisData* n° 1985-023668.

L'assimilation des *coffres et bagages* à des lieux clos en procédure pénale est effectuée tant par le juge que par le législateur. En premier lieu, en matière de perquisition de droit commun, les juges ont pu adopter une approche très extensive du terme « *domicile* », présent à l'article 56 du Code de procédure pénale, pour appliquer cette qualification et le régime qui en découle à certains objets contenant. Ont ainsi été assimilés à un lieu clos : un coffre-fort¹, un portefeuille², une boîte aux lettres³, une enveloppe⁴, ou encore une valise⁵. En revanche, le casier d'une consigne de gare s'est vu refuser cette qualification⁶ ce qui peut paraître incohérent⁷. Parmi ces objets, la plupart ont par la suite été identifiés par le législateur dans des dispositions spécifiques⁸.

Les compartiments de *vêtements* que constituent, par exemple, les poches, peuvent également être appréhendés comme un objet contenant. D'une manière générale, le vêtement est incontestablement un objet singulier remplissant des fonctions multiples. On a pu écrire qu'il devait répondre à la règle des « *trois P* » : « *parure, pudeur, protection* »⁹. Or, si la doctrine identifie la plupart du temps les deux premières finalités du vêtement, elle passe souvent sous silence la troisième¹⁰, laquelle peut concerner tant la personne que les objets qu'elle transporte.

¹ CA Aix-en-Provence, 25 mai 1954 ; *JCP G* 1954, II, 8411, note M. VIENNE. Le coffre-fort a alors été présenté comme un « *prolongement de domicile* ».

² Cass. crim., 15 oct. 1984, *Bull. crim.* n° 298.

³ Cass. crim., 15 oct. 2014, n° 14-83.702, présentant une boîte aux lettres comme « *un accessoire du domicile* ».

⁴ Cass. crim., 4 mars 1991, n° 90-82.002, *Bull. crim.* n° 105, décrivant la saisie de la correspondance postale comme une « *opération assimilable à une perquisition ou visite domiciliaire* ».

⁵ Cass. crim., 5 oct. 2011, n° 11-81.125. V. également, pour une sacoche, Cass. crim., 23 mars 2016, n° 14-87.370.

⁶ Cass. crim. 12 oct. 1993, *Bull. crim.* n° 287 ; *Dr. pén.* 1994, comm. 194, obs. A. MARON. V. néanmoins Cass. crim., 14 oct. 1969, *Bull. crim.* n° 248, refusant d'analyser le coffre-fort comme une annexe du domicile du locataire du coffre mais considérant la banque elle-même comme le « *domicile autre que celui de la personne mise en examen* » au sens de l'article 96 du Code de procédure pénale.

⁷ J. BUISSON, « Fasc. 20 : Crimes et délits flagrants », *op. cit.*, n° 124 : « *Il n'en demeure pas moins qu'à l'analyse, [le casier] constitue un "lieu clos", auquel la force publique ne peut avoir accès qu'en application des pouvoirs contenus dans l'enquête de flagrance* ».

⁸ Par ex., C. douanes, art. 64 ou LPF, art. L. 16 B, régissant la visite d'un « *coffre dans un établissement de crédit* » ; C. proc. pén., art. 78-2-2 et s. ou CSI, art. L. 613-2, encadrant l'inspection visuelle ou la fouille de « *bagages* » ; C. transports, art. L. 5332-6, mentionnant plus largement la « *fouille des bagages, des colis, des marchandises* », avant d'isoler « *la fouille des bagages* ». Sur ces fouilles, v. *infra* n° 341.

⁹ J.-C. FLÜGEL, *Le rêveur nu. De la parure vestimentaire*, Aubier, 1982, 242 p.

¹⁰ Par ex., v. R. LIBCHABER, « À la croisée des interprétations : le voile et la loi », *RTD civ.*, 2004, p. 161, pour qui « *le vêtement est en quelque sorte le point de contact entre vie privée et vie publique. D'un côté, il est un attribut manifeste de la personnalité, un mode d'expression par lequel une personne choisit librement l'apparence qu'elle se donne et revendique une identité affichée. D'un autre côté, il s'agit aussi bien d'un moyen de cacher les corps pour permettre aux individus d'entrer en contact dans la vie publique, sans heurter les sentiments des autres – et notamment la pudeur* ». Cet auteur ignore donc bien la fonction de protection du vêtement qui, certes, s'applique au corps, mais également aux objets contenus dans les poches ou autres interstices de celui-ci. L'auteur ajoute que « *la question du vêtement a jusqu'à présent laissé les juristes indifférents – au contraire de son absence, qui a sollicité le droit pénal par la nudité, et les atteintes à la pudeur qu'elle emporte* », ce qui est moins exact depuis 2010 et le débat sur la dissimulation du visage dans l'espace public, sur lequel v. *infra* n° 466 et s.

Là encore, l'assimilation a au départ été jurisprudentielle. Ainsi, la fouille à corps a-t-elle été assimilée à une perquisition par la Cour de cassation¹, ce que d'aucuns ont pu qualifier sans ambages de « *forçage juridique* »². Au-delà du mépris du principe de légalité auquel ce raisonnement par analogie aboutit, l'expression « *fouille à corps* » est trompeuse, car il s'agit ici de fouiller *le vêtement* et non le corps³. Ce dernier peut, il est vrai, faire l'objet d' « *investigations corporelles internes* »⁴, mais l'on ne saurait, dans l'absolu, assimiler le corps comme au lieu privé, celui-ci faisant l'objet d'un traitement juridique spécifique, en droit pénal⁵ comme ailleurs⁶.

En toute hypothèse, le Code de procédure pénale régit aujourd'hui les « *palpations de sécurité* », d'une part et la « *fouille intégrale* », d'autre part, laissant étrangement la fouille à corps classique en dehors des prévisions textuelles. Quant aux premières, elles furent introduites à l'article 63-7 du Code de procédure pénale par la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011, qui mentionne « *la fouille par palpation* »⁷. Les vêtements, et plus précisément les sous-vêtements, sont également concernés par les « *fouilles intégrales* »⁸, au cours desquelles une personne peut être amenée à se déshabiller. De surcroît, certains textes font mention de la « *visite [...] des personnes* »⁹. Or, il semble que cette expression, relativement imprécise, désigne justement la fouille des vêtements, donc la fouille à corps. Étonnamment, pourtant, la Cour de cassation a jugé que « *la fouille des vêtements, autorisée par l'article 60 du code des*

¹ Cass. crim. 22 janv. 1953 ; *Gaz. Pal.* 1953, 1, p. 113. V. récemment : Cass. crim., 29 mars 2017, n° 09-82.511 et 16-82.763.

² M. HERZOG-EVANS, obs. ss. Cass. crim., 5 janv. 2010, *AJ pénal* 2010, p. 205.

³ Selon S. DETRAZ (*D.* 2011, p. 2775), néanmoins, les parties corporelles externes telles que la chevelure sont à assimiler au vêtement dans le cadre des perquisitions.

⁴ C. proc. pén., art. 63-7 et Loi pénit., art. 57.

⁵ V. les infractions contenues dans le chapitre 2 du livre 2 du Code pénal, relatif aux atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne. Plus spécialement, l'on ne saurait déduire de l'exigence d'un acte de pénétration pour constituer le crime de viol (C. pén., art. 222-23) une assimilation entre le corps et le lieu privé, puisque l'on ne peut pas opposer un « *corps privé* » à un « *corps public* », qui serait accessible à tout un chacun. L'on ne peut se prévaloir de l'expression « *fille publique* » comme contre-argument, en ce que, quand bien même l'acte de prostitution est accessible à tous ceux qui souhaitent en acquitter le prix, l'acte de pénétration sexuelle est toujours soumis au consentement de la personne prostituée. En ce sens, tout corps est un sanctuaire inviolable et l'on ne saurait l'inscrire dans l'opposition privé-public, entendue sous l'angle de l'accessibilité. Cela n'exclut pas, bien entendu, d'envisager la nudité du corps commun un élément susceptible d'être montré ou caché, donc accessible ou inaccessible, d'où l'incrimination du voyeurisme, par exemple (C. pén., art. 226-3-1).

⁶ V. C. civ., art. 16 et s.

⁷ V. déjà L. pénit., art. 57. V. aussi, CSI, art. L. 613-2 et L. 613-3, régissant, quant à eux, « *les palpations de sécurité* » par des agents de sécurité privée ; art. R. 434-1, prévoyant qu'une telle palpation « *a pour finalité de vérifier que la personne contrôlée n'est pas porteuse d'un objet dangereux pour elle-même ou pour autrui* ».

⁸ C. proc. pén., art. 63-6 et 63-7, et 64.

⁹ V. not., C. transports, art. L. 5332-6 et L. 6342-4 ; C. douanes, art. 60.

douanes, ne peut être assimilée à une fouille à corps »¹, ce qui rend très incertaine la définition cette dernière.

Il serait donc hautement souhaitable, afin d'éviter toute confusion, que les textes évoquent la fouille de vêtement et non la fouille à corps. En d'autres termes, la terminologie en la matière devrait évoluer et distinguer précisément la *palpation des vêtements*, la *fouille des vêtements* et la *fouille intégrale*.

203. Le système de traitement automatisé de données. À l'instar du contenant d'une chose, l'assimilation d'un système informatique à un lieu privé se heurte au fait qu'on ne peut occuper, au sens strict, un espace numérique. Néanmoins, dans la société contemporaine, il est bien évident que l'accessibilité d'un tel système est un enjeu majeur, ce que traduisent diverses qualifications légales². Le système informatique a été pris en compte pour la première fois avec la loi n° 88-19 du 5 janvier 1988 qui incrimina plusieurs délits relatifs au « *système de traitement automatisé de données* » (STAD ci-après), en particulier le délit d'accès ou de maintien frauduleux « *dans tout ou partie* » de celui-ci³. On voit donc que le législateur envisage dès l'origine le STAD de manière transversale, comme le lieu privé, en ce qu'il n'est pas nécessaire de considérer son affectation ou la qualité de son titulaire. D'ailleurs, depuis loi n° 2012-410 du 27 mars 2012, l'article 323-1 du Code pénal précise en son troisième alinéa que le délit d'accès ou de maintien frauduleux dans un STAD est aggravé lorsqu'il est commis à l'encontre d'un système « *mis en œuvre par l'État* ». Le caractère transversal d'un tel système est donc certain, ce que confirme la jurisprudence rendue en la matière, puisqu'ont été qualifiés de STAD l'annuaire d'un opérateur téléphonique⁴, le serveur d'une université⁵, le serveur du Casier judiciaire national⁶, un système de carte bleue⁷ ou une boîte de messagerie électronique⁸. C'est donc bien le critère de l'accessibilité qui s'avère essentiel en la matière.

¹ Cass. crim., 31 mai 2011, n° 11-80.034.

² Sur l'assimilation prétorienne d'un téléphone portable à un lieu clos, susceptible d'être perquisitionné, v. *infra* n° 342.

³ C. pén., art. 462-2 ancien.

⁴ T. corr. Brest, 14 mars 1995 ; LPA 28 juin 1995, n° 77, note M.-G. CHOISY. V. aussi, TGI Paris, 26 juin 1995 ; LPA 1^{er} mars 1996, p. 4, pour un accès au réseau d'un opérateur téléphonique en utilisant les numéros d'une carte appartenant à autrui.

⁵ TGI Vannes, 13 juill. 2005, *Université Bretagne Sud c/ X* ; CCE 2006, comm. 74, obs. E. CAPRIOLI.

⁶ TGI Paris, 12^e ch., 2 juin 2006 ; D. 2007, chron., p. 1991, obs. C. LE STANC. En l'espèce, avait également été visé le serveur du Centre d'expertise gouvernemental de réponse et de traitement des attaques informatiques, dépendant du ministère de la Défense nationale.

⁷ TGI Paris, 25 févr. 2000 ; D. *Affaires* 2000, p. 219, obs. X. DELPECH.

⁸ Cass. crim., 16 janv. 2018, n° 16-87.168 ; Dr. pén. 2018, comm. 74, obs. P. CONTE. Il s'agissait en l'espèce de boîtes de messageries présentes sur deux ordinateurs de deux praticiens hospitaliers. V. aussi, TGI Paris, 12^e ch., 1^{er} juin 2007, *Sté O. et a. c/ T. N. et M. T.*, pour la boîte de messagerie électronique d'un employeur.

En ce sens, une définition du STAD avait été proposée lors des débats au Sénat, selon laquelle serait un tel système « *tout ensemble composé d'une ou plusieurs unités de traitement, de mémoires, de logiciels, de données, d'organes d'entrées-sorties et de liaisons, qui concourent à un résultat déterminé, cet ensemble étant protégé par des dispositifs déterminés* »¹. Cette définition mettait ainsi l'accent sur la nécessité rendre inaccessible le système². Dans la très grande majorité des cas, en pratique, le STAD sera protégé par un mot de passe. L'importance de barrières informatiques est néanmoins relativisée par la doctrine, en ce que l'existence d'un tel dispositif « *ne peut constituer qu'un moyen – particulièrement important, certes, mais un moyen seulement – de faire connaître aux personnes habilitées l'absence de droit à pénétrer dans le système ou à s'y maintenir* »³. En somme, l'accessibilité s'apprécie ici de la même façon que pour un lieu privé classique : le juge doit prendre en compte tant l'accessibilité objective du système que l'accessibilité subjective – sur laquelle on reviendra plus loin⁴ –, la seconde étant le plus souvent déduite de la première.

Dans le Code de procédure pénale, on trouve depuis 2003 des références au « *système informatique* »⁵. On pourrait penser que ce syntagme est simplement une alternative à la désignation « *STAD* », ce que suggère la définition du premier posée par la Convention de Budapest en 2001⁶. Pourtant, les deux vocables sont parfois distingués dans des dispositions

¹ Doc. AN n° 1009, 1987-1988, et plus particulièrement, Rapp. THYRAUD, Doc. Sénat n° 3, 1987-1988, p. 51 à 53.

² Dans le même sens, v. CA Paris, 30 oct. 2002, *Kitetoo c/ Sté Tati* ; D. 2003, p. 2827, note C. LE STANC, jugeant qu'un internaute peut légitimement « *se maintenir dans les parties des sites qui peuvent être atteintes par la simple utilisation d'un logiciel grand public de navigation, ces parties de site, qui ne font, par définition, l'objet d'aucune protection de la part de l'exploitant du site ou de son prestataire de services, devant être réputées non confidentielles à défaut de toute indication contraire et de tout obstacle à l'accès* ».

³ R. GASSIN, v° « Informatique (Fraude informatique) », *Rép. pén.*, 1995, n° 155. Dans le même sens, v. A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2018, n° 629, p. 272 : « *La violation du dispositif de sécurité facilite la preuve de la fraude, mais elle ne doit pas être tenue pour un élément constitutif de l'infraction* ».

⁴ V. *infra* n° 217.

⁵ V. C. proc. pén., art. 57-1, auquel renvoient les art. 76-3 et 97-1, régissant depuis la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 l'accès des enquêteurs à des données « *stockées dans un [système informatique implanté sur les lieux où se déroule une perquisition] ou dans un autre système informatique* », ainsi qu'à des « *supports de stockage informatique* ». Sur le régime de ces « *perquisitions informatiques* », v. *infra* n° 342.

⁶ Conv. sur la cybercriminalité du 23 novembre 2001 (STE n° 185), art. 1^{er}, précisant que l'expression étudiée « *désigne tout dispositif isolé ou ensemble de dispositifs interconnectés ou apparentés, qui assure ou dont un ou plusieurs éléments assurent, en exécution d'un programme, un traitement automatisé de données* ». La parenté entre le STAD et le « *système informatique* » est donc des plus étroites. Ladite convention est à l'origine des dispositions précitées relatives aux perquisitions informatiques (*ibid.*, art. 19).

récentes¹, ce qui crée une ambiguïté². Il n'en demeure pas moins que, dans tous les cas, lorsque le législateur s'intéresse aux systèmes informatiques, c'est avant tout pour décrire un espace virtuel clos³, ce qu'atteste la théorie du « *domicile virtuel* ».

204. La théorie du domicile virtuel. La doctrine discute depuis quelques années de la pertinence d'assimiler le système informatique inaccessible aux tiers non autorisés à un « *domicile virtuel* »⁴. Cette assimilation explicite est en effet de plus en plus mise en avant, même en dehors de la sphère juridique⁵. Commentant une espèce où il était question d'un maintien litigieux dans le réseau extranet d'une entreprise, constitutif d'un STAD, un auteur a ainsi pu relever qu'il est « *de l'essence même de ce type de réseau que d'impliquer un contrôle d'accès. Dans ces conditions, profiter d'une faille de sécurité pour se connecter à un extranet équivaut à entrer chez autrui sans y être invité en profitant du fait que l'occupant des lieux a oublié de fermer sa porte à clé* » ; et l'auteur d'ajouter que « *tout n'est pas public dans les réseaux de télécommunication ; les espaces privés doivent également y être respectés* »⁶. Dans

¹ V. C. proc. pén., art. 706-102-1, analysant séparément, depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, les données informatiques « *telles qu'elles sont stockées dans un système informatique, telles qu'elles s'affichent sur un écran pour l'utilisateur d'un système de traitement automatisé de données, telles qu'il les y introduit par saisie de caractères ou telles qu'elles sont reçues et émises par des périphériques* ». V. aussi, CSI, art. L. 853-2, reprenant les mêmes termes et distinguant encore plus explicitement.

² Cette présentation introduit-elle une distinction entre le système informatique, dont la fonction serait le stockage, et le STAD, qui renverrait plus précisément aux autres mécanismes de traitements des données ? Au vu de la définition du système informatique posée par la convention de 2001, qui mentionne le « *traitement automatisé de données* » sans plus de précision, il semble plutôt que les deux expressions soient synonymes. La mention du « *support de stockage informatique* » (C. proc. pén., art. 57-1, al. 4) soulève une interrogation semblable. Pour autant, on peine à trouver un critère véritablement opérant pour distinguer ces termes du système informatique. Il s'agit peut-être de traiter spécifiquement de la fonction de stockage du support informatique : fonction exclusive du support, d'un disque dur ou d'une clé USB, par exemple ; fonction parmi d'autres d'un ordinateur ou d'une tablette. Rien ne permet néanmoins de justifier une interprétation aussi restrictive.

³ Il est vrai que l'article 57-1 précité énonce en son dernier alinéa que si les données « *sont stockées dans un autre système informatique situé en dehors du territoire national, elles sont recueillies par l'officier de police judiciaire, sous réserve des conditions d'accès prévues par les engagements internationaux* ». Cela suggère donc que tout système informatique n'est pas nécessairement clos. En effet, la Convention de Budapest, à laquelle renvoie implicitement la disposition évoquée, distingue les données situées à l'étranger en « *source ouverte* » de celles en « *source fermée* » (art. 23) ; on retrouve ici l'importance de l'accessibilité objective. Un auteur en déduit donc que, dans le cadre d'une enquête judiciaire, « *l'agent ou l'officier de police judiciaire va opérer ses constatations sur Internet en se préoccupant de savoir si les données auxquelles il accède sont publiques ou privées – c'est ce que l'on appelle plus communément "source ouverte" ou "source fermée" – et de connaître leur localisation* » (V. LEMOINE, *Le régime juridique des constatations policières sur Internet*, L'Harmattan, 2014, p. 57). Une donnée présente sur un site Internet peut certes être comparée à une personne se trouvant dans un lieu public. Pour autant, dans cette hypothèse, la donnée est alors considérée comme diffusée à l'aide d'un réseau de communication au public par voie électronique (v. *supra* n° 142 et s.).

⁴ Pour un exposé détaillé de cette théorie, v. G. DUMÉNIL, *Le domicile en droit pénal*, *op. cit.*, p. 159 et s.

⁵ V. G. DUMÉNIL, « Vers une dématérialisation du domicile : réflexions autour de la théorie du domicile virtuel en droit pénal », *Dr. pén.*, 2019, étude 17, évoquant une *start-up* française, Cozy, proposant depuis quelques années à ses utilisateurs un « *domicile numérique* » ayant pour fonction de réunir toutes leurs données personnelles au sein d'un espace virtuel sécurisé.

⁶ E. DREYER, obs. ss. Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, *AJ pénal* 2015, p. 413.

la même logique, on a pu écrire que l'article 321-1 du Code pénal serait l' « *adaptation immatérielle de la violation de domicile* »¹. Ce rapprochement est en effet séduisant, dès lors que les deux délits « *tendent à sanctionner l'intrusion ou le maintien au sein d'une sphère privée appartenant à l'individu et dont il peut légitimement exclure tout tiers. En outre, les deux infractions ont recours à un vocable figurant l'idée de violation, de pénétration : l' "intrusion", l' "accès" ou le "maintien"* »². Il serait d'autant plus approprié que l' « *adresse IP* » renvoie à la notion de domicile³. Ce dernier argument n'est néanmoins pas des plus probants, l'adresse renvoyant à la dimension de localisation d'un site et non à son accessibilité.

Plusieurs objections peuvent être formées contre cette thèse. Pour un auteur, il serait excessif « *de voir dans chaque système informatique un espace d'intimité de l'individu. Les données compulsées dans ce système peuvent ne pas avoir trait à la vie privée de leur propriétaire, peuvent ne pas s'attacher à son intimité* »⁴. Il est certain que les données introduites dans les STAD n'ont pas à être liées à la vie privée de la personne, pas plus qu'elles ne doivent être des données à caractère personnel. Cette objection n'est toutefois pertinente que si l'on admet que le STAD doit être assimilé à un domicile. En effet, la critique principale que soulève cette thèse tient à sa dénomination même. On le verra, le domicile est un lieu privé parmi d'autres qui se distingue de la catégorie générale des lieux privés en ce qu'il est affecté à l'habitation⁵. Or, un système informatique ne peut, concrètement, être affecté à l'habitation. Il serait donc plus adéquat de parler de « *lieu privé virtuel* »⁶.

En définitive, le système informatique s'apparente au lieu privé davantage qu'au domicile. Le réaliser n'est pas sans conséquence, car si ce système est bien protégé en droit pénal de fond, la Cour de cassation refuse parfois de l'assimiler à un lieu clos en matière procédurale⁷.

¹ P.-Y. GAUTIER, note sous TGI Paris, réf. 14 août 1996 ; D. 1996, p. 490.

² G. DUMÉNIL, *Le domicile en droit pénal*, op. cit., n° 229, p. 166. L'auteur ajoute (*ibid.*, n° 223, p. 160) : « *La création de pages Internet ou de sites personnels et privés sont autant de domiciles incorporels dont l'accès peut être réservé à certaines personnes et interdit à toute autre* ».

³ *Ibid.*, n° 225, p. 163 : « *Elle figure une localisation spatiale, une identité géographique* ».

⁴ *Ibid.*, n° 229, p. 167.

⁵ V. *infra* n° 242.

⁶ En ce sens, v. A. BENSOUSSAN, « *Le concept de violation de domicile virtuel* », *Actualité affaires des droits d'auteur, Netsurf*, oct. 1996, n° 8, pour qui « *tout ce qui est sur le Web n'est pas forcément public. Les "I" sont autant de portes virtuelles qui, selon leur nature, constituent des zones d'entrée ou d'interdiction. [...] De même qu'une porte électronique matérialisée par "I" est identifiée par les références d'une personne physique, l'entrée n'est pas de mise. C'est un véritable lieu privé, identifié par une séparation qui constitue l'équivalent d'une porte physique* ».

⁷ Sur ce constat, v. *infra* n° 242.

205. Au total, les contenants de choses corporelles évoquées et le système informatique revêtent bien un caractère privé du fait de l'importance que joue l'accessibilité objective à l'égard de ces qualifications. Un constat semblable peut être dressé pour certaines réunions.

B. L'identification de réunions spécifiées par leur accessibilité

206. Il s'agit ici d'aborder, d'une part, la délicate question de l'articulation entre les qualifications spécifiques de *réunion publique* – au sens de la loi du 30 juin 1881 et de l'article 431-10 du Code pénal –, de *manifestation* et d'*attroupement*. Il s'agit de montrer que c'est avant tout grâce au critère de l'accessibilité, dans son acception objective, que ces réunions publiques, *lato sensu*, peuvent être distinguées les unes des autres (1). D'autre part, l'importance de cette considération en matière d'audiences pénales doit être soulignée (2).

1. L'attroupement et la manifestation

207. Tant la qualification d'attroupement que celle de manifestation sont spécifiées par leur lieu de déroulement. On démontrera d'abord que l'attroupement se différencie de la réunion publique en ce qu'il ne peut avoir lieu dans un lieu privé, mais doit nécessairement se dérouler dans un lieu public. Ensuite, on verra que la manifestation se distingue aussi de la réunion publique dans la mesure où elle doit avoir lieu sur la voie publique, même si, en la matière, l'objet de la réunion semble importer pour la jurisprudence. Il s'agira, enfin, de mettre en lumière les limites de la terminologie employée en la matière.

208. ***L'attroupement, réunion publique dans un lieu public.*** Aux termes de l'article 431-3 du Code pénal, auxquels l'article L. 211-9 du Code de la sécurité intérieure renvoie : « *Constitue un attroupement tout rassemblement de personnes sur la voie publique ou dans un lieu public susceptible de troubler l'ordre public* ». Au regard de cette disposition, il est classique de considérer que l'attroupement se distingue de la réunion publique du fait de quatre éléments : son absence de finalité politique, son caractère désorganisé, son caractère délictueux et sa localisation. Les trois premiers critères de distinction peuvent être remis en cause. Seule la prise en compte de la localisation est, en réalité, déterminante.

Tout d'abord, là où la réunion aurait un objectif précis – la discussion d'opinions –, l'attroupement serait dénué d'une telle finalité. Or, comme l'exprime à juste titre un auteur,

l'opinion défendue « *au sein de la jurisprudence administrative, même pas par la juridiction elle-même, mais par un de ses commissaires du gouvernement selon laquelle la réunion et la manifestation publiques auraient pour but l'expression d'idées ce que l'attroupement ne montrerait pas, n'a aucune justification* »¹. En effet, on a vu que l'objet de la réunion publique n'est pas un critère définitoire de celle-ci². Par ailleurs, on ne peut pas déduire des termes « *susceptible de troubler l'ordre public* » que l'attroupement serait une réunion ayant pour objet la commission de troubles à l'ordre public. À l'inverse, on pourrait considérer que l'ambiguïté autour du caractère politique de l'infraction d'attroupement³ témoigne d'un courant de pensée très présent à l'heure actuelle, quoiqu'éminemment critiquable, selon lequel la violence est l'ultime forme d'expression pour certains groupements. Cette vision a en effet prospéré, en France, dans le cadre du mouvement des « *Gilets jaunes* » ou aux États-Unis dans le cadre du mouvement *Black lives matter* ou du « *soulèvement* » du Capitole suite à l'élection présidentielle américaine de 2020. Si tant est qu'il faille céder à cette assimilation de la violence à un mode d'expression⁴, cela reviendrait en tous les cas à admettre qu'un attroupement peut avoir pour objet l'expression d'idées, telle que la colère et l'indignation, si bien que le prétendu critère de distinction serait, dès lors, inopérant. Il semble néanmoins plus pertinent de considérer que l'objet de l'attroupement n'est pas plus important pour l'attroupement que pour la réunion.

La doctrine estime, ensuite, que la réunion publique se caractérise par son organisation, là où l'attroupement serait fondamentalement désorganisé⁵. Or, cette opinion est discutable, car, en pratique, la plupart des attroupements délictueux sont des manifestations ou des réunions publiques – soit des rassemblements organisés – qui dégénèrent. Plus largement, il n'est pas certain que l'attroupement puisse être dénué de toute organisation. Pour illustrer les attroupements désorganisés ne répondant pas à la qualification de réunion publique ou de manifestation, sont cités l'exemple de la file d'attente devant un magasin ou une salle de spectacle ou celui du rassemblement spontané des supporters en cas de succès d'une équipe locale ou nationale⁶. Or, pour ce qui est du premier exemple, il n'est pas certain qu'il s'agisse d'un « *rassemblement* » au sens strict du terme. Il s'agit davantage d'un public présent dans un

¹ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 2019., n° 946, p. 1053.

² V. *supra* n° 169.

³ V. *infra* n° 456.

⁴ Comp. A CAMUS, « Dialogue pour le dialogue », *Défense de l'Homme*, n° 10, juin 1949, p. 2 : « *Je ne pense pas qu'il faille répondre aux coups par la bénédiction. Je crois que la violence est inévitable [...]. Je dis seulement qu'il faut refuser toute légitimation de la violence. Elle est à la fois nécessaire et injustifiable* ».

⁵ V. not., J.-F. DREUILLE, « Fasc. 20 : Attroupements », *op. cit.*, n° 23.

⁶ M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 945, p. 1053.

lieu¹, comparable à celui des personnes présentes dans une rame de métro. Il semble donc inopportun de confondre le public simplement présent dans un lieu et le rassemblement volontairement provoqué de personnes, donc le public de la réunion. À cet égard, il est révélateur que l'article 431-6 du Code pénal incrimine la provocation à l'attroupement. En effet, ce délit atteste qu'un attroupement ne peut se former spontanément ; le provocateur n'est autre que l'organisateur de la réunion². C'est également sous cet angle qu'il convient d'analyser l'exemple des rassemblements de supporters. En pratique, ceux-ci sont généralement prévus sur les réseaux sociaux à l'instigation de certaines personnes, ce qui tempère leur caractère spontané.

Plus fondamentalement, enfin, l'attroupement semble depuis longtemps renvoyer à ce que les sociologues ou criminologues qualifient de « foule » par opposition au « public ». En effet, la foule fait généralement l'objet d'une appréciation suspecte par ces derniers, depuis la fin du XIX^e siècle³. Comme le rappelle un auteur, c'est « *la contribution propre de Gustave Le Bon à la sociologie des foules que d'avoir donné à la notion de foule un caractère essentiellement négatif. À partir de lui et sous son influence, la foule est appréhendée d'emblée comme "criminelle"* »⁴. Les juristes se font parfois le relais de cette connotation négative de l'attroupement. On a ainsi pu décrire l'attroupement comme la « *forme dégénérée de la réunion et de la manifestation, plutôt maladie de l'espèce qu'entité distincte* »⁵. Plus encore, l'on peut lire, dans un rapport parlementaire que l'attroupement « *ne constitue pas l'exercice d'une liberté publique : la notion doit être appréhendée dans son contexte qui est celui du seul maintien de l'ordre sur la voie publique et dans les lieux publics* »⁶, affirmation qualifiée d'« *erreur évidente* » par un auteur⁷.

¹ V. *supra* n° 62.

² G. LE BON, *Psychologie des foules*, éd. Livres généraux, 1895, p. 51 : « *Si, par suite d'un accident quelconque, le meneur disparaît et n'est pas immédiatement remplacé, la foule redevient une collectivité sans cohésion ni résistance* ».

³ V., initiant ce mouvement désapprobateur : S. SIGHELE, *La foule criminelle : essai de psychologie collective*, Kessinger Publishing, 2010 (1892) ; G. LE BON, *op. cit.*

⁴ J. JULLIARD, « Foule, public, opinion », art. préc., p. 9. L'auteur indique au préalable (p. 1) : « *L'étymologie nous dit que la foule est le lieu où, à cause de la présence de nombreux individus, on est foulé, c'est-à-dire pressé, comprimé. À partir du XVI^e siècle, le mot désigne la multitude elle-même. Il y a donc d'emblée dans la notion de foule quelque chose de menaçant pour l'individu, pour sa liberté, pour son intégrité. Il s'en dégage l'idée d'une force autonome, irrésistible, échappant à la volonté des acteurs* ».

⁵ M. LE CLÈRE, *Les réunions, manifestations et attroupements en droit français et comparé*, *op. cit.*, p. 7. V. aussi, CSI, art. L. 252-6, mentionnant la « *manifestation ou [le] rassemblement de grande ampleur présentant des risques particuliers d'atteinte à la sécurité des personnes et des biens* ». Cette formulation montre bien que la manifestation peut tout à fait être aussi criminogène qu'un attroupement.

⁶ Rapp. MASSON, *JO Doc. Sénat*, n° 274, p. 62.

⁷ M.-L. RASSAT, *op. cit.*, *loc. cit.*

À la décharge du courant évoqué, il faut souligner l'ambiguïté fondamentale qui découle du Code pénal lui-même, mise en exergue de façon éloquente par l'auteur précité : « *L'attroupement qu'il définit est, en effet, uniquement celui qui trouble l'ordre public [...]. On pourrait dire que cette attitude est justifiée dans la mesure où c'est celui- là seulement qui relève du droit pénal. L'ennui est que cet article est en contradiction avec le titre de la section qu'il ouvre puisque celle-ci déclare concerner "la participation délictueuse à un attroupement" alors qu'elle concerne, en réalité "la participation à un attroupement délictueux" ; que cette façon de faire laisse supposer que tout attroupement est nécessairement délictueux, ce qui est faux ; que la définition de l'attroupement "normal" n'est donnée nulle part alors qu'elle est indispensable pour déterminer celui qui est délictueux* »¹. En d'autres termes, le législateur a encore une fois confondu la notion avec son régime. Effectivement, le régime administratif de l'attroupement a toujours été marqué par la question de la réaction de l'autorité administrative à ce type de rassemblement, les sommations étant ici centrales², en ce que c'est le fait de ne pas les respecter qui rend l'attroupement délictueux. Pour autant, est incriminée non seulement la participation à un tel attroupement délictueux³, mais aussi la participation armée à un attroupement, sans aucune précision sur le caractère délictueux de ce dernier⁴. D'un côté, l'esprit général de la section conduirait à penser que l'attroupement doit être un attroupement délictueux, la définition de l'article 431-3 vaudrait pour l'article qui le suit. D'un autre côté, le fait que le port d'armes soit aussi incriminé pour les réunions publiques ou les manifestations publiques⁵ – qui plus est puni des mêmes peines – et le fait que l'infraction de port d'arme dans un attroupement soit aggravée quand elle a lieu dans un attroupement délictueux⁶ remet en cause la nécessité d'un tel caractère pour l'infraction simple. Il y a donc là une incertitude qu'il revient à la jurisprudence de dissiper.

En somme, toutes les considérations qui précèdent ne permettent pas de distinguer clairement l'attroupement de la réunion publique ou de la manifestation. Seule, la condition objective de la localisation du rassemblement semble à même de les distinguer. Dès lors, l'attroupement peut tout simplement se définir comme une réunion publique se déroulant dans

¹ *Ibid.*, n° 945, p. 1052.

² M. MURBACH-VIBERT, v° « Attroupement », *op. cit.*, n° 84 et s.

³ C. pén., art. 431-4.

⁴ C. pén., art. 431-5, al. 1^{er}.

⁵ C. pén., art. 431-10.

⁶ C. pén., art. 431-5, al. 2.

un lieu public¹. Se pose alors la question de l'autonomie de la manifestation, lorsque l'attroupement a lieu sur la voie publique, lieu public spécifique.

209. La manifestation sur la voie publique. Il est évident que la manifestation évoque, dans l'imaginaire collectif, le rassemblement d'un nombre important de personnes en vue d'exprimer une opinion, la définition juridique de la manifestation pouvant difficilement se départir de cette acception intuitive. Pourtant, il convient de rappeler que rien dans les textes ne suggère de spécifier la manifestation par un tel objet. L'article L. 211-1 du Code de la sécurité intérieure, reprenant les termes du décret-loi du 23 octobre 1935, dispose que « *tous cortèges, défilés et rassemblements de personnes, et, d'une façon générale, toutes manifestations sur la voie publique* » sont soumis à une obligation de déclaration publique. Dès lors, la définition se révèle « *largement tautologique : une manifestation est un évènement qui se déroule sur la voie publique et soumis au régime déclaratoire des manifestations* »² ; notion et régime sont, ici encore, très imbriqués. Par ailleurs, le même article précise que les « *sorties sur la voie publique conformes aux usages locaux* » et les réunions publiques au sens de la loi du 30 juin 1881 sont dispensées d'une telle déclaration. Les sorties évoquées renvoient aux processions religieuses, aux manifestations folkloriques ou encore aux fêtes de village. Le seul critère dans les textes qui permet de distinguer la manifestation publique de la réunion publique réside donc dans l'usage de la voie publique³. Certains auteurs ont, certes, avancé qu'une manifestation peut se dérouler dans un lieu public⁴, mais cette interprétation est manifestement *contra legem*⁵. Si l'on

¹ V. *supra* n° 70 pour la jurisprudence illustrant les lieux publics dans lesquels peut se dérouler un attroupement.

² R. LETTERON, « Les débris de la loi “anti-casseurs” », *AJ Pénal*, 2019, p. 259.

³ Les textes renvoient ainsi à la « *manifestation sur la voie publique* » (C. pén., art. 431-9). V. aussi, Ord. n° 58-1100 du 17 novembre 1958, art 4, incriminant toute provocation à soumettre une pétition aux assemblées parlementaires commise « *par des écrits ou imprimés affichés ou distribués à un rassemblement sur la voie publique* ». On notera toutefois que le législateur a incriminé le fait pour une personne, « *au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique* » de dissimuler volontairement tout ou partie de son visage (C. pén., art. 431-9-1) et autorisé les forces de l'ordre à procéder à l'inspection visuelle des bagages des personnes et leur fouille « *sur les lieux d'une manifestation sur la voie publique et à ses abords immédiats* » (C. proc. pén., art. 78-2-5). Or, ces dispositions permettent incontestablement de réprimer des comportements ou d'opérer des actes attentatoires à des libertés individuelles en contournant la définition spatiale de la manifestation. En ce sens, v. R. HANICOTTE, « Espace public, impasses des libertés », art. préc., n° 22, pour qui « *le critère de l'infraction n'est plus le lieu (la voie publique), mais la localisation (l'immédiate proximité de la manifestation)* ». Or, « *la notion de lieu de la manifestation et a fortiori d'abords immédiats de lieu de la manifestation est particulièrement floue, au regard du principe de la légalité criminelle. Le parcours des manifestations peut être plus ou moins étendu et le périmètre géographique de l'incrimination doit s'étendre logiquement à toute la longueur du défilé, mais encore aux rues adjacentes, voire même aux stations de métro, de tramway qui permettent l'accès à la manifestation* » (J.-F. DREUILLE, « Fasc. 20 : Dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique », *J.-Cl. Pénal Code*, 2017, n° 4). Le Conseil constitutionnel, n'y a toutefois rien trouvé à redire (Cons. const., 4 avr. 2019, n° 2019-780 DC, § 14).

⁴ O. FILLIEULE et D. TARTAKOWSKY, *La manifestation*, Les presses de Sciences politiques, 2^e éd., 2013, p. 15.

⁵ En ce sens : M. MURBACH-VIBERT, v° « Manifestations », *Rép. pén.*, 2016 (màj. 2019), n° 46.

considère que l'autorisation préalable renvoie au régime de la manifestation et non à sa définition, ce critère spatial ne permet pas, en revanche, de distinguer la manifestation de l'attroupement, lequel peut également avoir lieu sur la voie publique. C'est sans doute pour cette raison que la jurisprudence a cru bon de poser le critère de l'expression d'une opinion comme critère définitoire propre à la manifestation publique.

Il importe, avant d'aborder la définition prétorienne de la manifestation, de rappeler que l'apparition du concept de manifestation tel qu'on l'entend aujourd'hui est un concept moderne. La foule est pendant longtemps soit convoquée par le pouvoir et disciplinée par lui, soit spontanée et d'emblée considérée comme criminelle, voire séditeuse. Ce n'est qu'en 1848 que le mouvement de rue laisse place à la manifestation pacifique d'une opinion : on n'assimile « *plus systématiquement le peuple au désordre et à l'émeute ; on conçoit désormais qu'il puisse s'exprimer pacifiquement* »¹. La manifestation serait ainsi consubstantielle au suffrage universel qui apparaît cette année-là, car celui-ci « *légitime la force du nombre [et] crée les conditions (intellectuelles) d'émergence de la manifestation, en tant qu'elle en est la mise en scène pacifique, à ce titre singulièrement distincte de ces formes d'investissement antérieures que furent les "journées", révoltes ou révolutions* »². Il n'en demeure pas moins que la loi du 7 juin 1848 n'emploie pas le terme manifestation, mais désigne simplement les attroupements non armés, susceptibles d'être tolérés. Les manifestations sont de plus en plus fréquentes à la fin du XIX^e siècle, culminant avec les 1^{er} mai, si bien que la spécificité de ce mode d'expression des idées politiques devient évidente³. Cela permet de comprendre l'apparition de la notion juridique de « *manifestation* » au début du XX^e siècle, le terme étant introduit en droit par le décret-loi du 23 octobre 1935. C'est encore l'image de la foule potentiellement dangereuse qui est alors attachée à cette notion, le texte ayant été rédigé en réaction aux manifestations sanglantes de 1934, avec pour objectif d'introduire un régime de liberté surveillée. En résumé, en France, « *la manifestation de rue, distincte des mouvements insurrectionnels de toute espèce, jouit tout à la fois d'une illégitimité et d'une centralité politique plus durables qu'ailleurs* »⁴.

Au vu de cette charge politique, il n'est guère surprenant que la jurisprudence ait voulu marquer la spécificité de la manifestation ainsi entendue. D'abord réticente à redéfinir les

¹ V. ROBERT, « Aux origines de la manifestation en France (1789-1848) », art. préc., p. 73.

² D. TARTAKOWSKY, « Quand la rue fait l'histoire », *Pouvoirs*, 2006, n° 1, p. 21.

³ On en arrive donc à l'idée selon laquelle « *la manifestation de rue est toujours, peu ou prou, circulation de l'Histoire dans la mémoire collective et modalité de la transmission. Elle permet à l'histoire faite manifestation de s'inscrire dans la mémoire vive et à l'individu de se fondre, un bref instant, dans un ensemble qui le dépasse et le transcende sans dommage aucun pour l'individu, au contraire brusquement magnifié et devenu sujet conscient de l'Histoire* » (*ibid.*, p. 29).

⁴ *Ibid.*, p. 21.

termes de la loi¹, la Cour de cassation a fini par affirmer en 2016 que la manifestation se définit comme « *tout rassemblement, statique ou mobile, sur la voie publique d'un groupe organisé de personnes aux fins d'exprimer collectivement et publiquement une opinion ou une volonté commune* »². La nouveauté réside évidemment ici dans la prise en compte de l'expression d'une opinion et d'une volonté commune³. Cet ajout est-il pertinent ? Si l'on veut clairement distinguer la manifestation publique de l'attroupement, il est en effet indispensable. Il fait néanmoins ressortir les limites de la terminologie légale.

210. Les limites de la terminologie légale. La loi n° 2019-290 du 10 avril 2019 visant à renforcer et garantir le maintien de l'ordre public lors des manifestations aurait été l'occasion idéale pour clarifier le triptyque « *réunion publique – manifestation – attroupement* », en particulier du fait qu'elle s'inscrivait dans une actualité extrêmement chargée en la matière ; elle ne s'est pas saisie de cette occasion. En l'état, on peut donc simplement estimer qu'une *réunion publique*, au sens de l'article 431-6 du Code pénal, est un rassemblement de personnes se tenant *dans un lieu privé ou dans un lieu public*, qu'un *attroupement* est une réunion publique pouvant avoir lieu *dans un lieu public* et qu'une *manifestation* constitue une réunion publique se déroulant *sur la voie publique* ; ce qui revient à dire que la réunion publique se confond avec l'attroupement quand elle a lieu dans un lieu public et que l'attroupement se confond avec la manifestation quand il a lieu sur la voie publique, toutes ces notions de distinguant uniquement par le régime administratif qu'elles entraînent. Cela n'est pas satisfaisant, et il serait souhaitable qu'une refonte des textes distingue plus nettement les différentes qualifications.

Plusieurs options sont à cet égard envisageables, *de lege feranda*. D'une part, il serait possible de préciser la répartition spatiale : la réunion publique serait un rassemblement se

¹ V. Cass. crim., 15 juin 1999, n° 98-84.045, cassant l'arrêt des juges du fond qui avaient proposé de définir la manifestation comme un « *rassemblement effectué sur la voie publique pour exprimer collectivement et publiquement une opinion ou une volonté commune* », dans une espèce où une trentaine de personnes s'était regroupée devant une clinique, dans le but de manifester leur hostilité aux interruptions volontaires de grossesse pratiquées dans cet établissement ; Cass. crim., 8 avr. 2014, n° 14-90.008, refusant de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité relative au terme étudié, du fait de sa prétendue clarté.

² Cass. crim., 9 févr. 2016, n° 14-82.234, *Bull. crim.* n° 35 ; *Dr. pén.* 2016, comm. n° 74, obs. P. CONTE. En l'espèce, des syndicalistes s'étaient installés à la barrière de péage d'une autoroute pour distribuer des tracts aux automobilistes. La Cour d'appel de Lyon avait relaxé les syndicalistes poursuivis pour organisation d'une manifestation non déclarée, considérant que la manifestation devait se définir comme « *un déplacement collectif organisé sur la voie publique aux fins de produire un effet politique par l'expression pacifique d'une opinion ou d'une revendication, cela à l'aide de chants, banderoles, bannières, slogans, et l'utilisation de moyens de sonorisation* ». Cette définition ajoutait assurément à la loi des conditions non exigées par celle-ci, en mettant notamment l'accent sur les moyens d'expression employés.

³ On notera que l'adverbe « *publiquement* » n'apporte rien ici, puisque la mention de la voie publique suffit à circonscrire la publicité spatiale du rassemblement.

tenant dans un lieu clos, l'attroupement un rassemblement se déroulant dans un lieu public, sauf sur la voie publique, et la manifestation un rassemblement organisé sur la voie publique. Il est néanmoins fort peu probable que ce soit l'option choisie par le législateur, au regard des régimes spécifiques attachés à chacune de ces notions. D'autre part, il serait envisageable de singulariser les réunions publiques ayant pour objet la discussion d'opinions, comme le suggère la jurisprudence, ce qui permettrait en effet d'opposer la réunion publique et la manifestation sur la voie publique d'un côté, l'attroupement de l'autre ; voire, tout simplement, d'appréhender la réunion publique de façon holiste. C'est cette dernière option que semblent privilégier les textes internationaux¹. Il ne serait alors pas nécessaire de distinguer entre les différents rassemblements au niveau notionnel, ce dont témoignent plusieurs législations étrangères².

211. Quoi qu'il en soit, *de lege lata*, le flou qui entoure les qualifications étudiées et l'importance accordée à leurs régimes respectifs amène à conclure que les notions concernées sont fonctionnelles et non conceptuelles. Il en va différemment des audiences privées ou publiques, plus simples à appréhender.

2. L'audience publique ou privée

212. L'inaccessibilité des audiences privées. Trois expressions sont employées par les textes pour décrire les audiences privées. L'audience peut ainsi être tenue en « *chambre du conseil* », à « *huis clos* » ou « *en publicité restreinte* ». Il s'agit de se concentrer sur les deux premières désignations ici, la troisième révélant davantage un caractère hybride³ qu'un caractère privé.

Pour un auteur, la chambre du conseil « *peut désigner toute sorte de lieu, à commencer par le bureau d'un juge, dès lors que la confidentialité des propos qui y sont tenus est assurée. [Elle peut également] désigner la pièce où se réunissent, hors de vue et d'écoute du public, les membres d'une juridiction pour délibérer. Dans ce dernier cas, l'usage retient aussi le terme*

¹ V. OSCE, *Lignes directrices sur la liberté de réunion pacifique*, 2010, 2^e éd., p. 7, définissant la réunion comme « *la présence intentionnelle et temporaire de plusieurs personnes souhaitant exprimer un point de vue commun dans un espace public. Cette définition reconnaît le fait que, même si des formes particulières de réunion peuvent soulever des problèmes spécifiques sous l'angle de leur réglementation, les réunions pacifiques – quel que soit leur type et qu'elles se tiennent sur des lieux publics ou privés ou bien à l'intérieur de structures fermées – méritent une protection* ». L'importance accordée à l'expression d'un « *point de vue commun* » peut paraître excessive.

² Par ex., en Allemagne, « *la loi fondamentale distingue entre réunion publique et réunion privée mais la notion de réunion publique englobe celle de manifestation* » (M. MURBACH-VIBERT, *op. cit.*, n° 34).

³ V. *infra* n° 282 et s.

«salle des délibérés», particulièrement pour la procédure criminelle »¹. On peut rapprocher « l'audience de cabinet »² de la qualification étudiée, en ce qu'elle « désigne une audience en chambre du conseil se déroulant devant un magistrat spécialisé statuant seul, d'ordinaire dans le bureau qui lui est affecté au sein du palais de justice »³.

Quant au huis clos, dont on étudiera le régime plus loin⁴, on sait qu'il fait référence aux débats se déroulant dans une salle d'audience dont les portes sont closes⁵. Cette audience privée paraît à première vue moins inaccessible que l'audience en chambre du conseil. Il n'est pas certain, néanmoins, que ces deux expressions renvoient à des réalités vraiment distinctes. On peut en effet observer que la « chambre du conseil » est mentionnée par les textes régissant des procédures au stade de l'enquête ou de l'instruction⁶, de l'exécution des peines⁷ ou d'autres procédures⁸, là où le « huis clos » est l'apanage des débats lors du jugement au fond d'une affaire⁹. Dans les deux cas, le lieu où se déroule l'audience est clos, ce qui contribue à conférer à ces audiences un caractère privé.

En toute hypothèse, il ne faut pas éluder les autres critères de la réunion privée. D'une part, l'importance du critère des personnes présentes joue un rôle certain en la matière. Par exemple, l'accès à la chambre du conseil est interdit à toute personne étrangère à la juridiction ou non concernée par l'affaire, y compris les avocats qui ne sont pas les avocats des parties¹⁰. D'autre part, la volonté de l'organisateur de la réunion est ici essentielle, ce sur quoi l'on reviendra¹¹. Reste à évoquer l'audience publique, logiquement caractérisée par son accessibilité, contrairement à l'audience privée.

¹ P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, th. dir. F. FOURMENT, Université de Lorraine, 2012, p. 259.

² C. proc. pén., art. 145.

³ P. PIOT, *op. cit.*, p. 34.

⁴ V. *infra* n° 388, 502, 503 et 505.

⁵ V. *supra* n° 36. V. aussi, P. PIOT, *op. cit.*, p. 275, précisant que la procédure de huis clos « consiste à faire sortir le public de l'auditoire et à en fermer les portes afin d'en interdire l'accès ».

⁶ Par ex. : C. proc. pén., art. 394, pour le placement sous contrôle judiciaire ou sous assignation à résidence sous surveillance électronique ; C. proc. pén., art. 221-3, pour les débats relatifs à l'opposition à la publicité pour le contentieux relatif à la détention provisoire devant la chambre de l'instruction.

⁷ Par ex. : C. proc. pén., art. 712-7, pour les débats devant le tribunal de l'application des peines.

⁸ Par ex. : C. proc. pén., art. 16-3, pour le contentieux relatif à la qualité d'officier de police judiciaire.

⁹ V. not., C. proc. pén., art. 306 et 400.

¹⁰ Cass. crim., 27 nov. 1990, n° 90-85.665 ; Cass. crim., 14 nov. 1989, *Bull. crim.* n° 412. V. toutefois, Cass. crim., 7 août 1990, *Bull. crim.* n° 297, jugeant que les gardes régulièrement chargés d'escorter le détenu comparaissant en personne sont autorisés à assister à l'audience tenue en chambre du conseil ; Cass. crim., 10 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 68, estimant que l'accusé ne saurait contester le fait que les jurés de session non tirés au sort soient restés dans la salle suite au prononcé du huis clos.

¹¹ V. *infra* n° 219.

213. L'accessibilité des audiences publiques. Il est frappant de constater, à titre liminaire, que l'audience publique est désignée de multiples manières par le Code de procédure pénale, quoique ce syntagme soit le plus fréquemment employé. L'article 199 du Code de procédure pénale énonce ainsi en son alinéa premier que, devant la chambre de l'instruction, si la personne majeure mise en examen ou son avocat le demande dès l'ouverture des débats, ceux-ci se déroulent et l'arrêt est rendu « *en séance publique* »¹, l'article évoquant aussi la « *publicité* » de l'audience à plusieurs reprises, terme que l'on retrouve dans plusieurs articles relatifs à l'audience pénale². Par ailleurs, l'article 655 du même Code énonce que la déposition d'un membre du Gouvernement ou du représentant d'une puissance étrangère est lue « *publiquement* »³. Quant à l'article 306 dudit Code, il proclame en son alinéa premier que les débats « *sont publics* ». Indéniablement, ces termes renvoient tous à la même réalité, à savoir que l'audience pénale se déroule par principe dans une salle ouverte au public et constitue une réunion publique. Enfin, le quatrième alinéa de l'article 41 de la loi de 1881, relatif aux immunités de défense, énonce que 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* ». Comme le relève la doctrine, si « *l'alinéa 4 de l'article 41 ne contient pas de telles précisions, on sait les "débats judiciaires" par principe publics, de sorte qu'il ne peut effectivement être rendu compte que des seuls débats judiciaires publics* »⁴. En revanche, la seconde expression évoquée est plus ambiguë, si bien que pour la Cour de cassation, « *l'immunité prévue à l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 ne peut recevoir application que si les propos litigieux ont été tenus devant la juridiction siégeant en audience publique, en chambre du conseil ou en audience de cabinet* »⁵. En d'autres termes, l'immunité s'applique tant aux audiences privées qu'aux audiences publiques.

En tous les cas, l'accessibilité de l'audience publique est indéniablement une considération centrale. La Cour de cassation a pu l'affirmer à maintes reprises⁶ et a parfois fait primer l'ouverture des portes sur la présence effective d'un public⁷. À l'inverse, il importe peu

¹ Sur cet article, v. *infra* n° 219.

² C. proc. pén., art. 306 al. 1^{er} ; art. 221-3, al. 3 et 4 ; art. 400, al. 2 ; art. 601.

³ C. proc. pén., art. 655.

⁴ E. RASCHEL, « Fasc. 136 : Les immunités. Article 41 de la loi du 29 juillet 1881 », *J.-Cl. Communication*, 2016 (màj. 2020), n° 123.

⁵ Cass. crim., 27 févr. 2001, n° 00-82.557 ; CCE, comm. 105 (2^e arrêt), note A. LEPAGE.

⁶ Cass. crim., 11 août 1887, *Bull. crim.* n° 311 ; Cass. crim., 7 sept. 1905, *Bull. crim.* n° 437 ; Cass. crim., 17 mars 1999, n° 98-83859. V. aussi, Cass. crim., 21 juin 1995, *Bull. crim.* n° 228 : « *Le constat de la réouverture des portes, alors que l'audience était réputée publique est une contradiction qui emporte nullité* ».

⁷ Cass. crim., 1^{er} juin 1883, *Bull. crim.* n° 134 : « *Peu importe qu'il ait été constaté qu'un grand nombre de personnes étrangères à l'affaire étaient dans la salle si, par ailleurs, les portes en sont demeurées closes* ».

que les débats se déroulent dans une salle vide dès lors que les portes sont ouvertes à tout venant¹. Par ailleurs, en vertu d'une solution ancienne, lorsqu'au cours des débats la cour d'assises s'est transportée dans une dépendance du palais de justice pour y procéder à l'examen de pièces à conviction encombrantes, la procédure est nulle si le procès-verbal ne constate pas que le public a eu accès à cet endroit².

Cependant, il ne faudrait pas, là encore, trop exagérer l'importance de l'ouverture des portes de la salle d'audience. En effet, dans une affaire où le président avait, à plusieurs reprises, invité le gendarme de garde à fermer la porte de la salle d'audience pour éviter une affluence excessive, l'audience n'en a pas moins été jugée publique dès lors que la salle n'avait cessé d'être comble³. De même, plus récemment, il a été jugé que le fait que la porte du cabinet du juge des libertés et de la détention avait « été fermée durant le débat » n'emportait pas l'annulation de la procédure dès lors que cette fermeture « ne signifiait pas que le public eût été empêché d'entrer »⁴. On retrouve donc le critère du *public présent*. Au demeurant, porte atteinte au principe de la publicité des débats le fait, pour un président d'audience, de délivrer des cartes d'invitation, de telle sorte que seules les personnes munies de ces cartes puissent pénétrer dans l'auditoire⁵. Cette solution, quoiqu'ancienne, est particulièrement intéressante, puisque c'est précisément le critère de *l'accessibilité des invitations*⁶ qui fut pris en considération pour déterminer qu'en l'espèce, l'audience était privée et donc irrégulière.

214. Bilan. En somme, apprécier objectivement l'accessibilité revient à se focaliser sur l'ouverture ou la fermeture d'un lieu, d'une réunion ou d'une communication, ce qui permet d'identifier des qualifications spécifiques ayant un caractère privé ou public. D'une manière générale, en matière de lieu, il s'agit véritablement d'analyser l'ouverture ou la fermeture, *stricto sensu*, de l'espace considéré. Pour les réunions et les communications, il faut analyser non seulement l'ouverture ou la fermeture du lieu où elles surviennent, mais aussi les autres éléments révélant leur caractère accessible. Plus précisément, pour la réunion, il s'agit de la présence d'un public réuni et de l'accessibilité des invitations ; pour la communication, il s'agit de la forme de la communication et du fait qu'un public soit visé. Le caractère privé ou public

¹ T. corr. Lille, 2 juill. 1987 ; *Gaz. Pal.*, 1987, 2, p. 541.

² Cass. crim., 22 mai 1834, *Bull. crim.*, n° 156 ; Cass. crim., 29 déc. 1881, *Bull. crim.* n° 270. V. aussi, Cass. crim., 28 juin 1883, *Bull. crim.* n° 164, relatif à une affaire où la Cour s'était déplacée dans la maison du crime.

³ Cass. crim., 5 juin 1890, *Bull. crim.* n° 116.

⁴ Cass. crim., 18 juin 2008, *Bull. crim.* n° 157. V. toutefois *infra* n° 520 et s., pour la démonstration que l'exigence de publicité des audiences, au stade de l'instruction, est vidée de son contenu.

⁵ Cass. crim., 11 août 1897, *Bull. crim.* n° 311.

⁶ V. *supra* n° 181.

de ces lieux, réunions et communications ne saurait néanmoins être déduit automatiquement de ces constatations : la volonté des personnes ayant une maîtrise sur eux doit être prise en compte.

§2. L'appréciation subjective de l'accessibilité

215. La volonté de rendre public ou privé un lieu, une réunion ou une communication est un critère constitutif de l'opposition privé-public. Certes, elle sera généralement déduite de la constatation des procédés de fermeture ou d'ouverture évoqués, de la même manière que l'élément moral de l'infraction est souvent déduit de la constatation de son élément matériel¹. L'appréciation subjective de l'accessibilité n'en reste pas moins essentielle en ce qu'elle peut permettre de qualifier le caractère public d'un élément en apparence privé, et réciproquement. Le rôle de l'appréciation subjective est donc simple à appréhender. Il convient néanmoins de déterminer sur quoi la volonté peut avoir une prise, ce qui revient à préciser le domaine de cette appréciation (A). La question se pose également de savoir comment s'analyse la volonté exprimée en la matière, ce qui suppose de s'interroger sur sa nature (B).

A. Le domaine de l'appréciation subjective

216. L'occupant d'un lieu, l'émetteur d'une communication, ou l'organisateur d'une réunion n'ont de prise que sur une partie des circonstances objectives tenant à l'accessibilité de ces éléments, ce qui entraîne une double conséquence. D'une part, lorsque certaines circonstances objectives de publicité ou d'absence de publicité échappent au contrôle de ces personnes, leur importance ne saurait être exagérée pour évaluer le caractère privé ou public. D'autre part, lorsque, à l'inverse, la volonté de ces personnes opère sur des circonstances maîtrisées par elles, ou lorsque cette volonté n'a pas été respectée, le juge peut ignorer les autres circonstances objectives.

217. *La volonté de l'occupant du lieu.* La volonté de l'occupant d'un lieu, à savoir celui qui en jouit de manière permanente ou temporaire, ne porte que sur *l'ouverture ou la clôture* du lieu. C'est lui qui autorise ou refuse l'accès au lieu. L'on ne saurait donc se prévaloir de la présence d'un public ou d'une réunion publique dans un lieu privé pour en déduire le caractère

¹ X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 12^e éd., 2021, n° 224, p. 232.

public de celui-ci, dès lors que l'organisateur de la réunion ou le responsable du groupe présent n'est pas également l'occupant du lieu et n'a pas consenti à l'accès des tiers. C'est la raison pour laquelle la théorie du lieu public « *par accident* » ne saurait être admise¹. De même, un lieu ouvert à tous est public même si personne ne s'y trouve, étant donné que la présence effective d'un public échappe à la maîtrise de l'occupant du lieu.

Pour illustrer l'importance de la volonté de l'occupant du lieu, on peut évoquer le cas du STAD, lieu privé par assimilation². Pour certains, il faudrait minimiser l'importance des dispositifs de protection du système, ce qui relève de l'accessibilité objective, pour mettre davantage l'accent sur la volonté du « *maître du système* », ce dernier étant l'équivalent de l'occupant du lieu privé³. La jurisprudence a pu considérer, en ce sens, qu'il n'est pas nécessaire, pour que le délit d'accès illégitime à un STAD soit constitué, que l'accès soit limité par un dispositif de protection ; il suffit que le maître du système ait manifesté l'intention d'en restreindre l'accès aux seules personnes autorisées⁴. Néanmoins, on a déjà souligné qu'accessibilité objective et subjective ne sauraient s'exclure mutuellement, mais doivent s'analyser conjointement, ce qui a été bien exprimé par des juges du fond selon lesquels, en l'absence de « *mise en place d'une protection ou de manifestation de volonté, par les dirigeants d'une entreprise, de restreindre l'accès au système informatisé de données* », le délit précité n'était pas constitué⁵.

218. La volonté de l'émetteur d'une communication. L'émetteur d'une information n'a prise, par hypothèse, que sur *la forme de la transmission* et sur *l'agrément du destinataire* ; échappent donc potentiellement à son contrôle le caractère public de la réunion ou du lieu où l'information est émise, ainsi que la création d'un lien entre le groupe des destinataires, dès lors qu'il n'en est pas responsable. C'est ce qui explique que le juge n'accorde pas une importance excessive à ces circonstances et refuse, par exemple, de considérer qu'un propos a été proféré même s'il est tenu dans un lieu public, lorsque l'auteur des paroles n'a pas manifesté son

¹ V. *supra* n° 63.

² V. *supra* n° 203.

³ A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n° 624, p. 270 : « *L'exigence de dispositifs de sécurité a pour effet de restreindre le champ d'application de ces dispositions, mais elle ne figure pas dans la loi. C'est donc fort justement que la jurisprudence a écarté cette exigence* ».

⁴ CA Paris, 5 avr. 1994 ; RSC 1998, obs. J. FRANCILLON. V. aussi, CA Toulouse, 3^e ch. 21 janv. 1999 ; *Jurisdata* n° 1999-040054 : « *la présence d'un dispositif de sécurité n'est pas nécessaire pour que s'appliquent les dispositions* » de l'art. 323-1 du C. pén. V. aussi, Cass. crim., 3 oct. 2007, *Bull. crim.* n° 236 ; RSC 2008, p. 99, obs. J. FRANCILLON, pour la condamnation de l'individu ayant utilisé pendant plus de deux ans une base de données accessible aux seules personnes autorisées avec un code qui lui avait été remis pour une période d'essai.

⁵ CA Paris, 8 déc. 1997 ; *Gaz. Pal.* 1998, 1, chron., p. 54.

intention qu'il soit entendu de tous¹. À l'inverse, mais dans la même logique, peu importe que le propos soit tenu dans un lieu privé lorsque cette intention de publier peut être démontrée. Par ailleurs, lorsqu'un tiers utilise un autre médium que celui prévu par l'émetteur de l'information ou vise des personnes non agréées par l'émetteur, la volonté de ce dernier n'est pas respectée. Partant, lorsque la jurisprudence considère qu'il n'y a pas publication lorsque l'auteur du propos voit celui-ci publié dans la presse² ou sur un blog³, elle prend acte du fait que l'auteur des propos n'avait pas l'intention de recourir à ces moyens de communication publique. D'autres solutions mettent davantage en lumière la volonté de l'émetteur de réserver l'information à certains destinataires particuliers. C'est le cas, notamment lorsque la Haute cour reproche aux juges du fond de n'avoir pas démontré la volonté de l'auteur des messages que ceux-ci soient portés à la connaissance de tiers⁴. Au contraire, la volonté de l'émetteur de renoncer à l'agrément des destinataires de son message, si elle est établie, permet au juge de passer outre le fait que le message n'a été transmis, initialement, qu'à une seule personne. C'est l'hypothèse du rapporteur nécessaire étudiée plus haut⁵.

L'appréciation subjective n'est certes pas étrangère à l'analyse des liens existant entre les destinataires d'une communication, mais il s'agit alors de la volonté du *responsable du groupe des destinataires*, laquelle ne coïncide pas nécessairement avec celle de l'émetteur de la communication. En effet, ce responsable – ou ces responsables lorsque le groupe est géré par une entité collective – aura prise sur le *processus de sélection ou de recrutement* conditionnant l'accès au cercle privé, le cas échéant, ainsi que sur la *définition du but commun*, autre élément contribuant à l'altération éventuelle des membres du groupe considéré⁶. Le juge devra donc vérifier qu'au-delà des apparences d'exclusivité, le responsable avait bien l'intention de contrôler l'accès au groupe. Dès lors, un cercle présenté comme privé sera en réalité un public si ceux qui gèrent l'admission en son sein se satisfont d'un simple abonnement⁷. En revanche, les membres d'un cercle privé peuvent être très nombreux sans constituer pour autant un public si un processus de sélection est mis en œuvre par le responsable du cercle. Les membres d'une entreprise, quelque nombreux qu'ils soient, constituent donc un cercle privé dès lors que l'employeur doit consentir à leur recrutement⁸.

¹ V. not., Cass. crim., 27 nov. 2012, *Bull. crim.* n° 261, préc.

² Cass. crim., 30 mars 2005, 04-85.048, préc.

³ Cass. crim., 10 nov. 2009, n° 08-88.484., préc.

⁴ Cass. crim., 12 avr. 2016, 14-86.176, préc.

⁵ V. *supra* n° 103 et s.

⁶ V. *supra* n° 111.

⁷ Par ex. : CA Paris, 11e ch., sect. A, 16 nov. 1998, préc.

⁸ Cass. crim., 8 oct. 1974, *Bull. crim.* n° 280, préc.

Enfin, on peut relever que, dans le cas particulier de l'*exhibition sexuelle*, la volonté de l'émetteur sur l'agrément, c'est-à-dire sur le choix du destinataire du spectacle de sa nudité, est à relativiser. Cela revient à s'intéresser à la question du « public » de cette exposition particulière¹. En effet, l'on peut s'accorder avec un auteur sur le fait que c'est « *le public qui est présent, ou qui pourrait normalement être présent, qui fait la publicité [du délit]* »², davantage que le caractère public du lieu de l'exhibition. Pour définir ce public, un auteur considérait par le passé que « *le public, ce peut être le “tout-venant”, les “gens de la rue” que l'on ne connaît ni d'Ève ni d'Adam et qui sont venus d'eux-mêmes ou que l'on a racolés* »³. Il ajoutait, à l'égard des témoins volontaires du spectacle, que, bien que « *venus de leur plein gré, ces gens n'en formaient pas moins un public, puisqu'ils appartenaient au “tout-venant”* »⁴. Pour autant, l'exigence d'un public devait « *se relâcher, ou même disparaître, faute de raison d'être* »⁵ en présence d'un « *témoign involontaire* ». Cette distinction entre témoin volontaire et involontaire était surprenante et révélait déjà la particularité de cette infraction, tenant au fait que le destinataire du spectacle doit agréer l'auteur de celui-ci, davantage que l'inverse. Depuis 1994, l'article 222-32 du Code pénal conforte cette analyse en exigeant que l'exhibition sexuelle soit non seulement commise dans un lieu accessible aux regards du public, mais aussi « *imposée à la vue d'autrui* ». Cette modification textuelle révèle en réalité la mutation progressive de l'infraction. Auparavant consubstantiel au scandale public causé par l'exposition de la nudité, le délit devient progressivement une agression sexuelle particulière⁶, conditionnée à l'absence de consentement des victimes⁷ qui, pour lors, semblent néanmoins devoir être au moins au nombre de deux⁸. Ainsi l'exhibition commise devant un avocat et sa collaboratrice – collègues de travail constituant un cercle privé – est-elle répréhensible⁹, quand bien même les protagonistes se trouvaient dans un lieu privé, le cabinet d'avocats¹⁰, puisque les victimes ne

¹ V. *supra* n° 132.

² C. LAPLATTE, *L'outrage public à la pudeur et la contravention d'affiches indécentes*, la Renaissance, 1967, p. 74.

³ *Ibid.*, p. 79.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.*

⁶ P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 257, p. 161.

⁷ Ce qui permet d'expliquer la licéité des plages de nudistes ou des clubs de « *strip-tease* ». Néanmoins, le juge s'assurera que le public – même potentiel – était effectivement composé de témoins volontaires, ce qui explique, par exemple, la condamnation d'un baigneur qui se trouvait nu sur des rochers non réservés aux adeptes du naturisme (CA Aix-en-Provence, 27 nov. 1996 ; *JurisData* n° 1996-046519).

⁸ V. Cass. crim., 12 mai 2004, *Bull. crim.* n° 119 ; RSC 2004, p. 879, obs. Y. MAYAUD. En l'espèce, un individu s'était exhibé devant ses petits-enfants, à son domicile ou au domicile de ces derniers. Pour la Cour de cassation, « *une partie des faits se serait-elle déroulée dans des lieux privés, tous les actes ont été imposés, par surprise, à la vue de témoins involontaires* ».

⁹ Cass. crim., 31 mars 1999 ; *Dr. pén.* 1999. 127, obs. M. VÉRON ; D. 2000, somm., p. 33, obs. Y. MAYAUD.

¹⁰ Y. MAYAUD (obs. préc.) : « *Le bureau d'un avocat serait-il alors plus facile d'accès qu'un champ de maïs ?* »

consentaient pas au spectacle de la nudité. Comme le résume un auteur, c'est « *confondre deux conditions distinctes d'application du texte (la publicité, l'absence de consentement de la victime), mais c'est conférer à l'infraction une cohérence que le législateur n'a pas su atteindre : il s'agit de protéger la victime, non la morale publique* »¹. Indéniablement, toutefois, il en résulte « *une incrimination bancale* »².

219. La volonté de l'organisateur d'une réunion. L'organisateur d'une réunion a, quant à lui, une maîtrise sur la *mise en place d'un processus de filtrage et de contrôle à l'accès de la réunion*, sur l'*accessibilité des invitations* et sur le *choix des invités*. En revanche, est susceptible d'échapper à sa maîtrise l'*accessibilité du lieu de la réunion* ainsi que la *création du lien entre les membres d'une communauté*. C'est pourquoi une réunion privée peut se tenir dans un lieu public dès lors que l'organisateur de celle-ci a la volonté d'en réserver l'accès à certaines personnes – que l'on songe à une réunion privée dans un restaurant – et une réunion publique peut se dérouler dans un lieu privé si l'organisateur souhaite y inviter un public indéterminé – un rassemblement festif de grande envergure dans une usine à laquelle le propriétaire n'a pas autorisé l'accès, par exemple. Deux hypothèses particulières illustrent l'importance de la volonté de l'organisateur d'une réunion.

En premier lieu, le rôle de l'organisateur est bien mis en exergue en matière de *manifestations*, puisque l'article 431-9 du Code pénal réprime l'organisation irrégulière d'une manifestation interdite ou non autorisée. Il a ainsi été jugé que ce délit ne peut être retenu à l'encontre de l'organisateur que si ce dernier avait prévu que la manifestation devait nécessairement déborder sur la voie publique au vu des conditions d'organisation de celle-ci³. Plus largement, quant à l'identification de l'organisateur, la Cour de cassation a estimé que celui-ci est, avant tout, l'instigateur de la manifestation, c'est-à-dire celui qui prend une part active aux préparatifs, qui prend des initiatives, fait des suggestions, précise ses instructions, qui distribue des convocations, qui, encore, délivre un appel à la population, par exemple par voie de presse⁴. Dans un arrêt ancien⁵, la Cour de cassation sembla considérer que la notion d'organisateur pût viser l'animateur de la manifestation. Cependant, pour la doctrine, il faut

¹ P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 262, p. 189. Dans le même sens, v. A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 445, p. 309, évoquant le caractère « hybride » d'une infraction faisant « *se télescoper deux conceptions, la protection de la pudeur de la victime de l'exhibition, et celle héritée de l'outrage public à la pudeur, de la moralité publique* ».

² *Ibid.*, n° 260, p. 288. V. aussi, *infra* n° 461.

³ Cass. crim., 4 févr. 1954, *Bull. crim.* n° 58.

⁴ Cass. crim., 23 févr. 1954 ; *D.* 1955, p. 465, Rapp. M. PATIN.

⁵ Cass. crim., 23 mai 1955 ; *D.* 1955, p. 655.

relativiser cette assertion, car « *la participation à la manifestation d'un individu, le rôle qu'il y tient, par ses discours, par la place de choix qu'il occupe dans le cortège, sont des indices susceptibles d'être retenus par le juge, lorsqu'ils s'ajoutent à son rôle tenu en amont, c'est-à-dire en qualité d'instigateur* »¹. En effet, dans la même décision, la Haute cour approuve la relaxe de deux autres prévenus qui avaient pris la parole au cours de la manifestation, mais sans avoir participé à son organisation. Il semble donc que la qualité d'organisateur doive préexister au déroulement de la manifestation, mais qu'elle puisse se déduire des actes d'une personne pendant une manifestation, comme le fait d'accorder un entretien à des journalistes présents sur les lieux du rassemblement².

En second lieu, en matière d'*audiences*, la volonté des magistrats, qui peuvent être analysés comme les organisateurs de la réunion, est bien mise en exergue par les textes et la jurisprudence. D'une part, en vertu du pouvoir de police de l'audience que lui reconnaît le Code de procédure pénale³, le président peut interdire individuellement l'accès de la salle d'audience à certaines personnes réputées dangereuses ou dont l'attitude permet de présumer qu'elles pourraient causer des troubles⁴. Cela revient à dire que le président est maître de l'accessibilité de la réunion et de son déroulement en général. Néanmoins, l'évacuation de la salle en vertu des pouvoirs de police du président ne peut avoir pour effet de priver les débats de toute publicité, si bien qu'en cas d'évacuation totale, un nouveau public doit être admis après la suspension qui a suivi l'ordre d'évacuation⁵. D'autre part, c'est sans doute en matière de huis clos que les textes mettent le plus l'accent sur la volonté des magistrats. En l'occurrence, le président de l'audience ne peut décider seul de cette mesure⁶, le pouvoir discrétionnaire de l'ordonner étant conféré à la juridiction dans son ensemble⁷. La loi laisse ainsi à la conscience des juges le soin d'apprécier les faits et circonstances nécessitant le huis clos, ainsi que de déterminer l'étendue de cette mesure, ce qui signifie que ceux-ci peuvent décider du caractère

¹ J.-F. DREUILLE, « Fasc. 20, Manifestations et réunions publiques », *op. cit.*, n° 36.

² Cass. crim., 15 juin 1999, n° 98-84.045.

³ V. not., C. proc. pén., art. 309 et 401. Adde, P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, *op. cit.*, p. 281 : « *Ce pouvoir permet à un président de juridiction de prendre les décisions propres à maintenir l'ordre dans la salle d'audience, de recourir à la force armée en cas de besoin, de décider des places que les personnes occupent et, ainsi, réserver dans la salle d'audience certains bancs au barreau ou aux représentants de la presse* ».

⁴ Cass. crim., 17 mars 1921, *Bull. crim.* n° 130.

⁵ Cass. crim., 14 juin 1833, *Bull. crim.* n° 236.

⁶ Cass. crim., 19 juin 1828, *Bull. crim.* n° 166 ; Cass. crim., 12 févr. 1986, *Bull. crim.* n° 57.

⁷ Cass. crim., 6 avr. 1854, *Bull. crim.* n° 93 : « *Le droit donné aux tribunaux de suspendre [...] la publicité des débats [...] est entièrement abandonné à la conscience des magistrats* ». Dans le même sens, v. Cass. crim., 13 mars 1969, *Bull. crim.* n° 121. V. toutefois, Cass. crim., 24 oct. 1952, *Bull. crim.* n° 231, précisant que les jurés ne sauraient être associés à la décision d'ordonner le huis clos.

partiel du huis clos et permettre à des journalistes d'accéder à l'audience¹. Le pouvoir d'organisation des magistrats est tel que le prononcé du huis clos n'est pas subordonné au consentement de la défense². Néanmoins, le pouvoir des juges semble être concurrencé depuis que la victime partie civile a la possibilité, dans certains cas, de solliciter le huis clos ou de conditionner la mise en œuvre de celui-ci à son consentement³. À cet égard, la Cour de cassation a d'ailleurs pu estimer que « *l'étendue de la mesure de huis clos est laissée à l'appréciation de la victime partie civile* », ce qui justifiait la sollicitation par cette dernière de la présence de journalistes à l'audience⁴.

Le domaine de l'appréciation subjective d'un lieu, d'une réunion ou d'une communication étant délimité, reste à analyser la nature de la volonté appréciée.

B. La nature de la volonté appréciée

220. La volonté dont il est question ici est une volonté extériorisée, une volonté en mouvement⁵, et non une capacité à vouloir au sens où on l'entend parfois en droit pénal général⁶. Or, en droit pénal comme ailleurs, la volonté exprimée est source de degrés : à l'intention s'oppose l'imprudence ou la négligence. Se pose la question de savoir si une telle gradation se retrouve à propos de la volonté de rendre privé ou public un lieu, une réunion ou une communication.

¹ Cass. crim., 11 déc. 1968, *Bull. crim.* n° 339 ; Cass. crim., 22 juin 1977, *Bull. crim.* n° 231.

² Cass. crim., 18 févr. 1953 ; *D.* 1953, p. 287. V. aussi, Cass. crim., 27 juin 2007, *Bull. crim.* n° 181, précisant qu'il n'est même pas nécessaire de recueillir les observations du mis en cause pour décider la mesure.

³ C. proc. pén., art. 306, al. 3. V. Cass. crim., 30 oct. 1985, *Bull. crim.* n° 337, estimant que la mère de la victime décédée d'un viol ne peut prétendre s'opposer au huis clos. Comp., Cass. crim., 22 mars 1989, *Bull. crim.* n° 145, jugeant que la mère de la victime du viol, partie civile en tant que représentante légale de sa fille mineure, a qualité pour demander au nom de celle-ci le huis clos de droit. Dans le même sens, v. Cass. crim., 30 oct. 1989, *Bull. crim.* n° 384, pour un directeur départemental de l'éducation surveillée, régulièrement constitué partie civile en tant que tuteur *ad hoc* de la victime.

⁴ Cass. crim., 2 mars 2005, *Bull. crim.* n° 75 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 82, obs. A. MARON. Pour le commentateur, « *l'affirmation de l'arrêt rapporté conduirait à admettre que la victime partie civile pourrait requérir un huis clos limité, en éloignant seulement de la salle d'audience la famille et les amis de l'accusé ! Doit-on préciser que pareille solution nous apparaît comme inenvisageable ?* » Sur les enjeux de cette disposition, v. *infra* n° 506.

⁵ Comp. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Volonté », sens 2, b : « *Plus généralement (par opp. à volonté interne), volonté manifestée soit expressément (volonté expresse [...]), soit tacitement, par des actes indiquant clairement la volonté de contracter (volonté tacite [...])* ».

⁶ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 661 et s.

221. La volonté de rendre privé. Il ressort de la jurisprudence que la volonté de privatiser un lieu, une information, une réunion ou un groupe est une volonté certaine, tendue vers un objectif déterminé : l'exclusion d'autrui. En cela, cette volonté est proche de la figure de l'intention en droit pénal général, laquelle renvoie à une volonté tendue vers un résultat. On ne peut privatiser par inadvertance ou négligence. Plus encore, de cette volonté exprimée résulte la nécessité de *consentir*¹ à l'accès du tiers souhaitant pénétrer dans le lieu, prendre connaissance de l'information ou participer à la réunion. Autrement dit, le consentement est intrinsèquement lié à la volonté de privatisation, ce qui ressort de la mention de l'*autorisation* par divers textes² ; or l'autorisation s'analyse comme un type de consentement particulier³. Cela n'est pas sans conséquence, car l'absence de consentement peut jouer sur la constitution de l'infraction. En effet, l'on verra que les différentes notions forgées autour de l'opposition privé-public constituent parfois un élément constitutif de l'infraction, parfois une condition préalable de celle-ci⁴.

Ainsi, par exemple, le lieu privé s'analyse-t-il comme une *condition préalable* dans le cadre de l'infraction d'espionnage visuel⁵. Si le juge constate que l'occupant du lieu – qui n'est pas nécessairement la personne dont l'image est captée – ne consentait pas à l'accès des tiers, la condition préalable de l'infraction peut être caractérisée. L'impact du consentement à l'accès est néanmoins limité ici dès lors que ce n'est pas nécessairement le consentement de la victime qui sera pris en considération, mais le consentement de l'occupant du lieu. Par exemple, dans l'hypothèse où l'image d'une personne serait captée alors qu'elle est invitée chez une autre, c'est le consentement de l'hôte qui devra être analysé et non celui de l'invité. Cela n'enlève

¹ M.-A. FRISON-ROCHE, « Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats », *RTD civ.*, 1995, p. 573 : « il y a un lien de génération entre la volonté et le consentement, le consentement est fils de la volonté et ce lien ne doit être brisé [...]. Le consentement est un objet que l'on donne et qui circule tandis qu'on conserve toujours et par principe sa volonté, ne serait-ce que pour qu'elle produise d'autres consentements ».

² V. not., C. pén., art. 431-22, réprimant le fait de s'introduire dans un établissement d'enseignement « sans y être habilité en vertu de dispositions législatives ou réglementaires ou y avoir été autorisé par les autorités compétentes ». Comp., C. pén., art. R. 645-13, prohibant le fait de s'introduire dans un lieu culturel « sans y être habilité en vertu de dispositions législatives ou réglementaires ou y avoir été autorisé par les autorités compétentes ou le propriétaire ». L'autorisation peut donc être présentée comme le consentement exprimée par une personne titulaire d'une prérogative clairement définie par des dispositions légales ou réglementaires.

³ B. THULLIER, *L'autorisation : étude de droit privé*, LGDJ, Paris, 1996, p. 225, définissant l'autorisation comme un « acte juridique unilatéral par lequel un agent, l'autorisant, accorde au titulaire d'une prérogative la possibilité de l'exercer, après avoir vérifié que l'activité projetée respectait la protection de certains intérêts, recherchée par la norme qui exige un contrôle préalable » ; V. aussi X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, p. 19.

⁴ V. *infra* n° 260 et s.

⁵ C. pén., art. 226-1, 2°.

rien au fait que cette importance accordée au consentement s'inscrit dans la logique de la protection pénale de la vie privée¹.

En matière de violation de domicile, dès lors que c'est précisément l'accès illégitime au lieu que réprime ce délit², l'absence de consentement est en l'occurrence un *élément constitutif*³ de celui-ci. Cela permet d'expliquer pourquoi le délit n'est pas constitué quand une personne pénètre dans un domicile dont la porte est laissée ouverte⁴. Cette circonstance ne démontre pas que le domicile n'en était pas un et constituait un autre lieu privé ou un lieu public, mais plutôt que le maître des lieux était présumé consentir à l'accès du tiers ayant pénétré dans le lieu, en ce qu'aucune « *manœuvre, menace, voie de fait ou contrainte* » ne peut être relevée pour démontrer son absence de consentement. Autrement dit, dans une telle hypothèse, la condition préalable de l'infraction est remplie – il y a bien un domicile –, mais l'accès du tiers à celui-ci est présumé consenti⁵. Plus largement, l'importance de l'autorisation est bien mise en lumière par certains arrêts. Il a ainsi été jugé que relèvent de la qualification de domicile des sites industriels clos, « *gardés en permanence par des personnels de surveillance, dans lesquels l'accès est interdit à toute personne non expressément autorisée* » et qui abritent en permanence les personnes chargées de les garder⁶. De même, un local industriel ou commercial doit être assimilé au domicile d'un citoyen ou d'une personne juridique, « *l'accès pouvant en être règlementé et subordonné à l'autorisation du propriétaire ou de l'exploitant* »⁷. Toutefois, on émettra plus loin un doute sur la pertinence de qualifier de tels lieux de domicile⁸.

¹ Sur ce constat, v. *infra* n° 476.

² C. pén., art. 226-4. Sur la qualification de « *domicile* », v. *infra* n° 242.

³ En ce sens, v. X. PIN, *op. cit.*, p. 180 et s ; J.-C. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », *Dr. pén.*, 2011, étude 20, n° 22. Cette absence de consentement nécessaire à la constitution de l'infraction est déduite de l'exigence posée par l'article 226-4 du C. pén., selon lequel l'introduction doit avoir été réalisée à l'aide de « *manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte* », ce qui évoque un consentement à l'accès extorqué. Comp., en matière de viol (C. pén., art. 222-23), l'exigence que la pénétration sexuelle soit commise avec « *violence, contrainte, menace ou surprise* ». Adde : E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 1240, p. 964.

⁴ Il n'y a donc pas d'intrusion lorsque l'auteur entre dans le domicile de la victime en profitant du fait que le portail soit resté entrouvert (CA Grenoble, 31 oct. 1997 ; *JurisData* n° 1997-044946 ; CA Grenoble, 27 sept. 2006 ; *JurisData* n° 2006-315638) ou encore lorsque la porte de la maison était fracturée et non verrouillée (CA Montpellier, 3 juill. 2008 ; *JurisData* n° 2008-369232). Comp., C. pén., art. 311-5, aggravant le vol commis dans un « *local d'habitation* » par « *effraction, escalade ou ruse* », ce qui suppose un accès non consenti au lieu. V. encore, à propos de la présomption de légitime défense dans un « *lieu habité* » (C. pén., art. 122-1), CA Grenoble, 26 mars 1998 ; *RSC* 2000, p. 602, obs. B. BOULOC, écartant cette présomption dans une hypothèse où l'occupant avait tiré sur une personne tentant de voler une voiture garée dans une cour privative, dès lors qu'elle s'y était introduite par un portail ouvert.

⁵ De la même manière, on pourrait considérer que, lorsqu'une personne choisit d'envoyer une correspondance circulant à découvert, elle consent à ce que les personnes qui la manient en prennent connaissance, si bien que ce consentement permettrait d'écarter la constitution de l'infraction.

⁶ CA Caen, 17 déc. 1997 ; *Dr. pén.* 1998, comm. 82, obs. M. VÉRON.

⁷ CA Dijon, 1^{er} févr. 1951 ; *Quest. prud'h.* 1951, p. 679.

⁸ V. *infra* n° 270.

Parfois, la volonté de privatiser entretiendra un lien étroit avec l'*élément moral* des infractions. C'est le cas lorsque la communication non publique constitue l'élément matériel de l'infraction, puisqu'il est alors nécessaire de démontrer la volonté de communiquer non publiquement pour caractériser l'élément moral de l'infraction. Une telle intention est exigée à l'égard des contraventions de diffamation ou d'injures non publiques, par exemple. Dès lors, pour un auteur, en cette matière, « *il suffit d'un dol général : la conscience d'adresser à un nombre déterminé de personnes, liées entre elles par une communauté d'intérêts, un propos diffamatoire ou injurieux pour autrui* »¹.

En somme, d'une manière générale, vouloir privatiser revient à avoir l'intention de rendre inaccessible et à subordonner l'accès d'autrui au consentement de l'auteur de la privatisation. Qu'en est-il de la volonté de rendre public ?

222. La volonté de rendre public. Certaines solutions prétoriennes pourraient laisser entendre qu'il est possible de rendre public par négligence. L'appréciation de la volonté serait alors plus souple qu'en matière de privatisation. En effet, là où privatiser par négligence est exclu, la possibilité de rendre public par inadvertance se discute. Oublier de fermer revient, en quelque sorte, à rendre accessible. C'est ainsi que raisonnent les juges en matière d'exhibition sexuelle, lorsqu'ils considèrent le délit constitué lorsque l'auteur de l'exhibition n'a pas pris suffisamment de « *précautions suffisantes* » pour l'éviter, ce qui peut se traduire par l'absence de fermeture d'une porte². Un auteur n'hésite pas à en conclure qu'au niveau de « *l'élément intentionnel, il est possible de se contenter d'une négligence quant aux précautions prises pour que l'acte impudique ne soit pas perçu* »³.

Pour autant, il n'est pas certain que cette approche souple de la volonté de rendre publique soit transposable à toutes les hypothèses étudiées. En matière de réunion publique, l'on sait que l'organisateur d'une manifestation non déclarée ne peut être poursuivi que si ce dernier avait prévu que la manifestation devait nécessairement déborder sur la voie publique⁴.

¹ V. E. DREYER, « Fasc. 20 : Diffamation et injure non publiques avec, ou sans, caractère discriminatoire », *J.-Cl. Pénal Code*, 2017 (màj. 2020), n° 104. Sur ces contraventions, v. *infra* n° 367 et s.

² CA Caen, 26 mai 1999 ; *JurisData* n° 1999-114863. En l'espèce, la cour commence par relever que l'infraction aurait pu être commise par celui qui se trouvait nu dans sa salle de bain, « *lieu privé et clos hors de la vue du public* », parce qu'il y avait été surpris par des témoins et que l'élément moral de l'infraction peut résulter d'une simple négligence. Mais elle relaxe finalement le prévenu dès lors que rien n'établissait l'absence de précautions prises par celui-ci.

³ F. DEPRez, « Le vêtement et le droit pénal », in A. POUSSON et S. REGOURD (dir.), *Le vêtement saisi par le droit*, LGDJ, Toulouse, 2015, p. 146.

⁴ Cass. crim., 4 févr. 1954, *Bull. crim.* n° 58, préc.

Dans cette hypothèse, la négligence est donc exclue. De même, on a vu que la communication publique d'un message était, en règle générale, intentionnelle¹, si bien que les solutions évoquées liées à des expositions particulières semblent davantage constituer une dérogation à l'exigence d'intentionnalité que le principe en la matière.

La volonté de rendre public doit donc vraisemblablement s'analyser, en principe, comme une intention, une volonté tendue vers un résultat, l'inclusion des tiers, cette volonté ayant une conséquence opposée à celle de rendre privé, à savoir permettre l'accès sans que soit nécessaire l'obtention du consentement de l'occupant du lieu, de l'émetteur de la communication ou de l'organisateur de la réunion. C'est ce que traduit, notamment, la définition du lieu public selon laquelle le lieu public est un « *lieu accessible à tous, sans autorisation spéciale de quiconque* »².

En toute hypothèse, comme le suggèrent certains exemples évoqués, la volonté de rendre public constituera souvent, au moins en partie, l'*élément moral* de plusieurs infractions. L'on verra néanmoins que le caractère public s'observe aussi au stade de la *condition préalable*³ ; la volonté de rendre public ne sera alors qu'un élément d'appréciation de celle-ci.

223. Conclusion de section. L'accessibilité, critère constitutif du caractère privé ou public d'un lieu, d'une réunion ou d'une communication s'apprécie donc tant objectivement, ce qui renvoie à l'ouverture ou à la fermeture, que subjectivement, ce qui revient à analyser une volonté en mouvement tendue soit vers l'exclusion, soit vers l'inclusion d'autrui. De l'affirmation du caractère constitutif de l'accessibilité se déduit le caractère nécessairement indifférent de tout autre critère prétendument consubstantiel à l'opposition privé-public.

Section 2 : Les critères indifférents : l'objet et la propriété

224. Au cours de l'étude des qualifications construites autour de l'opposition privé-public, il a fréquemment été observé que le législateur ou le juge tendent à confondre les différentes conceptions de l'opposition privé-public. Ceux-ci invoquent parfois des considérations extra-patrimoniales telles que la vie privée, le secret, la vie publique, ou le service public pour compléter l'analyse du caractère privé ou public d'un élément. On désignera ces considérations

¹ V. not. *supra* n° 141.

² TGI Paris, 23 oct. 1986 ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, jurispr. p. 21., préc.

³ V. *infra* n° 314 et s.

comme tenant au critère de l'*objet*. Dans d'autres cas, ce sont des considérations patrimoniales qui seront prises en compte, à savoir l'analyse de la *propriété*, privée ou publique, d'un élément. Or, ces critères peuvent interférer de manière critiquable avec le critère de l'accessibilité, en le niant ou l'occultant, surtout quand le *juge* prend l'initiative de les invoquer pour qualifier un lieu, une réunion ou une communication privés ou publics (§1). Toutefois, le recours à ces considérations n'est pas totalement dénué d'intérêt lorsqu'il est le fait du *législateur*. En effet, celui-ci peut légitimement, dans un souci d'affinement de la répression pénale, multiplier les qualifications spécifiques revêtant un caractère privé ou public dans des domaines particuliers. Il en résulte une approche graduelle de l'opposition privé-public, dont le caractère binaire se trouve dépassé (§2).

§1. L'objet et la propriété, facteurs d'interférence

225. Les interférences du critère de l'objet avec celui de l'accessibilité concernent tant les lieux que les réunions et les communications, à des degrés variables. Il s'agit ici de synthétiser ces interférences (A). En revanche, celles entre le critère de la propriété et celui de l'accessibilité ne concernent que les lieux et les communications. Elles appellent des développements plus conséquents (B).

A. Les interférences suscitées par l'objet

226. *Les interférences écartées en matière de lieux.* Les interférences avec l'objet d'un lieu, à savoir *la situation qui se déroule* dans le lieu, laquelle découle bien souvent de son affectation, sont bien présentes en matière de lieux, mais généralement écartées par les juges. Ainsi, l'on a vu qu'en ce qui concerne le lieu privé, la jurisprudence a très tôt affirmé que « *faire dépendre le caractère public ou privé d'un lieu, de la nature de la scène qui s'y déroule [...], conduirait à insérer dans le texte légal une modalité qui n'y figure pas et à donner de la loi une interprétation extensive* »¹. De même, en matière de sonorisations, la Cour de cassation a censuré une Cour d'appel ayant estimé qu'un lieu n'était pas privé dès lors que « *le recel de véhicules volés et la falsification de leur immatriculation ne sauraient être regardés comme des*

¹ T. corr. Aix-en-Provence, 16 oct. 1973, préc.

activités protégées au titre du respect de la vie privée »¹. Peu importe, dès lors, qu'un acte intime ou secret se déroule dans un lieu ou qu'un évènement civique ou social y prenne place, seule son accessibilité détermine s'il s'agit d'un lieu privé ou d'un lieu public. On peut y voir là une expression de l'adage *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Pour autant, le législateur n'est lui-même pas toujours parfaitement rigoureux sur ce point. On verra, en effet, que lorsque ce dernier se réfère au « *lieu affecté à un usage collectif* » ou au « *lieu affecté à un service public* », il permet parfois d'inclure des lieux clos dans le périmètre de lieux présentés, en apparence, comme étant des lieux publics ; la connotation sociale ou administrative de ces lieux primerait alors sur leur accessibilité, ce sur quoi l'on reviendra².

227. Les interférences ponctuelles en matière de communications. Il est frappant de constater que les interférences de l'objet en matière de transmissions sont à géométrie variable, étant entendu que l'objet renvoie, ici, au *contenu* du message transmis. En matière de correspondances, le contenu n'a assurément aucune incidence. Peu importe que la correspondance contienne un message intime, professionnel ou encore publicitaire, elle est privée dès lors qu'elle est inaccessible aux tiers³. En revanche, on sait que les juges ont mis l'accent sur la nécessaire teneur intime des paroles tenues à titre privé ou confidentiel, estimant par exemple que des propos « *qui entraient dans le cadre de la seule activité professionnelle des intéressés [...] n'étaient pas de nature à porter atteinte à l'intimité de leur vie privée* »⁴. On a vu, néanmoins, que la jurisprudence récente en la matière tend à atténuer cette interférence entre le contenu et le contenant⁵. Le contenu interfère également de manière critiquable en matière d'hyperliens, où la jurisprudence analyse notamment « *le sens de l'autre texte* » au titre des éléments extrinsèques au lien, afin d'apprécier si celui-ci constituait un acte de publication⁶. La condition de publicité propre aux infractions de presse et la conscience du caractère nocif d'un message, autre élément constitutif de ces infractions, sont alors confondues.

Le caractère privé ou public d'une communication est aussi parfois déduit de la qualité des participants à l'acte de communication et, plus précisément, du *domaine d'expression du lien*⁷ unissant, le cas échéant, les membres du groupe des destinataires. Ponctuellement, la Cour

¹ Cass. crim., 27 mai 2009, n° 09-82.115, *Bull. crim.* n° 108 ; *AJ pénal* 2009, p. 367, obs. L. ASCENSI.

² V. *infra* n° 266 et s.

³ V. *supra*, n° 77 et s.

⁴ Cass. crim., 14 févr. 2006, n° 05-84.384, préc.

⁵ V. *supra* n° 92.

⁶ Cass. crim., 1^{er} sept. 2020, n° 19-84.505, préc.

⁷ V. *supra* n° 111.

de cassation exagère l'importance de cette considération en jugeant qu'un cercle, pourtant difficile à intégrer, tel que celui des membres d'un conseil municipal¹, constitue un public. Autrement dit, les juges prennent alors en considération le fait que les affaires publiques soient en cause pour qualifier un public et en déduire le caractère public de la communication, alors que l'imperméabilité du groupe de destinataires inviterait davantage à constater son caractère privé. La primauté du critère de l'objet est alors discutable.

228. Les interférences nombreuses en matière de réunions. L'objet de la réunion interfère fréquemment avec son caractère privé ou public pour les juges. Ainsi, ceux-ci, en matière d'infractions de presse, ont-ils pu estimer par le passé le fait qu'une réunion était privée dès lors que les participants étaient réunis « pour délibérer sur les affaires sociales »², déduire la publicité de la réunion du fait que les « propos étaient relatifs à l'objet commun »³ et considérer la réunion « publique si les propos proférés n'ont aucun rapport avec l'ordre du jour ou la question qui a rassemblé les participants »⁴. On a déjà démontré à quel point ce raisonnement engendre une confusion entre la condition de publicité exigée en la matière et la teneur litigieuse du message⁵. L'on sait également que, pour une doctrine ancienne, certaines réunions seraient publiques par nature, à savoir les audiences d'un tribunal ou les séances des assemblées délibératives. Or, ces réunions peuvent être tant privées que publiques, selon leur degré d'accessibilité. Dans le même ordre d'idées, la réunion publique, au sens de la loi du 30 juin 1881, a été définie par un commissaire du gouvernement comme le « groupement momentané de personnes formé en vue d'entendre l'exposé d'idées ou d'opinions en vue de se concerter pour la défense d'intérêts »⁶, ce qui revient à dire qu'une telle réunion doit forcément entretenir un lien avec la vie civique et politique. C'est ce qui ressort également de la définition prétorienne de la manifestation dégagée par la Cour de cassation selon laquelle ce type de rassemblement supposerait d'« exprimer collectivement et publiquement une opinion ou une volonté commune »⁷. Là encore, dans ces hypothèses, le juge interprète les dispositions légales de manière restrictive, ce qui heurte le principe de la légalité pénale.

¹ V. not., Cass. crim., 3 juin 1997, *Bull. crim.* n° 218, préc.

² Cass. crim., 27 nov. 1920, *Bull. crim.* n° 461, préc.

³ Cass. crim., 8 août 1949, *Bull. crim.* n° 283, préc.

⁴ Cass. crim. 24 mai 1955 ; *JCP*, 1955, IV, 97, préc.

⁵ V. *supra* n° 176.

⁶ CE, 19 mai 1933, *Benjamin, Lebon* 541, préc.

⁷ Cass. crim., 9 févr. 2016, n° 14-82.234, préc.

229. En somme, le critère de l'objet ne peut qu'être indifférent. Si l'on ne saurait l'écartier totalement, dans la mesure où sa prise en compte *a priori* peut inciter le juge à rechercher le caractère accessible ou inaccessible d'un élément et que, souvent, les différentes conceptions de l'opposition privé-public convergeront, il ne peut néanmoins supplanter le critère de l'accessibilité, sauf à confondre, précisément, ces différentes conceptions. Un constat semblable peut être dressé par rapport au critère de la propriété.

B. Les interférences suscitées par la propriété

230. Le droit de propriété étant un droit réel, l'analyse de la propriété, privée ou publique, n'est possible qu'à l'égard d'une chose. D'emblée, il apparaît donc que la propriété ne peut être un critère constitutif de l'opposition privé-public puisqu'elle ne s'applique pas à toutes les qualifications qui en découlent. En effet, l'on ne peut être propriétaire d'une réunion. En revanche, la propriété interfère souvent en matière de lieux (1), et ponctuellement en matière de communications, pour ceux, du moins, qui considèrent l'information comme une chose appropriable (2).

1. La prise en compte discutable de la propriété du lieu

231. Synthèse des interférences. L'interférence sans doute la plus évidente entre propriété et accessibilité est la référence, fréquente, au « *lieu privé ouvert au public* ». Comme on l'a vu¹, un lieu est soit privé, soit ouvert au public, si bien qu'il ne saurait être les deux à la fois. Lorsque le législateur oppose le lieu ouvert au public au lieu public, on suspecte néanmoins qu'il sous-entend que le premier est nécessairement un lieu appartenant à une personne privée, là où le second renverrait aux lieux inclus dans le domaine public ou privé d'une personne publique. Il est, certes, tout à fait envisageable d'opposer la propriété privée et la propriété publique, mais cela constitue alors une conception verticale de l'opposition privé-public², laquelle ne doit pas interférer avec la conception adoptée dans cette étude.

Parfois, c'est la propriété collective³ affectant le lieu qui est prise en compte par les juges pour conclure à la publicité d'un endroit pourtant inaccessible, ce qui n'est pas davantage

¹ V. *supra* n° 40.

² V. *supra* n° 4 et s.

³ Sur celle-ci, v. *supra* n° 10.

satisfaisant. Sur ce point, c'est donc à juste titre que la Cour de cassation¹, en matière de sonorisations, a pu casser l'arrêt des juges du fond selon lequel la personne dont les propos avaient été captés dans les parties communes d'un immeuble ne pouvait pas contester la mise en place du dispositif étant donné qu'elle n'était personnellement titulaire d'aucuns droits sur les lieux. Autrement dit, les juges de seconde instance se fondaient sur la propriété collective du lieu pour le juger non privé, alors que le simple fait qu'il soit inaccessible lui conférait un caractère privé.

232. L'indifférence du critère. En réalité, identifier le propriétaire d'un lieu ne peut constituer qu'un indice permettant de présumer la maîtrise sur un lieu, rendant plus aisée l'identification de la personne qui en jouit et qui a le pouvoir d'en moduler l'accessibilité ; d'où l'indifférence de ce critère. Certes, si le propriétaire ne consent pas à ce qu'un lieu soit ouvert à tous, sa volonté primera éventuellement sur celle de l'occupant. Que l'on songe au rassemblement festif organisé sans l'accord du propriétaire d'une usine : ce lieu sera toujours considéré privé, malgré l'intention de ses occupants illégitimes de l'ouvrir à tous. Mais l'on sait également que la volonté de l'occupant du lieu peut primer sur celle du propriétaire, ce qu'atteste la jurisprudence en matière de violation de domicile selon laquelle un propriétaire peut tout à fait commettre le délit en question lorsque des personnes occupent son domicile sans droit ni titre². L'indifférence de la propriété ne fait donc aucun doute en matière de lieux. Il devrait en être autant en matière d'informations.

2. La prise en compte discutée de la propriété de l'information

233. Enjeux du débat. L'entrée dans l'ère de l'information, à la fin du XX^e siècle, a engendré un débat juridique pluridisciplinaire sur les enjeux de l'information³. En droit pénal, ce débat est devenu une controverse avec la question du vol d'information, controverse initiée par trois

¹ Cass. crim. 27 mai 2009, n° 09-82.115, préc.

² V. not., Cass. crim., 22 janv. 1997, *Bull. crim.* n° 31. V. déjà, Cass. crim., 26 févr. 1963, *Bull. crim.* n° 92 ; Cass. crim., 13 oct. 1982, *Bull. crim.* n° 218 ; RSC 1983, p. 670, obs. G. LEVASSEUR. Sur la question du domicile partagé entre époux, concubins, autres membres d'une même famille ou colocataires, v. G. DUMÉNIL, *Le domicile en droit pénal*, op. cit., n° 217 et s. V. aussi, *infra* n° 242.

³ V. not., J.-C. GALLOUX, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229 ; N. MALLET-POUJOL, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330.

arrêts rendus par la Cour de cassation à la fin du siècle dernier : les arrêts *Logabax*¹, *Bourquin*² et *Antoniolli*³. Parmi ces trois arrêts, seul l'arrêt *Bourquin* avait trait à un système informatique – des disquettes –, mais il ne fut pas analysé comme tel. De surcroît, ces arrêts de rejet, dénués de tout principe, ne consacraient aucunement le vol d'information⁴. Deux arrêts récents, en revanche, semblent avoir opéré explicitement une telle consécration dans des hypothèses où un système informatique était concerné.

Dans un premier temps, en 2015⁵, à l'occasion d'une espèce où un individu avait extrait des données d'un système informatique au sein duquel il s'était introduit et illicitement maintenu à la suite d'une défaillance des systèmes de contrôle, la Cour de cassation a considéré que l'individu avait « *soustrait des données qu'il a utilisées sans le consentement de leur propriétaire* » et qu'il pouvait donc non seulement être condamné pour maintien dans un système de traitement automatisé de données, en vertu de l'article 323-1 du Code pénal, mais aussi pour vol, en application de l'article 311-1 du même Code. Dans un second temps, en 2017⁶, dans une affaire où une avocate avait extrait des données d'un système informatique auquel elle avait librement accès, la Cour déclara dans un *obiter dictum* que « *le libre accès à des informations personnelles sur un réseau informatique d'une entreprise n'est pas exclusif de leur appropriation frauduleuse par tout moyen de reproduction* ».

Il est permis de penser que la consécration du vol d'information par ces arrêts était superflue et que d'autres infractions auraient pu être retenues ici. Pour le démontrer, il est néanmoins nécessaire de s'intéresser aux différentes questions que soulève le vol

¹ Cass. crim., 8 janv. 1979, *Bull. crim.* n° 13. Il était, en l'espèce, question de photocopies de documents papiers. Pour la Cour de cassation, « *en prenant des photocopies des documents [mis à sa disposition par son employeur] à des fins personnelles, à l'insu et contre le gré du propriétaire des documents, le prévenu, qui n'en avait que la simple détention matérielle, les avait appréhendés frauduleusement pendant le temps nécessaire à leur reproduction* ».

² Cass. crim., 12 janv. 1989, n° 87-82.265, *Bull. crim.* n° 14 ; RSC 1990, p. 346, obs. P. BOUZAT. La Cour de cassation sembla admettre le vol de soixante-dix disquettes et du « *contenu informationnel* » de quarante-sept d'entre elles, pour le « *temps nécessaire à la reproduction des informations* ». V. aussi, Cass. crim., 4 mars 2008 ; D. 2008, p. 2213, note S. DETRAZ.

³ Cass. crim., 1^{er} mars 1989, n° 88-82.815, *Bull. crim.* n° 100 ; D. 1990, p. 330, obs. J. HUET ; RSC 1990, p. 346, obs. P. BOUZAT. En l'espèce, un salarié avait, à l'insu de son employeur, utilisé des documents comptables pour établir des tableaux graphiques qu'il avait ensuite communiqués à des tiers. La Cour de cassation valida la condamnation pour vol prononcée par les juges du fond pour qui « *les données comptables et commerciales figurant sur les documents et transmises à un tiers [constituaient] des biens incorporels qui se trouvaient être juridiquement la propriété exclusive de l'entreprise* ».

⁴ En ce sens, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 107, p. 136.

⁵ Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, *Bull. crim.* n° 119 ; *AJ pénal*, 2015, p. 413, obs. E. DREYER ; D. 2015, p. 1466, note L. SAENKO ; *Dr. pén.* 2015, comm. 123, obs. P. CONTE ; *ibid.* chron. 10, obs. A. LEPAGE ; *RDC* 2015, p. 951, obs. P. BERLIOZ ; *JCP G* 2015, 887, note G. BEAUSSONIE ; *Gaz. Pal.*, 18 juin 2015, p. 8, obs. S. DETRAZ.

⁶ Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113 P ; *Dr. pén.* 2017, comm. 141, obs. P. CONTE ; D. 2017, p. 1885, note G. BEAUSSONIE ; *Gaz. Pal.*, 24 oct. 2017, p. 50, note S. DETRAZ ; *RTD com.*, 2017, p. 713, note L. SAENKO.

d'information. Eu égard à la condition préalable du vol, il s'agit de déterminer, d'une part, si la donnée peut être une « chose » et, d'autre part, si elle peut être analysée comme la « chose d'autrui ». De plus, la « soustraction », élément matériel du vol, pose également difficulté à l'égard de la donnée.

234. La donnée est-elle une chose ? La doctrine est divisée sur le point de savoir si une information, en l'espèce une donnée numérique, peut être qualifiée de chose. Plus précisément, il s'agit de savoir si celle-ci doit être nécessairement corporelle, afin de pouvoir être saisie physiquement par l'homme. Selon un auteur, « *une chose est nécessairement corporelle, mais n'a pas obligatoirement de valeur appréciable ; un bien doit avoir une valeur appréciable, mais n'est pas nécessairement corporel* »¹. Dans la mesure où l'article 311-1 du Code pénal mentionne la « chose » et non « le bien quelconque » comme en matière d'escroquerie et d'abus de confiance, la Cour de cassation aurait été trop loin en consacrant le vol de donnée numérique, chose incorporelle².

Certains, au contraire, préfèrent mettre l'accent sur le caractère perceptible de la donnée numérique, lequel permettrait un rattachement à la corporalité. En faveur de cette thèse, l'on peut citer la définition de la « donnée informatique » dégagée par la Convention de Budapest du 23 novembre 2001. Aux termes de celle-ci, l'expression étudiée « *désigne toute représentation de faits, d'informations ou de concepts sous une forme qui se prête à un traitement informatique, y compris un programme de nature à faire en sorte qu'un système informatique exécute une fonction* ». Dès lors, selon un autre commentateur de l'arrêt de 2015, « *voir dans des données numériques une chose n'a rien d'hérétique puisqu'une donnée numérique n'est pas une information au sens strict. Elle n'est pas un savoir, une idée, une connaissance, mais une suite de chiffres intelligible qui, traduite par un programme informatique, permet la réalisation de certaines tâches. Là où une information transcende le temps et l'espace, une donnée numérique, elle, ne survit pas longtemps loin du support physique*

¹ M.-L. RASSAT, « De l'objet de l'abus de confiance », *Dr. pén.* 2015, étude 10, n° 4.

² En ce sens, E. DREYER, obs. ss. Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, préc., pour qui « *la Haute juridiction a raisonné par analogie : les données, pas plus que l'énergie, ne constituent des choses [...]. Ces solutions ont été acquises au terme d'une interprétation extensive contraire au principe de légalité des délits et des peines* ».

la contenant »¹. C'est donc leur « *réalité objective incontestable* »² qui permettrait de considérer qu'une donnée est une chose. Toutefois, si la Cour de cassation parle bien de « *données* » en 2015, elle évoque en 2017 les « *informations personnelles sur un réseau informatique* ». Il ne faut sans doute pas en déduire, néanmoins, que la chose volée peut être une information purement incorporelle, une information présente sur un réseau informatique restant une donnée numérique.

En somme, si l'on admet que la chose n'est pas forcément une chose corporelle, mais une chose objectivement perceptible, la donnée pourrait être considérée comme une chose et le premier obstacle à la qualification de vol d'information serait levé. Qu'en est-il des deux autres ?

235. La donnée est-elle la chose d'autrui ? Le vol suppose que la chose appartienne à autrui. Or, en 2015, cette appartenance semble précisément résulter du fait que l'information soit inaccessible aux tiers non autorisés, en ce qu'elle était présente dans le système de traitement automatisé de données. Pour un commentateur, en stockant cette donnée sur son système informatique, le « *propriétaire* » de la donnée aurait « *bloqué l'accès à celle-ci, manifestant ainsi sa volonté de se la réserver en empêchant sa reproduction. C'est en effet de cette manière que s'exprime la propriété dans le domaine des choses incorporelles* »³. À l'appui de cette thèse, l'auteur évoque l'article L. 151-1 du Code de commerce, alors embryonnaire⁴ aux termes duquel est protégée au titre du secret des affaires toute information qui, notamment, « *fait l'objet de la part de son détenteur légitime de mesures de protection raisonnables, compte tenu des circonstances, pour en conserver le caractère secret* »⁵. Ainsi, « *les mesures de protection prises doivent révéler la maîtrise du détenteur de l'information sur celle-ci et sa volonté de s'en réserver la connaissance* »⁶. Or, cette thèse peut ne pas convaincre, en ce qu'elle semble

¹ L. SAENKO, obs. ss. Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, préc. Dans le même sens, S. DETRAZ, obs. ss. Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, préc. : « *[Les] renseignements sont en l'espèce des données informatiques, fixées sur un support, donc individualisées, et présentes dans un système informatique approprié, ce qui donne à l'ensemble un certain aspect tangible. Finalement, si de telles données sont assurément incorporelles (dénues de corps physique propre à une appréhension naturelle), sont-elles complètement immatérielles (c'est-à-dire dépourvues de toute existence objective, à l'instar d'une simple idée) ? ».*

² G. BEAUSSONIE, note ss. Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, préc.

³ P. BERLIOZ, obs. ss. Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, préc.

⁴ Le texte final a été introduit par loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018.

⁵ Dans le projet de loi, était évoqué le caractère « *non public* » de l'information.

⁶ P. BERLIOZ, obs. préc. Dans le même sens, v. G. BEAUSSONIE, note ss. Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, préc., considérant que les données étaient bien des « *choses d'autrui, car elles étaient réservées à certains utilisateurs du site de l'ANSES. Il importait peu, de ce point de vue, que ces données n'aient pas été confidentielles par nature ou que le portail destiné à les préserver soit resté ouvert ; seule comptait, en effet, la volonté de leur*

confondre secret et propriété et, plus spécifiquement, l'analyse de l'accès *au système informatique* et celle de l'accès *à la donnée* y étant contenue. À trop vouloir démontrer l'*animus domini* du prétendu propriétaire de la donnée, les auteurs en viennent à le déduire de la volonté de rendre inaccessible le système informatique. Si cette volonté constitue certes un critère essentiel pour définir le système informatique¹, il n'en reste pas moins qu'elle doit être analysée au titre du contenant et non du contenu. Le caractère superflu du vol d'information apparaît donc nettement en l'espèce. La Cour de cassation aurait tout à fait pu casser partiellement l'arrêt des juges du fond sur la question du vol d'information, tout en maintenant la condamnation qu'avaient également prononcée ces derniers pour maintien illicite dans un système de traitement automatisé de données.

En toute hypothèse, cette argumentation peut sembler mise à mal par l'arrêt de 2017, car, dans cette espèce, le prévenu avait librement accès au réseau informatique de l'entreprise ; la propriété de l'information ne pouvait donc être déduite de son caractère inaccessible. Selon l'énigmatique formule de l'arrêt, l'information était chose d'autrui en ce qu'elle était « *personnelle* ». Ce terme pourrait *a priori* renvoyer à la « *donnée à caractère personnel* », mais il n'en est rien, en réalité, ce type de donnée faisant l'objet d'une définition précise par les textes y étant dédiés² et n'ayant par ailleurs aucun lien avec la propriété. Se pose alors la question de savoir si le caractère personnel découlait du contenu intime des documents. Dans leur motivation, les juges du fond précisait que les documents téléchargés et imprimés étaient « *des doubles de courriers rédigés par [la plaignante] destinés notamment à des banques et des organismes mutualistes* », soit des documents liés à la vie professionnelle de la plaignante. Les juges en déduisaient que « *cette dernière avait seule, en tant que propriétaire, le pouvoir d'en disposer, à raison du caractère personnel des documents* ». Comme l'analyse à juste titre un commentateur de la décision, ce caractère personnel découlait donc « *moins d'un quelconque*

propriétaire de les destiner à un public restreint et sélectionné, à condition bien sûr que le prévenu en ait eu conscience ».

¹ V. *supra* n° 217.

² V. Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD), art. 4 § 1, définissant la donnée à caractère personnel comme « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable [...] ; est réputée être une "personne physique identifiable" une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale* ». Il s'agit donc de données permettant l'identification d'autrui – nom et prénom, numéro de téléphone et de sécurité sociale, adresse postale ou électronique, échantillons cellulaires, profils ADN et empreintes digitales, *etc.* – mais aussi de toutes les informations pouvant la concerner – origine, sexe, orientation sexuelle, état de santé, profession, revenus, loisirs, habitudes de déplacements, *etc.*

*contenu intime, que de ce lien interpersonnel qui caractérise toute correspondance [...] ; ces informations n'étaient-elles pas alors plus "confidentielles" que "personnelles" ? »¹. En d'autres termes, pour reconnaître la propriété de l'information, le fait qu'elle ait été inaccessible, car stockée sur un système informatique, était inopérant, mais le fait qu'elle était inaccessible, parce que le destinataire de la communication avait été agréé par l'émetteur, était prépondérant. Il n'en reste pas moins qu'il s'agit de prendre en compte, dans les deux cas, la possibilité de moduler l'accès au support d'une information, et non de l'exercice d'un droit de propriété sur une chose. On ne peut donc agréer l'analogie selon laquelle « *autant il y a vol lorsque le supermarché offre à l'auteur un libre accès à la marchandise qu'il expose sur ses rayonnages ; autant il y a vol lorsqu'une personne permet à son associé d'avoir accès à ses documents personnels sur une base de données commune* »². En effet, cette analogie ne met pas en exergue le fait que, dans le cadre du bien exposé dans un supermarché, la protection est fondée sur le seul droit de propriété dont dispose le supermarché sur le bien ; tandis que pour l'information, celle-ci n'est protégée qu'en ce que la communication est confidentielle³.*

Deux analyses sont donc possibles. Soit l'on considère que le caractère inaccessible d'une information – qu'il découle de l'interdiction d'accéder au système informatique dans lequel la chose est stockée ou du caractère confidentiel de la communication – permet d'établir que la donnée était appropriée, ce que les termes de l'arrêt de 2017 suggèrent fortement. Soit l'on considère que la propriété et le vol – dont la parenté n'est plus à établir⁴ – n'ont rien à faire ici et que l'information s'analyse sous l'angle du secret, ces arrêts ne visant qu'à pallier les carences de la loi quant à la protection de ce dernier. En effet, deux qualifications auraient été plus adaptées que celle de vol en 2017. D'une part, l'atteinte au secret des correspondances n'était pas à exclure ici⁵, si du moins l'on considère que la protection que l'article 226-15 du Code pénal accorde aux correspondances ne s'arrête pas une fois qu'elles ont été ouvertes⁶, ce qui était le cas en l'espèce. D'autre part, si l'on estime que la correspondance devient un document *lambda* une fois reçue et ouverte, l'article 323-3 du Code pénal, en ce qu'il permet de réprimer l'extraction de données, était la qualification à privilégier. Celui-ci n'était certes pas applicable aux faits de ces deux espèces⁷, mais il sera à privilégier dans les litiges futurs.

¹ G. BEAUSSONIE, obs. ss. Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113, préc.

² L. SAENKO, obs. ss. Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113, préc.

³ En ce sens, S. DETRAZ, obs. ss. Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113, préc. : « *Copier des informations, certes personnelles [...], mais librement accessibles sur Internet n'est donc pas un vol* ».

⁴ P.-J. PROUDHON, *Qu'est-ce que la propriété ?*, Lgf, 2009 (1840).

⁵ *Contra* : G. BEAUSSONIE, obs. ss. Cass. crim., 28 juin 2017, n° 16-81.113, préc.

⁶ Sur ce débat, v. *supra* n° 86.

⁷ La référence à l'extraction a été ajoutée par la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015.

Quoi qu'il en soit, même si l'on admet que la donnée informatique est une chose d'autrui, encore faut-il qu'elle puisse être soustraite pour que le vol d'information soit retenu.

236. La soustraction d'une donnée, obstacle conceptuel infranchissable. La particularité d'une donnée informatique rend délicate l'admission de son éventuelle soustraction. Celle-ci se définissant comme « *le fait d'ôter, de soustraire (au sens mathématique, presque), elle induit une perte du côté de la victime, et un gain de celui de l'auteur. Soit une conséquence patrimoniale invérifiable si l'objet de la soustraction est une information – laquelle continuera, même après sa soustraction, à bénéficier à son propriétaire* »¹. Ce malaise se traduit dans la jurisprudence de la Cour de cassation qui mentionne la plupart du temps l'usage qui est fait de la donnée extraite, ce qui manifesterait une « *originalité irréductible du vol d'information* »². Certes, les arguments ne manquent pas pour surmonter ces réticences. Selon un auteur, « *on reproduit un objet incorporel, ce qui n'en est pas moins le soustraire* »³. Ou encore, le fait que « *le propriétaire n'en ait pas perdu la possession est indifférent, à partir du moment où, sa volonté n'ayant pas été respectée, il a certainement été porté atteinte à sa propriété : pouvoir de disposition, exclusivité et, pour ceux qui prétendent maîtriser le langage économique, "valeur" des données ne sont, de toute évidence, pas sortis indemnes de leur manipulation par le prévenu* »⁴.

En réalité, au-delà de ce débat technique, l'enjeu est surtout criminologique et il s'agit de savoir si le vol est avant tout une infraction fruste, violente, laquelle ne s'accommoderait pas d'un « *amollissement* »⁵ de sa matérialité, ou s'il faut « *vivre avec son temps* » et admettre que la donnée numérique peut être soustraite. En toute hypothèse, l'incrimination de l'extraction de données avec l'introduction de l'article 323-3 du Code pénal réduit la portée du débat évoqué, bien que la Cour de cassation reste ouverte à la possibilité du vol d'information⁶.

237. Bilan. En définitive, le critère de la propriété, essentiellement envisageable à l'égard des lieux, constitue, là encore, un critère indifférent, dans la mesure où son seul rôle est de

¹ S. DETRAZ, obs. ss. Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, préc.

² P. CONTE, comm. ss. Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, préc.

³ G. BEAUSSONIE, note ss. Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, préc.

⁴ *Ibid.*

⁵ L. SAENKO, obs. ss. Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81.336, préc.

⁶ V. Étude annuelle 2019, « La propriété dans la jurisprudence de la Cour de cassation », p. 38 : « À ce jour, la portée de la jurisprudence de la chambre criminelle concernant le vol d'information n'est pas totalement définie et les débats se concentrent maintenant sur le choix de la qualification – vol ou abus de confiance – la plus opportune ».

faciliter l'appréciation de l'accessibilité pour le juge. Le critère de l'objet peut néanmoins permettre au législateur d'identifier des qualifications spécifiques et d'adopter une approche graduelle de l'opposition privé-public, ce qu'il convient de réaliser.

§2. L'objet, vecteur de gradation

238. L'opposition privé-public, envisagée sous l'angle de l'accessibilité, renvoie, on le sait, à la conception transversale de cette opposition. Les développements jusqu'ici menés avaient précisément pour but de montrer que tant les personnes publiques que les personnes privées – individus comme collectivités – rendent accessibles ou inaccessibles divers éléments. Le législateur traduit cela en dégagant des qualifications spécifiques¹, dont l'articulation permet des approches graduelles du clivage public-privé. Dans ces hypothèses, plusieurs acceptions des adjectifs « *privé* » et « *public* » concordent, si bien qu'il est possible d'opérer une gradation du plus privé au plus public, selon le degré de conjonction des différentes conceptions de l'opposition privé-public. Il n'y aura, dans ces hypothèses, aucun doute sur le caractère privé (A) ou public des lieux, réunions et communications considérés (B).

A. La gradation opérant sur le caractère privé

239. Le législateur identifie spécifiquement des lieux privés, des réunions privées ou des communications privées ayant trait à la vie privée (1) ou à un secret autre que celui de la vie privée (2).

1. Inaccessibilité et vie privée

240. Les hypothèses de la coïncidence entre vie privée et inaccessibilité sont celles où toutes les conceptions de l'opposition étudiée concordent quant à l'adjectif « *privé* ». En la matière, il est surtout question de lieux privés spécifiés par leur affectation personnelle ou intime. Après avoir mis en exergue les enjeux conceptuels liés à cette gradation spatiale, on étudiera les

¹ G. CORNU, *Linguistique juridique*, op. cit., p. 98 : « Il est encore plus fréquent qu'un sens générique et un sens spécifique se partagent le champ sémantique d'un terme juridique [...]. Cette subordination de sens – du genre à l'espèce – est, dans le vocabulaire juridique, l'une des combinaisons les plus répandues de polysémie interne. Elle introduit un ordre qui ne déplaît pas au goût classificatoire de l'esprit juridique, au moins lorsque le passage du genre à l'espèce s'opère de façon satisfaisante ».

notions de *domicile* et de *véhicule personnel*. Il conviendra également de mettre en lumière le fait que les communications adressées à un « *cercle de famille* », notion spécifique, sont assurément des communications privées. On notera que le législateur pénal n'identifie pas la *réunion familiale ou amicale* – si ce n'est pour renoncer à la régir¹ –, mais celle-ci constitue assurément une réunion des plus privées ; que l'on songe à l'audience tenue à huis clos lorsque « *les poursuites sont exercées du chef de viol ou de tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles, de traite des êtres humains ou de proxénétisme aggravé* »² ; autrement dit, lorsqu'il s'agit de préserver le secret de la vie privée de la victime³.

241. L'affectation du lieu : enjeux. Pour définir le lieu privé en tant que catégorie générale, le caractère inaccessible du lieu et l'absence d'autorisation de l'occupant sont apparus comme des critères suffisants. Pour autant, le législateur ne fait pas totalement abstraction de l'affectation du lieu. Cette considération ressurgit en effet lorsque certains lieux, pouvant tout à fait s'intégrer dans la définition générique du lieu privé, sont spécifiquement évoqués dans certains textes et distingués les uns des autres en fonction de la destination plus ou moins intime du lieu.

Tout l'enjeu est néanmoins de déterminer à quelle *échelle* s'opère la gradation induite par ce critère. En effet, la segmentation des espaces peut se concevoir de deux façons : *au sein* du lieu – la chambre est un lieu plus privé que le salon au sein du domicile –, ou *entre* les lieux – le domicile est plus privé que le véhicule personnel. En d'autres termes, il est possible de distinguer entre des *endroits* ou entre des *lieux*. Les deux approches sont évidemment liées⁴ et les historiens, par exemple, adoptent alternativement la première⁵ et la seconde⁶. Quant au

¹ Dans le cadre de crise de la Covid-19, le gouvernement français refuse pour lors l'interdiction des réunions familiales ou amicales, se contentant d'en appeler à la prudence de chacun, là où d'autres pays, comme l'Angleterre, ont pu les interdire explicitement.

² C. proc. pén., art. 306, al. 3. V. *infra* n° 506.

³ Dans cette hypothèse, néanmoins, la réunion est organisée par une personne publique et la dimension politique de l'opposition privé-public ne concorde pas avec les autres.

⁴ Y. THEBERT, « Espaces "privés" et "publics" : les composantes de la *domus* », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, *op. cit.*, t. 1, p. 402 : « *Autonomie croissante de l'habitat par rapport aux installations collectives, compartimentation et spécification croissantes des espaces internes de la maison sont des phénomènes qui vont de pair et qui paraissent renvoyer à la nouvelle image de la personne en construction au Bas-empire* ».

⁵ R.-H. GUERRAND, « Espaces privés », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *op. cit.*, t. 4, p. 305, précisant qu'au XIX^e siècle, pour la classe bourgeoise, « *l'intérieur de chaque appartement offre une rationalité sur laquelle on ne reviendra pas avant longtemps. Il comprend un espace public de représentation, un espace privé pour l'intimité familiale et des espaces de rejet* ».

⁶ Y. THEBERT, « Vie privée et architecture domestique en Afrique romaine », art. préc. : « *Vitruve lui-même utilise l'expression de lieux publics pour désigner les parties de la demeure ouvertes aux gens de l'extérieur* » ; G. DUBY, « Pouvoir privé, pouvoir public », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *op. cit.*, t. 2, p. 22 : « *il existe des dégrés dans la*

législateur pénal, s'il a ponctuellement recours à la première approche¹, il adopte le plus souvent la seconde, plus propice à la catégorisation juridique, dont l'article 230-34 du Code de procédure pénale, relatif à la mise en œuvre de la géolocalisation, est l'exemple le plus prégnant². En effet, la loi pénale ne peut recenser toutes les affectations particulières conférées aux endroits situés au sein d'un lieu. Au surplus, la notion générique de lieu privé, telle que définie précédemment, peut être mobilisée par la jurisprudence pour raffiner l'analyse³, la doctrine évoquant, elle, l'hypothèse du « *lieu mixte* » en matière de perquisitions⁴.

En toute hypothèse, les lieux privés affectés à un usage personnel ou familial sont assurément les lieux les plus privés que l'on puisse trouver. Ce sont ceux auxquels on aurait pu être tenté de cantonner la notion de lieu privé. En effet, la plupart du temps, le caractère inaccessible du lieu se conjuguera avec la propriété privée du lieu et la nature intime de la situation s'y déroulant.

242. *Le domicile.* Le domicile, lieu affecté à l'habitation, est un lieu appartenant le plus souvent à une personne privée, où l'intimité se déploie, les tiers n'ayant pas connaissance de ce qui se déroule entre les murs du lieu d'habitation, ces derniers le rendant inaccessible. La concordance des différentes conceptions de l'opposition privé-public semble donc patente. Ce lieu appelle tout de même quelques développements. Sur le plan sémantique, dans la loi pénale, le lieu affecté à l'habitation est désigné de quatre manières différentes : « *domicile* »⁵, « *local*

réclusion [...], la notion de vie privée est en fait relative puisque l'on passe progressivement du plus externe au plus interne, depuis le forum, la route, la strada, l'espace, la scène, jusqu'à ces réduits ultimes où l'on enferme le plus précieux de ses richesses ou de ses pensées, où l'on se claquemure pour des postures que les convenances interdisent d'exhiber » ; G. DUBY, « Préface », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *op. cit.*, t. 1, p. 9 : « [L'espace privé], pour les hommes, et d'abord dans les villes et les bourgades, se distribua en trois parts : la demeure, où l'existence féminine demeurerait confinée ; des aires d'activité elles aussi privatisées (l'atelier, la boutique, le bureau, l'usine) ; des enclos enfin, propices aux complacités et aux délassements masculins, tel le café ou le club ».

¹ Par ex., v. *infra* n° 269.

² Ce texte distingue les « lieux privés destinés ou utilisés à l'entrepôt de véhicules, fonds, valeurs, marchandises ou matériel », le « véhicule situé sur la voie publique ou dans de tels lieux », le « lieu privé » autre que les précédents, le lieu privé constitutif d'un « lieu d'habitation », les « lieux mentionnés aux articles 56-1 à 56-5 », et « le bureau ou le domicile des personnes mentionnées à l'article 100-7 ». V. *infra* n° 348.

³ Par ex. : les coulisses ont pu être distinguées de la salle de spectacle (TGI 22 dec. 1892 ; S. 93. 2. 136) ; la sacristie d'une église n'est pas aussi accessible que la nef (Cass. crim., 2 aout 1816, *Bull. crim.* n° 51) ; la salle d'audience d'un tribunal est un lieu privé lorsque le huis clos est prononcé, le reste du tribunal restant accessible au public (Cass. crim., 4 aout 1832 ; S.33. I. 872).

⁴J. BUISSON, « Fasc. 20 : Crimes et délits flagrants », *op. cit.*, n° 127 : « Ce concept de "lieux mixtes" s'applique aux bâtiments qui comportent à la fois une partie ouverte à toute personne et une partie accessible au seul occupant. Ainsi en va-t-il souvent des commerces ou encore de certains services publics ou encore des locaux collectifs d'une caserne de sapeurs-pompier ».

⁵ V. not., C. pén., art. 226-4.

d'habitation »¹, « *lieu habité* »² et « *lieu d'habitation* »³. Un auteur a récemment démontré que ces termes étaient très proches dans leur signification, étant donné que tous se définissent par rapport à l'affectation à l'habitation. Tout d'abord, « *les termes de "domicile" des articles 226-4 et 432-8 du Code pénal et de "local d'habitation" des articles 311-4, 6° et 311-5, 3° du même Code doivent être envisagés comme des synonymes. Ils représentent indistinctement le lieu que l'individu a investi personnellement, dans lequel il vit effectivement, fût-ce temporairement, et à l'intérieur duquel il aspire à être protégé. Tous deux disposent d'une acception large afin de rendre leur protection efficace* »⁴. Comme le relève l'auteur, l'emploi du terme « *local* » évoque une fonction de stockage plus que d'habitabilité, ce qui s'explique par le fait qu'il est employé par rapport à des atteintes aux biens⁵. On peut ajouter que cette terminologie date uniquement d'une loi n° 81-82 du 2 février 1981. Avant cette date, les anciens articles 381 et 386 parlaient de « *maison, appartement, chambre ou logement habités ou servant à l'habitation, ou leurs dépendances* » et de « *lieu habité ou servant à l'habitation* ». Il n'est donc guère surprenant, qu'en matière de présomption de légitime défense, l'on trouve toujours le syntagme « *lieu habité* »⁶. Or, ce lieu « *ne peut représenter que celui où se situe effectivement la victime au moment de l'attaque et représente tout espace investi personnellement par l'individu, même de manière éphémère. Il dispose à ce titre d'un champ d'application identique au "domicile" des articles 226-4 et 432-8 du Code pénal* »⁷. Quant au « *lieu d'habitation* » mentionné dans un certain nombre de dispositions procédurales, il recouvre assurément la même réalité que les termes précédemment évoqués. Il faut donc comprendre que malgré quelques subtilités⁸, le lieu affecté à l'habitation peut se définir de façon unitaire en droit pénal.

Indéniablement, l'affectation d'un lieu à l'habitation – usage personnel et familial par excellence – est le premier critère pris en compte par les juges, la propriété du lieu étant

¹ C. pén., art. 311-4, 6° et 311-5, 3°.

² C. pén., art. 122-6.

³ V. not., C. proc. pén., art. 706-96. Comp. C. douanes, art. 63 *ter*, évoquant « *la partie affectée à usage privatif* » des lieux à usage professionnel. Or, avant la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014, le texte évoquait « *le domicile privé* » à la place de la locution précitée.

⁴ G. DUMÉNIL, *Le domicile en droit pénal*, *op. cit.*, n° 254, p. 185.

⁵ A. VITU, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, t. 2, n° 2275, p. 1857 : « *On ne voit pas, à première vue, qu'il y ait une grande différence entre la "maison d'habitation" et le "local d'habitation", autrement que sur un plan surtout psychologique : la première évoque le chez-soi, le lieu où se développe la vie intime de la personne et de la famille, tandis que le second, plus objectif et froid, évoque ces unités impersonnelles des "machines à habiter" dont s'enorgueillit l'architecture contemporaine. Mais cela ne suffit pas à justifier une divergence dans l'interprétation juridique des deux notions* ».

⁶ C. pén., art. 122-6.

⁷ G. DUMÉNIL, *op. cit.*, n° 263, p. 191.

⁸ V. plus loin pour la question des dépendances.

indifférente¹. En effet, des juges du fond ont pu considérer que l'infraction de violation de domicile n'a pas pour objet de garantir les propriétés immobilières des citoyens contre une usurpation, même violente², mais de sauvegarder la liberté, la sécurité et l'indépendance des citoyens en organisant la protection de leurs demeures³. La Cour de cassation a confirmé cette solution en définissant le domicile comme « *le lieu où une personne, qu'elle y habite ou non, a le droit de se dire chez elle, quels que soient le titre juridique de son occupation et l'affectation donnée aux locaux, ce texte n'ayant pas pour objet de garantir d'une manière générale les propriétés immobilières contre une usurpation* »⁴. Certes, cet attendu écarte la notion d'affectation, mais il s'agit là de l'affectation *légal*e d'un lieu à l'habitation⁵. Or, dans le cadre des dispositions pénales évoquées, c'est l'occupant du domicile qui affecte le lieu à l'habitation, ce qui conduit à considérer que l'affectation est *factuelle*. Elle suppose que le juge vérifie *in concreto* l'habitabilité du lieu privé. À défaut d'une telle habitabilité méritant d'être protégée, ce lieu ne serait qu'une adresse⁶. Ainsi, ne constituent pas un domicile le « *local inhabité et vide de tout mobilier ou matériel, que nul n'a manifesté la volonté d'occuper, fût-ce passagèrement* »⁷, un château ni habité ni habitable⁸, une hutte dépourvue des équipements les plus élémentaires et constituant un simple poste d'observation⁹, un gabion dépourvu de connexion aux réseaux d'eau potable et d'électricité¹⁰, une maison en construction¹¹, un local réservé à la vente¹² ou une cellule de prison¹³. De même, le parking d'un hôtel où a été posée

¹ *Contra* : G. BEAUSSONIE, « Immeuble et domicile en droit pénal », *AJ Pénal*, 2016, p. 59 : « *L'occupant est, en quelque sorte, propriétaire du territoire qu'il occupe durant son occupation, à la seule condition qu'il ait le pouvoir d'en exclure les autres* ».

² CA Paris, 16 juin 1987 ; *D.* 1987, IR, p. 197. V. déjà, en droit romain, *D.* 47, 10, § 2 : « *Par maison on entend, non la propriété d'une maison, mais le domicile* ». Comp., CEDH, 3 déc. 2020, n° 12929/18, *Papachela et Amazon c/ Grèce*, § 63, sanctionnant l'inaction de l'État n'ayant rien fait pour protéger les droits d'un propriétaire dont le bien avait été squatté.

³ T. corr. Chalon-sur-Saône, 17 févr. 1950 ; *JCP* 1950, II, 5505, note G. LEVASSEUR. V. aussi, en matière de vol aggravé : Cass. crim., 30 sept. 1869 ; *DP* 1870, 1, p. 95, estimant que la circonstance que le vol a été commis dans une maison habitée est aggravante, même dans les cas où cette maison a pour habitants les auteurs mêmes du vol.

⁴ Cass. crim., 22 janv. 1997, *Bull. crim.* n° 31, préc.

⁵ CCH, art. L. 631-7.

⁶ CA Versailles, 9 oct. 1992 ; *Gaz. Pal.*, 1993, 1, somm., p. 52.

⁷ T. corr. Chalon-sur-Saône, 17 févr. 1950, préc.

⁸ Cass. crim., 26 juin 2002 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 136, obs. M. VÉRON. Selon la Cour, « *la partie civile n'a sous aucune forme, depuis de nombreuses années, manifesté une présence en ce lieu dont pourrait se déduire son intention de s'y établir pour y demeurer ou y séjourner momentanément* ».

⁹ Cass. crim., 6 mai 2002 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 130, obs. A. MARON.

¹⁰ Cass. crim., 20 oct. 2020, n° 19-87.656 ; *Dr. pén.* 2020, comm. 203, obs. J.-H. ROBERT.

¹¹ Cass. crim., 1^{er} avr. 1992 ; *RSC* 1993, p. 121, obs. F. BOULAN.

¹² Cass. crim., 4 mai 1994 ; *Dr. pén.* 1994, chron. 59, V. LESCLOUS et C. MARSAT.

¹³ Cass. crim., 18 oct. 1989 ; *Gaz. Pal.* 1990, 1, somm., p. 235, obs. J.-P. DOUCET : « *une cellule de maison d'arrêt ne saurait constituer un domicile dès lors qu'on ne l'a pas choisi* » ; V. néanmoins, CEDH, 20 mai 2008, n° 16330/02, *Gülmez c/ Turquie*, § 48 ; CEDH, 4 déc. 2007, n° 44362/04, *Dickson c/ Royaume-Uni*,

une balise de géolocalisation ne constitue pas un « *lieu d'habitation* »¹, pas plus que les espaces de circulation, les emplacements de stationnement, ou les boxes fermés du parking souterrain d'un immeuble collectif d'habitation². En revanche, constituent des domiciles : une chambre d'hôtel³, une chambre d'hôpital⁴, un bateau aménagé⁵, une tente sous laquelle vivent les vacanciers⁶ ou encore l'appartement privé d'un ministre situé dans les locaux du ministère⁷. Par ailleurs, l'arrière-boutique d'un magasin où dort parfois un artisan est un « *local d'habitation* »⁸, de même qu'une étable où couche habituellement un gardien⁹ ou une case située à la Martinique¹⁰. Enfin, ont été qualifiés de « *lieu habité* » le cinéma au sein duquel le propriétaire habite¹¹, une caravane¹² ou un magasin attenant à une maison d'habitation¹³. Si toutes ces solutions se justifient aisément, on verra plus loin que les juges ont néanmoins étendu le domaine du domicile, en admettant que des lieux de travail ou d'autres lieux de sociabilité puissent être qualifiés comme tel¹⁴. En d'autres termes, les juges ont transformé le domicile et ses synonymes en « *lieu clos* », comme en procédure pénale¹⁵. Or, ces solutions ne sont pas respectueuses du principe de légalité pénale et l'on verra que la réaction du législateur en la matière est soit incomplète, soit inexistante.

En tous les cas, l'importance accordée à l'affectation pose la question de l'articulation de ce critère avec celui de l'*accessibilité*. Le domicile étant un lieu privé spécifique, il faut prendre en compte la clôture de celui-ci et la volonté de son occupant d'en autoriser ou non l'accès. À première vue, la prise en compte de l'*accessibilité* sera subsidiaire, l'affectation à l'habitation étant le critère principal. Il est certain que l'existence de barrières est indifférente si le lieu n'est pas affecté à l'habitation. En effet, dans une espèce où des locataires expulsés

§ 68, jugeant qu'une personne détenue bénéficie du droit au respect de sa vie privée et familiale. V. aussi, CA Paris, 28 févr. 2001 ; *JurisData* n° 2001-146154, estimant que la prison est « *un lieu clos surveillé en permanence à accès strictement réglementé dans lequel sont hébergés des personnes sous main de justice et le personnel pénitentiaire* ».

¹ Cass. crim., 23 mai 2017, n° 16-87.323 P ; *D. actu.*, 14 juin 2017, obs. S. FUCINI.

² Cass. crim., 18 juin 2019, n° 18-86.421, P+B+I.

³ Cass. crim., 31 janv. 1914 ; *DP* 1918, 1, p. 76 ; Cass. crim., 6 avr. 1993, n° 93-80.185.

⁴ CA Paris, 17 mars 1986 ; *Gaz. Pal.* 1986, 2, p. 429, préc.

⁵ Cass. crim., 20 nov. 1984, *Bull. crim.* n° 355.

⁶ Cass. crim., 18 oct. 1972 ; *Gaz. Pal.* 1973, 1, p. 100.

⁷ Cass. crim., 4 juin 1971, *Bull. crim.* n° 178 ; *D.* 1971, somm., p. 156.

⁸ CA Toulouse, 10 oct. 1972 ; *JCP G* 1973, IV, 291.

⁹ Cass. crim., 4 sept. 1812 ; *Jur. gén.* Vol, n° 311.

¹⁰ Cass. crim., 23 janv. 1868 ; *DP* 1868, 1, p. 240.

¹¹ CA Dijon, 8 janv. 1965 ; *RSC* 1965, p. 414, obs. A. LÉGAL.

¹² CA Paris, 3 nov. 2000 ; *JurisData* n° 2000-132600

¹³ CA Toulouse, 15 nov. 1979 ; *JCP* 1981, II, 19608, note P. BOUZAT. Rappr. : Cass. crim., 8 janv. 1974 ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, somm., p. 110 ; Cass. crim., 11 oct. 1994 ; *Dr. pén.* 1995, comm. 37, obs. M. VÉRON.

¹⁴ V. *infra* n° 270.

¹⁵ V. *supra* n° 36.

s'étaient réinstallés dans l'appartement en forçant le verrou qui avait été changé par le propriétaire – donc en forçant une barrière matérielle –, le délit de violation de domicile n'était pas constitué dès lors que le propriétaire « *ne prétendait pas avoir habité dans les lieux, qu'il n'avait manifesté par aucun acte, après l'expulsion, son intention d'y établir sa demeure et que l'appartement était encore garni des meubles des derniers occupants* »¹. Il n'en reste pas moins que le caractère clos d'un lieu peut aider le juge à qualifier certains domiciles, en particulier ceux des personnes morales, lesquels sont en réalité des lieux privés². Un centre d'essai d'une firme automobile, « *clos par un mur* » a ainsi pu être qualifié de domicile³.

Le critère de l'accessibilité est surtout central dans la définition des *dépendances*, celles-ci n'étant pas considérées comme des endroits particuliers, mais au contraire intégrées au domicile, sous certaines conditions. Elles doivent être comprises dans la même clôture, se trouver à proximité de la demeure et en constituer le prolongement⁴. Le fait que la clôture soit en mauvais état n'a aucune importance⁵. Sont ainsi des dépendances le parc à ferraille attenant à une maison⁶, les caves, greniers et débarras⁷, voire le couloir d'un immeuble non accessible au public⁸. À l'inverse, si la cour ou le jardin est ouvert sur l'une de ses faces, de sorte que l'accès en est libre à tout venant, le délit de violation de domicile ne saurait être constitué⁹. De même, le lien étroit et immédiat fait défaut en cas d'un terrain nu et clos ne dépendant pas directement d'une maison¹⁰ et la cour non close d'un immeuble ne constitue pas un domicile¹¹, pas plus que le box vacant et séparé de tout domicile¹². La solution vaut également en matière de « *lieu habité* » : une bergerie séparée de la maison du prévenu ne constitue pas un tel lieu¹³. Sur ce point, le « *local d'habitation* » semble, depuis 1981, se démarquer des autres syntagmes évoqués. En effet, l'article 390 de l'ancien Code pénal assimilait également les dépendances au

¹ CA Paris, 16 juin 1987 ; *D.* 1987, IR, p. 197.

² V. *infra* n° 270.

³ Cass. crim., 23 mai 1995, *Bull. crim.* n° 193 ; *Dr. pén.* 1995, comm. 220, note M. VÉRON.

⁴ Cass. crim., 19 juin 1957, *Bull. crim.* n° 513.

⁵ Cass. crim., 12 avr. 1938, *Bull. crim.* n° 122 ; *RSC* 1938, p. 710, obs. L. HUGUENEY.

⁶ Cass. crim., 15 oct. 1974, *Bull. crim.* n° 292.

⁷ T. corr. Belfort, 27 janv. 1933 ; *JCP G* 1933, 339 ; Cass. crim., 4 mai 1965, *Bull. crim.* n° 128 ; Cass. crim., 8 févr. 1994 ; *Dr. pén.* 1994, comm. 129, note M. VÉRON.

⁸ CA Aix, 20 oct. 2003 ; *JurisData* n° 2003-229137. Cet endroit pourra également être considéré comme une partie commune. Sur celles-ci, v. *infra* n° 268.

⁹ Cass. crim., 8 déc. 1981 ; *Gaz. Pal.* 1982, 2, p. 625, note E. ALAUZE.

¹⁰ CA Aix, 15 oct. 2007 ; *JurisData* n° 2007-355245.

¹¹ Cass. crim., 26 sept. 1990 ; *Dr. pén.* 1991, comm. 41. V. aussi : CA Paris, 22 juin 1990 ; *RSC* 1991, p. 373, obs. G. LEVASSEUR.

¹² Cass. crim., 12 mars 1997 ; *Dr. pén.* 1997, chron. 25, par V. LESCLOUS et C. MARSAT.

¹³ Cass. crim., 15 oct. 1980, *Bull. crim.* n° 261 ; *RSC* 1981, p. 615, obs. G. LEVASSEUR.

domicile, à condition qu'elles soient comprises dans la même enceinte¹. Cette précision a disparu et selon VITU, le vol perpétré « *dans le garage attenant à une maison, ou dans la remise située dans le jardin mitoyen d'une propriété privée et entourée de murs, ne sera plus regardé comme plus grave qu'un vol simple : aux yeux du législateur contemporain, ces faits n'ont pas paru nécessiter une sévérité spéciale et il est vrai que, souvent, ils ne menacent que les biens, et pas ou très peu la sécurité des personnes* »².

243. Le véhicule personnel. Le véhicule personnel est le second lieu privé³ répondant sans aucun doute à un usage personnel ou familial. En effet, celui-ci permet à l'individu de ménager la transition entre l'espace domestique et le lieu de travail⁴. La particularité du véhicule est néanmoins sa faculté à être présent dans différents types de lieux, privés ou publics, si bien qu'il sera appréhendé différemment selon sa localisation. Ainsi, s'il est certain que le véhicule n'est pas un domicile, la jurisprudence judiciaire⁵ et constitutionnelle⁶ étant constante sur ce point en matière de perquisition, il le devient lorsqu'il est parké au sein d'un domicile⁷ ou lorsqu'il est aménagé pour y habiter⁸. Il bénéficiera alors de la protection accordée au domicile. En revanche, lorsqu'il sera présent « *sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au regard du public* »⁹, il sera soumis au régime des fouilles de véhicules introduit par la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001¹⁰. En matière de géolocalisation, l'article 230-34 du Code de procédure pénale identifie également l'hypothèse où le véhicule serait présent dans des

¹ « *Est réputé maison habitée tout bâtiment, loge, cabane, même mobile, qui, sans être actuellement habité, est destiné à l'habitation, et tout ce qui en dépend, comme cours, basses-cours, granges, écuries, édifices qui y sont enfermés, quel qu'en soit l'usage, et quand même ils auraient une clôture particulière dans la clôture ou enceinte générale* ». Pour des applications de cette disposition, v. Cass. crim., 25 mai 1848, *Bull. crim.* n° 159 ; Cass. crim., 15 mai 1851, *Bull. crim.* n° 182.

² A. VITU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, t. 2, n° 2275, p. 1858.

³ Sur la jurisprudence qualifiant le véhicule de lieu privé dans le cadre de l'espionnage visuel, v. *supra* n° 46.

⁴ A. PROST, « Frontières et espaces du privé », art. préc., p. 63 et 97 : « *La diversification et l'élargissement de la vie privée au cours du second XX^e siècle ne se bornent pas à l'enclos domestique. La conquête de l'espace de la vie privée n'est pas seulement celle de l'espace familial : c'est aussi celle des moyens d'en sortir [...]. Le recours à la voiture individuelle constitue une tentative pour prolonger sa vie privée et aménager une sorte de transition entre elle et la vie publique* ».

⁵ Cass. crim., 11 sept. 1933 ; *DH* 1933. 462 ; Cass. crim., 8 nov. 1979, *Bull. crim.* n° 311 ; *D.* 1980, IR, p. 523, obs. M. PUECH. V. aussi, pour le coffre d'une voiture : Cass. crim., 22 juin 1994, n° 94-81.842.

⁶ Cons. const., 12 janv. 1977, n° 76-75 DC ; Cons. const., 29 déc. 1983, n° 83-164 DC, § 29.

⁷ V. H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police*, LGDJ, Paris, 1996, n° 646.

⁸ C. proc. pén., art. 78-2-2, II : « *la visite des véhicules spécialement aménagés à usage d'habitation et effectivement utilisés comme résidence ne peut être faite que conformément aux dispositions relatives aux perquisitions et visites domiciliaires* ». V. aussi, en ce sens, A. VITU, *op. cit.*, t. 1, n° 300, note 3.

⁹ C. proc. pén., art. 78-2-2, 78-2-3, 78-2-4 et 78-2-5. V. *infra* n° 341 et 484.

¹⁰ Le véhicule n'en reste pas moins un lieu privé soumis à un régime spécifique. L'on ne peut donc agréer l'idée selon laquelle un « *véhicule automobile se trouvant sur la voie publique n'est pas un lieu privé ou un domicile* » (H. MATSOPOULOU, *Les enquêtes de police, op. cit.*, 1996, n° 908). *Adde*, V. MALABAT et J.-C. SAINT-PAU, obs. ss. Cass. crim., 28 nov. 2006, n° 06-81.200, *RPDP* 2007, spéc. p. 186.

« lieux privés destinés ou utilisés à l'entrepôt de véhicules, fonds, valeurs, marchandises ou matériel », les véhicules visés ici étant sans doute, néanmoins, davantage des véhicules professionnels¹ que des véhicules personnels, si bien qu'ils sont ici assimilables à des lieux de travail, sur lesquels on reviendra plus loin². On ajoutera que les articles 706-96-1 et 706-102-5 du Code de procédure pénale, lorsqu'ils traitent de l'introduction des enquêteurs dans un lieu pour effectuer l'installation d'un dispositif de sonorisation ou captation d'images, ou de captation de données informatiques, distinguent « l'introduction dans un véhicule ou dans un lieu privé », alors pourtant que le véhicule est un lieu privé. Reste à évoquer la communication adressée à un cercle de famille.

244. La communication adressée à un cercle de famille. Le « cercle de famille », qualification présente dans le Code de propriété intellectuelle³, est avant tout une notion de droit d'auteur, laquelle a pu être décrite comme une « limite interne » à ce dernier⁴. Elle n'en a pas moins une incidence en droit pénal, puisqu'elle permet, le cas échéant, d'écarter la qualification de contrefaçon⁵. Comme le relève un auteur, « il serait intéressant de comparer cette notion de "cercle de famille" avec celle de "communauté d'intérêts" utilisée dans le droit de la presse pour déterminer si la communication est publique ou non. Le cercle de famille implique une communauté d'intérêts »⁶. Si c'est à juste titre que l'intérêt d'une comparaison est soulevé, cette dernière assertion est peut-être un peu hâtive, car, comme on l'a vu⁷, la jurisprudence en matière d'infraction de presse n'a jamais explicitement affirmé qu'un groupe familial constituait un groupement lié par une communauté d'intérêts.

Toute la question est donc de savoir si la communauté d'intérêts inclut le cercle de famille ou si ces deux notions traduisent des cercles concentriques mutuellement exclusifs. Il est en tout cas certain que le caractère « familial » du cercle étudié en fait un groupe plus fermé

¹ Comp. C. env., art. L. 172-5, régissant les visites des véhicules professionnels liés à la production alimentaire. Or, dans une décision hautement contestable (Cass. crim., 5 janv. 2021, n° 20-80.569, F-P+B, *Dr. pén.* 2021, comm. 46, obs. J.-H. ROBERT), la Cour de cassation a estimé qu'en l'absence de tout caractère professionnel, un tel véhicule peut être visité sans qu'aucune des garanties pourtant prévues pour les visites de véhicules en droit commun (v. *infra* n° 480 et s.) ne soit appliquée. En d'autres termes, pour les juges du quai de l'Horloge, « puisque le texte ne protège que les véhicules professionnels, c'est que les autres peuvent être visités sans aucune garantie, comme s'ils étaient un lieu ouvert au public », solution « choquante, qui ravale les braconniers au rang des terroristes pour réparer la négligence des bureaux du ministère de l'Environnement, chargés de préparer les projets d'ordonnance » (J.-H. ROBERT, comm. préc.).

² V. *infra* n° 270.

³ CPI, art. L122-5, 1° et art. L. 211-3, 1°. V. aussi, C. patr., art. R. 131-1.

⁴ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins, op. cit.*, n° 619, p. 628.

⁵ V. *infra* n° 334.

⁶ *Ibid.*, note 3.

⁷ V. *supra* n° 112.

que celui composé de personnes liées par une communauté d'intérêts. L'histoire de ce cercle le confirme. En effet, « *la jurisprudence admettait, mais de façon assez circonspecte, une exception au droit de représentation si l'exécution de l'œuvre, dans un but de distraction ou de bienfaisance, avait lieu cumulativement dans un lieu privé, gratuitement et pour les seuls membres d'une association ou d'un cercle, à l'exclusion de toute autre personne, même des membres de leurs familles ou d'invités* »¹. En d'autres termes, les juges caractérisaient une communauté d'intérêts. Ce rapprochement était patent par la suite, les juges admettant que des groupements aux contours moins étroits constituent de tels cercles privés, si bien que « *pour réagir contre la dégradation du critère primitif [...] la limitation du nombre des adhérents a été exigée par plusieurs juridictions* »². Allant plus loin encore, le législateur introduisit le cercle de famille à l'article 41, 1^o de la loi du 11 mars 1957. Comme le résume un auteur, « *c'est pour mettre fin à l'extension du champ de l'exception à des représentations devant des publics trop larges et mal définis que le législateur a posé l'exigence du cercle de famille en plus du caractère privé de la représentation* »³. Dès lors, là où les membres d'une entreprise ou d'une association constituent une communauté d'intérêts, l'assemblée réunie par une société dans la cadre d'une soirée privée ne constitue pas un cercle de famille⁴, pas plus que les membres d'une amicale⁵, que la réunion d'électeurs d'un village⁶ ou que les « *personnes amenées le plus souvent par des amis* » présentes au domicile d'une personne organisant de façon périodique des séances de projection d'œuvres cinématographiques⁷. Le cercle de famille recouvre donc uniquement la famille et les amis proches⁸.

On notera qu'en matière d'*exhibition sexuelle*, avant la nouvelle formulation du délit par le Code pénal de 1994, la question de savoir si l'infraction était constituée alors qu'elle avait lieu dans le cadre de la famille était débattue par la doctrine. Un auteur évoquait sur ce point la thèse du « *public privé* »⁹ – du cercle de famille, en réalité – en exposant plusieurs affaires où la Cour de cassation avait jugé l'outrage public alors qu'il avait eu lieu dans un

¹ F. POLLAUD-DULIAN, « Exception de cercle de famille. Caractère privé. Caractère lucratif », *RTD com.*, 2012, p. 332. Comp., Cass. civ., 7 août 1863, *Société chorale de Lorient, Annales* 1863, p. 381.

² H. DESBOIS, *Le droit d'auteur en France*, Dalloz, 3^e éd., Paris, 1978, n^o 273.

³ F. POLLAUD-DULIAN, art. préc.

⁴ CA Paris, 8 févr. 2012 ; *RTD com.* 2012, p. 332, obs. F. POLLAUD-DULIAN.

⁵ Cass. 1^{re} civ., 14 juin 1972, *Bull. civ.* I, n^o 154 ; *RTD com.*, 1973, p. 262, obs. H. DESBOIS.

⁶ TI Marvejols, 13 juill. 1961 ; *RTD com.* 1961, p. 849, obs. H. DESBOIS.

⁷ T. corr. Paris, 24 janv. 1984 ; *Gaz. Pal.* 1984, 1, p. 240, note J.-F. MARCHI.

⁸ H. DESBOIS, *op. cit.*, n^o 275 ; V. aussi, *Glossaire de l'OMPI*, 2011, p. 23 : « "Public performance" is where a performance can be perceived at a place or at places where persons outside the normal circle of family and the closest social acquaintances of the family » ; CA Douala, 3 mars 1967 et CA Grenoble, 28 févr. 1968 ; *RIDA* juill. 1968, p. 166, obs. H. DESBOIS.

⁹ *Ibid.*, p. 80.

contexte familial. Dans une de ces affaires, en 1861, un magistrat avait alors livré cette tirade : « *Ma raison d'homme se révolte contre une pareille interprétation du mot publicité, ma raison de magistrat me dit que la famille outragée était le public au regard de ces hommes, et qu'ils doivent être reconnus coupables du délit prévu par l'article 330. Le tribunal n'a pas vu le côté de la question ; il s'est laissé asservir par les principes de la loi de 1819. Nous requérons l'infirmité du jugement* »¹. En d'autres termes, le caractère sexuel de l'infraction aurait justifié que la notion de public fût interprétée restrictivement et que seul le cercle formé par *le couple* en fût exclu. Depuis cette époque, on sait que la nudité n'est plus cantonnée au couple, lequel ne constitue donc pas, en droit pénal, un cercle privé ayant une autonomie particulière.

245. En somme, il est assez aisé d'identifier les qualifications spécifiques joignant accessibilité et vie privée et revêtant un caractère assurément privé. Les notions dégagées sont par ailleurs des notions conceptuelles en ce qu'elles supposent une approche classique de l'accessibilité, à laquelle s'ajoutent simplement des considérations tenant à l'affectation du lieu ou à la nature intime des liens unissant les destinataires d'une communication, voire les personnes présentes dans une réunion. Un constat du même ordre peut être dressé pour les qualifications unissant inaccessibilité et secret.

2. Inaccessibilité et secret

246. Le secret, appréhendé sous l'angle de la connaissance, est une réalité plurale en droit pénal². On sait qu'il est aussi une réalité transversale, puisque tant les personnes privées que les personnes publiques sont amenées à dissimuler des informations de manière légitime, quoique le secret engendre toujours la suspicion. Le secret rencontre l'inaccessibilité quand des obstacles concrets à la connaissance de celui-ci sont matérialisés, ce dont plusieurs qualifications rendent compte. On évoquera successivement les rapports de l'inaccessibilité avec le secret professionnel, le secret des sources, le secret de la défense nationale et le secret de l'enquête ou de l'instruction.

247. *Inaccessibilité, secret des sources et secret professionnel.* L'inaccessibilité est parfois au service du secret professionnel ou du secret des sources. Quant aux lieux, les « *locaux d'une*

¹ DP, 1862, II, p. 9. Cité par C. LAPLATTE, *op. cit.*, *loc. cit.*

² V. *supra* n° 21.

entreprise de presse, d'une entreprise de communication audiovisuelle, d'une entreprise de communication au public en ligne, d'une agence de presse » et « les véhicules professionnels de ces entreprises ou agences ou au domicile d'un journaliste »¹ abriteront le secret des sources ; là où le « cabinet d'un avocat ou [...] son domicile » et les « locaux de l'ordre des avocats ou des caisses de règlement pécuniaire des avocats »², ainsi que « le cabinet d'un médecin, d'un notaire ou d'un huissier »³ protégeront le secret professionnel. Logiquement, les communications adressées à des « journalistes » ou des « avocats »⁴ et, plus largement, à toutes les personnes tenues au secret professionnel, sont des communications nécessairement privées.

248. Inaccessibilité et secret de la défense nationale. Malgré l'exigence de transparence qui caractérise l'époque contemporaine⁵, il est évident que l'État doit, dans l'intérêt de tous, préserver certains secrets. Pour rendre cette protection effective, il lui incombe, en premier lieu, de délimiter des espaces inaccessibles au sein desquels les personnes comme les choses⁶ nécessitant une protection spéciale seront à l'abri de toute intrusion. En droit pénal, ce sont essentiellement les lieux affectés à la sécurité nationale que les textes évoquent, ceux-ci renvoyant, d'une part, aux lieux affectés à l'autorité militaire et, d'autre part, aux lieux affectés aux recherches intéressant la défense nationale.

Aux termes de l'article 413-5 du Code pénal, est réprimé le fait, « sans autorisation des autorités compétentes, de s'introduire frauduleusement sur un terrain, dans un port, dans une construction ou dans un engin ou appareil quelconque affecté à l'autorité militaire »⁷.

¹ C. proc. pén., art. 56-2, al. 1^{er}.

² C. proc. pén., art. 56-1, al. 11.

³ C. proc. pén., art. 56-3. La chambre d'hôtel occupée par un médecin ne peut être considérée comme un cabinet médical (Cass. crim., 8 juin 1999, *Bull. crim.* n° 124).

⁴ C. proc., pén., art. 100-5.

⁵ V. *supra* n° 21.

⁶ R. DEBRAY, *Jeunesse du sacré*, op. cit., p. 41 : « Le cœur de la mémoire française repose à l'hôtel de Soubise dans une armoire de fer, encastrée dans la salle de Trésors [...]. L'acte notarié est enfermé dans une armoire à triple serrure et code secret, protégée elle-même par deux grandes portes en bois, imitant celle d'un temple, et dont le rituel d'ouverture n'est pas sans évoquer celui de la porte du Saint-Sépulcre à Jérusalem ».

⁷ V. aussi C. pén., art. R. 644-1, al. 1^{er} : « Hors le cas prévu par l'article 413-5, le fait, sans autorisation des autorités compétentes, de pénétrer, séjourner ou circuler sur un terrain, dans un port, dans une construction ou dans un engin ou appareil quelconque affecté à l'autorité militaire ou placé sous son contrôle est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe ». Dans des termes voisins, v. C. pén., art. R. 645-2 : « Le fait, dans une zone d'interdiction fixée par l'autorité militaire et faisant l'objet d'une signalisation particulière, d'effectuer, sans l'autorisation de cette autorité, des dessins, levés ou des enregistrements d'images, de sons ou de signaux de toute nature est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe ». V. encore, en matière procédurale, C. proc. pén., art. 698-4 : « Lorsque le procureur de la République, le juge d'instruction et les officiers de police judiciaire sont amenés, soit à constater des infractions dans les établissements militaires, soit à rechercher, en ces mêmes lieux, des personnes ou des objets relatifs à ces infractions, ils doivent adresser à l'autorité militaire des réquisitions tendant à obtenir l'entrée dans ces établissements ».

L'affectation du lieu à l'autorité militaire sera donc décisive ici, cette affectation n'étant guère compliquée à établir. Bien qu'il n'y ait pas de jurisprudence éclairant la définition de ce type de lieux, on peut se référer à l'ancien article 79 du Code pénal, qui procédait par énumération pour en trouver des exemples : « *forteresse, ouvrage, poste, arsenal [...] travaux, camps, bivouacs, cantonnements [...] bâtiment de guerre ou bâtiment de commerce employé pour la défense nationale [...] appareil de navigation aérienne [...] véhicule militaire armé* ». On peut constater que l'autorisation est explicitement mentionnée par l'article 413-5 du Code pénal, ce qui renvoie à l'accessibilité subjective. L'importance de l'inaccessibilité, objectivement entendue, peut néanmoins être déduite la formule « *s'introduire frauduleusement* », laquelle peut laisser penser que l'auteur doit rencontrer une barrière ou un obstacle.

Le lieu affecté à l'autorité militaire est donc assurément un lieu privé, à l'instar des lieux affectés aux recherches intéressant la défense nationale. En effet, l'article 413-7 du Code pénal réprime « *le fait, dans les services, établissements ou entreprises, publics ou privés, intéressant la défense nationale, de s'introduire, sans autorisation, à l'intérieur des locaux et terrains clos dans lesquels la libre circulation est interdite et qui sont délimités pour assurer la protection des installations, du matériel ou du secret des recherches, études ou fabrications* »¹. Cette disposition met bien en évidence l'importance de l'affectation pour les lieux destinés aux recherches intéressant la défense nationale, ladite affectation étant en l'occurrence clairement définie par les textes². Par ailleurs, l'accessibilité objective est bien mise en exergue par le texte d'incrimination qui désigne les « *locaux ou terrains clos [...] délimités pour assurer la protection des installations* ». On peut penser que l'accès peut n'être que temporairement interdit, dans la mesure où le texte actuel n'a pas retenu l'exigence, formulée par l'article 418-1 de l'ancien Code pénal, d'une libre circulation « *constamment interdite* ». Quant à l'importance de l'appréciation subjective, elle est là encore mise en avant par le texte d'incrimination

¹ V. aussi, C. proc. pén., art. 56-4, régissant la perquisition dans un « *lieu précisément identifié, abritant des éléments couverts par le secret de la défense nationale* » ou qui « *se révèle abriter des éléments couverts par le secret de la défense nationale* » au cours d'une perquisition.

² V. C. pén., art. R. 413-1 à R. 413-5, exposant une procédure en deux temps pour la délimitation des lieux destinés à la « *protection des installations, du matériel ou du secret des recherches* ». D'abord, le ministre chargé des installations, du matériel ou des recherches, études et fabrications à caractère secret, désigne ceux ou celles qui nécessitent une protection particulière. Puis, l'arrêté ministériel est notifié au chef du service, de l'établissement ou de l'entreprise, qui doit prendre toutes dispositions afin que les limites de la zone protégée et les mesures d'interdiction de pénétrer soient connues du personnel et fassent l'objet d'une signalisation suffisante pour renseigner les tiers. On notera que le décret n° 2011-1425 du 2 novembre 2011 a institué une nouvelle catégorie particulière de zones protégées dénommées « *zones à régime restrictif* » (C. pén., art. R. 413-5-1). Il s'agit d'une zone recelant des éléments essentiels du potentiel scientifique et technique de la nation, justifiant un contrôle accru de leur accès et de la circulation en leur sein. Le délit sera néanmoins retenu de la même manière que l'introduction frauduleuse s'opère au sein d'une « *zone protégée* » ou au sein d'une « *zone à régime restrictif* ».

lui-même, à travers les termes « *sans autorisation* » et la référence aux « *locaux [...] dans lesquels la libre circulation est interdite* ». Au surplus, il ne fait guère de doute que les centrales nucléaires font partie des lieux qui viennent d'être définis, si bien que les irrptions de militants écologistes au sein d'installations nucléaires classées en zones protégées auraient dû être réprimées sur le fondement du délit évoqué¹. Les juridictions de droit commun privilégièrent pourtant le délit de violation de domicile² pour une raison procédurale³. Estimant qu'une infraction spécifique devait être introduite, le législateur a incriminé à titre autonome l'introduction « *à l'intérieur des locaux et des terrains clos délimités pour assurer la protection des établissements ou des installations abritant des matières nucléaires* »⁴.

En second lieu, l'inaccessibilité concerne parfois des *communications* liées au secret de la défense nationale. En effet, seules certaines personnes seront habilitées à être destinataires d'informations sensibles, ces communications revêtant alors un caractère confidentiel. Pour identifier ces dépositaires d'un secret de la défense nationale, il faut analyser les termes de l'article 413-10 du Code pénal, réprimant le fait, « *par toute personne dépositaire, soit par état ou profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire ou permanente, d'un procédé, objet, document, information, réseau informatique, donnée informatisée ou fichier qui a un caractère de secret de la défense nationale [...] d'en donner l'accès à une personne non qualifiée ou de le porter à la connaissance du public ou d'une personne non qualifiée* ». La lettre de l'article révèle, d'une part, que l'émetteur est bien la plupart du temps un fonctionnaire et que, s'il ne l'est pas, la confiance que lui accorde l'administration crée un lien si étroit entre celle-ci et le dépositaire qu'il y est assimilé⁵. Il est donc bien question du secret d'une personne publique. D'autre part, et surtout, la référence à la « *personne non qualifiée* » en plus de celle au « *public* », permet de mettre en évidence que l'information peut être communiquée à toutes les personnes qualifiées qui sont, par hypothèse, plusieurs et constituent donc un cercle de

¹ V. en ce sens, T. corr. Marseille, siégeant en formation militaire, 14 févr. 2014, cité par M. LEGER, in « Le renforcement par le droit pénal de la protection des sites nucléaires contre les intrusions terrestres », *Le Journal des Accidents et des Catastrophes*, juin 2012, n° 155.

² V. Cass. crim., 19 mars 2014, n° 12-87.215.

³ À défaut de siéger en formation militaire, les juridictions judiciaires de droit commun ne sont pas compétentes pour juger du délit étudié (C. proc. pén., art. 702, al. 2).

⁴ C. déf., art. L. 1333-13-12, introduit par la loi n° 2015-588 du 2 juin 2005. *Adde* : Cass. crim., 15 juin 2021, n° 20-83.749 ; *Légipresse* 2021, p. 391, obs. E. DREYER. Dans le même esprit, v. CPCE, art. L. 67, sanctionnant, ceux qui, lors d'un mouvement insurrectionnel, auront « *envahi, à l'aide de violence ou de menaces, un ou plusieurs centraux ou stations de communications électronique* ».

⁵ A. VITU et F. ROUSSEAU, « Fasc. 20 : Atteintes au secret de la défense nationale », *J.-Cl. Pénal Code*, 2015, n° 101 : « *L'essentiel est que l'intéressé ait été investi, en fait, d'une confiance que, par ses agissements intentionnels ou par sa négligence, il a violée* ».

destinataires privilégiés, un « *cercle du secret* »¹, équivalent au cercle de famille pour les personnes privées².

249. Inaccessibilité et secret de l'enquête et de l'instruction. La même logique s'observe lorsque l'inaccessibilité vient au soutien du secret de l'enquête et de l'instruction. Quant aux lieux, on peut évoquer la réglementation des perquisitions au sein d'un « *domicile d'une personne exerçant des fonctions juridictionnelles* »³, lieu abritant souvent des éléments couverts par le secret de l'enquête et de l'instruction. Quant aux réunions, on peut penser aux audiences tenues en chambre du conseil au stade l'enquête ou de l'instruction⁴, desquelles on peut rapprocher le délibéré d'un tribunal⁵, quoiqu'il soit alors question de secret du délibéré.

Cela étant, ce sont surtout les *communications* à des personnes tenues au secret de l'enquête ou de l'instruction qui sont spécialement visées par le législateur. Ainsi, les communications échangées « *sur une ligne dépendant du cabinet d'un magistrat ou de son domicile* »⁶ sont-elles présumées confidentielles. Les communications adressées à des personnes concernées par une affaire le sont également⁷. À cet égard, l'article 138-2 du Code de procédure pénale permet au juge des libertés et la détention, en cas de poursuites pour un

¹ A. LEPAGE, « Le secret, figure polymorphe du droit pénal », art. préc., p. 474 : « *Le cercle du secret peut fluctuer, mais c'est alors pour s'élargir, accueillant en son sein de nouvelles personnes mises dans la confiance, sous la forme, par exemple, du secret partagé* ».

² Comp. C. proc. pén., art. 706-25-2, permettant au procureur de la République, en matière d'infractions terroristes, de communiquer « *aux services spécialisés de renseignement* » régis par le Code de la sécurité intérieure copie des éléments de toute nature figurant dans des procédures liées à ces infractions et nécessaires à l'exercice des missions de ces services en matière de prévention du terrorisme. L'article précise en son avant-dernier alinéa que les informations ne peuvent faire l'objet d'un échange « *avec des services étrangers ou avec des organismes internationaux compétents dans le domaine du renseignement* ». Là aussi, le cercle du secret est bien délimité. V. encore, CSI, art. L. 254-1, réprimant le fait de faire accéder des « *personnes non habilitées* » aux images captées à l'aide d'un système de vidéoprotection.

³ C. proc. pén., art. 56-5.

⁴ V. *infra* n° 357, 517 et s.

⁵ Pour la Cour d'assises : C. proc. pén., art. 355 et s. V. *infra* n° 392.

⁶ C. proc., pén., art. 100-7, al. 3.

⁷ Sur ce point, on peut noter qu'en matière d'atteinte à la vie privée, des juges du fond ont estimé que la production en justice de photographies litigieuses ne constituait pas une diffusion, « *cette production n'ayant pour conséquence qu'une publicité restreinte et les pièces de la procédure n'étant communiquées qu'à des personnes tenues au secret professionnel* » (CA Versailles, 9 juill. 1982 ; *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm., p. 50). Comp., Cass. crim., 11 oct. 2005, n° 05-80.545, validant l'appréciation des juges du fond, en matière d'outrage à magistrat, pour qui les « *écrits litigieux étaient des écrits non rendus publics, au sens du Code pénal ; qu'en effet, [les] conclusions dans lesquelles la partie civile était personnellement visée, ont été adressées aux magistrats composant la chambre civile ayant à traiter du litige [...] ; que les autres personnes qui ont pu prendre connaissance de ces écrits, sont les personnes parties à la procédure et leurs conseils, outre le greffier et l'huissier significateur, c'est-à-dire un cercle restreint de personnes, lié au dossier* ». Comp. CJUE, 5^e ch., 28 oct. 2020, n° C-637/19, *BY c/ CX* ; *CCE* 2021, comm. 10, obs. P. KAMINA, § 28, jugeant que la transmission d'une œuvre protégée à une juridiction, dans le cadre d'une procédure judiciaire entre particuliers, ne relève pas de la communication au public, dès lors qu'il était question d'un « *groupe clairement défini et fermé de personnes investies de fonctions de service public au sein d'une juridiction, et non un nombre indéterminé de destinataires potentiels* ».

crime ou pour une infraction mentionnée à l'article 706-47 du même Code, de transmettre une copie de l'ordonnance de placement sous contrôle judiciaire « à la personne chez qui le mis en examen établit sa résidence [...] à l'autorité académique et, le cas échéant, au chef d'établissement concerné », les deux derniers destinataires visés ne pouvant faire état des renseignements ainsi obtenus « qu'aux personnels qui sont responsables de la sécurité et de l'ordre dans l'établissement et, le cas échéant, dans les structures chargées de l'hébergement des élèves et aux professionnels, soumis au secret professionnel, qui sont chargés du suivi social et sanitaire des élèves ». Le fait que l'article sanctionne, en son dernier alinéa, le fait, pour les personnes visées, de communiquer les décisions transmises ou leur contenu « à des tiers non autorisés » démontre que ces personnes forment un cercle du secret aux contours clairement délimités¹.

250. En définitive, dans toutes ces hypothèses, la seule circonstance qu'une personne publique soit à l'origine de l'inaccessibilité n'empêche pas de juger que les éléments évoqués revêtent un caractère privé. Tout au plus concèdera-t-on que les lieux, réunions et communications sont moins privés que dans les hypothèses précédentes. Reste à évoquer, dans la même logique, la concordance entre l'accessibilité et l'objet et la gradation opérant sur le caractère public.

B. La gradation opérant sur le caractère public

251. À l'instar de ce qui vient d'être observé pour l'inaccessibilité, il n'est pas rare que le législateur introduise des qualifications spécifiques qui revêtent un caractère public, non seulement parce qu'elles sont accessibles, mais également parce qu'elles entretiennent un lien étroit avec la vie publique et le notoire. On peut, plus précisément, distinguer les notions renvoyant à la vie sociale (1) et celles évoquant la vie politique (2).

¹ V. également C. proc. pén., art. 712-22-1, soumettant au même régime la communication de la décision de condamnation ou de la décision d'aménagement de la peine, de libération conditionnelle, de surveillance judiciaire ou de surveillance de sûreté.

1. Accessibilité et vie sociale

252. Enjeux de la gradation. En mars 2020, lors du confinement généralisé imposé à la population française, le pouvoir exécutif a notamment décrété la fermeture de nombreux lieux publics en ayant recours à l'énumération des « établissements recevant du public » présente à l'article GN1 de l'arrêté du 25 juin 1980. Cette dernière étant une simple liste de pas moins de vingt-trois lieux distincts, il appartenait aux autorités d'élaborer une classification afin de permettre aux lieux publics les plus « indispensables à la vie de la nation » – selon la terminologie alors employée par le Premier ministre – de demeurer ouvert. Cette crise a ainsi indiscutablement mis en exergue le fait que certains lieux publics ou certaines réunions publiques répondent à des finalités différentes, lesquelles doivent ponctuellement être identifiées¹. Bien avant la pandémie, la doctrine relevait déjà la multiplication des qualifications spécifiques en matière de lieux publics. On a ainsi pu écrire qu'« il n'existe pas de lieu public, unique et modélisable, mais des catégories de lieux “plus ou moins” publics, lesquels s'emboîtent à la manière de tables gigognes. [...] Or force est de constater que le législateur, entraîné dans une “surenchère sécuritaire”, a multiplié, ces dernières années, ces espaces »², ce qui laisse déjà pressentir le rattachement de ces lieux spécifiques à la catégorie des notions fonctionnelles. On distinguera ici les rapports de l'accessibilité avec la circulation, le commerce, le sport, la récréation et la culture, et les cultes.

253. Accessibilité et circulation. Les deux lieux accessibles à tous et affectés à la circulation sont la voie publique et les lieux affectés au transport de voyageurs. En premier lieu, la « voie publique », décrite comme un lieu public par nature par la doctrine classique³, est au lieu public ce que le domicile est au lieu privé. Il est certain qu'à sa fonction principale de circulation se greffent diverses finalités sociales subsidiaires⁴. Néanmoins, c'est essentiellement l'affectation à la circulation qui intéresse le juge pénal lorsqu'il se trouve confronté à une disposition

¹ Par ex., v. Décret n° 2020-860 du 10 juillet 2020. Le texte consacrait notamment un titre aux « dispositions concernant les transports » et un titre aux « dispositions concernant les établissements et activités », lequel étaient divisés en chapitres relatifs à l'« enseignement », aux « commerces, restaurants, débits de boisson et hébergements », aux « sports », aux « espaces divers, culture et loisirs » et aux « cultes ».

² R. HANICOTTE, « Espace public, impasse des libertés », art. préc., n° 21.

³ V. *supra* n° 60.

⁴ C. LAZERGES, « La prévention de rue : un outil de protection de l'enfant et de l'adolescent », *Arch. pol. crim.*, 2010/1 (n° 32), p. 141 : « La rue, parce que espace public, est un lieu privilégié d'expression politique ou artistique ou encore de convivialité, signe de lien social harmonieusement tissé. La rue est aussi le lieu de toutes les exclusions et l'on parle alors “de fille des rues” pour qualifier la prostituée ou de celui qui est “jeté à la rue” pour évoquer les sans domicile fixe. La rue (pas toutes les rues) est encore le lieu le plus visible de la misère du monde ».

évoquant la voie publique à titre autonome, c'est-à-dire sans l'associer au lieu public¹. De nombreuses incriminations mentionnent la voie publique², de même que certaines dispositions procédurales³. On pourrait penser, à première vue, que le critère de la *propriété*, plus précisément de la domanialité publique⁴, joue un rôle important dans la définition de la voie publique⁵. En réalité, il n'en est rien, car c'est le critère de l'*affectation à la circulation* qui sera prépondérant ici. C'est ce que révèle la jurisprudence relative à la contravention d'embarras de la voie publique⁶. En effet, selon des arrêts anciens, en l'absence de tout document administratif attribuant à la voie un caractère public, il appartient au juge de police de rechercher et de déclarer, en fait, d'après les éléments du débat, si la voie est publique ou privée⁷. Dès lors, ne sont pas une voie publique : les halles et marchés lorsqu'ils ne constituent pas des voies de circulation⁸, des chemins privés, même si le public y circule par simple tolérance, lorsqu'ils ne sont pas destinés à circulation⁹, un terrain communal inculte ou ne servant pas au passage¹⁰, ou encore une servitude de passage dès lors qu'il ne s'agit pas d'une voie ou cour privée ouverte à la circulation du public¹¹. À l'inverse, sont susceptibles d'être qualifiés de voie publique : les jardins publics ouverts aux habitants, même s'ils sont interdits aux véhicules¹², les quais d'une

¹ V. *supra* n° 68.

² Il est ainsi prohibé d'y mendier agressivement (C. pén., art. 312-12-1), de l'embarrasser (C. route, art. L. 412-1), d'y maintenir un enfant de moins de six ans (C. pén., art. 227-15), d'y distribuer de l'argent (C. pén., art. 431-9), ou encore d'y déposer des déchets (C. pén., art. R. 632-1). Par ailleurs, on sait que la manifestation est traditionnellement située « *sur la voie publique* » (C. pén., art. 431-9 ; v. *supra* n° 209).

³ Par ex., les agents habilités des douanes (C. douanes, art. L. 512-5) ou des services d'instruction de l'Autorité de la concurrence (C. com., art. L. 450-3) sont explicitement autorisés à agir « *sur la voie publique* », de nuit comme de jour. V. toutefois, *infra* n° 338, à propos de la latitude des forces de l'ordre dans les lieux publics.

⁴ La voie publique entretient en effet un voisinage étroit avec le « *domaine public* » (sur lequel, v. *supra* n° 8). V. ainsi, C. voirie routière, art. R. 116-2, réprimant notamment le fait d'exécuter un travail, d'occuper ou d'effectuer des dépôts sur le « *domaine public routier et ses dépendances* » et le fait de répandre « *sur les voies publiques* » des substances susceptibles de nuire à la salubrité et à la sécurité publiques ou d'incommoder le public. V. aussi, Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure du 14 mars 2011, art 43, proposant d'incriminer un délit d'« *occupation abusive et irrégulière du domaine public* ». Le choix de la notion de « *domaine public* » était assurément spécieux ici, puisqu'il impliquait de traiter le problème de la mendicité essentiellement sous l'angle d'une atteinte à la propriété publique, là où la mention de la « *voie publique* » aurait, révélé la véritable raison d'être de ce délit en gestation : le retour de l'incrimination du vagabondage. Ce texte fut écarté par les parlementaires.

⁵ V. déjà, D. 43, 11, 2, 21 : « *Le sol de la voie publique est public, laissé à l'usage public par celui qui a eu le droit de rendre le sol public, selon un tracé compris dans certaines limites en largeur, pour qu'on y circule et y voyage publiquement* ».

⁶ C. pén., art. R. 644-2. V. aussi, pour la jurisprudence relative aux infractions routières : F. ROMÉY, *La responsabilité pénale routière*, th. dir. M. SEGONDS, Toulouse, 2021, n° 165 et 166.

⁷ Cass. crim., 18 janv. 1895 ; DP 1898, 5, p. 666 ; Cass. crim., 4 juin 1931, Bull. crim. n° 153.

⁸ Cass. crim., 20 mars 1858 ; DP 1859, 5, p. 415 ; Cass. crim., 1^{er} août 1884 ; DP 1884, 5, p. 504

⁹ Cass. crim., 3 mai 1861 ; DP 1861, 1, p. 360 ; Cass. crim., 19 juin 1868 ; DP 1869, 5, p. 409.

¹⁰ Cass. crim., 3 mars 1895 ; DP 1899, 5, p. 744 ; Cass. crim., 16 mai 1902 ; DP 1903, 5, p. 796.

¹¹ CA Douai, 5^e ch., 24 févr. 1995 ; JurisData n° 1995-052743.

¹² Cass. crim., 19 janv. 1884 ; DP 1885, 5, p. 523.

rivière¹, les rues et places sans qu'il soit nécessaire que des arrêtés administratifs leur aient donné cette qualification², les voies et rues appartenant à des particuliers, mais qu'ils ont ouvert volontairement à la circulation publique³ ou encore les trottoirs⁴. Le caractère déterminant du critère de l'affectation à la circulation est donc évident. Toutefois, on peut également relever que les références ponctuelles du juge à l'accessibilité du lieu ainsi qu'à la volonté d'y autoriser l'accès. En effet, une voie privée ne peut être ouverte à la circulation publique qu'avec le consentement des propriétaires, ou de l'assemblée générale des copropriétaires⁵. Au surplus, il arrive que certaines dispositions spécifient certains *endroits*⁶ de la voie publique, surtout en matière de circulation routière⁷.

En second lieu, les *lieux affectés au transport de voyageurs* constituent assurément des lieux publics affectés à la circulation. La loi du 29 nivôse, an VI réprimait déjà le fait d'attaquer les « *voitures publiques* »⁸. En droit positif, le vol est réprimé plus sévèrement lorsqu'il est commis « *dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs* »⁹, ainsi que le voyeurisme¹⁰ ou l'outrage sexiste¹¹. Il en va de même pour les violences commises « *dans un aéronef ou dans un lieu destiné à l'accès à un aéronef* »¹². Par ailleurs, est interdite la publicité en langue étrangère apposée ou faite « *dans un moyen de transport en commun* »¹³. Dans le même ordre d'idées, est réprimé le fait de laisser par négligence séjourner des armes et éléments d'arme

¹ Cass. crim., 3 oct. 1851 ; *DP* 1851, 1, p. 304.

² Cass. crim., 20 mai 1892 ; *DP* 1893, 1, p. 289.

³ Cass. crim., 5 déc. 1910 ; *DP* 1913, 5, p. 8 ; Cass. crim., 3 juill. 1909, *Bull. crim.* n° 352 ; Cass. crim., 13 janv. 1928, *Bull. crim.* n° 16 ; Cass. crim., 25 oct. 1952 ; *D.* 1952, jurispr., p. 472. V. encore, Cass. crim., 13 janv. 1993 ; *Gaz. Pal.* 1993, 2, somm., p. 55, pour un chemin rural appartenant au domaine privé de la commune dont l'affectation à l'usage du public est établie, notamment, par son inscription sur le plan départemental des itinéraires de promenade et de randonnée, jointe au fait d'une circulation générale et continue démontré.

⁴ CA Bordeaux, 28 oct. 1987 ; *JurisData* n° 1987-047751 ; CA Paris, 13^e ch. sect. B, 30 janv. 1991 ; *JurisData* n° 1991-020250 ; CA Aix-en-Provence, 5^e ch. 28 févr. 1991 ; *JurisData* n° 1991-044450.

⁵ T. adm. Versailles, 3^e ch., 8 juin 1999 ; *Gaz. Pal.* 2001, 2, somm., p. 1830.

⁶ Sur la distinction entre lieux et endroits, v. *supra* n° 241.

⁷ Par ex., C. route, art. R. 417-10, réprimant l'arrêt ou le stationnement gênant sur « *les trottoirs* », les emplacements réservés à l'arrêt ou au stationnement de certains véhicules, l'espacement entre « *le bord de la chaussée et une ligne continue* », « *les ponts, dans les passages souterrains, tunnels et sous les passages supérieurs* », « *les bandes d'arrêt d'urgence* » ou encore les « *entrées carrossables des immeubles riverains* ». *Adde* : Cass. crim., 20 juin 2017, n° 16-86.838, P ; *Dr. pén.* 2017, comm. 130, note J.-H. ROBERT, estimant que le stationnement devant l'entrée carrossable d'un immeuble est considéré comme gênant même si le prévenu en est le propriétaire et l'usager exclusif de son accès, ce qui montre bien que la propriété du lieu importe moins, en l'occurrence, que son affectation à la circulation.

⁸ V. aussi, C. pén. 1791, 2^e partie, Titre II, section 2, art. 20.

⁹ C. pén., 311-4, 7^o.

¹⁰ C. pén., art. 226-3-1, 5^o.

¹¹ C. pén., art. 621-1, 6^o. V. *infra* n° 380.

¹² C. transport, art. L. 6433-2.

¹³ Décret n° 95-240 du 3 mars 1995, art. 1^{er}. Mais la référence à ces lieux est ici inutile puisque le texte évoque aussi le « *lieu ouvert au public* ».

plus de vingt-quatre heures « *dans les gares et les aéroports* » et soixante-douze heures « *dans les ports* »¹. Enfin, en matière procédurale, les agents de police judiciaire et agents de police judiciaire adjoints peuvent, sous certaines conditions, être autorisés à entrer dans « *dans les lieux où s'exerce le transport public de voyageurs, terrestre, maritime ou aérien, ainsi que dans leurs dans leurs annexes et dépendances, sauf s'ils constituent un domicile* »² afin de rechercher et de constater le délit d'usage illicite de stupéfiants. Cette omniprésence du lieu affecté au transport de voyageurs dans les dispositions pénales s'explique aisément par son caractère criminogène³.

254. Accessibilité et commerce. Plusieurs qualifications révèlent les rapports entre l'accessibilité et le commerce. Quant aux lieux publics affectés au commerce, d'une part, il ne fait guère de doute aujourd'hui que ces établissements sont des lieux affectés à la vie économique de la Nation. Cette assertion n'avait pourtant rien d'évident au début du siècle dernier, la doctrine et la jurisprudence refusant, par exemple, de considérer que les magasins étaient des lieux publics par destination en matière d'infractions de presse⁴. Cette hésitation résultait à n'en pas douter du fait que ces lieux appartiennent à des personnes privées ; ce sont d'ailleurs eux qui sont généralement cités pour illustrer la prétendue catégorie des « *lieux privés ouverts au public* », dont on a déjà relevé le caractère discutables⁵. En toute hypothèse, ces lieux sont rarement identifiés explicitement et directement par les textes pénaux. Toutefois, on peut relever que la vidéoprotection peut être mise en place par des « *commerçants* » dans des « *lieux et établissements ouverts au public aux fins d'y assurer la sécurité des personnes et des biens lorsque ces lieux et établissements sont particulièrement exposés à des risques d'agressions ou de vol* »⁶. Par ailleurs, les commerces sont indirectement pris en compte en matière de publicité

¹ CSI, art. R. 317-12, 7°.

² CSP, art. L. 3421-5.

³ M. BÉNÉJAT, « Continuum de sécurité et transports », *AJ Pénal*, 2021, p. 138, relevant que « *d'une part, les infrastructures de transport constituent un terrain propice aux violences en tous genres, du fait de leur accès libre et leurs flux de circulation, d'autre part, la mobilité des individus fournit une circonstance favorable aux contrôles* ». V. aussi, *infra* n° 379 et s.

⁴ G. LE POITTEVIN, *Traité de la presse*, *op. cit.*, n° 515 ; CA Caen, 8 janv. 1849 ; D. 1851, 2, p. 117 ; Trib. corr. Saint-Armand, 23 mars 1880 ; S. 1881, 2, p. 48. Comme le relève la doctrine dans la seconde moitié du XX^e siècle : « *On peut remarquer combien cette jurisprudence ne correspond plus entièrement aux réalités contemporaines* » (H. BLIN, A. CHAVANNE et R. DRAGO, *Traité du droit de la presse*, *op. cit.*, n° 229, p. 161).

⁵ V. *supra* n° 40.

⁶ CSI, art. L. 251-2, avant-dernier al. Si identifier un commerce est aisé, déterminer si un commerce est exposé à un risque d'agression ou de vol ne relève pas de l'évidence et la doctrine relève, à juste titre, que « *la catégorie juridique "de lieu particulièrement exposé aux risques d'agression ou de vols" reste indéfinie, et donc laissée à l'appréciation discrétionnaire des autorités publiques, sans qu'un juge puisse contrôler la pertinence de l'installation d'un tel système de vidéoprotection* » (J.-F. KERLÉO, « Un développement de la vidéoprotection », art. préc.). C'est dire, en somme, que la notion est fonctionnelle.

en faveur de boissons alcooliques, ces dernières n'étant pas illicites, aux termes de l'article L. 3323-3, 3°, du Code de la santé publique, lorsqu'elles ont lieu sous forme d'affichettes et d'objets « à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé ».

Quant aux rassemblements spécifiquement évoqués par le législateur ayant une finalité commerciale, d'autre part, l'article 321-7 du Code pénal évoque la « *manifestation en vue de la vente ou de l'échange d'objets* », là où plusieurs dispositions du Code de la santé publique mentionnent les « *congrès médicaux ou pharmaceutiques* »¹ au sein desquels certains comportements sont sanctionnés pénalement.

255. Accessibilité et sport. Parmi les activités entretenant un lien étroit avec la vie sociale, le sport est assurément celle à l'origine du plus grand nombre de qualifications spécifiques. Le traitement juridique des manifestations sportives est toutefois relativement récent. En effet, on a déjà évoqué que le sport a traversé les époques, mais l'expansion de ce dernier a véritablement débuté en Angleterre au milieu du XIX^e siècle, plus précisément dans les collèges où il apparaissait comme un moyen de maîtriser la force physique déployée par les élèves². Depuis, le sport n'a cessé d'occuper une place importante dans la vie des nations et l'on peut y voir un facteur de pacification sur le plan international, la joute sportive se substituant au combat armé. Il n'en reste pas moins qu'un rassemblement sportif reste criminogène et son traitement juridique, partiellement distinct de celui des manifestations récréatives ou culturelles, peut laisser penser que le sport, contrairement à la musique, n'adoucit point les mœurs. La manifestation sportive a ainsi été dotée d'un régime spécifique à la fin du XX^e siècle et surtout depuis la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives. Bien que ce soit l'objet de la manifestation sportive qui justifie son traitement particulier, on retrouve ici une distinction entre les manifestations sportives tenues sur la voie publique et celles qui sont tenues dans un autre lieu.

En premier lieu, les dispositions du Code du sport évoquent les « *courses de véhicules à moteur sur les voies ouvertes à la circulation publique* »³, ainsi que les « *concentrations de véhicules terrestres à moteur se déroulant sur les voies ouvertes à la circulation publique* »⁴. À la concentration s'opposent les « *manifestations comportant la participation de véhicules*

¹ CSP, art. L. 5122-10 et L. 5422-8.

² G. SIMON (dir.), *Droit du sport*, PUF, 2012, n° 6.

³ C. sport., art. L. 331-8.

⁴ C. sport, art. R. 331-20, al. 1^{er}. V. aussi, *ibid.*, art. R. 331-8.

terrestres à moteur qui se déroulent sur des circuits permanents homologués »¹ ou « sur des circuits non permanents, terrains ou parcours »², lesquels constituent donc des voies privées. On retrouve ici toutes les caractéristiques d'une réunion publique, la particularité étant que ce sont des véhicules qui sont rassemblés dans un objectif précis et en un lieu déterminé. Par ailleurs, le critère du nombre a également son importance puisque si la concentration regroupe moins de 200 véhicules automobiles ou moins de 400 véhicules à moteur de deux à quatre roues, y compris les véhicules d'accompagnement, elle doit être déclarée à la préfecture³. Si ces seuils sont dépassés, elle doit faire l'objet d'une déclaration ou d'une autorisation. Le non-respect de ces règles entraîne des sanctions pénales, de même que la participation à une telle manifestation non autorisée⁴. Enfin, le Code du sport consacre une section aux « [m]anifestations sportives sur les voies publiques ou ouvertes à la circulation publique ne comportant pas la participation de véhicules à moteur »⁵.

En second lieu, le Code du sport évoque différentes manifestations sportives ayant lieu ailleurs que sur la voie publique. D'une part, il régit les « manifestations publiques de sports de combat »⁶, réunion publique spécifiée uniquement par son objet⁷. D'autre part, de façon plus générique, de nombreuses dispositions évoquent la « manifestation sportive ». Certains textes, visant l'organisateur de la réunion, ne mentionnent pas le lieu de déroulement de réunion⁸, tandis que d'autres, focalisés sur le participant à la manifestation, évoquent l'« enceinte sportive », lieu public spécifique. Ceux-ci ont été intégrés, pour la plupart, par la loi n° 93-1282 du 6 décembre 1993, votée en réaction à de graves incidents – fortement médiatisés – survenus dans des tribunes à l'occasion de rencontres de football. Certains comportements sont donc

¹ C. sport, art. R. 331-20, al. 2.

² C. sport, art. R. 331-20, al. 3. La « manifestation » est définie par l'article R. 331-8 du même Code comme le « regroupement d'un ou de plusieurs véhicules terrestres à moteur et d'un ou de plusieurs pilotes ou pratiquants visant à présenter, de façon organisée pour les spectateurs, un sport mécanique sous ses différentes formes [...] ».

³ C. sport, art. R. 331-22.

⁴ C. sport, art. R. 331-45.

⁵ Avant le décret le décret n° 2017-1279 du 9 août 2017, était évoquée la « circulation groupée, en un point déterminé de la voie publique ou de ses dépendances, de plus de soixante – quinze piétons, de plus de cinquante cycles ou autres véhicules ou engins non motorisés et de plus de vingt-cinq chevaux ou autres animaux » (C. route, art. R. 331-6). Depuis, le texte évoque, notamment, « les manifestations sportives qui se déroulent en totalité ou en partie sur une voie publique ou ouverte à la circulation publique ou sur ses dépendances et qui [...] constituent des manifestations sans classement, sans chronométrage et sans horaire fixé à l'avance comptant plus de cent participants ». On retrouve donc l'importance du critère numérique. Là encore, le non-respect des formalités préalables et la participation à une course non autorisée sont pénalement sanctionnés (C. route, art. R. 331-17-2).

⁶ C. sport., art. R. 331-46.

⁷ Proche d'une manifestation sportive spécifique, on peut évoquer l'hypothèse des compétitions de jeux-vidéos (CSI, art. L. 321-9, R. 324-2 et R. 324-3), compétitions ne pouvant pas être rattachées à une discipline sportive au sens du Code du sport, le Conseil d'État excluant de cette catégorie les activités ne tendant pas à la recherche de la performance physique.

⁸ C. sport., art. L. 331-1 et s.

réprimés s'ils sont perpétrés « lors d'une manifestation sportive ou de la retransmission en public d'une telle manifestation dans une enceinte sportive »¹. Comme le précise la doctrine, l'enceinte sportive « correspond à toutes les enceintes destinées à recevoir des manifestations sportives ouvertes au public à savoir, stades, gymnases, vélodromes, etc. »². Par ailleurs, il faut comprendre que « dans cette enceinte, se déroule une manifestation sportive ou soit retransmise, en public, une manifestation se déroulant ailleurs »³.

La manifestation sportive fait donc incontestablement l'objet d'un traitement particulier par le législateur. Parfois, elle est appréciée conjointement avec d'autres manifestations liées à la récréation et à la culture.

256. Accessibilité, récréation et culture. La récréation et la culture sont essentiellement appréhendées sous l'angle de réunions et de communications. Certes, des lieux culturels sont désignés par des qualifications spécifiques, mais ces lieux révèlent un caractère davantage hybride que public⁴. Par ailleurs, la référence aux « maisons de jeux où le public est admis », terminologie employée pendant plus de deux siècles, a été abandonnée en 2019. D'abord prohibées⁵, puis réglementées⁶, ces « maisons » étaient constamment présentes dans les textes pénaux. Était ainsi réprimé jusqu'à l'ordonnance n° 2019-1015 du 2 octobre 2019 le fait de tenir une telle maison de jeux de façon irrégulière⁷. Néanmoins, l'expression était trompeuse, car était surtout incriminée l'organisation d'une réunion de joueurs⁸. Le législateur a donc élargi

¹ Par ex., l'accès à une enceinte sportive en état d'ivresse (C. sport, art. L. 332-4), l'introduction de boissons alcooliques (*ibid.*, art. L. 332-3), l'introduction de fusées ou artifices et d'objets susceptibles de constituer une arme (*ibid.*, art. L. 332-8), ou encore le jet de projectile (*ibid.*, art. L. 332-9).

² J.-Y. MARÉCHAL, « Fasc. 20 : Sport », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2013, n° 101.

³ *Ibid.*

⁴ V. *infra* n° 276.

⁵ J.-C. LAVIGNE, « Les jeux d'argent », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2010/4, n° 262, p. 7. L'auteur rappelle qu'en 1215, « le concile de Latran jette l'anathème jusqu'à prohiber le spectacle des jeux ». Dans la même logique, à partir du XVIIe siècle, « les jeux de hasard et d'argent se développent, mais ils sont réprimés au nom de la morale issue des deux Réformes ». V. aussi, Décret du 19 juillet 1791, Titre II, art. 36 ; C. pén. 1810 (version d'origine), art. 410.

⁶ J.-C. LAVIGNE, art. préc., *loc. cit.* : « À partir de la Régence (1715-1723), les jeux d'argent, en même temps que la finance spéculative et les cabarets, prolifèrent en se diversifiant ; l'État royal, qui en est le maître, les multiplie pour son propre compte tout en autorisant de nombreuses loteries privées, charitables ou de commerce, car il voit le profit qu'il peut en tirer ». Après un bref retour de l'ordre moral en la matière à la Révolution, « la Loterie nationale est établie (An V), précisément au moment où cette recette fiscale "volontaire" apparaît indispensable pour l'équilibre des finances de l'État ». Par la suite, « l'État est devenu peu à peu le maître moral des jeux à la place de l'Église et utilise tour à tour son monopole, soit pour s'approprier les gains des jeux, soit pour imposer une interdiction totale au gré du jeu politique ». V. not., loi du 15 juin 1907 relative aux casinos et loi du 30 juin 1923 portant fixation du budget général de l'exercice.

⁷ CSI, art. L. 314-1 dans sa version antérieure à l'ord. n° 2019-1015 du 2 octobre 2019.

⁸ Dans un des derniers arrêts rendus sous l'empire des dispositions antérieures, symptomatique de cette confusion entre lieu public et réunion publique, la libre admission du public au domicile de l'organisateur des parties de jeux

la définition des « *jeux d'argents et de hasard* »¹. Cependant, aux termes de l'article L. 322-5 du même Code, sont autorisés les jeux d'argent et de hasard proposés au public à l'occasion, pendant la durée et « *dans l'enceinte des fêtes foraines* ». Un lieu public spécifiquement affecté à la récréation est donc toujours identifié en droit positif et il a été jugé que « *la notion de fête foraine exclut celle d'installations fixes exploitées de façon quasi permanente dans un local privé* »².

Les *rassemblements festifs*, aussi essentiels que criminogènes³, font le plus souvent l'objet d'un encadrement spécifique, en dehors du Code pénal. Ceux-ci sont notamment régis par les dispositions du Code de la sécurité intérieure, lesquelles permettent encore une fois de mettre en évidence le caractère transversal des réunions publiques, c'est-à-dire le fait que des réunions publiques peuvent tout à fait être organisées par des personnes privées, en dehors de tout contrôle étatique. L'article L. 211-5 dudit Code évoque ainsi les « *rassemblements exclusivement festifs à caractère musical, organisés par des personnes privées* »⁴. La réunion

de hasard fut déduite du fait qu'il ne connaissait pas tous les joueurs, ceux-ci étant, par ailleurs, liés entre eux par le seul goût de la pratique du jeu et leur capacité à miser de fortes sommes d'argent (Cass. crim., 27 juin 2018, n° 17-83.216), considérations faisant écho aux critères de définition de la réunion publique (v. *supra* n° 187).

¹ CSI, art. L. 320-1, définissant ces jeux comme « *toutes opérations offertes au public, sous quelque dénomination que ce soit, pour faire naître l'espérance d'un gain qui serait dû, même partiellement, au hasard et pour lesquelles un sacrifice financier est exigé de la part des participants* ».

² Cass. crim., 15 déc. 2004, n° 04-81.319. V. aussi, *infra* n° 329, pour le casino en droit positif.

³ P. RICOEUR, « Devenir capable, être reconnu », *Esprit*, n° 7, 2005, p. 127 : « *Le festif en général est l'héritier de la cérémonie du don dans nos sociétés marchandes. Elle interrompt le marché et tempère sa brutalité en y apportant sa paix. Cet enchevêtrement de la lutte et de la fête est peut-être l'indice d'un rapport absolument primitif à la source du lien social entre la défiance de la guerre de tous contre tous et la bienveillance que suscite la rencontre de l'autre humain, mon semblable* ».

⁴ V. DELBOS, v° « Droit de réunion », *op. cit.*, n° 107 : « *l'analyse juridique a du mal à [qualifier ces rassemblements], dans la mesure où elles comportent à la fois des éléments les rapprochant du régime des spectacles, qui les feraient donc entrer dans la police des spectacles, et d'autres ayant un fondement plus idéologique qui les apparente aux réunions publiques* ». Quant à leur origine, ces réunions « *festives ou raves sont apparues en France au début des années 1990, introduites par un groupe de DJ et de musiciens électros anglais, les Spiral Tribes, fuyant le Royaume-Uni où la réglementation devenait trop contraignante* » (P. PONCELA, « La pénalisation des comportements dans l'espace public », art. préc., p. 16.). En effet, ces rassemblements ne font l'objet d'une réglementation particulière que depuis la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001, relative à la sécurité quotidienne, laquelle les soumet à un régime de déclaration préalable. V. surtout CSI, art. R. 112-2, précisant qu'ils doivent réunir les caractéristiques suivantes : « *1° Ils donnent lieu à la diffusion de musique amplifiée ; 2° Le nombre prévisible des personnes présentes sur leurs lieux dépasse 500 ; 3° Leur annonce est prévue par voie de presse, affichage, diffusion de tracts ou par tout moyen de communication ou de télécommunication ; 4° Ils sont susceptibles de présenter des risques pour la sécurité des participants, en raison de l'absence d'aménagement ou de la configuration des lieux* ». On retrouve ici deux critères classiques de la réunion publique telle qu'on l'a définie plus haut : le critère numérique et l'accessibilité des invitations. Par ailleurs, la diffusion de musique amplifiée renvoie à l'objet de la réunion. Enfin, la mention du risque pour les participants évoque la définition critiquable de l'attroupement délictueux (v. *supra* n° 208). V. encore, Cass. crim., 17 janv. 2017, n° 16-82.949, considérant justifiée une condamnation du chef d'organisation sans déclaration préalable d'un rassemblement festif à caractère musical avec diffusion de musique amplifiée, l'arrêt des juges du fond ayant relevé que l'évènement avait fait l'objet d'une diffusion par SMS, qu'il rassemblait plus de cinq cents personnes, que la musique amplifiée s'entendait à sept kilomètres, et qu'il y avait un risque pour la sécurité des participants dans la

festive est parfois évoquée dans le Code pénal de façon générique, sans que soient précisées ses modalités¹. Le juge aura donc plus de marge de manœuvre pour apprécier ces qualifications particulières, lesquelles s'apparentent alors à des notions fonctionnelles. En toute hypothèse, les rassemblements à caractère festifs tels que les « *apéros géants* », les « *freezing* », les « *flash mobs* » organisés sur les réseaux sociaux peuvent être saisis sous diverses qualifications déjà étudiées². Dans un esprit de synthèse, un certain nombre de textes évoquent conjointement les manifestations sportives, récréatives ou culturelles de grande importance³.

On peut, par ailleurs, mentionner les *communications publiques* adressées à des personnes intéressées par des activités récréatives ou des contenus, sinon culturels, du moins suffisamment consultés pour être, non sans réserve, qualifiés d'« *œuvres* » au sens juridique du terme⁴. C'est ici l'occasion de relever que le législateur pénal se prête de plus en plus à la

mesure où il y avait un seul point d'eau, que les pompiers n'avaient pas pu vérifier la voie d'accès, que nombre d'infractions relatives à la consommation d'alcool et de stupéfiants ont été relevées et que la présence de deux personnes à un poste de secours et d'une trousse d'urgence pour sept cents personnes était indéniablement insuffisante pour cette manifestation. Tous les critères légaux étaient donc remplis.

¹ Par ex., la prohibition de la dissimulation du visage dans l'espace public ne vaut pas pour les « *fêtes* » (Loi n° 2010-1192 du 11 oct. 2010, art. 2). De même, la publicité pour les boissons alcooliques n'est pas interdite lors des « *fêtes et foires traditionnelles consacrées à des boissons alcooliques locales* » (CSP, art. L. 3323-2) et les dispositions relatives aux sévices commis sur les animaux « *ne sont pas applicables aux courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. Elles ne sont pas non plus applicables aux combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie* » (C. pén., art. 521-1).

² R. HANICOTTE, « Espaces publics, impasse des libertés », art. préc., n° 23 : « À défaut de régime juridique *sui generis*, ces rassemblements "festifs" sont considérés par le ministère de l'Intérieur comme des manifestations sur la voie publique relevant, à ce titre, d'une simple déclaration préalable. Au regard de la loi du 14 mars 2011 (Loppsi 2) et sous l'œil d'un préfet volontiers inquisiteur et quelque peu "voyeur", un "apéro géant" pourrait recevoir la qualification de "rassemblement de grande ampleur" et donc être filmé, en vertu d'une autorisation provisoire. En ce cas, ce n'est plus le cercle restreint de manifestants réputés dangereux qui serait "mis en observation" mais un vaste espace public au sein duquel se mêleraient badauds, "teufeurs" et autres "joyeux drilles de l'asphalte", tous agitateurs présumés ».

³ V., spéc., CSI, art. L. 211-11. Ces manifestations sont soumises à une obligation de déclaration entraînant des conséquences particulières lorsque « *le public et le personnel qui concourt à la réalisation de la manifestation peuvent atteindre plus de 1 500 personnes, soit d'après le nombre de places assises, soit d'après la surface qui leur est réservée* » (CSI, art. R. 211-22). Là encore, le critère numérique prend une importance conséquente. Il est aussi question d'un seuil de 300 personnes, seuil au-delà duquel les agents de sécurité pourront procéder à des palpations de sécurité (CSI, art. L. 613-3). V. aussi, C. pén., art. 431-5-1, réprimant l'outrage au drapeau commis lors de « *manifestations réglementées par les autorités publiques* », expression renvoyant, selon les Sages de la rue Montpensier, aux manifestations publiques à caractère sportif, récréatif ou culturel se déroulant dans des enceintes soumises par les lois et règlements à des règles d'hygiène et de sécurité en raison du nombre de personnes qu'elles accueillent (Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, préc., § 104). Dans cette hypothèse, peu importe le critère numérique, il s'agit donc bien d'une réunion publique spécifiée par son objet, une telle manifestation pouvant être un festival musical (CA Riom, 14 juin 2006, n° 06/00167). V. encore, C. pén., art. 313-6-2, réprimant la vente irrégulière de titres d'accès à « *une manifestation sportive, culturelle ou commerciale ou à un spectacle vivant* » ; Loi du 11 octobre 2010, art. 2, énonçant que l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public ne s'applique pas lorsque ce comportement s'inscrit « *dans le cadre de pratiques sportives [...] ou de manifestations artistiques ou traditionnelles* », étant précisé que les rassemblements doivent néanmoins avoir lieu dans l'« *espace public* » (v. *infra* n° 260).

⁴ F. GRAS, « L'œuvre pornographique et le droit », *Légicom*, 2007, n° 37, p. 79.

logique de segmentation des publics spécifiques¹, à la suite des sociologues qui mènent depuis l'apparition de la télévision des études dites « *de réception* »², consistant précisément à s'intéresser aux publics particuliers³ qui ne sont pas pour autant des cercles privés, en ce que le lien existant entre les membres du groupe de destinataires est trop distendu pour fonder un tel cercle. Il en va ainsi lorsque le législateur évoque les « *personnes interdites de jeu* »⁴, un public de personnes handicapées⁵, voire encore un public de mineurs, quoique cette dernière hypothèse puisse prêter à discussion. Si le mineur est très présent dans le Code pénal et protégé de façon substantielle par les dispositions de celui-ci⁶, seul l'article 227-24, incriminant notamment la diffusion de messages violents ou pornographiques, semble l'appréhender sous l'angle d'un public particulier. En effet, cette infraction est l'héritière directe de l'ancien outrage aux bonnes mœurs, lequel concernait le grand public⁷. Depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, néanmoins, la répression est conditionnée au fait que le message soit « *susceptible d'être vu ou perçu par un mineur* ». Or, le mineur étant ici mentionné au singulier, il est tentant d'estimer que « *la publicité n'est pas de l'essence du délit aujourd'hui prévu par l'article 227-24 du Code*

¹ Par. ex., Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art. 1^{er}, IV, al. 3 : « *On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public [...]* ». V. déjà : J.-H. ROBERT, note ss. Cass. crim., 6 mars 2001, *Dr. pén.* 2001, comm. 90 : « *la loi du 20 juin 1992, relative au dépôt légal, ne dit d'ailleurs pas "du" mais "d'un" public, ce qui permet de viser les publications professionnelles ou consacrées à un unique sujet qui sèche d'ennui de larges parties de la population (le football, les timbres, les piscines, les modèles réduits, le droit etc.)* ».

² D. DAYAN, « Les mystères de la réception », art. préc., p. 145 : « *La question de la réception des significations proposées par les programmes revient [...] à l'ordre du jour à la fin des années soixante-dix, avec l'apparition d'un spectateur de chair et d'os. Les études sur la réception [visent à] analyser les relations concrètes entre les textes diffusés par la télévision et les significations qu'en dégagent effectivement les téléspectateurs* ».

³ Par ex., « Télévision : le presque-public », art. préc. L'auteur met notamment en lumière le « *public des fans* », le « *public de la télévision cérémonielle* », les « *publics d'élite des médias européens* » ou encore « *les publics marginaux des médias de l'immigration* ».

⁴ CSI, art. L. 324-5, réprimant les opérateurs de jeux d'argent et de hasard qui, d'une part, permettent à « *une personne interdite de jeux* » de participer à une activité de jeu en ligne qu'ils proposent et, d'autre part, adressent une communication commerciale « *aux personnes interdites de jeux* ». Ces personnes, décrites comme celles « *dont le comportement est de nature à troubler l'ordre, la tranquillité ou le déroulement normal des jeux* » (CSI, art. L. 320-9-1) entretiennent certes une passion commune pour le jeu, mais une telle passion ne saurait être assimilée à un intérêt créant des liens communautaires. Il faut donc considérer qu'elles constituent un public particulier. *Adde* : J.-C. LAVIGNE, « Les jeux d'argent », art. préc. : « *Ce fichier comprend des joueurs dont ne veulent plus les casinotiers, mais il est aussi constitué par des joueurs qui demandent eux-mêmes d'être interdits de jeu (ce sont les plus nombreux) car ils se savent fragiles [...]. En se dénonçant auprès de l'État, ils se mettent sous sa protection contre eux-mêmes. L'État a ainsi un rôle éthique particulièrement original* ».

⁵ CPI, art. L. 122-5, 7°, posant comme exception au droit d'auteur la diffusion d'une œuvre auprès « *des personnes atteintes d'une ou de plusieurs déficiences des fonctions motrices, physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques et empêchées, du fait de ces déficiences, d'accéder à l'œuvre dans la forme sous laquelle l'auteur la rend disponible au public* ». Le seul point commun qu'ont ces personnes est le fait d'avoir un handicap. Les liens communautaires ne sauraient donc être caractérisés ici.

⁶ V. C. pén., Livre 2, Titre 2, Chapitre 7 : « *Des atteintes aux mineurs et à la famille* ».

⁷ C. pén., art. 283 ancien. V. néanmoins, CA Reims, 7 oct. 1977 ; RSC 1978, p. 346, obs. G. LEVASSEUR, prenant notamment en considération la majorité de la clientèle d'un magasin dit « *sex-shop* » pour écarter la répression.

pénal »¹ et d'affirmer que « *le seul fait d'envoyer un message par courrier électronique peut parfaitement entrer dans les prévisions de ce texte. Il suffit qu'il ait eu – directement ou même indirectement – pour destinataire un mineur* »². De plus, l'article étudié incriminant non seulement la diffusion du message, mais également le transport et la fabrication de celui-ci, la répression ne semble pas « *subordonnée à la publicité du message* »³. Ceci est à nuancer, car le transport et la fabrication sont comparables à la reproduction en matière de contrefaçon, laquelle constitue un préalable à la diffusion de l'œuvre au public⁴. Il serait plus pertinent, dans une telle hypothèse, de se placer à l'avenir sur le terrain d'une infraction voisine dénuée de toute idée de publicité, telle que la corruption de mineurs⁵. Dès lors, l'emploi du terme « *mineur* » au singulier à l'article 227-24 du Code pénal doit plutôt être interprété comme signifiant que la présence d'un seul mineur, dont l'âge importe peu⁶, parmi le public visé par la communication, suffit à caractériser ce public particulier, également évoqué dans quelques dispositions en dehors du Code pénal⁷. En toute hypothèse, il est certain que les mineurs constituent davantage un public qu'un cercle privé, puisque la seule chose que cette catégorie de la population a en commun est de n'avoir pas atteint l'âge légal de la majorité ; il n'y a aucun lien permettant d'établir une communauté d'intérêts entre eux et ils ne partagent pas d'objectif commun.

257. Accessibilité et cultes. Le culte est aussi une activité sociale génératrice de qualifications spécifiques. Il s'agit d'une réunion publique spécifiée par son objet, faisant elle aussi l'objet d'une réglementation administrative particulière et au sein de laquelle une infraction pénale peut être commise. Cette analyse est confirmée par l'article 25 de la loi du 9 décembre 1905 qui précise que les « *réunions pour la célébration d'un culte tenues dans les locaux appartenant à une association cultuelle ou mis à sa disposition sont publiques* ». L'objet cultuel est si important que l'article 35-1 de cette loi réprime en son alinéa premier un délit consistant

¹ J. FRANCILLON, obs. ss. Cass. crim., 3 févr. 2004, *Bull. crim.* n° 28, préc.

² *Ibid.*

³ P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 388, p. 286.

⁴ V. *infra* n° 438 et n° 447.

⁵ C. pén., art. 227-22. La difficulté réside toutefois dans le fait que cette qualification exige la démonstration d'une intention corruptrice, laquelle ne sera pas nécessairement inhérente à la seule diffusion d'un message choquant.

⁶ CA Versailles, 13 oct. 2003 ; RSC 2004, p. 89, note Y. MAYAUD.

⁷ Par ex., CSP, art. L. 3323-5, interdisant ainsi de remettre, distribuer ou envoyer « *à des mineurs* » des prospectus ou des objets quelconques nommant une boisson alcoolique, en vantant les mérites ou portant la marque ou le nom du fabricant d'une telle boisson. V. toutefois, Cass. crim., 28 nov. 1973, *Bull. crim.* n° 441, jugeant que la seule remise à un mineur d'un objet quelconque nommant une boisson alcoolique caractérise le délit, solution critiquable puisque le texte en question mentionne expressément les mineurs au pluriel. Sauf à considérer que la référence à la remise implique la possibilité d'une transmission à titre privé, cette interprétation du texte paraît excessivement sévère.

à « tenir des réunions politiques dans les locaux servant habituellement à l'exercice d'un culte ou dans leurs dépendances qui en constituent un accessoire indissociable »¹. L'article 27 de la même loi évoque quant à lui « les cérémonies, processions et autres manifestations extérieures d'un culte ». À l'instar des manifestations sportives, on retrouve donc la distinction entre réunions publiques se tenant dans un lieu public et réunions se déroulant sur la voie publique, bien que celle-ci ne soit pas mentionnée explicitement. Sous l'angle des communications publiques, l'article 35 de cette loi réprime le fait de provoquer à la sédition ou à la guerre civile par un « discours prononcé ou un écrit affiché ou distribué publiquement dans les lieux où s'exerce le culte »².

En complément, on peut relever que l'article 433-21 du Code pénal mentionne les « cérémonies religieuses de mariage » auxquelles un ministre du culte procéderait sans que lui ait été justifié l'acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil.

258. En définitive, les textes pénaux sont saturés de qualifications revêtant un caractère public en ce qu'elles sont liées à la vie sociale. Toutes ne sont pas faciles à appréhender, certaines constituant des notions fonctionnelles. Il en va de même pour les quelques qualifications joignant accessibilité et vie politique.

2. Accessibilité et vie politique

259. La vie politique renvoie ici aux activités ayant trait à l'exercice de la citoyenneté, c'est-à-dire à la conception verticale de l'opposition privé-public. Quant aux qualifications concernées, il s'agit de l'« espace public » et des notions renvoyant aux assemblées délibératives.

260. L'espace public. La loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, en introduisant la contravention de dissimulation du visage dans l'espace public, a fait couler beaucoup d'encre et l'on reviendra plus loin sur les enjeux de celle-ci³. Pour lors, il s'agit d'étudier le syntagme

¹ Cette rédaction est issue de la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021. Est également interdit le fait « d'y afficher, d'y distribuer ou d'y diffuser de la propagande électorale, que ce soit celle d'un candidat ou d'un élu », ainsi que le fait « d'organiser des opérations de vote pour des élections politiques françaises ou étrangères dans un local servant habituellement à l'exercice du culte ou utilisé par une association culturelle » (al. 2).

² V. *infra* n° 442.

³ V. *infra* n° 466 et s.

d'« *espace public* » qu'elle a consacré¹ afin de déterminer s'il se distingue de la catégorie générale du lieu public préalablement identifiée. Emprunté au vocabulaire de la science politique, le syntagme semble suggérer qu'y sont inclus tous les lieux affectés à la vie citoyenne, à la délibération collective, ce que laisse penser son homonymie avec l'espace public « *habermassien* »². En réalité il n'en est rien et l'analyse montre qu'il est vraisemblablement question, ici, du lieu public classiquement entendu. Tant les travaux préparatoires que la définition finalement retenue de l'espace public le confirment. Quant aux premiers, l'interdiction a été successivement présentée comme s'appliquant « *sur la voie publique* » ou « *sur le territoire de la République* »³, puis « *dans les lieux ouverts au public et sur la voie publique* »⁴ et, ensuite, dans les « *lieux publics* »⁵. Comme le relève un auteur, il semblerait que la notion légale étudiée « *n'ait réellement été formalisée que dans le rapport du Conseil d'État remis le 25 mars 2010* »⁶. S'agissant de la définition finale posée l'article 2 de la loi précitée, elle indique que « *l'espace public est constitué des voies publiques ainsi que des lieux ouverts au public ou affectés à un service public* », article que se propose de préciser une circulaire du 2 mars 2011⁷.

Tout d'abord, aux termes de cette dernière, la notion de voie publique « *n'appelle pas de commentaire* », ce qui est discutable puisque l'on a vu que la voie publique soulève des problématiques conceptuelles⁸, mais ce qui confirme l'absence d'une quelconque nouveauté par rapport à cette notion.

Ensuite, la définition des lieux ouverts au public évoquée précédemment⁹ est posée. Or, on a démontré que ces lieux ouverts au public s'intégraient parfaitement à la définition générale du lieu public. Deux précisions présentes dans la circulaire pourraient néanmoins faire penser à un particularisme. D'une part, la voiture circulant sur la voie publique est définie par la circulaire comme un lieu privé – ce qui est exact –, mais le conducteur d'un véhicule peut « *tomber sous le coup des dispositions du Code de la route prévoyant que la conduite du véhicule ne doit pas présenter de risque pour la sécurité publique* ». Seul, le conducteur – la

¹ Art. 1^{er} : « *Nul ne peut, dans l'espace public, porter une tenue destinée à dissimuler son visage* ».

² V. *supra* n° 4. C'est en raison de cette forte connotation politique que cette notion n'a pas été étudiée au titre de la définition générique du lieu public (v. *supra* n° 67).

³ Proposition de loi n° 1121 enregistrée à la Présidence de l'AN le 23 septembre 2008, art. 1^{er}.

⁴ Proposition de loi n° 2283 enregistrée à la Présidence de l'AN le 5 février 2010, art. 1^{er}.

⁵ Proposition de loi n° 275, enregistrée à la Présidence du Sénat le 9 février 2010.

⁶ O. BUI-XUAN, « L'espace public : l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? », art. préc.

⁷ Circ. PRMC1106214C du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

⁸ V. *supra* n° 253.

⁹ V. *supra* n° 68.

conductrice, en réalité – pourra donc, le cas échéant, être verbalisé sur le fondement de la prohibition étudiée. D'autre part, de façon plus significative, la circulaire rappelle aussi que, selon l'interprétation du Conseil constitutionnel, les lieux de cultes ouverts au public échappent à la répression¹. Or, le lieu de culte est normalement analysé comme un lieu public des plus classiques. Par ailleurs, comme le souligne un auteur, cette réserve d'interprétation « *ne fait au fond qu'accroître l'incompréhension à l'égard de l'Islam : le lieu de culte n'étant pas mixte, la femme musulmane n'a plus aucune raison d'y dissimuler le visage* »². L'idée, hautement contestable³, que la religion n'a sa place que dans la sphère privée, trouve ici une assise juridique.

Reste, enfin, la catégorie des « *lieux affectés à un service public* », qui peut apparaître, à première vue, comme une véritable innovation. En effet, cette catégorie n'apparaît nulle part dans les dispositions pénales et trouve sa source en droit administratif⁴. Aux termes de la circulaire, ces lieux « *désignent les implantations de l'ensemble des institutions, juridictions et administrations publiques ainsi que des organismes chargés d'une mission de service public. Sont notamment concernés les diverses administrations et établissements publics de l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics, les mairies, les tribunaux, les préfectures, les hôpitaux, les bureaux de poste, les établissements d'enseignement (écoles, collèges, lycées et universités), les caisses d'allocations familiales, les caisses primaires d'assurance maladie, les services de Pôle emploi, les musées et les bibliothèques* ». La plupart des lieux énumérés sont des lieux publics classiques, dans lesquels le droit pénal sanctionnerait le fait de proférer des propos diffamatoires, de vendre à la sauvette, d'être en état d'ébriété voire de participer à un attroupement délictueux. Deux réserves peuvent toutefois être émises. En premier lieu, le fait que l'accent soit mis sur l'affectation du lieu ainsi que l'absence de toute

¹ Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC ; *JCP G* 2010, 1018, note B. MATHIEU, § 5. *Adde*, O. CAYLA, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *D.* 2011, p. 1166.

² O. CAYLA, art. préc.

³ Comme l'exprimait le responsable du groupe de travail sur la laïcité, lors de son audition : « *Il ne faut pas confondre la sphère publique, qui s'oppose à la sphère privée dans la loi de 1905, et l'espace public. Il s'agit d'une dérive extrêmement grave. Durant les débats qui ont conduit à la loi de 1905, il a été question de réglementer les costumes religieux catholiques. Le rapporteur, Aristide Briand, avait alors demandé si l'on allait faire la chasse aux religieux, sachant qu'à l'époque, il y avait à l'assemblée des prêtres en soutane* » (Rapp. d'information n° 2262, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 26 janvier 2010, p. 279). *V. aussi, infra* n° 467.

⁴ La présence d'un usager dans certains lieux est subordonnée à l'obligation de se découvrir le visage, eu égard aux exigences attachées au bon fonctionnement des services publics : mairie, hôpital, aéroport ou consulat (CE, 7 déc. 2005, n° 264464, *M. E.* ; *JCP A* 2006, 1062). Par ailleurs, la délivrance des documents d'identité ou d'un titre universitaire est assujettie à la présentation d'une photographie, tête nue (CE, 27 juill. 2001, n° 216903, *Fonds de défense des musulmans en justice* ; *Rec. CE* 2001, p. 400 ; CE, 24 oct. 2003, n° 250084, *Benchemackh* ; *AJDA* 2004, p. 108). *Adde*, R. HANICOTTE, « Visage caché, œil policier », *AJDA*, 2010, p. 417.

mention des critères classiques de définition du lieu public que sont l'accès libre et le défaut d'autorisation pourraient laisser penser que les parties non ouvertes au public de ces lieux sont également concernées par cette interdiction, ce qui conduirait à élargir considérablement la portée de l'interdiction¹. Cela semble néanmoins très peu probable, la circulaire précisant dans une partie consacrée au « *contrôle de l'accès aux lieux affectés à un service public* » que les agents chargés du service public « *seront fondés à refuser l'accès à toute personne dont le visage est dissimulé* ». De plus, l'utilité de la prohibition est fort douteuse puisque, « *dans l'hypothèse où les agents du service public sont seuls susceptibles d'entrer dans ces lieux, ne sont-ils déjà pas tenus de travailler visage découvert, en vertu du principe de neutralité ?* »² En second lieu, les établissements d'enseignement suscitent l'hésitation, tant ils se situent à la limite entre le lieu public et le lieu privé³. Il est probable que ce soient eux qui soient à l'origine de l'ajout de l'expression étudiée, un rapporteur de la loi ayant explicitement insisté sur le fait que « *la catégorie des lieux affectés à un service public n'est [...] pas incluse dans celle des lieux ouverts au public dans la mesure où certains lieux peuvent être affectés à un service public sans être ouverts au public. Tel est le cas, par exemple, des écoles ou des universités auxquelles l'accès n'est pas libre* »⁴. À cet égard, comme le relève la doctrine, « *il aurait été concevable de recourir à la catégorie des "lieux affectés à un usage collectif", employée en matière d'interdiction de fumer* »⁵, sur laquelle on reviendra plus loin.

Il convient de relever, au surplus, le paradoxe tenant au fait que les « *lieux accessibles au regard du public* »⁶ ne sont pas inclus dans la définition de l'espace public, dans le cadre d'une infraction fortement empreinte de l'idée de visibilité⁷.

¹ En ce sens, selon O. BUI-XUAN (art. préc.), l'espace public inclurait « *les lieux fermés au public affectés à un service public. Dans le cas contraire, la mention des "lieux affectés à un service public" aurait été redondante par rapport à celle des "lieux ouverts au public" et une interdiction de dissimulation du visage dans "les voies publiques et les lieux ouverts au public" aurait été suffisante. Dès lors, il convient d'identifier ces lieux fermés au public affectés à un service public. On peut songer à des bureaux dont l'accès est interdit aux usagers ; ceux-ci sont pourtant intégrés à la catégorie des "lieux affectés à un usage collectif" [...]* ».

² *Ibid.*

³ V. *infra* n° 275.

⁴ Rapp. J.-P. GARRAUD rédigé au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n° 2520) interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, enregistré à la présidence de l'Assemblée nationale le 23 juin 2010, p. 52.

⁵ O. BUI-XUAN, art. préc.

⁶ V. *supra* n° 196 et s.

⁷ R. HANICOTTE, « Espace public, impasse des libertés », art. préc., n° 8, soulignant que « *le piéton, visage dissimulé, qui déambule dans une rue, risque d'être verbalisé, car la rue appartient à l'espace public. Il se retrouvera également en infraction si, usager, il emprunte métro, bus ou tramway, autant de modes de transport collectif assimilés à l'espace public. En revanche, s'il se métamorphose en passager, à bord d'une voiture particulière, il pourra "se voiler la face" en toute impunité, le véhicule étant ici considéré comme un lieu privé, à moins qu'au terme d'un ultime avatar, il ne prenne le volant* ».

En toute hypothèse, les quelques exemples jurisprudentiels d'application de cette disposition attestent qu'elle s'applique essentiellement dans les lieux publics classiquement entendus. Furent ainsi sanctionnées des dissimulations commises devant le palais de l'Élysée puis dans un commissariat¹ ou dans un centre commercial². Le législateur aurait donc pu se contenter d'incriminer la dissimulation du visage dans les « lieux publics » – comme cela avait pu être proposé – et l'on peut, dès lors, s'associer à la conclusion d'un auteur pour qui, « lorsque le législateur vise "l'espace public" et l'érige en titre générique, il se contente d'en additionner les composantes [...]. Il faut en conclure que, sous l'angle du droit positif, la loi n'innove guère et convenir que l'espace public est symboliquement plein, mais juridiquement vide »³ ; la seule réserve étant l'inclusion maladroite des établissements d'enseignement dans son champ. À n'en pas douter, l'espace public est une notion fonctionnelle, que l'on ne retrouve dans aucune disposition pénale postérieure à cette loi de 2010. Reste à évoquer les assemblées délibératives.

261. Les assemblées délibératives. Les assemblées délibératives sont celles réunissant divers élus, investis d'une mission de service public, dans le but de débattre des affaires ayant trait à l'intérêt général. Il s'agit donc des assemblées parlementaires ou des assemblées locales.

Les *assemblées parlementaires* sont mentionnées par l'article 41 de la loi de 1881, relative aux immunités de paroles⁴. Il est évident que cette disposition est liée à la question de la publicité de propos exprimés, puisqu'elle se situe dans le chapitre IV de la loi 1881, dédié aux « crimes commis par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication ». Malgré ce constat, les termes de l'article 41 sont parfois ambigus, ce qu'il convient de relever. Tout d'abord, le texte est clair lorsqu'il évoque les comptes rendus des « séances publiques des

¹ Cass. crim., 5 mars 2013, n° 12-80.891, *Bull. crim.* n° 54 ; *Gaz. Pal.*, 2013, 1, p. 1732, obs. S. DETRAZ.

² Cass. crim., 9 déc. 2014 ; *D. actu.*, 13 janv. 2015, obs. L. PRIOU-ALIBERT.

³ R. HANICOTTE, « Espaces publics, impasse des libertés », art. préc., n° 18. V., néanmoins, pour un usage récent du syntagme, l'arrêté du 6 avril 2020 par lequel le maire de Sceaux a subordonné les déplacements « dans l'espace public » des personnes de plus de dix ans au port d'un dispositif de protection buccal et nasal. Cet arrêté fut annulé par le juge des référés (CE, 17 avr. 2020, n° 440057).

⁴ Aux termes de cette disposition : « 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 ordre de l'une de ces deux assemblées ». « Ne donnera lieu à aucune action le compte rendu des séances publiques des assemblées visées à l'alinéa ci-dessus fait de bonne foi dans les journaux ». « Ne donneront lieu à aucune action en diffamation, injure ou outrage ni les propos tenus ou les écrits produits devant une commission d'enquête créée, en leur sein, par l'Assemblée nationale ou le Sénat, par la personne tenue d'y déposer, sauf s'ils sont étrangers à l'objet de l'enquête, ni le compte rendu fidèle des réunions publiques de cette commission fait de bonne foi ».

assemblées »¹ et des « réunions publiques » des commissions d'enquête². Il s'agit de réunions publiques au sens classique du terme, particulières uniquement en ce qu'elles sont organisées par une personne publique et du fait de leur objet déterminé. On ajoutera que la distinction est nette entre la publication du compte rendu et la publicité de la réunion.

L'article 41 est en revanche équivoque lorsqu'il évoque les « discours tenus dans le sein de l'Assemblée nationale ou du Sénat ». Une lecture littérale laisserait penser que c'est avant tout un critère spatial qui est mis en avant, si bien qu'un discours tenu dans le hall du Palais Bourbon ou du Luxembourg rentrerait dans le cadre de cette disposition, puisque ces lieux sont potentiellement accessibles au public. En réalité, il n'en est rien : « l'immunité parlementaire n'a nullement vocation à protéger les échanges qui se tiennent dans les couloirs ou la cafétéria »³. Dès lors, c'est sans doute plutôt sous l'angle de la réunion publique qu'il faudrait raisonner. La Cour de cassation a ainsi pu affirmer que les propos « devaient avoir été tenus au cours de l'une des activités prévues aux titres IV et V de la Constitution, qui peuvent seules caractériser l'exercice des fonctions parlementaires »⁴. Ces titres renvoient à l'ensemble du processus parlementaire, soit aux séances qui sont tenues dans les Hémicycles, lesquelles sont assurément des réunions publiques, mais également au travail législatif des commissions. La doctrine abonde en ce sens et considère que toutes les commissions – pas uniquement la commission d'enquête spécialement visée par l'article 41 – rentrent dans le champ de la disposition étudiée⁵. Or, si les travaux des commissions sont, par principe, publics, cela n'implique pas que les travaux aient toujours lieu en réunion publique, dans la mesure où le

¹ V. Constitution du 4 octobre 1958, art. 33, al. 1^{er} : « Les séances des deux assemblées sont publiques ». La possibilité d'une réunion privée n'est néanmoins pas exclue : « Chaque assemblée peut siéger en comité secret à la demande du Premier ministre ou d'un dixième de ses membres » (al. 2). Le « comité secret » s'ajoute ainsi aux rares désignations légales de la réunion privée. Concrètement, la publicité de la séance se traduit par le droit d'entrée dont jouissent les journalistes et le public en tribune. La doctrine ajoute parfois que les séances sont publiques puisque, les hémicycles sont équipés de caméras, les débats étant ainsi intégralement diffusés en interne et en grande partie sur certaines chaînes de télévision (E. RASCHEL, « Fasc. 136 : Les immunités. Article 41 de la loi du 29 juillet 1881 », *op. cit.*, n° 121). Cela revient toutefois à confondre la diffusion des débats parlementaires et la publicité de la séance durant laquelle ils sont tenus. Deux modalités de publicité se combinent alors, mais tout l'objet de cette étude est justement de distinguer le domaine de chacune de ces modalités.

² V. Ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958, art. 6, IV, al. 1^{er}, disposant que les « auditions auxquelles procèdent les commissions d'enquête sont publiques. Les commissions organisent cette publicité par les moyens de leur choix ». Par exception, les commissions d'enquête « peuvent décider de l'application du secret » lequel peut correspondre au secret simple, renforcé ou au huis clos (P. AVRIL, J. GICQUEL et J.-E. GICQUEL, *Droit parlementaire*, Montchrestien, 5^e éd., 2014, n° 463). Logiquement, ce qui ne relève pas des auditions, comme les délibérations, reste soumis au secret, ainsi que l'a précisé le Conseil constitutionnel (Cons. const., 15 janv. 1992, n° 91-301 DC, § 10), jusqu'à la publication du rapport qui en rendra compte.

³ E. RASCHEL, *op. cit.*, n° 25 ; B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, *op. cit.*, n° 245.

⁴ Cass. crim., 12 nov. 2008, n° 07-83.398 ; CCE 2009, comm. 8, note A. LEPAGE, *Bull. crim.* n° 229 ; D. 2009, p. 402, note J. PRADEL ; *Dr. pén.* 2009, comm. 20, note M. VÉRON.

⁵ G. BARBIER, *Code expliqué de la presse*, *op. cit.*, n° 762. ; B. DE LAMY, *op. cit.*, *loc. cit.*

public n'y a pas toujours accès¹. Il n'est pas impossible que ce soit cette considération qui ait conduit la jurisprudence antérieure à 2008 à refuser que les personnes déposant devant les commissions d'enquête puissent bénéficier de l'immunité².

On peut également avoir des réserves quant à l'évocation, toujours par le troisième alinéa précité, des « *propos tenus ou les écrits produits devant une commission d'enquête créée, en leur sein, par l'Assemblée nationale ou le Sénat* ». Il n'est pas précisé que les réunions de la commission doivent être publiques, contrairement à ce qui est prévu pour les comptes rendus de ces assemblées. En toute rigueur, l'immunité ne devrait concerner que les réunions publiques de ces commissions. En définitive, il serait donc souhaitable que les termes de l'article 41 soient rédigés avec plus de précision en ce qui concerne les assemblées parlementaires.

Pour finir, les *assemblées locales*³ sont mentionnées par quelques dispositions pénales éparses. En matière de prise illégale d'intérêt, le dernier alinéa de l'article 431-12 précise que le « *conseil municipal ne peut décider de se réunir à huis clos* » pour permettre aux maires, adjoints ou conseillers municipaux délégués ou agissant en remplacement du maire d'acquérir une parcelle d'un lotissement communal pour y édifier leur habitation personnelle ou conclure des baux d'habitation avec la commune pour leur propre logement. On peut évoquer également les articles L. 122-5 et L. 211-3 du Code de la propriété intellectuelle, énonçant que l'auteur ou

¹ Si les travaux des commissions « *sont publics* » (Règl. AN, art. 46, al. 1^{er}), cette formulation ne permet pas de déterminer si la publicité doit concerner les travaux, entendus comme le produit final des discussions, ou les réunions elles-mêmes. En réalité, jusqu'à la réforme du règlement du 26 janvier 1994, la publicité des travaux en commission était limitée à la publication d'un compte rendu publié peu après l'issue de la réunion (*ibid.*, al. 3 ; Règl. Sénat, art. 16, al. 8). En 1994, cette publicité fut renforcée, le bureau d'une commission pouvant alors décider d'ouvrir à la presse les réunions au cours desquelles elle procède à des auditions. Les députés non-membres de la commission ou les membres du Gouvernement pouvaient, sans prendre part aux votes, assister à ses réunions voire y prendre la parole. La réforme du règlement du 27 mai 2009 a entraîné un renforcement des exigences de publicité, mais surtout celle des travaux, en introduisant notamment la possibilité d'un compte rendu audiovisuel des travaux ou leur mise en ligne. Le bureau de chaque commission peut, en toute hypothèse, déroger à la règle de publicité (*ibid.*, al. 2). En somme, l'on ne peut conclure que la réunion d'une commission est forcément publique au sens où l'on a défini la réunion publique, la publicité des travaux ne se confondant pas avec la publicité de la réunion.

² CA Paris, 11 mars 1953 ; *JCP G* 1953, II, 7543, note A. COLOMBINI ; Cass. 1^{re} civ., 23 nov. 2004, n° 02-13.293, *Bull. civ.* 2004, I, n° 283 ; *CCE* 2005, comm. 20, note A. LEPAGE. Pour un auteur, ces décisions étaient dues soit à la qualité des personnes proférant les propos – elles n'étaient pas des parlementaires –, ce qui n'aurait aucunement été justifié puisque la loi ne précise pas que l'immunité serait réservée aux élus nationaux ; soit au fait que ces propos n'étaient pas des discours, ce que confirmerait la nouvelle formulation du troisième alinéa de l'article 41, évoquant aujourd'hui les « *propos tenus* », mais ce qui aurait été une analyse très restrictive du terme « *discours* » (E. RASCHEL, « Fasc. 136 : Les immunités. Article 41 de la loi du 29 juillet 1881 », *op. cit.*, n° 26). En revanche, selon ce même auteur, ce ne pouvait être la condition de lieu qui faisait défaut, puisque les commissions se déroulaient et se déroulent toujours au sein des Palais évoqués. Il est permis de penser que c'est parce que la réunion d'une commission est généralement privée qu'elle ne devrait pas être incluse dans le champ de l'immunité de façon générique puisque, par hypothèse, elle vise à faire obstacle à la poursuite de propos proférés publiquement.

³ Sur le caractère public des séances des assemblées locales et la possibilité pour les membres qui les composent de solliciter le huis clos, v. CGCT, art. L. 2121-18, pour les conseils municipaux ; art. L. 3121-11, pour les conseils départementaux ; art. L. 4132-10, pour les conseils régionaux.

les bénéficiaires de droits voisins ne peuvent interdire, sous réserve que soient indiqués clairement le nom de l'auteur et la source – sous réserve d'éléments suffisants d'identification de la source pour les droits voisins – la diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans « *les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles* ». La diffusion d'une œuvre dans une telle assemblée ne peut, dans cette hypothèse, constituer une contrefaçon. En complément, dans le cadre de la loi du 29 juillet 1881, le caractère privé ou public de certaines assemblées a pu être discuté. Il a ainsi été jugé que la séance d'un conseil municipal constitue une réunion publique au sens de l'article 23 de la loi du 29 juillet 1881, hormis le cas où le conseil se forme en comité secret¹, solution qui n'est guère surprenante au vu de tout ce qui précède.

262. Conclusion de section. Incontestablement, les frontières entre les différentes conceptions de l'opposition privé-public ne sont pas étanches, ce que confirme la gradation permise par le critère de l'objet. Lorsque la fermeture va de pair avec le secret ou la vie privée, le caractère privé des qualifications spécifiques étudiées ne fait aucun doute, quand bien même des personnes publiques seraient à l'origine de l'inaccessibilité. Lorsque, à l'inverse l'ouverture s'allie au caractère notoire d'une information ou avec la vie publique saisie dans ses différentes dimensions, le caractère public est également certain, même lorsque l'accessibilité est le fait d'une personne privée.

263. Conclusion de chapitre. Les développements qui précèdent ont permis d'identifier un caractère privé et un caractère public. Le premier se caractérise par la fermeture voulue par la personne ayant la maîtrise de l'élément privatisé, cette dernière devant, dès lors, consentir à l'accès des tiers pour que ceux-ci puissent y accéder. Le second se caractérise par l'ouverture, celle-ci devant là encore être voulue, bien que plus de souplesse soit envisageable dans l'appréciation de cette volonté. L'autonomie de ces caractères permet d'identifier des qualifications spécifiques revêtant un caractère privé ou public, malgré l'absence des termes « *privé* » et « *public* » dans leurs désignations. Ces qualifications conjuguent par ailleurs de façon harmonieuse les différentes conceptions de l'opposition privé-public, à l'inaccessible

¹ Cass. crim., 19 déc. 1978, *Bull. crim.* n° 360.

correspondant les diverses acceptions de l'adjectif « *privé* » et à l'accessible celles de l'adjectif « *public* ». Plus encore, le fait que le législateur introduise de telles qualifications spécifiques manifeste le besoin ponctuel de dépasser l'opposition binaire entre ces adjectifs. Par exemple, lorsque le législateur punit certains comportements lorsqu'ils ont lieu dans une manifestation sportive, il s'agit moins d'opposer une réunion privée à une réunion publique que de tirer les conséquences du caractère spécifiquement criminogène d'une manifestation du fait de la publicité qui l'entoure. On reviendra sur ce constat plus loin¹. Pour lors, il convient d'aborder les qualifications problématiques, en ce qu'une telle concordance ne peut être observée à leur égard, si bien que ces notions rendent nécessaire la conceptualisation d'un *caractère commun*.

¹ V. *infra* n° 316, 328 et 375.

Chapitre 2 : La conceptualisation d'un caractère hybride : le caractère commun

264. Toute étude s'intéressant à l'opposition privé-public, quel que soit l'angle d'approche, finit tôt ou tard par mettre en lumière les insuffisances du caractère binaire de ce clivage et par identifier une voie médiane entre « *privé* » et « *public* ». Parfois, le recours à la terminologie de « *semi-privé* » ou « *semi-public* » est choisi¹. De façon plus intéressante, c'est parfois le terme « *commun* » qui sera intercalé entre les deux adjectifs étudiés ; que l'on songe, sur le plan patrimonial, aux « *biens communs* », à l' « *œuvre commune* », aux « *parties communes* », notions ou concepts dont le régime oscille entre celui de la propriété privée et celui de la propriété publique². Sur le plan sémantique, est commun ce qui « *concerne tous les membres d'un groupe* »³, c'est-à-dire ce qui n'est ni « *individuel* » – ce qui « *ne concerne qu'une personne déterminée* »⁴ – ni « *collectif* » – ce qui « *concerne un ensemble de personnes* »⁵. On peut en déduire, d'une part, que l'approche personnelle de l'opposition privé-public, qu'il s'agisse des destinataires d'une communication, des participants à une réunion ou des personnes présentes dans un lieu, sera déterminante ici ; d'autre part, que l'adjectif « *commun* » apparaît d'emblée comme étant à l'intersection des adjectifs « *privé* » et « *public* », dès lors que ceux-ci entretiennent des rapports étroits avec l'individu et la collectivité⁶. Il s'agit donc de confirmer ces intuitions en étudiant les qualifications spécifiques révélatrices d'un caractère commun (section 1), avant de préciser les contours de celui-ci (section 2).

¹ Par ex., v. E. GOFFMAN, *Comment se conduire dans les lieux publics*, op. cit., p. 138 : « Si l'espacement physique et le contrôle du son ont une pertinence pour des occasions comme les réceptions, qui ont cours dans des espaces physiques relativement réduit, ils sont peut-être plus importants encore dans les rues et sur les places publiques ou dans des régions semi-publiques ».

² V. supra n° 8.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° « Commun », sens 1.

⁴ *Ibid.* v° « Individuel », sens 1.

⁵ *Ibid.* v° « Collectif », sens 1. La distinction entre les adjectifs « *commun* » et « *collectif* » ne saurait néanmoins être exagérée puisque dans une autre acception (*ibid.*, sens 2), le second est présenté comme synonyme du premier : est ainsi collectif ce qui « *concerne un ensemble de personnes unies par une communauté d'intérêts ou impliquées dans une action commune* ». On ne sera guère surpris de trouver, par la suite, de nombreuses références à cet adjectif ainsi appréhendé. Quant à la « *propriété collective* », v. supra n° 10.

⁶ V. supra n° 3.

Section 1 : Les qualifications révélant un caractère commun

265. Certaines qualifications forgées par le législateur sont révélatrices du caractère commun dans le cadre même de l'opposition entre accessibilité et inaccessibilité. Il en va ainsi pour certains lieux spécifiques (§1) ainsi que pour certaines communications et réunions (§2).

§1. Les lieux révélateurs d'un caractère commun

266. Le syntagme « *lieu commun* » est très connoté et renvoie essentiellement, en matière de rhétorique, à une idée couramment reçue. Cette signification, exclue ici, révèle néanmoins le caractère collectif sous-jacent au commun et ce syntagme serait sans doute approprié pour embrasser toutes les qualifications qu'il s'agit d'évoquer ici. En effet, plusieurs lieux visés par le législateur, quoiqu'ils soient des lieux clos, sont envisagés alternativement comme des lieux publics et comme des lieux privés. C'est le cas des *lieux clos affectés à la vie collective* (A) et des *lieux clos affectés à un service public* (B).

A. Les lieux clos affectés à la vie collective

267. La vie collective se situe en deçà de la vie sociale évoquée plus haut, en ce que les activités concernées ne concernent pas un public indifférencié. Il s'agit donc d'évoquer ici les lieux affectés à une activité collective licite (1) mais aussi illicite ou strictement réglementée (2).

1. Les lieux clos affectés à une activité sociale licite

268. Les parties communes. L'habitat collectif s'est fortement développé dans la seconde moitié du XX^e siècle et les endroits particuliers que constituent les parties communes d'un immeuble d'habitation posent des difficultés de qualification. D'un côté, bien que ces espaces fassent partie de la demeure, *lato sensu*, que constitue l'immeuble d'habitation, il est certain que ces lieux ne sont pas affectés à l'habitation et ne peuvent, dès lors, être qualifiés de domiciles. La question se pose de savoir si les parties communes peuvent être qualifiées de

dépendances et rattachées à ce dernier, en vertu des solutions précédemment exposées¹. Il semble que l'usage collectif qu'impliquent ces parties – qui n'est pas pour autant un usage social – empêche les juges de procéder à cette assimilation. On peut également considérer que le critère de continuité que suppose la dépendance ne peut s'appliquer à l'immeuble d'habitation moderne, où une dizaine d'étages peut séparer un appartement du hall d'entrée de l'immeuble ou du parking de celui-ci. D'un autre côté, malgré ce caractère collectif, les parties communes sont la plupart du temps closes et une autorisation de l'entité que constitue la copropriété est nécessaire pour y pénétrer, ce qui exclut que ce lieu soit qualifié de lieu public². En somme, les parties communes s'insèrent mal dans l'opposition privé-public, ce que confirment les textes et la jurisprudence.

Quant aux textes évoquant les parties communes, on peut mentionner plusieurs dispositions du Code de la sécurité intérieure – dont la plupart étaient auparavant présentes dans le Code de la construction et de l'habitation – faisant une place importante à l'entrée des immeubles des habitations, véritable espace de transition entre le lieu public et le lieu privé³. D'autres dispositions appréhendent les parties communes comme un espace criminogène. Ainsi, l'occupation des « *espaces communs ou [des] toits des immeubles collectifs d'habitation* » est-elle réprimée⁴ les propriétaires ou les exploitants d'immeubles peuvent solliciter les forces de police pour qu'elles rétablissent l'ordre en ces lieux⁵. Cette double appréhension des parties communes, à la fois espace inaccessible et donc protecteur – ce qui évoque le lieu privé – et espace propice à la criminalité collective – ce qui évoque le lieu public –, est intéressante et il faudra approfondir la réflexion sur ce point⁶.

¹ V. *supra* n° 242.

² En ce sens, G. BEAUSSONIE, « De l'opération de perquisition effectuée ou débutée dans la partie commune d'un habitat collectif », *Gaz. pal.*, 11 févr. 2014, p. 623 : « *Que cette partie commune puisse être un lieu privé et clos ne pose pas vraiment de problème : au caractère collectif de l'habitat ne doit pas, en effet, être assimilée une accessibilité publique ; à défaut d'un accès de l'habitat à des personnes autres que ses occupants, l'habitat collectif demeure assurément un habitat privé, cette exclusion des autres prenant le plus classiquement la forme d'une clôture* ». V. aussi Circ. n° PRMX1124533C du 14 sept. 2011 relative au cadre juridique applicable à l'installation de caméras de vidéoprotection sur la voie publique et dans les lieux ou établissements ouverts au public, d'une part, et dans les lieux non ouverts au public, d'autre part : le texte vise les parties communes parmi les « *lieux non ouverts au public* ».

³ CSI, art. L. 251-3, al. 1^{er} : « *Les opérations de vidéoprotection de la voie publique sont réalisées de telle sorte qu'elles ne visualisent pas les images de l'intérieur des immeubles d'habitation ni, de façon spécifique, celles de leurs entrées* ». V. aussi, CSI, art. L. 272-2, régissant la transmission « *aux services chargés du maintien de l'ordre des images réalisées en vue de la protection des parties communes des immeubles collectifs à usage d'habitation lors de circonstances faisant redouter la commission imminente d'une atteinte grave aux biens ou aux personnes* » et précisant que les images susceptibles d'être transmises « *ne doivent concerner ni l'entrée des habitations privées, ni la voie publique* ».

⁴ CSI, art. L. 272-4. V. *infra* n° 372.

⁵ CSI, art. L. 272-3.

⁶ V. *infra* n° 297.

En complément, la jurisprudence relative à l'entrée des forces de l'ordre dans ces lieux renforce le constat précédent. Lorsque ces parties communes ne sont pas closes, l'accès des enquêteurs n'est pas litigieux. Ainsi, sauf signalement visible sur l'entrée d'un immeuble d'habitation en copropriété, l'accès à ses parties communes « *non soumis à une quelconque restriction apparente in situ* » est réputé libre¹. De même, le fait pour des fonctionnaires de police, agissant dans le cadre de la flagrance, de pénétrer dans les « *parties communes extérieures librement accessibles* » d'un campement de gens du voyage pour y procéder à des constatations, ne constitue pas une perquisition². En revanche, lorsque les parties communes sont closes, les forces de l'ordre devront obtenir une autorisation de la part du propriétaire, de l'exploitant de l'immeuble à usage d'habitation ou de leur représentant, en vertu de l'article L. 126-1 du Code de la construction et de l'habitation. Ainsi, les policiers agissant en enquête préliminaire, spécialement autorisés en connaissance de cause par le syndic de copropriété, peuvent-ils pénétrer dans les parties communes d'une résidence – un parking souterrain – dans le but d'opérer de simples constatations visuelles sur un véhicule volé, qui n'entrent pas dans les prévisions de l'article 76 du Code de procédure pénale³. La Cour de cassation a pu préciser que la visite du sous-sol d'un immeuble non accessible au public pouvait être autorisée oralement par l'exploitant de l'immeuble, ce dernier n'ayant pas à être présent lors de la visite⁴. En l'absence de cette autorisation, l'entrée dans les parties communes est irrégulière⁵.

Certes, en matière de captation et de fixation d'images, la Cour de cassation s'est explicitement prononcée en faveur du caractère privé des parties communes⁶. Cela étant,

¹ Cass. crim., 2 oct. 2013, *Bull. crim.* n° 186 ; *AJ pénal* 2014, p. 138, obs. J. LASSERRE-CAPDEVILLE.

² Cass. crim., 14 juin 2017, n° 16-83.092.

³ Cass. crim., 5 oct. 2016, n° 16-81.843 P ; *Procédures* 2016, n° 380, note A. CHAVENT-LECLERE. V., dans le même sens déjà, Cass. crim., 23 oct. 2013, *Bull. crim.* n° 203, estimant qu'aucune irrégularité ne saurait résulter de l'introduction, en enquête préliminaire, de policiers dans le parking souterrain d'un immeuble avec l'accord, en connaissance de cause, d'une personne titulaire d'un droit d'accès à cette partie commune et en sa présence, après vaine recherche de l'identité du syndic, afin d'y procéder à de simples constatations visuelles sur les véhicules en stationnement. V. aussi, Cass. crim., 31 janv. 2017, n° 16-84.462, jugeant que le syndic peut autoriser les enquêteurs à rentrer dans un parking souterrain privé d'un immeuble, afin d'effectuer des constatations visuelles à partir des parties communes de l'immeuble, sans dispositif intrusif, dans un garage privatif destiné exclusivement au stationnement de véhicules.

⁴ Cass. crim., 27 juin 2017, n° 17-80.859.

⁵ Cass. crim., 7 janv. 2020, n° 19-83.774, F-P+B+I.

⁶ Cass. crim., 27 mai 2009, n° 09-82.115, préc. En l'espèce, un dispositif avait été installé par les forces de l'ordre dans un parking privé, sans obtenir l'autorisation du magistrat. Pour la chambre de l'instruction, dans la mesure où l'installation du dispositif avait été autorisée par le syndic, il n'était pas nécessaire d'obtenir l'autorisation d'un magistrat. Elle procédait par ailleurs à la double confusion dénoncée plus haut, consistant à prendre en ligne de compte l'absence de droit de propriété de la personne dont l'image avait été captée sur le lieu et le caractère non intime de la situation captée pour écarter le caractère privé du lieu (v. *supra* n° 40 et 43). La Cour de cassation n'a pas suivi cette analyse erronée et, dans un principe inséré dans l'attendu conclusif de son arrêt, elle énonce que « *les parties communes d'une copropriété constituant un lieu privé, les opérations de captation et de fixation d'images effectuées en l'espèce ne répondaient pas aux conditions [légales]* ».

quoique les parties communes soient assurément un lieu clos, l'affectation particulière qui les caractérise, à savoir permettre la cohabitation d'une collectivité de personnes, conduit l'observateur à hésiter quant au caractère privé ou public de ce lieu. Cette hésitation est encore plus marquée à l'égard des « lieux affectés à un usage collectif ».

269. Les lieux affectés à un usage collectif. Le législateur use de la qualification de « lieux affectés à un usage collectif » de deux façons distinctes. En premier lieu, il l'emploie comme catégorie inclusive, comprenant tant des lieux publics que privés. L'expression évoquée est en effet apparue avec la loi dite « Évin » du 10 janvier 1991, laquelle interdit la consommation de tabac dans ces lieux¹. La même terminologie fut reprise par la suite en matière de vapotage². Pour autant, cette expression ne présente pas une définition unitaire. En matière de tabac, sont visés, premièrement, « les lieux fermés et couverts qui accueillent du public ou qui constituent des lieux de travail ». Une circulaire du 29 novembre 2006 confirme que sont concernés des lieux publics classiques³ mais aussi les locaux d'une entreprise non ouverts au public⁴. La jurisprudence a ainsi pu estimer qu'une gare⁵ ou les locaux d'une cartonnerie⁶ constituent des lieux affectés à un usage collectif. En tous les cas, le lieu doit être fermé et couvert, exigence à ne pas confondre avec l'inaccessibilité du lieu clos. Le critère n'est pas ici l'impossibilité pour une personne d'entrer dans le lieu, mais plutôt la difficulté pour la fumée de cigarette d'en sortir⁷. Or, dans le cadre la crise de la Covid-19, les médias employèrent fréquemment la terminologie d'« espace clos ». Clôture et fermeture sont certes synonymes dans le langage

¹ CSP, art. L. 3512-8 et R. 3512-1.

² CSP, art. L. 3513-6 et CSP, art. R. 3513-2.

³ Circ. du 29 nov. 2006 relative à l'interdiction de fumer dans les lieux à usage collectif, *JO* du 5 décembre, p. 18285 : « La notion de lieu accueillant du public doit s'entendre par opposition au domicile et à tout autre lieu à usage privatif. Il s'agit en particulier des administrations et des établissements et organismes placés sous leur tutelle, des entreprises, des commerces, galeries marchandes, centres commerciaux, cafés, restaurants, discothèques, casinos, gares, aéroports. Il s'agit également des lieux publics à vocation sportive ou culturelle, dès lors qu'ils sont fermés et couverts, tels que les salles de sports ou les salles de spectacle. S'agissant des locaux dits de convivialité tels que les cafés, les restaurants, les discothèques, les casinos, l'interdiction s'applique dans les lieux fermés et couverts, même si la façade est amovible ».

⁴ *Ibid.* : « Dans les entreprises, l'interdiction s'applique dans les locaux affectés à l'ensemble du personnel (accueil, réception, locaux de restauration, espaces de repos, lieux de passage...). Elle s'applique également aux locaux de travail, aux salles de réunion ou de formation mais aussi aux bureaux, même occupés par une seule personne, dans la mesure où plusieurs personnes y ont accès, notamment le personnel d'entretien ». Sur le caractère hybride des lieux de travail, v. *infra* n° 270.

⁵ L'enceinte d'une gare constitue un lieu à usage collectif (Cass. crim., 26 nov. 2014, n° 14-81.888 ; *Dr. pén.* 2015, comm. 21, note J. H. ROBERT. En l'espèce néanmoins, le prévenu avait vapoté et non fumé, il a donc été relaxé).

⁶ Cass. soc., 1^{er} juill. 2008, n° 06-46.421 ; *JCP* 2008, II, 10144, note D. CARSIN-CORRIGNAN.

⁷ Cass. 2^e civ., 13 juin 2013, n° 12-22.170 ; *JCP* 2013, 1170, comm. J.-H. ROBERT : « La terrasse d'un établissement accueillant du public ne constitue pas un lieu fermé et couvert où s'impose l'interdiction totale de fumer, dès lors que, close des trois côtés, elle n'a ni toit ni auvent, ou bien si, disposant d'un toit ou auvent, elle est intégralement ouverte en façade frontale ».

courant, mais il serait préférable de privilégier la première pour décrire le lieu privé et la seconde pour désigner les lieux publics non naturellement aérés. Deuxièmement, sont évoqués « *les moyens de transport collectif* ». Cela revient à viser une catégorie particulière de lieu public et ne confère, dès lors, aucune originalité particulière aux lieux affectés à un usage collectif. Tout au plus peut-on relever le caractère exhaustif de la circulaire de 2006 quant aux différents transports collectifs¹. Troisièmement, sont visés « *les espaces non couverts des écoles, collèges et lycées publics et privés, ainsi que des établissements destinés à l'accueil, à la formation ou à l'hébergement des mineurs* ». Or, ces lieux ne présentent pas un caractère public certain². Quatrièmement, sont concernées par la prohibition « *les aires collectives de jeux telles que définies par le décret n° 96-1136 du 18 décembre 1996* »³. Il s'agit d'un lieu public dont l'affectation particulière – le jeu des enfants – est prise en compte.

En matière de vapotage, sont cette fois concernés, premièrement, les « *établissements scolaires et les établissements destinés à l'accueil, à la formation et à l'hébergement des mineurs* ». Il n'est plus fait mention du caractère couvert ou fermé des espaces concernés, mais l'on ne saurait raisonner *a contrario* ici, la formulation générique employée impliquant qu'il n'est pas davantage possible de vapoter dans la cour de ces établissements que dans les salles de classe. Deuxièmement, sont visés « *les moyens de transport collectif fermés* », ce qui introduit une différence avec la législation en matière de consommation de tabac, laquelle évoque tous les transports collectifs ; il est donc permis de vapoter au deuxième étage d'un bus touristique, mais non d'y fumer. Enfin, sont visés les « *lieux de travail fermés et couverts à usage collectif* ». Le décret n° 2017-633 du 25 avril 2017 précise que ces lieux « *s'entendent*

¹ Circ. du 29 novembre 2006, préc. : « *Sont concernés par l'interdiction tous les moyens de transport collectifs, qu'ils soient gérés par une administration ou une entreprise publique ou privée. Il s'agit de tous les véhicules de transport appartenant à ces entreprises, pouvant accueillir des voyageurs ou passagers. Répondent notamment à cette définition : - les trains de voyageurs (TGV, trains « Corail », TER, Eurostar, Thalys, etc.) ; - les véhicules de transport urbain (métros, tramways, bus, transports hectométriques, funiculaires urbains, etc.) ; - les remontées mécaniques (chemins de fer à crémaillère, funiculaires, téléphériques et télécabines) ; - les véhicules de transport routier de personnes, de transport suburbain, de tourisme, de transport scolaire et les véhicules de petite capacité effectuant des transports à la demande, autres que les taxis ; - les avions de ligne ; - les bateaux de passagers sur les lacs et rivières (dont les bateaux de promenade, tels que les bateaux-mouches), les bacs à véhicules et les bacs à piétons ; - les ferries et les navires de croisière battant pavillon français, les bateaux de promenade maritime et de liaison avec les îles et les bacs maritimes. Pour les bateaux, navires et bacs, l'interdiction de fumer ne s'applique pas aux ponts à l'air libre* ».

² V. *infra* n° 275. En toute hypothèse, il est « *interdit de fumer dans ces établissements, quel que soit le lieu, qu'il soit fermé et couvert ou non* » (Circ. du 29 novembre 2006, préc.).

³ Aux termes de l'art. 1^{er} dudit décret : « *On entend par aire collective de jeux toute zone, y compris celle implantée dans un parc aquatique ou parc d'attraction, spécialement aménagée et équipée pour être utilisée, de façon collective, par des enfants à des fins de jeux. Sont également soumises au présent décret les aires collectives de jeux situées dans l'enceinte des établissements accueillant des enfants et dont les équipements sont susceptibles d'être utilisés par ceux-ci à des fins de jeux. Sont exclus du champ d'application du présent décret les fêtes foraines ainsi que les salles et terrains de sport* ».

des locaux recevant des postes de travail situés ou non dans les bâtiments de l'établissement, fermés et couverts, et affectés à un usage collectif, à l'exception des locaux qui accueillent du public »¹. Il est donc possible de vapoter dans un restaurant, par exemple, là où fumer y sera interdit.

En somme, la qualification de lieu à usage collectif, telle qu'elle est définie par ces textes, dépasse parfois la notion de lieu public, à laquelle elle fait spontanément penser², en ce que certains lieux dont le caractère public est discutable y sont inclus, à savoir les établissements d'enseignement et le lieu de travail. Cette terminologie est toutefois moins large que celle de lieu public puisque fumer sur la voie publique ou vapoter dans un stade, par exemple, ne sont pas des actes répréhensibles. Décrit comme « *plutôt nébuleux* » par la doctrine³, la notion de lieu affecté à un usage collectif, assurément fonctionnelle, est sans doute mal exploitée dans ces dispositions. En effet, il aurait été préférable de conférer aux lieux affectés à un usage collectif une véritable autonomie, en y incluant uniquement les établissements d'enseignement et les lieux de travail. L'usage collectif aurait alors été véritablement mis en lumière par opposition à l'usage social et à l'usage personnel d'un lieu. Par extension, le caractère commun de ces lieux serait davantage mis en évidence. La référence au lieu à usage collectif comme endroit particulier est à cet égard plus intéressante.

En effet, en second lieu, le législateur emploie la terminologie étudiée pour distinguer, au sein d'un lieu privé, les *endroits* affectés à un usage collectif de ceux affectés à un usage personnel. Plusieurs dispositions identifient ainsi de tels lieux au sein des établissements pénitentiaires, pour régir la vie en collectivité des détenus⁴ ou pour encadrer l'action de l'administration pénitentiaire⁵. Ces textes montrent bien que dans un lieu par définition

¹ CSP, art. R. 3513-3.

² Cass. soc., 6 oct. 2010, n° 09-65.103, *Bull. civ. V* n° 215 : « *Qu'en statuant ainsi, par des motifs inopérants [...], alors qu'elle avait constaté que la société ne respectait pas les dispositions du code de la santé publique sur l'interdiction de fumer dans les lieux publics concernant les salariés* ».

³ R. HANICOTTE, « Espace public, impasse des libertés », art. préc., n° 6.

⁴ C. proc. pén., annexe à l'art. R57-6-18 (règlement intérieur type des établissements pénitentiaires) : « *Les locaux communs et les lieux à usage collectif sont nettoyés chaque jour, en tant que de besoin, par les personnes détenues du service général* » et « *le port des vêtements religieux est interdit dans les lieux à usage collectif, à l'exception de la salle de culte. Les vêtements et objets de culte doivent être transportés dans un sac de la cellule à la salle de culte* ».

⁵ C. proc. pén., art. D. 220 : « *il est interdit aux agents des services déconcentrés de l'administration pénitentiaire et aux personnes ayant accès aux établissements pénitentiaires [...] de fumer dans les lieux fermés et couverts affectés à un usage collectif, ou qui constituent des lieux de travail* » (v. toutefois CE, ord., 8 sept. 2005, *Garde des Sceaux, min. Justice, Lebon 388*, considérant que le maintien d'un détenu dans une cellule où il est exposé à un risque de tabagisme passif ne portait pas, dans les circonstances de l'espèce, une atteinte grave et manifestement illégale à une liberté fondamentale). V. aussi, Loi pénit., art. 44, énonçant que l'administration pénitentiaire « *doit assurer à chaque personne détenue une protection effective de son intégrité physique en tous lieux collectifs et*

inaccessible et privé – la prison –, la partition entre des endroits véritablement privés et des endroits davantage publics s'avère parfois nécessaire du fait de la collectivité qui s'y trouve¹.

270. Les lieux de travail. Le lieu de travail est, on l'a vu, parfois intégré à la qualification de « *lieu affecté à usage collectif* ». Il est aussi mentionné à titre autonome par certaines dispositions pénales. Il est certain qu'au travail, l'individu évolue dans la « *vie publique* » et l'on pourrait, *a priori*, douter du caractère privé d'un tel lieu. Pour autant, il est acquis que la vie privée de l'individu le suit même au travail, ce qu'atteste le concept de « *vie personnelle* » très présent en droit social². Il est donc logique que le lieu de travail puisse être considéré comme un lieu privé lorsqu'il est clos. La question ne se pose pas, en effet, pour le lieu de travail ouvert au public, comme les commerces, lesquels ne peuvent être des lieux privés qu'en dehors de leurs heures d'ouverture. De surcroît, l'idée d'une partition radicale entre la vie privée et le domicile, d'une part, la vie publique et le lieu de travail, d'autre part, est moderne³. Le développement croissant du « *télétravail* », en particulier depuis la crise de la Covid-19, met aussi à mal une conception trop stricte de la répartition des espaces⁴.

C'est sans doute cette interpénétration de la vie publique et de la vie privée⁵ qui a amené le juge pénal à interpréter de façon extensive la notion de domicile et à qualifier comme tel de

individuels » ; art. 58, régissant l'installation de caméras de vidéosurveillance « *dans les espaces collectifs présentant un risque d'atteinte à l'intégrité physique des personnes au sein des établissements pénitentiaires* ».

¹ C.-J. FERRIÈRE, *Dictionnaire de droit et de pratique*, Hachette, 2012 (1758), v° « Prison » : « *Prison est un lieu public destiné à garder les criminels et aussi quelquefois les débiteurs dans les cas où ils se sont obligés par corps* ».

² V. not., P. WAQUET, « La vie personnelle du salarié », in *Mélanges en l'honneur de J.-M. Verdier*, Dalloz, 2001, p. 513 et s.

³ A. PROST, « Frontières et espaces du privé », art. préc., p. 20 : « *Au début du siècle, près des deux tiers des Français et à coup sûr plus de la moitié travaillaient chez eux. À la fin du siècle, au contraire, presque tous les Français travaillent hors de chez eux. C'est une transformation décisive* ». Cette dimension quasi domiciliaire du lieu de travail transparait également des termes de la loi, v. C. pén. 1810 (version d'origine), art. 386, aggravant le vol commis par « *un ouvrier, compagnon ou apprenti, dans la maison, l'atelier ou le magasin de son maître, ou un individu travaillant habituellement dans l'habitation où il aura volé* ». Le lien entre lieu de travail et domicile est donc très présent au début du XX^e siècle : « *Quelle que soit la taille de l'entreprise, les patrons estiment qu'ils sont chez eux dans leur usine : elle ne constitue pas un espace public, mais leur domaine privé. Ils refusent donc très longtemps l'inspection du travail, qu'ils ressentent comme une violation de domicile. Qu'ils parlent de leur "maison" est d'ailleurs significatif : le même terme désigne le domicile et l'entreprise* » (A. PROST, art. préc., p. 41). La transition s'effectue avec le Front populaire, « *le travail salarié bascule [alors] de la sphère privée dans la sphère publique* » (*ibid.*, p. 46), ce qui n'enlève rien au fait qu'émerge, à la fin du XX^e siècle, la « *conquête d'espaces de convenance au sein de l'entreprise* », ce qui amène à conclure que, « *si les frontières entre public et privé sont devenues plus nettes, elles n'excluent pas des contaminations réciproques* » (*ibid.*, p. 103).

⁴ C. CARON, « Vie "pripuvéblrique" », *CCE*, n° 6, Juin 2020, repère 6.

⁵ Comp., pour une approche sociologique, C. LE MOËNNE, « Espace public et entreprise : penser la sphère professionnelle », in I. PAILLIART (dir.), *L'espace public et l'emprise de la communication*, Ellug, 1995, p. 150, pour qui l'espace professionnel « *n'est ni la sphère privée de Sennett ni la sphère publique d'Habermas. Même si certains types de relations caractéristiques de "l'être en public" s'y manifestent, ce n'est pas un lieu public* ».

nombreux lieux de travail en matière de violation de domicile¹. Or, cette jurisprudence fournie fait l'économie du critère de l'habitabilité, pourtant constitutif du domicile. Les arrêts refusant de qualifier de domicile des lieux de travail² apparaissent comme des exceptions, là où ces solutions devraient, au contraire, représenter l'orthodoxie juridique. Pour justifier cette construction jurisprudentielle, les juges procèdent en réalité à un anthropomorphisme des plus discutables³ en considérant que le siège d'une personne morale est équivalent à son domicile⁴. Il serait plus cohérent de reconnaître la spécificité du lieu de travail et d'incriminer l'intrusion en son sein⁵. C'est précisément cette démarche qu'a tenté d'effectuer le législateur en matière de vol aggravé.

Avant 1981, la notion de « *maison d'habitation* » inscrite à l'ancien article 390 du Code pénal était également interprétée de façon très large par la jurisprudence, laquelle assimilait à des demeures de nombreux lieux de travail⁶, ainsi que d'autres lieux affectés à un usage social⁷. Elle considérait que « *l'habitation se constitue, non seulement d'une résidence pour tous les besoins de la vie, mais encore d'une demeure temporaire, pour certains besoins, certaines*

¹ Par ex. : une usine (T. corr. Bar-le-Duc, 12 févr. 1936 ; *Gaz. Pal.* 1936, 1, p. 847 ; TGI Épinal, 1^{er} févr. 1972 ; *Cah. prud'h.* 1972, p. 143), un immeuble constituant le siège d'une personne morale (T. corr. Évreux, 17 janv. 1984 ; *Gaz. Pal.* 1984, 2, somm., p. 342, note J.-P. DOUCET), un cabinet dentaire (Cass. crim., 13 oct. 1986 ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, somm., p. 103, note J.-P. DOUCET), le bureau du président d'une chambre des métiers (Cass. crim., 24 juin 1987 ; *JCP* 1987, IV, 302), les locaux d'un port autonome (CA Douai, 5 nov. 1993 ; *Gaz. Pal.* 1995, 1, somm., p. 178), des bureaux exclusivement affectés à un usage professionnel (Cass. crim., 7 févr. 1994 ; *Dr. pén.* 1994, comm. 129, 1^{re} esp., note M. VÉRON), un chantier de construction d'une centrale électronucléaire (CA Poitiers, 8 sept. 1994 ; *JurisData* n° 1994-049384 et *JurisData* n° 1994-053066).

² Comme un bloc opératoire d'un établissement de santé (Cass. crim., 27 nov. 1996, *Bull. crim.* n° 431), le siège d'une association (Cass. crim., 27 sept. 1984, *Bull. crim.* n° 275) ou un atelier de ciselure et une fonderie dépourvus des équipements nécessaires à une habitation effective (Cass. crim., 17 oct. 1995, *Bull. crim.* n° 310).

³ En ce sens, A. LEPAGE, v° « Droits de la personnalité », *op. cit.*, n° 176, évoquant un « *anthropomorphisme excessif* ».

⁴ CEDH, 16 avr. 2002, *Colas Est Sté c/ France* ; *D.* 2003, p. 1541, obs. A. LEPAGE, § 41 : « *la Cour considère qu'il est temps de reconnaître dans certaines circonstances que les droits garantis par l'art. 8 de la Convention peuvent être interprétés comme incluant pour une société le droit au respect de son siège social, son agence ou ses locaux professionnels* ». Sur les enjeux de cette jurisprudence au regard de la théorie des droits de la personnalité, v. *infra* n° 477.

⁵ En ce sens, v. CMF, art. L. 341-1, relatif au démarchage bancaire ou financier, distinguant le « *domicile des personnes, [...] leur lieu de travail* » et « *les lieux non destinés à la commercialisation de produits, instruments et services financiers* ». V. encore, C. sport, art. L. 332-10 réprimant le fait de troubler le déroulement d'une compétition ou de porter atteinte à la sécurité des personnes ou des biens en pénétrant sur « *l'aire de compétition d'une enceinte sportive* ». Il ne fait pas de doute que le terrain visé est à analyser comme un lieu privé où des sportifs – par hypothèse professionnels – exercent une activité et dont l'accès est interdit aux spectateurs.

⁶ Une banque (Cass. crim., 22 mai 1899 ; *S.* 1890, 1, p. 96), une gare de tramways (Cass. crim., 30 mars 1901, *Bull. crim.* n° 117), un commissariat de police (Cass. crim., 2 août 1929 ; *DP* 1929, 1, p. 158), un bureau de poste (Cass. crim., 13 mars 1952, *D.* 1952, p. 382), une usine (Cass. crim., 25 nov., 1953 ; *D.* 1954, p. 44 ; Cass. crim., 29 oct. 1968, *Bull. crim.* n° 275), un bureau de la Sécurité sociale (Cass. crim., 15 nov. 1955, *Bull. crim.* n° 482 ; *RSC* 1956, p. 329, obs. P. BOUZAT), un magasin (Cass. crim., 18 nov., 1975, *Bull. crim.* n° 248).

⁷ Par ex., une église (Cass. crim., 23 août 1821, *Bull. crim.* n° 134).

affaires ou certains devoirs », ce qui était fort critiqué par la doctrine¹. Comme l'a relevé VITU², ces solutions, quoique trop extensives, avaient le mérite d'attirer l'attention du législateur sur la nécessité de réprimer l'audace du voleur lorsqu'il agissait dans d'autres lieux que la maison et faisait encourir un réel danger aux personnes présentes en son sein. Lors de l'élaboration de la loi n° 81-82 du 2 février 1981, le projet de loi assimilait aux lieux d'habitation les « *lieux de travail* ». C'est cependant une autre formule qui fut consacrée, celle de « *lieu où sont conservés des fonds, valeurs, marchandises ou matériels* ». La formulation a légèrement évolué, les dispositions contemporaines évoquant le « *lieu utilisé ou destiné à l'entrepôt de fonds, valeurs, marchandises ou matériels* »³. Commentant la formule introduite en 1981, l'auteur précité estime qu'elle « *ne correspond que d'assez loin à l'extension que la jurisprudence avait donnée à la notion de maison habitée : sont éliminés tous ces édifices ou locaux dans lesquels des hommes se rassemblent à des fins spirituelles (églises), amicales (cafés, restaurants), professionnelles (bureaux divers dans lesquels ne sont détenus ni des fonds ou valeurs, ni des marchandises ou matériels)* »⁴. On pourrait même douter du caractère nécessairement clos de ces lieux, d'autant que, depuis la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, le premier niveau d'aggravation ne suppose pas nécessairement une entrée dans les lieux par ruse, effraction ou escalade. Les dispositions récentes sur la géolocalisation semblent néanmoins dissiper toute ambiguïté, en ce qu'elles font mention des « *lieux privés destinés ou utilisés à l'entrepôt de véhicules, fonds, valeurs, marchandises ou matériel* »⁵. Il serait souhaitable que l'ajout de cet adjectif soit effectué dans les dispositions du Code pénal relatives au vol ou aux destructions aggravés⁶.

Le lieu de travail a donc manqué son rendez-vous avec les dispositions du Code pénal. À l'inverse, il est omniprésent en matière procédurale. Certains textes se réfèrent aux lieux de travail de façon générique. Par exemple, l'article 78-2-1 du Code de procédure pénale habilite les enquêteurs à entrer « *dans les lieux à usage professionnel, ainsi que dans leurs annexes et dépendances, sauf s'ils constituent un domicile, où sont en cours des activités de construction, de production, de transformation, de réparation, de prestation de services ou de commercialisation* »⁷. Ce texte exclut donc expressément l'assimilation du lieu de travail

¹ V. A. VITU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, t. 2, p. 1858, note 3 pour les références.

² *Ibid.*, n° 2276, p. 1859.

³ C. pén., art. 311-4, 6° et 311-5, 3°. V. *infra* n° 377.

⁴ A. VITU, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵ C. proc. pén., art 230-34.

⁶ Sur ces infractions et l'assimilation de certains contenants clos à des lieux privés, v. *supra* n° 201.

⁷ C. proc. pén., art. 78-2-1.

au « *domicile* ». Si cette séparation est louable, la terminologie employée révèle la nécessité de réécrire certaines dispositions dudit Code. En effet, semblent coexister deux acceptions différentes du terme « *domicile* » au sein de ce dernier : celle de l'article 56, laquelle renvoie selon la jurisprudence au lieu clos et peut donc inclure le lieu de travail dans son champ¹, et celle de l'article 78-2-1 qui fait en réalité référence au « *lieu d'habitation* » que l'on retrouve dans la plupart des dispositions modernes. Il serait donc souhaitable que le législateur harmonise la terminologie employée en la matière. En toute hypothèse, une loge de chef d'orchestre a été identifiée comme lieu à usage professionnel en application de cette disposition². En revanche, les juges ont refusé cette qualification au chantier de rénovation d'une villa³. De plus, des arrêts ont précisé ce qu'il fallait entendre par « *activité en cours* »⁴. En dehors du Code de procédure pénale, certains textes, en matière de visites administratives⁵, mentionnent le lieu de travail d'une façon générique⁶ ou évoquent des lieux de travail spécifiques⁷. Le caractère privé du lieu travail est donc équivoque. Reste à s'intéresser aux lieux clos affectés à une activité sociale illicite ou strictement réglementée.

2. Les lieux clos affectés à une activité illicite ou strictement réglementée

271. Lieux clos, jeux de hasard et consommation de stupéfiants. Si les jeux de hasard sont aujourd'hui licites et strictement réglementés, on peut rappeler qu'ils furent globalement interdits de la Révolution jusqu'à la loi du 15 juin 1907. Logiquement, le casino, conformément

¹ V. *supra* n° 36.

² Cass. crim., 6 déc. 2005, *Bull. crim.* n° 315 ; RSC 2007, p. 591 et 593, obs. J. BUISSON.

³ Cass. crim., 25 juin 2014 ; *D. actu.*, 17 juill. 2014, obs. S. FUCINI.

⁴ Celle-ci doit être véritablement en train de se dérouler et la seule présence d'une personne sur le lieu de travail (Cass. 1^{re} civ., 6 janv. 2010, n° 08-15.513, *Bull. civ.* I, n° 2 ; *Dr. pén.* 2010, comm. 28, obs. A. MARON et M. HAAS) ou d'un objet révélant une activité professionnelle (Cass. crim., 1^{er} sept. 2020, n° 19-87.499 ; *AJ pénal* 2020, p. 462, obs. E. CLÉMENT) ne peut suffire pour remplir cette condition. À l'inverse, l'activité est bien en cours lorsque les policiers constatent que des ouvriers s'activent au sol et sur des échafaudages sur le chantier de rénovation d'un bâtiment (Cass. crim., 31 oct. 2017, n° 16-86.894), ou relèvent la présence de deux personnes assises devant des ordinateurs (Cass. crim., 15 févr. 2005, *Bull. crim.* n° 57 ; RSC 2006, p. 408, obs. J. BUISSON).

⁵ Sur le lien entre ces visites administratives et la procédure pénale, v. *infra* n° 340 et 485.

⁶ Par ex., C. com., art. L. 450-3, évoquant les « *lieux utilisés à des fins professionnelles* », les « *lieux d'exécution d'une prestation de services* », les « *moyens de transport à usage professionnel* », lieux où sont susceptibles de se dérouler « *des activités de production, de fabrication, de transformation, de conditionnement, de transport ou de commercialisation* ». Le même article distingue de ces hypothèses le cas où « *ces lieux sont également à usage d'habitation* ». V. aussi C. douanes, art. 63 ter ; C. conso., art. L. 512-5.

⁷ Par ex., C. douanes, art. 66, évoquant les « *locaux des prestataires de services postaux et des entreprises de fret express* » ainsi que les « *activités de tri, de transport, de manutention ou d'entreposage* » susceptibles de se dérouler dans ces lieux.

à son étymologie¹, était durant toute cette période un lieu clos, d'où l'autorisation dérogatoire accordée par l'article 10 du décret du 17 juillet 1791 aux enquêteurs de pénétrer en tout temps dans « *les maisons où on donne à jouer des jeux de hasard* ». Depuis que les maisons de jeu sont réglementées, elles s'apparentent néanmoins à des lieux publics².

Quant aux lieux clos affectés à la production ou à la consommation de stupéfiants, la loi du 12 juillet 1916 introduit la notion d'« *usage en société* » de stupéfiants, notamment pour limiter les fumeries d'opium. On retrouve cette notion à l'article 706-28 du Code de procédure pénale qui autorise les perquisitions et saisies nocturnes dans les « *locaux où l'on use en société de stupéfiants ou dans lesquels sont fabriqués, transformés ou entreposés illicitement des stupéfiants lorsqu'il ne s'agit pas de locaux d'habitation* ». Le caractère clos du lieu n'est certes pas évoqué par cette disposition, mais on peut sans peine supposer qu'il est bien question, la plupart du temps, d'un lieu clos affecté à un usage collectif.

272. La « maison close ». Le fait prostitutionnel, dont la « *maison close* » a assurément pu être un symbole, a connu une évolution opposée à celle des jeux de hasard. En effet, le passage d'une politique réglementariste à une politique abolitionniste³ avec la loi « *Marthe Richard* » du 13 avril 1946 entraîna dans le même temps le principe de l'interdiction des « *maisons de tolérance* » sur l'ensemble du territoire national. Paradoxalement, mais logiquement, c'est la disparition de ces établissements qui inaugura leur prise en compte en droit pénal. « *L'établissement de prostitution* » fit ainsi son entrée au deuxième alinéa de l'article 335 ancien du Code pénal⁴, cet article visant à réprimer les actes associés à ce qui est couramment désigné comme le « *proxénétisme hôtelier* »⁵. Le texte précisait qu'un tel établissement était « *un hôtel, une maison meublée, une pension, un débit de boissons, restaurant, club, cercle, dancing, lieu de spectacle ou leurs annexes ou lieu quelconque ouvert*

¹ « *Casino* » signifie « *petite maison* » en italien. Avant de devenir un lieu public, il s'agit en effet d'un lieu retiré, tranquille, loin du centre-ville, propice à la retraite, au repos, et réservé aux notables toscans du XVII^e siècle.

² V. *supra* n° 256. V. toutefois, CSI, art. L. 324-4, al. 2, réprimant la détention, la mise à disposition de tiers, l'installation et l'exploitation de machines à sous « *sur la voie publique et ses dépendances, dans des lieux publics ou ouverts au public et dans les dépendances, mêmes privées, de ces lieux publics ainsi que l'exploitation de ces appareils ou leur mise à disposition de tiers par une personne privée, physique ou morale, dans des lieux privés* ». Adde : J.-C. LAVIGNE, « Les jeux d'argent », art. préc., précisant que « *la répression des machines à sous (les bandits manchots) illégales, c'est-à-dire non installées dans les enceintes des casinos selon des quotas négociés avec l'État, représente un enjeu important. Il y aurait 40 000 machines illégales, ce qui correspond à 200 millions d'euros d'évasion fiscale et une importante source de blanchiment de l'argent maffieux* ».

³ V. *infra* n° 460.

⁴ V., aujourd'hui, C. pén., art. 225-10, 1^o.

⁵ M.-L. RASSAT, « Fasc. 20 : Proxénétisme et infractions qui en résultent », *J.-Cl. Pénal Code*, 2009 (màj. 2020), n° 3.

au public ou utilisé par le public ». Bien que le nouveau Code pénal ait abandonné cette rédaction, cette définition de l'établissement de prostitution existe toujours en droit positif, puisqu'on la retrouve à l'article 706-35 du Code de procédure pénale, autorisant les perquisitions et saisies nocturnes en ces lieux, « lorsqu'il est constaté que des personnes se livrant à la prostitution y sont reçues habituellement ». Or, se pose la question de savoir si cet article permet la perquisition d'un lieu qui constituerait un lieu d'habitation, car, contrairement à l'article 706-28 précité, ce type de lieux n'est pas exclu par la disposition étudiée. On peut en douter lorsque l'on considère que le « débit de boissons », le « restaurant », le « dancing »¹ et le « lieu de spectacle » sont assurément des lieux publics. La référence au « lieu quelconque ouvert au public ou utilisé par le public » semble suggérer que tous les lieux visés sont accessibles à tous. De plus, la mention aux « annexes » de ces lieux semble renvoyer aux espaces de stockage et non à des lieux d'habitation. En revanche, les lieux que sont « un hôtel, une maison meublée, une pension » peuvent tout à fait inclure des lieux à usage d'habitation. En effet, si le hall d'un hôtel est assurément un lieu public², l'on sait qu'une chambre d'hôtel est assimilée à un domicile³. La lettre de ce texte, pris isolément, permettrait donc aux enquêteurs de pénétrer et de perquisitionner, de nuit, une chambre d'hôtel⁴. S'il est probable que d'autres dispositions procédurales relatives au « lieu d'habitation »⁵ neutralisent cette possibilité de perquisitionner de nuit une chambre d'hôtel – ou du moins soumettent un tel acte à un régime plus exigeant –, il serait tout de même préférable que le législateur l'indique expressément, comme il le fait, notamment, en matière de trafic de stupéfiants.

En toute hypothèse, les termes employés depuis 1994 par l'article 225-10 du Code pénal semblent, quant à eux, étendre la répression du proxénétisme aux lieux publics, si bien qu'il ne serait plus vraiment question de « maison close » en la matière. L'article 225-10, 2° réprime « le fait pour quiconque [...] détenant, gérant, exploitant, dirigeant, faisant fonctionner, finançant ou contribuant à financer un établissement quelconque ouvert au public ou utilisé par le public, d'accepter ou de tolérer habituellement qu'une ou plusieurs personnes se livrent

¹ V. Cass. crim., 25 mai 2016, n° 14-85.908 : « une discothèque, établissement recevant du public, ne saurait être considérée comme le domicile [des prévenus], ni comme un local assimilé par la loi à un tel domicile ».

² Cass. crim., 6 avr. 1993 ; *Dr. pén.* 1993, chron. 59, V. LESCLOUS et C. MARSAT : ne constitue pas une introduction dans un domicile, le fait, pour des policiers saisis d'une plainte pour viol, de s'introduire dans le hall d'un hôtel et d'inviter téléphoniquement l'occupant d'une chambre à les y rejoindre.

³ Cass. crim., 31 janv. 1914 ; *DP* 1918, 1, p. 76, préc.

⁴ Comp., Cass. crim., 29 janv. 1963 ; *JCP G* 1963, II, 13215, condamnant sur le fondement du texte ancien (C. pén., art. 335) une hôtelière pour avoir toléré qu'une employée se livre à la prostitution dans la chambre qui était mise à sa disposition personnelle.

⁵ V. *supra* n° 242.

à la prostitution à l'intérieur de l'établissement ou de ses annexes ou y recherchent des clients en vue de la prostitution ». Il semble évident que l'acte de prostitution se déroulera, le cas échéant, dans les chambres d'hôtel, tandis que la recherche des clients pourra s'effectuer, elle, dans le hall de l'hôtel. Le proxénétisme n'est donc pas qu'affaire de lieux privés. Par ailleurs, est incriminé par l'article 225-10, 3° le fait de « vendre ou de tenir à la disposition d'une ou de plusieurs personnes des locaux ou emplacements non utilisés par le public, en sachant qu'elles s'y livreront à la prostitution » et par l'article 225-10, 4° le fait de « vendre, de louer ou de tenir à la disposition, de quelque manière que ce soit, d'une ou plusieurs personnes, des véhicules de toute nature en sachant qu'elles s'y livreront à la prostitution ». On peut douter de l'utilité de séparer le véhicule des locaux ou emplacements non utilisés par le public, le premier pouvant être assimilé aux seconds. Selon un auteur, les locaux ou emplacements non utilisés par le public « recouvrent avant toute chose les propriétés privées. Il importe peu que ces dernières soient à usage d'habitation ou que le local soit aménagé ou non. Le terme emplacement permet, quant à lui d'englober dans le champ d'incrimination les dépendances couvertes et non couvertes ainsi que les terrains ou les bois non accessibles normalement au public. Ne distinguant pas selon l'identité du possesseur du lieu, le texte permet également de viser les établissements commerciaux non accessibles au public ainsi que, attribués à titre privatif, des locaux dépendant des collectivités publiques ou de services publics »¹. Si l'accent mis sur la propriété du lieu peut se comprendre puisque la vente d'un lieu est mentionnée, rien dans la formulation légale n'impose de limiter l'analyse aux propriétés privées. On pourrait tout à fait envisager qu'un bois, accessible au public et relevant du domaine public, mais non utilisé par le public pendant une période donnée – la nuit, par exemple – soit considéré comme un tel emplacement, tant que le proxénète en aménage concrètement une portion pour que la prostitution y soit possible. La terminologie semblant renvoyer à un lieu privé pourrait donc – même si ce n'est sans doute pas l'esprit de cette disposition – renvoyer à des lieux publics². On ne saurait mieux mettre en exergue, d'une part, la nature fonctionnelle des notions présentes dans ces dispositions et, d'autre part, le caractère commun qui les spécifie.

Il convient à présent de s'intéresser aux lieux clos affectés à un service public, lesquels appellent des observations du même ordre.

¹ A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, préf. G. LOISEAU, IRJS, 2015, n° 1225, p. 576.

² En ce sens, *ibid.* : « Sur ce point, l'infraction se fait l'écho de la pratique du proxénétisme de rue qui découpe les grandes agglomérations en territoires ». Or, la rue est un lieu public.

B. Les lieux clos affectés à un service public

273. Il peut paraître *a priori* surprenant d'associer l'inaccessibilité avec le service public, marqué par le principe général du droit de l'égalité d'accès au service public. L'on sait néanmoins qu'il ne faut pas confondre la conception verticale de l'opposition privé-public avec sa conception transversale. L'accès de tous les justiciables au service public de la justice, de tous les enfants au service public de l'école et de tous les citoyens à la culture ne veut pas dire que les lieux où s'exercent ces activités d'intérêt général doivent être accessibles à tout un chacun. En effet, il s'avère parfois nécessaire de protéger les personnes ou les choses présentes au sein des bâtiments qui, concrètement, accueillent ces services publics. En rendant inaccessibles aux tiers non autorisés les lieux affectés à un service public, il s'agit donc de rendre ces derniers plus performants et, *in fine*, plus accessibles au sens abstrait du terme. En toute hypothèse, il est certain qu'on se situe ici à la frontière du lieu public et du lieu privé.

274. ***Les locaux d'une juridiction.*** Les premiers lieux affectés à un service public se parant parfois des atours du lieu privé sont les « *locaux d'une juridiction* ». L'article 56-5 du Code de procédure pénale les évoque et dispose que l'accès des enquêteurs en leur sein est soumis à certaines conditions. Or, ces locaux peuvent être aussi bien des lieux privés que des lieux publics. En effet, le bureau d'un magistrat, de greffiers, ou encore les salles de délibéré sont certainement des lieux privés, tandis que les salles d'audience ou les couloirs du palais de justice sont, en principe, librement accessibles au public et sont donc des lieux publics. Par souci de cohérence avec tous les lieux mentionnés aux articles 56-1 à 56-5 du même Code, il serait donc souhaitable que cette disposition précise que les lieux perquisitionnés sont nécessairement des lieux clos.

Cela étant, la salle d'audience reste un lieu particulier. En effet, l'article 38 *ter* de la loi du 29 juillet 1881 interdit en son alinéa premier « *l'emploi de tout appareil permettant d'enregistrer, de fixer ou de transmettre la parole ou l'image est interdit* », et ce, dès l'ouverture de l'audience. Cette disposition confère indirectement un statut très particulier à la salle d'audience, car, quoiqu'elle demeure accessible au public, elle se rapproche du lieu privé au sein desquels la personne est protégée contre tout espionnage visuel ou auditif, en vertu de

l'article 226-1 du Code pénal¹. L'article 38 *ter* a récemment obtenu un brevet de constitutionnalité² et de conventionnalité³. Or, commentant l'arrêt de la chambre criminelle estimant la disposition conforme à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, un auteur indique que « *la prohibition de l'enregistrement ou de la fixation de l'image pendant les débats œuvre à une sanctuarisation de la salle d'audience* : "il importe de garder à l'enceinte judiciaire son caractère préservé" (*on est tenté de lire "sacré"*), souligne la Cour de cassation »⁴. Il s'agit donc ici d'un lieu atypique, à l'interstice entre le lieu privé et le lieu public, à l'instar des établissements d'enseignement.

275. Les établissements d'enseignement. Les établissements d'enseignement sont assurément des lieux s'insérant difficilement dans l'opposition privé-public. Tantôt classés parmi les « *établissements recevant du public* »⁵ ou les « *lieux à usage collectif* »⁶, décrits comme une composante de « *l'espace public* »⁷, qualifiés par la jurisprudence de « *lieux publics par destination* »⁸, il pourrait paraître évident de considérer ces établissements comme des lieux publics. Pourtant, ceux-ci sont parfois désignés, à l'inverse, comme des « *lieux non publics* »⁹ ou des « *lieux non ouverts au public* »¹⁰, ce qui peut conduire la doctrine à les qualifier de « *lieux privés* »¹¹. Le juriste est donc amené à faire le même constat que le sociologue : « *Pour*

¹ Par ex. : Cass. crim., 24 mars 2020, n° 19-81.769 ; CCE 2020, comm. 49, note A. LEPAGE. La cour a par ailleurs estimé que la publication de photographies de l'accusé ou des avocats prises dans la salle d'audience, avant le verdict, constituait l'infraction prévue par l'article 38 *ter*, même si les photographies avaient été prises pendant les périodes de suspension de l'audience.

² Cons. const., 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC ; RSC 2020, p. 99, obs. E. DREYER.

³ Cass. crim., 24 mars 2020, n° 19-81.769, préc.

⁴ A. LEPAGE, comm. préc. V. toutefois *infra* n° 398 sur l'admission récente de la possibilité de diffuser des images d'audience.

⁵ Arrêté du 25 juin 1980 portant approbation des dispositions générales du règlement de sécurité contre les risques d'incendie et de panique dans les établissements recevant du public, art. GN 1.

⁶ Par ex., CSP, art. L. 3512-8. V. *supra* n° 269.

⁷ Circ. PRMC1106214C du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public. V. *supra* n° 260.

⁸ Cass. 2° civ., 3 juill. 2003, n° 00-15.468, préc. ; Cass. crim., 17 mars 2015, n° 13-87.358, préc.

⁹ Décret n° 2017-1230, 3 août 2017. La notice du décret énonce que celui-ci « *améliore la lutte contre les manifestations de racisme, de sexisme et d'homophobie pouvant se produire dans des lieux non publics, comme au sein des entreprises ou des établissements scolaires* ».

¹⁰ Circ. n° PRMX1124533C du 14 sept. 2011 : « *Les dispositions de la loi du 21 janvier 1995 ne s'appliquent pas aux systèmes de vidéoprotection installés dans des lieux non ouverts au public, comme les parties communes des immeubles d'habitation, les locaux professionnels et les établissements affectés à l'enseignement ou à la garde d'enfants* ». Il n'est guère surprenant que l'on retrouve ici d'autres lieux affectés à un usage collectif ou social.

¹¹ A. DANIS-FATÔME, « L'école "42" sous surveillance de la CNIL : épisode 2 ! », CCE 2019, comm. 72 : « *La loi Informatique et Libertés est [...] applicable à ce dispositif placé dans le lieu privé que constitue un établissement d'enseignement* ».

être espace commun l'espace scolaire n'est pas pour autant espace public »¹. L'élève doit en effet, dans une certaine mesure, être protégé de l'extérieur, afin de pouvoir étudier sereinement. Plus fondamentalement, selon ARENDT, la nature close de l'école découlerait du conservatisme dont elle serait imprégnée, celui-ci étant « l'essence même de l'éducation, qui a toujours pour tâche d'entourer et de protéger quelque chose – l'enfant contre le monde, le monde contre l'enfant, le nouveau contre l'ancien, l'ancien contre le nouveau »².

En toute hypothèse, c'est assurément dans sa dimension de lieu privé que l'article 431-22 du Code pénal appréhende les établissements scolaires, lorsqu'il réprime « le fait de pénétrer ou de se maintenir dans l'enceinte d'un établissement d'enseignement scolaire sans y être habilité en vertu de dispositions législatives ou réglementaires ou y avoir été autorisé par les autorités compétentes, dans le but de troubler la tranquillité ou le bon ordre de l'établissement »³. L'affectation du lieu au service public de l'enseignement⁴ est évidemment centrale ici. En ce sens, il a été jugé que le périmètre pouvait s'étendre à un gymnase municipal « affecté temporairement à une activité d'enseignement »⁵. Il n'en reste pas moins que l'on retrouve dans ce texte les critères classiques de définition du lieu privé, à travers les termes « pénétrer [...] dans l'enceinte », « habilité » et « autorisé ». Par rapport à l'autorisation, la jurisprudence semble indiquer qu'elle ne doit pas forcément être expresse, elle peut se déduire du comportement du chef d'établissement qui invite une personne, de manière informelle, à se rendre dans son bureau⁶. Elle demeure toutefois centrale puisque des parents d'élèves, poursuivis après avoir occupé une classe pour obtenir la tenue d'un conseil d'école extraordinaire, ont été relaxés en appel au motif que la directrice les avait autorisés à pénétrer

¹ P. MÆGLIN, « L'espace public à l'école de la société pédagogique », in I. PAILLIART (dir.), *L'espace public et l'emprise de la communication*, op. cit., p. 106. L'auteur évoque par ailleurs « l'organisation de la salle de classe, refermée sur elle-même, et celle de la cour d'école, ceinte de hauts murs pour montrer à l'extérieur "la majesté de l'État" et ménager à l'intérieur "une volonté hygiéniste et une absolue standardisation" » (ibid., p. 102).

² H. ARENDT, « La crise de l'éducation », in *La crise de la culture*, Gallimard, 1989 (1968).

³ Texte introduit par la loi n° 2010-201 du 2 mars 2010. Une contravention existait déjà auparavant, issue du décret n° 96-378 du 6 mai 1996 ; elle fut codifiée par la suite (C. pén., art. R. 645-12) et se différencie du délit en ce que le dol spécial consistant à vouloir « troubler la tranquillité ou le bon ordre de l'établissement » n'est pas exigée. V. auparavant, T. corr. Argentan, 5 nov. 1968 ; D. 1969, somm., p. 16, retenant la qualification de violation de domicile dans une espèce d'introduction nocturne dans un collège de jeunes mineures, celles-ci ayant autorisé l'intrus à rentrer, mais non la surveillante du dortoir, que le tribunal estime être l'occupante du local, seule à même d'en consentir l'accès.

⁴ L'enseignement dont il est question ne peut pas être l'enseignement supérieur (Cass. crim., 11 déc. 2012, n° 11-84.304 ; Cass. crim., 11 déc. 2012, n° 11-88.431 ; Dr. pén. 2013, comm. 19, obs. M. VÉRON), bien qu'un arrêt ait pu semer le doute par le passé (CA Amiens, 29 oct. 2007, n° 07/00436, jugeant l'intrusion dans un IUT constitutive de l'infraction).

⁵ CA Riom, ch. corr., 3 nov. 2004, n° 04/00394.

⁶ CA Douai, 8 juin 2009, n° 08/03275.

dans l'enceinte de l'école afin de les recevoir dans son bureau pour un entretien¹. Le critère de la clôture pourrait sembler moins présent puisque, selon un auteur, le « *périmètre de l'établissement scolaire ne doit pas être apprécié strictement : l'ensemble des bâtiments (salles d'enseignement, salles de travail, salle des professeurs, locaux de l'administration, cantine, bibliothèque, salle de projection, laboratoire, gymnase), et des espaces extérieurs (cour de récréation, terrains de sports...), contenus dans l'enceinte de l'établissement, est concerné alors même que l'accès à tous ces lieux serait facilité par l'inefficacité des systèmes de clôture* »². Cela n'enlève rien au fait que le texte évoque la pénétration dans l'établissement scolaire et que l'accent mis sur la nécessité d'une autorisation supplée cette approche souple de la clôture. L'ambiguïté par rapport à ce type de lieu reste certaine ; en termes de gradation du lieu le plus « *privé* » au lieu le plus « *public* », on trouve là un véritable entre-deux.

276. Les lieux historiques ou culturels. L'ambiguïté est également patente pour les lieux historiques et culturels visés par l'article R. 645-13 du Code pénal. Celui-ci réprime le fait de pénétrer ou de se maintenir « *dans un immeuble classé ou inscrit en application des dispositions des articles L. 621-1 et L. 621-25 du code du patrimoine, un musée de France, une bibliothèque ou une médiathèque ouvertes au public, un service d'archives, ou leurs dépendances, appartenant à une personne publique ou à une personne privée assurant une mission d'intérêt général, dont l'accès est interdit ou réglementé de façon apparente, sans y être habilité en vertu de dispositions législatives ou réglementaires ou y avoir été autorisé par les autorités compétentes ou le propriétaire* » et « *le fait de pénétrer ou de se maintenir dans les mêmes conditions sur un terrain sur lequel se déroulent des opérations archéologiques* ». Sont ainsi visés des lieux historiques ou culturels, lieux affectés au service public de la culture. Introduit à la suite d'affaires de restauration « *sauvage* » de monuments publics³, le texte soulève la question du caractère privé ou public des lieux qu'il mentionne. Comme pour l'intrusion dans un établissement scolaire, sont mentionnées l'habilitation et l'autorisation, lesquelles renvoient à la modulation subjective de l'accès à un lieu.

En réalité, c'est surtout la fermeture ou l'ouverture du lieu qui interroge ici. De la référence à « *l'accès [...] interdit ou réglementé de façon apparente* », il faut sans doute déduire

¹ CA Aix, 5 oct. 2009, n° 1064/M/2009.

² J.-F. DREUILLE, « Fasc. 20 : Intrusion dans un établissement d'enseignement scolaire », *J.-Cl. Pénal Code*, 2015, n° 4.

³ S. LAVRIC, « Untergunther ou les infiltrés des monuments classés », *blog Dalloz*, 4 déc. 2007 : « *En l'absence d'incrimination d'introduction illégale dans un édifice national, les plaintes initiées pour violation de domicile [...] avaient logiquement été classées sans suite* ».

que l'incrimination s'applique même lorsque les lieux mentionnés par le texte sont ouverts au public, pendant la journée, ce qui n'était pas l'intention initiale du ministère de la Culture¹. Néanmoins, si l'accès est libre au lieu historique ou culturel, il ne peut y avoir introduction, tout juste peut-il y avoir maintien irrégulier². C'est donc seulement si le visiteur pénètre sans s'acquitter du droit d'entrée lors des heures d'ouverture que l'incrimination trouvera à s'appliquer. Cette hypothèse montre les limites de la distinction entre lieu public et lieu privé : bien qu'un lieu soit ouvert au public – la mise en place d'une condition à l'entrée, telle que le paiement d'un billet, n'est pas exclusive de la qualification de lieu public³ – il est possible de s'y introduire irrégulièrement, ce qui peut paraître difficile à concevoir.

On peut également évoquer l'article 311-4-2, 3° du Code pénal, lequel aggrave le vol d'un « *bien culturel qui relève du domaine public mobilier ou qui est exposé, conservé ou déposé, même de façon temporaire, soit dans un musée de France, une bibliothèque, une médiathèque ou un service d'archives, soit dans un lieu dépendant d'une personne publique ou d'une personne privée assurant une mission d'intérêt général, soit dans un édifice affecté au culte* »⁴. Lorsque le bien est exposé, il est présent dans un lieu public, du moins durant les horaires d'ouverture des lieux visés. En revanche, la référence à la conservation et au dépôt du bien conduit à considérer que les lieux visés sont alors appréhendés sous l'angle du lieu privé.

277. On aura donc compris que toutes ces qualifications révèlent les limites de la binarité de l'opposition privé-public. Avant d'approfondir la conceptualisation du caractère commun, il convient d'aborder les qualifications liées aux communications et réunions également révélatrices d'un tel caractère.

§.2 Les communications et les réunions révélatrices d'un caractère commun

278. Quant aux communications, on évoquera ici les qualifications renvoyant aux échanges entre professionnels, hypothèses s'apparentant à des cas de communications « *non publiques* » (A). Quant aux réunions, il n'est pas aisé d'identifier des qualifications renvoyant à une réunion

¹ *Ibid.* L'auteur indiquait alors que le ministère de la culture réfléchissait « à la création d'une nouvelle infraction d'intrusion dans un bâtiment classé monument historique en dehors des heures d'ouverture au public ».

² J.-F. DREUILLE, « Fasc. 20 : Intrusion dans les lieux historiques ou culturels », *J.-Cl. Pénal Code*, 2016, n° 6.

³ V. *supra* n° 69.

⁴ V. aussi, C. pén., art. 322-3-1 pour l'atteinte matérielle aux biens aggravée. V. *infra* n° 378.

qui ne serait ni privée ni publique. L'audience tenue « *en publicité restreinte* » paraît toutefois en être une bonne illustration (B).

A. Les communications adressées à des professionnels

279. On a vu que le syntagme « *non publique* » présent en matière de diffamations, injures, ou provocations non publiques avait amené les juges en matière à adopter une approche ternaire, consistant à distinguer l'information transmise de façon confidentielle, celle transmise à un groupe de personnes liées par une communauté d'intérêts et celle transmise à un public¹. On a par ailleurs proposé de rapprocher le syntagme « *non publique* » de la locution « *à titre privé* » pour opposer la communication privée et la communication confidentielle. Il n'aura pas échappé à l'observateur que l'adjectif « *commun* » est à la racine de l'expression « *communauté d'intérêts* ». Or, si cette notion prétorienne révèle ce qu'on a pu décrire comme un « *cercle privé* »², on a également relevé que les destinataires composant un tel cercle seront parfois analysés comme un public. On retrouve donc l'ambiguïté propre au caractère commun qu'il s'agit d'identifier dans ces lignes. Il convient ici de confirmer cette ambivalence en étudiant les qualifications renvoyant à des communications liées au monde professionnel, à savoir celles adressées à des membres d'une même entreprise, *lato sensu*, ou à des groupes de spécialistes.

280. ***Les communications adressées aux membres d'une même entreprise.*** Les membres d'une même entreprise constituent, en matière d'infractions de presse, un cercle privé en ce que ses membres sont unis par une communauté d'intérêts³. Or, c'est ainsi que certains textes envisagent ces destinataires⁴. La formulation du délit de présentation de comptes annuels inexacts en atteste. Est ainsi puni le fait, pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme « *de publier ou présenter aux actionnaires* » de tels comptes,

¹ V. *supra* n° 113.

² V. *supra* n° 108 et s.

³ V. *supra* n° 112.

⁴ V. par, ex., en dehors de la matière pénale : CMF, art. L. 561-20, évoquant les personnes qui « *appartiennent au même réseau ou à une même structure d'exercice professionnel* ».

même en l'absence de toute distribution de dividendes¹. Ainsi, des communications non publiques – ou privées – sont ici spécifiquement incriminées² et distinguées de la publication³.

Il faut sans doute assimiler au cercle privé composé des membres d'une même entreprise les groupes constitués d'apprenants dans le cadre d'activités de formation, activités préfigurant le monde de l'entreprise. En matière de droit d'auteur, est ainsi autorisée la représentation ou la reproduction d'œuvres conçues à des fins pédagogiques et des partitions de musique, à des fins exclusives d'illustration dans le cadre de l'enseignement et de la recherche, dès lors que cette représentation ou cette reproduction est destinée, notamment au moyen d'un espace numérique de travail, « à un public composé majoritairement d'élèves, d'étudiants, d'enseignants ou de chercheurs directement concernés par l'acte d'enseignement, de formation ou l'activité de recherche nécessitant cette représentation ou cette reproduction »⁴. Il est donc question ici de classes d'étudiants, *lato sensu*. Or, si l'on a vu que la communauté des étudiants ne peut être appréhendée comme un cercle privé⁵, il est certain qu'une classe précisément identifiée et concernée par un acte d'enseignement déterminé peut tout à fait être appréhendée comme un groupement de personnes liées par une communauté d'intérêts, soit un cercle privé. La disposition évoquée précise également que la publication ou la diffusion de l'œuvre représentée « à un tiers au public ainsi constitué » est interdite ; or, l'on ne peut être tiers à un public que si ce public forme un cercle exclusif, ce qui confirme qu'il est ici question d'un cercle privé. Le fait que le texte évoque à deux reprises un « public » pour décrire un cercle privé est symptomatique de la difficulté à appréhender les hypothèses de communications ne revêtant ni un caractère assurément privé, ni un caractère assurément public. Précisément, d'autres qualifications liées à des communications professionnelles semblent appréhender les

¹ C. com., art. L. 242-6. La même distinction entre la publication et la présentation se retrouve à propos de la société civile de placement immobilier (CMF, art. L. 231-11). Dans le cadre des SARL, une telle présentation « aux associés », faite par les gérants, est également réprimée (C. com., art. L. 241-3).

² W. JEANDIDIER, « Fasc. 95 : Infractions relatives à l'établissement et à la présentation des comptes sociaux », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2020 (màj. 2021), n° 36 : « Pour rentrer dans les prévisions du droit pénal, la présentation doit intervenir à l'égard des seuls associés ou actionnaires ». Dès lors, il n'y a pas de présentation si les pièces comptables sont communiquées à d'autres personnes que les associés (Cass. crim., 30 juin 2004, n° 03-85.319).

³ Sur la définition du terme « publier » au sens de ces dispositions, v. not., CA Paris, 12 juill. 1969 ; *Gaz. Pal.* 1969, 2, p. 270, jugeant que le verbe renvoie aux procédés « ayant pour but et pour effet de faire connaître les documents litigieux aux tiers, fût-ce individuellement, dans le cadre de l'administration de la société et pour les besoins de celle-ci », définition somme toute plus proche de celle de la divulgation que de celle de la publication. Quant à la diversité des moyens de publication pouvant être employés, v. W. JEANDIDIER, *op. cit.*, n° 38.

⁴ CPI, art. L. 122-5, 3°, e).

⁵ V. *supra* n° 111.

professionnels comme un public particulier, à l'instar du public de mineurs évoqué plus haut¹, par exemple, ce qu'il convient de réaliser maintenant.

281. Les communications visant un groupe de spécialistes. Les groupes de spécialistes sont surtout identifiés dans des dispositions relatives à la publicité réglementée². Au-delà de ces textes, la jurisprudence fait parfois mention du public de spécialistes, ne serait-ce qu'implicitement³. Dans ces hypothèses, la communication à un groupe public de spécialistes est exclusive de toute condamnation pénale pour publicité frauduleuse, ce qui pourrait laisser penser que ces groupes constituent un cercle privé. L'ambiguïté n'est néanmoins pas si simple à lever. Un auteur, commentant un arrêt rendu en matière commerciale⁴, a pu affirmer que « *l'identification de publics différents (en l'occurrence, public généraliste [grand public]/public spécialisé) peut influencer sur l'appréciation de la légitimité de la diffusion d'une information. C'est ainsi que la diffusion de certaines informations sensibles n'est licite que si elle reste cantonnée dans un cercle restreint, celui d'un public de spécialistes* ». L'ambiguïté

¹ V. *supra* n° 256.

² Par ex. : CSP, art. L. 3323-4, énonçant que l'interdiction de la publicité pour des boissons alcooliques ne s'applique pas aux « *circulaires commerciales destinées aux personnes agissant à titre professionnel* » ; art. L. 3512-4, al. 4, interdisant la publicité pour les produits du tabac ne s'appliquent pas aux « *publications et services de communication en ligne édités par les organisations professionnelles de producteurs, fabricants et distributeurs des produits du tabac, réservés à leurs adhérents, ni aux publications professionnelles spécialisées dont la liste est établie par arrêté signé par les ministres chargés de la santé et de la communication, ni aux services de communication en ligne édités à titre professionnel qui ne sont accessibles qu'aux professionnels de la production, de la fabrication et de la distribution des produits du tabac* ». Cette disposition, très dense, a été critiquée, car sa formulation ne permet pas d'avoir la certitude que seuls les spécialistes sont visés dans l'hypothèse des « *publications professionnelles spécialisées* » (V. MALABAT, « Fasc. 20 : Publicité réglementée », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2012 (màj. 2014), n° 68, pour qui « *le principe de la légalité criminelle devrait conduire à relaxer les individus adressant ces publications professionnelles spécialisées à des consommateurs* »). V. encore, Loi n° 85-706 du 12 juillet 1985, art. 4, autorisant la publicité en faveur des armes à feu à l'égard des personnes « *dont l'activité professionnelle relève des dispositions de l'article L. 2332-1 du code de la défense* », c'est-à-dire les entreprises spécialisées dans la fabrication et la distribution d'armes à feu. V. enfin, C. rur., art. L. 253-16, al. 3, autorisant les publicités pour les produits phytopharmaceutiques réalisées au sein « *des points de distribution et des publications destinées aux utilisateurs professionnels des produits* ».

³ V. not., Cass. crim., 27 oct. 2009, n° 09-82.346, *Bull. crim.* n° 177 ; *JCP G* 2010, I, 19 note A. LEPAGE, jugeant coupable de mise à disposition des moyens de commettre une atteinte à un système informatique (C. pén., art. 322-3-1) le gérant d'une société spécialisée dans le conseil en sécurité informatique ayant diffusé sur son portail Internet des scripts permettant d'exploiter des failles de sécurité informatique, directement visibles sur le site et accessibles à tous ; s'il les avait transmis uniquement à des personnes spécialisées dans la sécurité informatique, il n'aurait pas été condamné (A. LEPAGE, *comm. préc.*). V. aussi, CJUE, 19 nov. 2015, C-324/14, *SBS Belgium* ; CCE 2016, *comm.* 21., note C. CARON, se référant, en matière de droit d'auteur, à la qualité de professionnels des distributeurs auxquels le signal est envoyé pour en déduire que les œuvres avaient été transmises « *non pas au "public", au sens de l'article 3.1 de la directive 2001/29, mais à des professionnels individuels et déterminés* », référence jugée inopportune par la doctrine spécialisée (A. LUCAS-SCHLOËTTER, C. BERNAULT et A. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, n° 299, p. 302).

⁴ A. LEPAGE, note ss. Cass. com., 13 févr. 2019, n° 17-18.049, CCE 2019, *comm.* 25. Il était question de la publication, sur un site d'informations financières, d'articles commentant l'ouverture d'une procédure de mandat *ad hoc* des sociétés d'un groupe ainsi que l'évolution des procédures et des négociations, en violation de l'obligation de confidentialité imposée en la matière (C. com., art. L. 611-5).

du public de spécialistes est donc patente, puisqu'il peut être décrit à la fois comme *un public* et comme un *cercle restreint*. En effet, l'application des critères dégagés pour définir la communauté d'intérêts ne permet pas de trancher avec certitude la nature privée ou publique d'un tel groupe. Par exemple, le fabricant de cigarettes n'a pas les mêmes compétences professionnelles ni la même formation que le distributeur de celles-ci, quand bien même ils seraient tous unis par une même quête, celle de la compétitivité du secteur économique concerné.

L'ambivalence est parfois encore plus nette. Ainsi, les dispositions du Code de la santé publique incriminent-elles plusieurs cas de publicités irrégulières pour des médicaments effectuées soit « *auprès du public ou des professionnels de santé* »¹, soit exclusivement « *auprès des professionnels de santé* »², soit à destination de « *personnes habilitées à prescrire ou à dispenser des médicaments dans le cadre des pharmacies à usage intérieur* »³. L'on pourrait certes penser qu'il s'agit là encore d'un groupe de destinataires formant un cercle privé, dans la mesure où ceux-ci sont liés par leur qualité professionnelle, voire par la mission d'assurer la santé des Français. Cependant, si les membres d'une entreprise particulière sont susceptibles de constituer un cercle privé, aucun arrêt ne s'est prononcé sur le groupement constitué de l'ensemble des membres d'une profession en matière d'infractions de presse. Par ailleurs, l'ensemble étudié inclut tant des médecins que des infirmières ou des pharmaciens, qui n'ont pas suivi la même formation et ne sont pas représentés par les mêmes instances et ordres professionnels. Dès lors, il est possible de considérer que les membres des professions de santé, tels qu'ils sont désignés par les dispositions précitées, constituent un public. Cela étant, c'est essentiellement parce que les textes évoqués interdisent de viser les membres de cette profession que ceux-ci sont assimilables au grand public. Si ces textes autorisaient la publicité pour les médicaments à l'égard des destinataires évoqués, l'on serait tenté de les assimiler à cercle privé⁴.

¹ CSP, art. L. 5422-3.

² CSP, art. L. 5422-18, 3°.

³ CSP, art. L. 5422-8, 1°.

⁴ V. aussi, C. pén., art. 322-6-1 du Code pénal, prohibant le fait de diffuser par tout moyen, « *sauf à destination des professionnels* », des procédés permettant la création d'une bombe. La généralité de la référence aux « *professionnels* » sans plus de précision, soulève les mêmes questionnements que le public des professionnels de santé. En ce sens, v. Y. CHARVIN, G. ROUSSEL, v° « Explosifs », *Rép. pén.*, 2010, n° 133 : « *S'agit-il des seuls fabricants ou les usagers sont-ils aussi visés, car ils doivent pouvoir comprendre comment fonctionne l'engin qu'ils utilisent ? De même, la notion de professionnel renvoie-t-elle aux seules personnes titulaires d'une autorisation ou d'un agrément défini par le régime des produits explosifs ou aussi aux personnels des forces de l'ordre et des armées ?* »

282. En définitive, il faut sans doute conclure que les qualifications visant des communications adressées à des professionnels sont des notions fonctionnelles. Les communications semblent revêtir un caractère privé quand les textes *autorisent* une communication à un groupe de professionnels. À l'inverse, les communications à destination d'un tel groupe sont plutôt appréhendées comme des communications publiques lorsqu'elles sont *sanctionnées* pénalement. Après avoir identifié les communications dont le caractère privé ou public est débattu, reste à s'intéresser à une réunion relevant d'une logique similaire.

B. L'audience tenue en publicité restreinte

283. L'audience tenue « *en publicité restreinte* » est, à l'origine, une notion essentiellement prétorienne et doctrinale visant à décrire le particularisme de l'audience tenue devant les juridictions pour mineurs. Elle est récemment devenue une qualification légale, consacrée non seulement par le Code de la justice pénale des mineurs¹, mais également par les dispositions relatives au régime perturbé des audiences pénales dans le cadre de la crise sanitaire de la Covid-19². Elle n'est pas définie avec la même précision dans les deux cas.

284. *Publicité restreinte et justice des mineurs.* L'audience tenue en « *publicité restreinte* » devant les juridictions pour mineurs est la troisième hypothèse³ d'une audience que l'on qualifierait, *prima facie*, de privée. Auparavant régie par l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante⁴, cette audience spécifique est aujourd'hui définie par les articles L. 513-2 et suivants du Code de la justice pénale des mineurs⁵. Contrairement aux deux autres hypothèses d'audiences privées⁶, peu importe que la salle d'audience soit close ou ouverte, dans la mesure où l'article L. 513-2 dudit Code se concentre sur les personnes susceptibles d'assister

¹ CJPM, art. L. 12-3 : « *La publicité des audiences des juridictions statuant à l'égard des mineurs est restreinte dans les conditions déterminées par le présent code* ».

² Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020, art. 7, al. 1^{er} : « *Par dérogation aux règles de publicité [...] le président de la juridiction peut décider [...] que les débats se dérouleront en publicité restreinte [...]* ».

³ V. *supra* n° 212.

⁴ Ord. 2 février 1945, art. 14 et 20.

⁵ V. *infra* n° 388 et 505.

⁶ La jurisprudence a toutefois pu admettre que le principe d'une audience tenue en publicité restreinte vaut également pour le contentieux de la détention provisoire lorsqu'un mineur est concerné (Cass. crim., 22 nov. 1955, *Bull. crim.* n° 504), ce qui induit une ambiguïté terminologique : en ce sens J.-P. VALAT, obs. ss. Cass. crim., 21 janv. 2020, *RSC* 2020, p. 409, relevant que « *les arrêts évoquent parfois la "publicité restreinte" et parfois "l'audience de cabinet" ou la "chambre du conseil" semblant tenir ces termes pour équivalents, ce qui n'est pas évident [...]. Il semble que les formules les plus adaptées soient celles d' "audience de cabinet" ou de "chambre du conseil", seules visées par les dispositions concernant la détention provisoire, la notion de "publicité restreinte" ne figurant actuellement que dans des textes relatifs au jugement des affaires* ».

à l'audience. Ainsi, aux termes de cet article, seuls sont admis à assister aux débats « *la victime, qu'elle soit ou non constituée partie civile, les témoins de l'affaire, les proches parents, le tuteur ou le représentant légal du mineur, les membres du barreau, les représentants des sociétés de patronage et des services ou institutions s'occupant des enfants, les délégués à la liberté surveillée* ». En d'autres termes, seules les personnes qui ont un lien étroit avec les protagonistes ou avec l'affaire sont admises, voire, un peu plus largement, toutes les personnes unies par la mission commune que représente la prévention de la délinquance des mineurs ; même s'il est vrai que les membres du barreau ne sont qu'indirectement concernés par cette mission. Cette hypothèse est donc particulièrement intéressante puisqu'elle peut s'analyser, *in fine*, comme une réunion dont les participants constituent un cercle privé, mais se déroulant dans un lieu public.

La jurisprudence confirme que l'accessibilité de la salle n'est pas exclusive du caractère privé de la réunion. En effet, il a pu être jugé que, même si les portes de l'auditoire sont ouvertes afin de permettre le libre passage des personnes énumérées par la disposition précitée, les règles de la publicité restreinte sont respectées si les gardes chargés du service d'ordre empêchent toute autre personne de pénétrer dans la salle d'audience¹. On retrouve ici la condition du contrôle de l'accès à la réunion, distincte du contrôle de l'accès au lieu. Les règles de la publicité restreinte n'en sont pas moins appliquées strictement. Ainsi, constitue une méconnaissance de ces règles la présence aux débats du père de la victime dont la constitution de partie civile avait été déclarée irrecevable², celle d'une amie d'un coaccusé majeur³ ou encore d'un journaliste⁴. En revanche, la présence de magistrats étrangers à l'affaire, en service au tribunal de grande instance où une affaire est jugée, a pu être jugée régulière⁵, de même que celle d'auditeurs de justice⁶ de membres du barreau⁷ d'une victime⁸, d'un tuteur ou encore d'un curateur d'une partie civile⁹. En somme, la qualification de « *publicité restreinte* » est clairement définie et relève de la notion conceptuelle en la matière. Ce n'est pas le cas de cette même qualification dans le cadre des dispositions relatives à la Covid-19.

¹ Cass. crim., 31 mai 1978, n° 77-93.786, *Bull. crim.* n° 178.

² Cass. crim., 6 janv. 1993, n° 92-81.840, *Bull. crim.* n° 10.

³ Cass. crim., 20 juin 2012, n° 11-85.683, *Bull. crim.* n° 155.

⁴ Cass. crim., 24 juin 1998, *Bull. crim.* n° 205.

⁵ Cass. crim., 22 juin 1994, n° 93-84.889.

⁶ Cass. crim., 26 janv. 1994, n° 93-83.459.

⁷ Cass. crim., 17 janv. 1990, n° 89-84.205.

⁸ Cass. crim., 15 déc. 1993, *Bull. crim.* n° 975 ; Cass. crim., 10 janv. 1996, n° 95-82.990.

⁹ Cass. crim., 8 mars 2000, *Bull. crim.* n° 326.

285. *Publicité restreinte et Covid-19.* Si l'audience pénale devant le tribunal correctionnel comme devant la Cour d'assises a pu se dérouler « *en publicité restreinte* »¹ dans le cadre de la crise sanitaire débutée en 2020, il n'est pas certain que le sens de cette qualification ait vraiment été déterminé lorsque ces dispositions furent applicables. Si l'on en croit la commission des lois du Sénat, l'idée était de permettre aux proches des parties d'assister aux débats lorsque cela était possible², ce qui évoquait les « *proches parents* » mentionnés par l'article L. 513-2 du Code de la justice pénale des mineurs, mais n'excluait pas que des amis soient inclus dans les personnes autorisées à assister à l'audience. Le texte ne permettait ni d'infirmer ni de confirmer une telle interprétation. Aux termes de celui-ci : « *Dans les conditions déterminées par le président, des journalistes peuvent assister à l'audience, y compris lorsque le huis clos a été ordonné en application des dispositions du présent article* »³. Tout au plus peut-on relever que la circulaire de présentation de l'ordonnance du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions civiles précisait que les magistrats pouvaient « *décider que les débats se dérouleront en publicité restreinte, c'est-à-dire en limitant le nombre de personnes pouvant assister à l'audience* »⁴. Le huis clos étant plus exigeant que la publicité restreinte, la présence de journalistes était *a fortiori* autorisée dans la seconde hypothèse. Or, ces derniers, si l'on n'en croit la lettre du Code de la justice pénale des mineurs, ne sont pas autorisés à assister à l'audience en cette matière, ce qui renforce le divorce entre ces deux qualifications homonymes. En bref, la qualification mise en avant par les dispositions dérogatoires précitées était assurément fonctionnelle, du fait du large pouvoir d'appréciation dont le disposait le juge à cet égard.

286. *Conclusion de section.* Au regard de tout ce qui précède, il apparaît évident que, dans de multiples hypothèses, le caractère privé ou public d'un lieu, d'une réunion ou d'une communication ne tombe pas sous le coup de l'évidence. Plusieurs pistes de réflexion ont été

¹ Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020, art. 7, al. 1^{er}. Sur le motif sanitaire justifiant cette dérogation au principe de publicité, v. *infra* n° 503.

² Mission de suivi du projet de loi d'urgence pour faire face à l'épidémie de Covid-19, Commission des lois, Sénat, 2 avr. 2020, p. 46

³ Sur la possibilité d'accès des journalistes à l'audience tenue à huis clos, v. F. FOURMENT, « La procédure pénale en état de crise d'urgence sanitaire », *RPDP*, 2020, n° 2, p. 303, évoquant un « *correctif intéressant [...] en ce que les journalistes représentent en quelque sorte le public ; le public est présent par représentation* », mais soulignant également qu'il était question d'un correctif « *perfectible* » dès lors, notamment, que « *l'article 7 ne paraît pas donner au président compétence liée d'organiser la présence de la presse – pour peu, informée, et invitée, qu'elle se déplace – en cas de huis clos ordonné en application de cette disposition* ».

⁴ Circ. du 26 mars 2020 de présentation de l'ordonnance n° 2020-304 du 25 mars 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière non pénale et aux contrats de syndic de copropriété.

soulevées quant aux traits distinctifs de ces qualifications à la frontière entre les caractères privé et public. Il est désormais nécessaire de les synthétiser et de pleinement conceptualiser un caractère commun permettant d'appréhender au mieux ces cas limites.

Section 2 : Les contours du caractère commun

287. Le caractère commun, on l'aura compris, ne s'apparente ni au caractère privé ni au caractère public. Il n'est donc guère surprenant que l'on soit tenté de considérer que ce concept relève de l'*hybride*. Encore faut-il, cependant, comprendre ce que recouvre ce terme et ce qu'il implique. Après avoir confirmé la nature hybride du concept de caractère commun (§1), l'on pourra comprendre son utilité répressive (§2).

§1. La nature du caractère commun : un concept hybride

288. Incontestablement, le juriste est rétif à la non-binarité. Sur le plan conceptuel, il est ainsi admis que des « *classifications tripartites ou pluripartites procèdent [...] d'une erreur de méthode dans le choix des critères de détermination des catégories ou de confusion entre des niveaux différents de classification* »¹. En ce sens, l'on ne saurait prétendre que le caractère commun serait indépendant du caractère privé ou public, les notions revêtant de tels caractères constituant assurément des catégories alternatives, s'excluant mutuellement². Néanmoins, « *il se peut qu'une même situation puisse se rattacher à la fois à deux catégories opposées. Il s'agit alors d'une situation composite, autrement dit d'un "hybride", mêlant des éléments disparates qui conservent chacun leur nature et leur régime propres et qui restent dissociables bien qu'ils soient juxtaposés* »³. Il convient de montrer que, dans le cadre du caractère commun, ces « *éléments disparates* » sont, d'une part, le critère de l'accessibilité et celui de l'objet et, d'autre part, le critère de l'accessibilité et celui des personnes concernées (B).

¹ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, n° 65, p. 116. V. aussi C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. droit*, 1966, p. 25 et s.

² V. *supra* n° 24.

³ J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, n° 71, p. 127.

A. L'hybridation entre l'accessibilité et l'objet

289. La discordance entre le critère de l'accessibilité et le critère de l'objet n'est pas toujours problématique. D'un côté, l'accessibilité peut être conjuguée avec la vie privée et le secret sans que soit remis en cause le caractère public du lieu, de la communication ou de la réunion considérés. D'un autre côté, la conjonction de l'inaccessibilité et de la vie publique ou du notoire suscite de véritables interrogations.

290. La discordance indifférente entre accessibilité, vie privée et secret. Il peut arriver, dans les faits, qu'un élément ayant un caractère public soit utilisé à des fins privées, au sens large. On a ainsi pu observer que le flâneur se promenant sur la voie publique peut être en quête d'un anonymat propice à la construction de soi, ce lieu public favorisant alors le développement de la vie privée¹. Celle-ci n'est, d'une manière générale, en rien incompatible avec le lieu public, que l'on songe à la fonction attribuée par un célèbre parolier aux bancs publics. De même, confier un secret dans un lieu public, loin des murs et de leurs fameuses oreilles, est pratique courante. Ces réalités n'interfèrent en rien, ni avec la qualification générique de lieu public, ni avec les qualifications spécifiques qui en découlent.

Un constat similaire peut être fait en matière de communications. Lorsque la loi pénale incrimine le fait de publier un contenu intime, tels que des documents issus d'une atteinte à la vie privée² ou « *des pièces de procédures concernant les questions de filiation, actions à fins de subsides, procès en divorce, séparation de corps et nullités de mariage, procès en matière d'avortement* »³, ou encore « *une information relative à la filiation d'origine d'une personne ayant fait l'objet d'une adoption plénière* »⁴, il est tout à fait possible de dissocier l'analyse de la publication et celle de la teneur du message. Tout juste peut-on relever que lorsqu'il sera question de communiquer un secret, le législateur évoquera généralement la « *divulgation* »⁵, mais l'on sait que cette notion est plus large que la publication, en ce qu'elle inclut tant des communications privées que des communications publiques⁶. Dans le même ordre d'idées, la vie privée des différents acteurs d'une affaire judiciaire peut être discutée dans le cadre d'une

¹ V. *supra* n° 56.

² C. pén., art. 226-2.

³ Loi du 29 juillet 1881, art. 39, al. 1^{er}.

⁴ Loi du 29 juillet 1881, art. 39 *quater*.

⁵ Par ex. : C. pén., art. 226-13.

⁶ V. *supra* n° 21.

audience publique, sans pour autant que le caractère public de cette réunion ne soit remis en question, là où un cercle de personnes intimes pourra se réunir pour discuter de sujets politiques.

En toute hypothèse, il convient d'insister sur le fait qu'aucune notion ne traduit la discordance étudiée dans les textes pénaux. Il n'en va pas de même pour la discordance entre inaccessibilité, vie publique et notoire.

291. La discordance problématique entre inaccessibilité, vie publique et notoire. Parfois, un élément inaccessible entretient des liens trop étroits avec la vie publique et le notoire – ou, à tout le moins, l'absence de secret légalement protégé – pour que le législateur ou le juge en fassent abstraction. Le caractère privé de l'élément considéré est alors potentiellement remis en question.

En premier lieu, il arrive que le divorce s'opère entre l'inaccessibilité et la vie collective. L'hypothèse de la copropriété est la plus typique. La partie commune, le message envoyé à des copropriétaires et l'assemblée générale de copropriétaire sont certes, respectivement, en principe, un lieu privé¹, une communication privée² et une réunion privée³, mais l'objet collectif de ces éléments révèle un tiraillement entre privé et public. De même, le lieu de travail, le message envoyé à des collègues ou à des spécialistes du même secteur, l'assemblée générale d'une association ont trait à la vie professionnelle – laquelle n'est pas forcément empreinte de secret professionnel – ou associative, si bien que le législateur ou le juge qualifient alternativement ces éléments de publics ou de privés.

En second lieu, la discordance entre l'inaccessibilité et la vie publique – au sens politique du terme – est plus rare, mais l'on sait à quel point l'établissement d'enseignement, la salle d'audience ou les lieux historiques ou culturels – lieux privés affectés à un service public – posent des difficultés de qualification⁴.

Dans ces hypothèses, les différentes conceptions de l'opposition privé-public sont présentes, sinon de façon égale, au moins de façon suffisamment notable pour rendre incertain le caractère privé ou public d'un élément. Objet et inaccessibilité sont donc les deux premières composantes potentielles de l'hybride que constitue le caractère commun. L'hybridation ne se résume toutefois pas à cette discordance. Parfois, c'est tout simplement l'articulation entre l'accessibilité et les personnes concernées par celle-ci qui s'avère contradictoire.

¹ Cass. crim., 27 mai 2009, n° 09-82.115, préc.

² V. not., Cass. crim., 2 juill. 1975, *Bull. crim.* n° 175, préc.

³ Cass. crim., 14 mars 1995, 93-84.213, préc.

⁴ V. *supra* n° 273 et s.

B. L'hybridation entre l'accessibilité et les personnes concernées

292. On sait que l'interaction du substantif « *public* » et de ses antonymes avec les adjectifs « *privé* » et « *public* » permet d'éclaircir de nombreux points quant à la façon d'appréhender l'opposition privé-public. Plus largement, on a vu que la dimension personnelle de l'adjectif « *commun* » était conséquente sur le plan sémantique¹. Il importe donc, encore une fois, de faire interagir l'approche essentiellement spatiale de l'opposition privé-public avec une approche plus personnelle, pour réaliser que le caractère commun désigne précisément la friction que peut entraîner l'articulation de ces deux approches. Toutefois, cette friction ne s'exprime pas exactement de la même manière en matière de lieux, d'une part, et en matière de communications et réunions, d'autre part.

293. *Les lieux clos accessibles à un public ou à des collectivités.* En matière de lieux, pour toutes les qualifications étudiées, l'hésitation sur le caractère privé ou public du lieu résulte d'une discordance entre la clôture du lieu et le nombre de personnes présentes en son sein, qui constituent parfois un public au sens plein du terme. Ainsi, une école, un lieu de travail clos ou une cour de prison sont-ils des lieux indéniablement privés sur le plan spatial, puisque de multiples barrières empêchent les tiers d'y pénétrer et que l'autorisation du maître des lieux est nécessaire pour y accéder. En revanche, les personnes présentes dans l'école ou dans la prison constituent assurément des publics, au sens où aucun lien communautaire n'existe entre elles². Quant au lieu de travail, il abrite certes souvent un groupe de personnes liées par une communauté d'intérêts, les salariés. Il n'en demeure pas moins que ce cercle n'est pas le plus privé qui soit – il ne s'agit pas d'un cercle de famille – et qu'à l'heure des grands espaces de « *coworking* », les salariés de plusieurs entreprises, n'ayant aucun lien entre eux, peuvent travailler au sein d'un même espace. Les parties communes appellent les mêmes remarques, que l'on songe au gigantisme de certains immeubles d'habitations contemporains et aux liens purement patrimoniaux unissant les habitants de ces structures.

D'un point de vue sémantique, si le syntagme « *lieu commun* » est un peu trop connoté, comme on l'a relevé, le « *lieu affecté à un usage collectif* », s'il ne répondait pas à une définition

¹ V. *supra* n° 264.

² En ce sens, la qualification de « *lieu non ouvert au public* » parfois employée dans les dispositions pénales pour décrire ces lieux est partiellement trompeuse.

aussi spécifique en matière d'encadrement du vapotage ou de consommation de tabac¹, mériterait d'être davantage mis en lumière pour traduire la réalité de ces lieux. De façon intéressante, la logique est la même pour les communications et les réunions, quoiqu'elle s'inverse.

294. Les communications et réunions accessibles à un cercle privé. En matière de communications et de réunions, on peut observer ici une discordance inverse de la précédente entre l'approche et spatiale et l'approche personnelle de l'opposition privé-public. En effet, il est question ici, au niveau spatial, de moyens de communication laissant présumer une diffusion *a priori* étendue : paroles prononcées à haute voix, distribution d'un document imprimé en plusieurs exemplaires, affichage ou projection d'un message sur un mur, ou encore courriel empruntant plusieurs réseaux de communications électroniques. En revanche, les destinataires de la communication constituent un groupe de personnes liées entre elles par une communauté d'intérêts. Autrement dit, les destinataires constituent un cercle privé. Certes, dans certains cas, il est difficile de trancher avec certitude si un groupe s'apparente à un cercle privé ou un public particulier, comme on l'a vu pour les professionnels de santé par exemple. Il n'en reste pas moins que c'est bien le caractère délimité du groupe visé qui suscite alors le doute. En toute hypothèse, le syntagme « *non publique* » décrit bien cette réalité et l'on peut donc parler de *communication non publique* pour décrire la communication revêtant un caractère commun.

Quant à la réunion publique, il est intéressant de relever qu'il n'existe pas de qualification légale ou de construction prétorienne mettant en exergue la réunion qui ne serait ni privée ni publique. Cela s'explique sans doute par le fait qu'en la matière plusieurs éléments peuvent être analysés au titre de l'accessibilité spatiale – l'accessibilité du lieu, des invitations – ainsi qu'au niveau personnel – la qualité d'invité, la préexistence d'une communauté d'intérêts entre les participants –, si bien que de multiples combinaisons sont possibles et que le juge peut généralement relever suffisamment d'éléments permettant d'établir le caractère privé ou public de la réunion sans que la contradiction entre ces deux axes d'analyse soit véritablement apparente. On a vu, néanmoins, que l'hybridation étudiée ressort nettement en matière d'audience tenue en publicité restreinte², celle-ci pouvant se tenir dans une salle d'audience non close, mais seulement en présence des personnes constituant le cercle privé des

¹ V. *supra* n° 269.

² V. *supra* n° 284.

personnes légalement autorisées à y assister. À l'instar de la communication non publique, la figure de la *réunion non publique* existe donc bel et bien.

295. Bilan. En somme, le caractère commun se définit bien comme un hybride. L'hybridation joue, d'une part, entre l'inaccessibilité du lieu, de la communication ou de la réunion considérée et l'objet de ceux-ci. En d'autres termes, l'hybridation découle d'une confrontation non harmonieuse des différentes acceptions des *adjectifs* « *privé* » et « *public* ». L'hybridation s'opère, d'autre part, entre l'*inaccessibilité* d'un lieu et la présence du *public* voire d'un *cercle non intime* dans ce lieu ; ou encore entre l'*accessibilité* suggérée par le moyen de communication employé voire par les conditions d'organisation d'une réunion et le fait qu'un *cercle privé* soit concerné par celles-ci. Autrement dit, c'est alors les acceptions des *adjectifs* « *privé* » ou « *public* » avec celles du *substantif* « *public* » qui ne concordent plus. Reste alors à s'intéresser à la façon dont le législateur ou le juge usent du caractère commun, ce qui revient à mettre en lumière l'utilité répressive de ce concept hybride.

§2. L'utilité répressive du caractère commun

296. Une fois un hybride identifié, la « *détermination du régime juridique applicable ne peut alors s'opérer qu'en considération de la nature hétéroclite [d'un tel hybride], en considération des incidences spécifiques de [ses] divers éléments constitutifs. Trois types de solutions semblent alors concevables. Soit, procédant par dissection, on sépare les éléments de natures opposées, pour appliquer à chacun, de manière distributive, le régime propre à la catégorie à laquelle il appartient [...] Soit, par une approche globale, on consacre une universalité juridique dotée d'un régime propre [...]. Soit encore, il s'opère une déformation des attributs de l'une des catégories par certains aspects de la catégorie opposée* »¹. Quant au caractère commun, il ne semble pas possible d'adopter une approche globale puisque, on le verra, les notions revêtant un tel caractère ont davantage pour conséquence d'entraîner des différences alternatives de régime que de répondre à un régime unique. Il n'est pas non plus possible de considérer qu'il s'opère une déformation de l'une des catégories puisque l'on peut tout à fait dissocier les différentes composantes de l'hybride, comme on l'a vu. Par conséquent, il paraît pertinent d'adopter la première approche suggérée par l'auteur, à savoir la séparation des

¹J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, op. cit., n° 73, p. 129.

éléments de natures opposées en vue de leur appliquer le régime qui leur correspond. Apparaît alors l'utilité du caractère commun. En effet, dans le but de moduler le champ de la répression pénale, le législateur et le juge mettent alternativement l'accent sur la composante spatiale ou personnelle des lieux (A), des communications et réunions (B) précédemment identifiés.

A. L'utilité du caractère commun des lieux

297. L'utilité du caractère commun est particulièrement évidente lorsqu'il s'applique aux lieux revêtant un tel caractère. Ceux-ci sont, on l'a vu, caractérisés par leur inaccessibilité au plan spatial et par leur accessibilité au plan personnel ainsi que par leur affectation à un usage collectif. Dès lors, selon les enjeux en question, le législateur ou le juge mettront l'accent sur l'une ou l'autre de ces composantes, ce qui permettra de rattacher le lieu considéré au régime généralement associé au lieu privé – à savoir la protection – ou au lieu public – c'est-à-dire la surveillance ou la répression d'une activité criminogène.

298. *Le régime variable des lieux affectés à un usage collectif.* Tout d'abord, on peut évoquer les parties communes. Celles-ci répondent à la logique du lieu privé en matière de perquisitions¹ ou de sonorisations², à tout le moins lorsqu'elles sont closes, ou encore en matière de vidéoprotection³. C'est alors l'inaccessibilité du lieu qui est prise en considération, tout simplement parce qu'il s'agit de régir l'accès à un lieu clos, ou la possibilité de filmer des personnes pouvant se sentir à l'abri des regards d'autrui. À l'inverse, du fait du caractère collectif qui les caractérise au niveau personnel, les parties communes sont envisagées comme un lieu public lorsque la loi sanctionne l'occupation en réunion des espaces communs d'un immeuble d'habitation⁴, voire – de façon critiquable – comme un lieu public par accident en matière d'infractions de presse⁵. Il en va de même lorsque les espaces communs des prisons sont envisagés comme des espaces de vie collective et que certains comportements y sont prohibés, comme le port de vêtements religieux⁶ ou le fait de fumer⁷. L'accent est alors mis sur la collectivité de personnes présentes davantage que sur l'accessibilité du lieu, en ce qu'il s'agit

¹ V. not., Cass. crim., 14 juin 2017, n° 16-83.092, préc.

² V. not., Cass. crim., 27 mai 2009, n° 09-82.115, préc.

³ V. not., CSI, art. L. 251-3.

⁴ CSI, art. L. 272-4.

⁵ V., pour le couloir d'un immeuble : Cass. crim., 23 juill. 1941, préc.

⁶ C. proc. pén., annexe à l'art. R57-6-18.

⁷ C. proc. pén., art. D. 220.

de régir la vie en collectivité et de sanctionner l'inadaptation d'un comportement au sein d'un groupe conséquent.

Le même constat vaut pour les lieux de travail clos. Là encore, d'un côté, ces lieux répondent au régime du lieu privé par rapport au délit de violation de domicile¹, aux visites et perquisitions, tant judiciaires qu'administratives², ou à la vidéoprotection³. D'un autre côté, lorsqu'il est interdit de fumer ou de vapoter au sein de ces « lieux à usage collectif », qu'il est interdit de dissimuler son visage dans les locaux de travail d'une administration publique – selon une interprétation extensive discutable des termes de la loi du 1^{er} octobre 2010⁴ –, ou lorsque la jurisprudence appréhende un atelier⁵ ou le cabinet d'un maire⁶ comme un lieu public par accident en matière d'infractions de presse, c'est indéniablement la présence d'une collectivité de personnes qui est prise en considération ; le lieu de travail est alors appréhendé comme un lieu public.

299. Le régime variable des lieux affectés à un service public. Une logique identique s'observe à l'égard des établissements d'enseignement, appréhendés comme des lieux privés lorsqu'il s'agit de réprimer l'accès non autorisé en leur sein⁷ ou de déterminer le régime de la vidéoprotection⁸, et comme des lieux publics lorsqu'il est question de réprimer la dissimulation du visage⁹, la diffamation¹⁰, l'apologie de crimes¹¹, le vapotage¹² ou la consommation de tabac¹³ qui s'y déroulent. De même, les lieux historiques ou culturels sont des lieux privés quand il est question de réprimer les intrusions illégitimes commises à leur rencontre¹⁴, ou le vol d'objets déposés ou conservés dans ces lieux¹⁵, alors que la répression d'une exhibition sexuelle

¹ V. *supra* n° 242.

² V. *infra* n° 339 et s.

³ Circ. n° PRMX1124533C du 14 sept. 2011 : les « locaux professionnels » font partie des « lieux non ouverts au public ».

⁴ V. *supra* n° 260.

⁵ Cass. crim., 15 déc. 1949, *Bull. crim.* n° 345

⁶ Cass. crim., 25 mai 1949, *Bull. crim.* n° 185.

⁷ C. pén., art. 431-22, R. 645-12.

⁸ Circ. n° PRMX1124533C du 14 sept. 2011.

⁹ Circ. PRMC1106214C du 2 mars 2011. V. *supra* n° 260.

¹⁰ Cass. 2^e civ., 3 juill. 2003, n° 00-15.468, préc.

¹¹ Cass. crim., 17 mars 2015, n° 13-87.358, préc.

¹² CSP, art. R. 3513-2, 3^o.

¹³ CSP, art. R. 3512-2, 3^o.

¹⁴ C. pén., art. R. 645-13.

¹⁵ C. pén., art. 311-4-2, 3^o.

commise dans un musée¹ ou du vol d'un bien exposé² suppose d'envisager ces lieux comme publics. Enfin, l'on peut aussi évoquer la salle d'audience, lieu privé au sens où l'image d'autrui ne peut en principe y être captée³, ou lorsque l'audience se déroule à huis clos, voire en matière de perquisitions⁴ ; lieu public le reste du temps.

Le caractère commun des lieux induit donc une indéniable variété de régimes en matière de lieux. Il en va de même en matière de communications et de réunions.

B. L'utilité du caractère commun des communications et des réunions

300. À l'instar des lieux ayant un caractère commun, les communications et les réunions revêtant un tel caractère permettent une adaptation du régime protecteur ou répressif à appliquer à ces communications et réunions, en fonction de leur contenu ou de leur contexte.

301. *Communication orale et caractère commun.* En premier lieu, on peut observer, à l'égard de paroles prononcées à voix haute à destination d'un cercle privé, que celles-ci peuvent être envisagées comme des paroles tenues « à titre privé » dans le cadre de l'espionnage auditif⁵ et comme des communications privées échappant à la répression pénale pour la plupart des infractions de presse⁶. Il est alors pleinement tiré conséquence du caractère privé du cercle des destinataires. En revanche, en matière d'injures, de diffamations ou de provocations non publiques, ce même comportement ne s'apparente plus à une communication confidentielle et expose son auteur à la réponse pénale. On peut alors considérer que c'est le caractère accessible du message litigieux qui justifie la répression pénale, quoique celle-ci soit alors moins sévère⁷.

302. *Exposition et caractère commun.* En deuxième lieu, une logique semblable gouverne l'exposition destinée à un cercle privé. Traitée comme une communication privée pour la plupart des infractions de presse échappant à la répression, comme une communication non

¹ Cass. crim., 26 févr. 2020, n° 19-81.827, *Dr. pén.* 2020, comm. 69, obs. P. CONTE ; *CCE* 2020, comm. 34, obs. A. LEPAGE.

² C. pén., art. 311-4-2, 3°.

³ Loi du 29 juillet 1881, art. 38.

⁴ Si l'on considère que les salles d'audiences sont incluses dans la référence aux « locaux d'une juridiction » (C. proc. pén. art. 56-5).

⁵ C. pén., art. 226-1, 1° ; v. *supra* n° 88 et s.

⁶ V. *supra* n° 112.

⁷ V. *infra* n° 367 et s.

publique en matière de contraventions non publiques, une telle exposition se fait même communication publique en matière d'infractions sexuelles. En effet, la monstration d'une image pédopornographique à des membres de sa famille constitue la diffusion d'une telle image¹, de même que l'exhibition de sa nudité à ces derniers n'exclut pas la constitution d'une exhibition sexuelle². L'accent est donc mis sur l'accessibilité liée au message ou au comportement davantage que sur le lien intime unissant les destinataires.

303. *Distribution ou diffusion et caractère commun.* En troisième lieu, la distribution et la diffusion *via* un moyen de communication au public par voie électronique d'un message à destination, là encore, d'un cercle privé, appellent les mêmes remarques. Ces envois sont considérés comme des correspondances privées lorsqu'il s'agit d'insister sur la protection de leur processus de transmission³. Ils sont également appréhendés comme une communication privée échappant à la répression pénale dans un certain nombre d'hypothèses : pour la plupart des infractions de presse⁴, pour la communication d'une œuvre à une classe⁵, pour la publicité en faveur d'armes⁶ ou de produits phytopharmaceutiques⁷, pour la diffusion à des professionnels de procédés permettant la fabrication d'une bombe⁸, ou encore pour la communication d'informations liée à une enquête pénale à des personnes concernées par une affaire⁹. En revanche, ces envois sont considérés comme des communications non confidentielles en matière de contraventions de presse¹⁰ ou en matière de présentation de comptes annuels inexacts à des actionnaires¹¹. Ils sont enfin appréhendés comme des communications publiques en matière de contrefaçon¹², de diffusion d'images pédopornographiques¹³, de publicité pour des médicaments à destination de médecins¹⁴ voire, selon certains, en matière de provocation publique à un attroupement, de fausses nouvelles ou

¹ V. *supra* n° 133.

² C. pén., art. 222-32.

³ C. pén., art. 226-15 et 432-9.

⁴ V. *supra* n° 112.

⁵ CPI, art. L. 122-5, 3°, e).

⁶ Loi n° 85-706 du 12 juillet 1985, art. 4.

⁷ C. rur., art. L. 253-16, al. 3.

⁸ C. pén., art. 322-6-1.

⁹ V not., C. proc. pén., art. 138-2.

¹⁰ V. *infra* n° 366 et s.

¹¹ C. com., art. L. 242-6.

¹² CPI, art. L. 335-3 et s.

¹³ C. pén., art. 227-23.

¹⁴ V. not., CSP, art. L. 5422-18, 3°.

de diffusion d'images intimes¹. Il en allait de même, par le passé, en matière de publicité mensongère².

304. Réunions et caractère commun. Si les réunions non publiques sont appréhendées comme des réunions privées dans la plupart des cas, l'exemple de l'articulation des différentes audiences privées illustre néanmoins l'enjeu potentiel de cette qualification. En effet, une audience supposée s'être tenue à huis clos sera, en théorie, jugée publique si l'on constate la présence de membres du barreau et viciée de ce fait. À l'inverse, la présence de ces derniers lors d'une audience devant la cour d'assises des mineurs n'aura pas d'incidence sur la validité de l'audience, puisque l'on sera toujours dans le domaine de la publicité restreinte³. Plus largement, le caractère non public de la réunion aura une influence sur le caractère public, non public, ou confidentiel du message proféré, projeté, exposé ou distribué en son sein. Les remarques relatives à ces moyens de communication sont donc transposables ici.

305. Conclusion de section. Le caractère commun est donc bien un hybride, si bien que les notions concernées par ce caractère sont marquées à la fois par un caractère privé et par un caractère public. Cet hybride présente un intérêt certain, car le législateur ou le juge pénal pourront justifier l'intervention ou le retrait du droit pénal en mettant l'accent sur la composante privée ou publique de l'hybride considéré.

306. Conclusion de chapitre. On aura compris qu'il ne s'agit pas, avec le caractère commun, de consacrer une catégorie tierce pleinement indépendante des caractères privé et public, mais plutôt d'expliquer la variabilité de désignations qui affecte certains lieux, certaines réunions ou communications. Cette variabilité ne saurait être condamnée *per se*, mais il incombera toutefois au juge de vérifier que l'accent mis sur le caractère public ou privé d'un hybride est justifié au regard de la finalité poursuivie par la disposition pénale. Quant au législateur, il ne saurait faire un usage abusif de ce caractère commun, car si son office est bien d'étendre ou restreindre le champ de la répression pénale, encore faut-il qu'il y procède de façon claire et assumée – principe de légalité oblige – et non de manière dissimulée et équivoque. En effet, l'usage de notions fonctionnelles aux contours incertains trahit parfois imparfaitement une extension de la

¹ V. *supra* n° 160, sur l'incertitude relative à la portée du critère de la communauté d'intérêts.

² Cass. crim., 26 mars 1992, n° 91-83.162, préc.

³ V. *infra* n° 388 et 505.

répression pénale, que l'on songe à l' « *espace public* » ou aux « *lieux affectés à un usage collectif* », maquillant par leur désignation le fait que des lieux potentiellement privés sont inclus dans leur champ.

307. Conclusion de titre. La conceptualisation unitaire de l'opposition privé-public a permis de montrer que, malgré la diversité de ses expressions légales, une logique commune imprègne la matière, celle de l'accessibilité. Celle-ci, appréciée tant objectivement que subjectivement, a rendu possible l'identification de plusieurs qualifications spécifiques pouvant prétendre revêtir un caractère privé ou public, ces qualifications ne renvoyant pourtant pas explicitement à l'opposition étudiée. Ces caractères privé ou public, fondés sur l'accessibilité, ne pouvaient néanmoins s'analyser en vase clos et la confrontation de l'accessibilité avec d'autres acceptions des termes « *privé* » et « *public* » s'est avérée aussi nécessaire que fructueuse. En effet, le caractère privé ou public de certains éléments s'est trouvé renforcé par la concordance de ces acceptions, si bien que de nombreuses qualifications légales spécifiques ont pu être décrites comme revêtant l'un ou l'autre de ces caractères, une gradation ayant pu par ailleurs être opérée, des qualifications les plus « *privées* » aux qualifications les plus « *publiques* ». Au sein de cette gradation, une zone intermédiaire est néanmoins apparue et un caractère commun a dû être conceptualisé pour en faire état. Point de rencontre de l'articulation entre les différentes acceptions des adjectifs « *privé* » et « *public* » ainsi qu'entre ces deux adjectifs et le substantif « *public* », ce concept hybride s'est avéré régulièrement manié par le juge ou par le législateur, de façon plus ou moins assumée, afin d'apporter plus de flexibilité au droit pénal, non sans introduire, de par sa nature fondamentalement variable, une certaine incertitude au sein de ce droit. En définitive, l'opposition privé-public comporte une unité réelle, tant dans les certitudes qu'elle procure que dans les limites qu'elle induit.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

308. Le processus d'identification de l'opposition privé-public, à travers l'étude des qualifications légales y renvoyant explicitement, puis de la conceptualisation de caractères privé, public et commun permet, *in fine*, de mieux appréhender les lieux, réunions et communications revêtant de tels caractères¹.

On peut ainsi affirmer que certains éléments revêtent un *caractère fondamentalement privé*. Parmi les *lieux privés*, on peut faire mention du domicile, du véhicule personnel, des lieux affectés à la sécurité nationale, de l'entrepôt ou des contenants assimilables à un lieu privé, à savoir les coffres, les bagages, les vêtements, ou encore le système informatique. Parmi les *réunions privées*, on trouve la réunion familiale, l'audience tenue en chambre du conseil ou à huis clos et la séance tenue en comité secret. Enfin, parmi les *communications privées* – voire *confidentielles*, si l'on veut, à l'instar de la jurisprudence, mettre l'accent sur le caractère éminemment privé de ces communications –, on peut évoquer la communication à un destinataire unique, une personne tenue à la confidentialité, un cercle de famille, ou encore un groupe de personnes habilitées. Ces communications prennent alors la forme d'une correspondance ou de paroles tenues à titre confidentiel. Dans toutes ces hypothèses, l'approche spatiale de l'opposition concorde avec l'approche personnelle, puisque les éléments sont concrètement inaccessibles à une personne ou à un groupe composant un cercle indubitablement privé. Au surplus, il sera souvent question de vie privée ou de secret dans ces hypothèses, la concordance avec le critère de l'objet se vérifiera donc souvent en pratique.

Au contraire, certains éléments revêtent un *caractère fondamentalement public*. Parmi les *lieux publics*, on peut citer la voie publique, les lieux affectés au transport de voyageurs, les commerces, l'enceinte sportive, l'enceinte des fêtes foraines, ou les lieux de culte. Quant aux *réunions publiques*, il s'agit des attroupements ou manifestations, des manifestations sportives, récréatives, commerciales, culturelles et cultuelles, des audiences publiques ou des séances publiques d'assemblées délibératives. Les *communications publiques* désignent, quant à elles, les communications au grand public, à un public de mineurs, de personnes interdites de jeux ou de personnes handicapées. Ces communications prendront cette fois la forme d'une profération, d'une exposition, d'une projection, d'une distribution ou d'une diffusion. Toutes ces hypothèses ont ici en commun de conjuguer accessibilité sur le plan spatial et sur le plan

¹ V. annexe, tableau n° 1.

personnel, considérations auxquelles vient s'ajouter, facultativement, le critère de l'objet, puisqu'un lien pourra souvent être établi entre ces éléments et la vie publique ou la connaissance notoire.

Entre ces deux pôles, on a démontré que plusieurs éléments revêtent un *caractère alternativement privé ou public*, un *caractère commun*. Quant aux *lieux affectés à un usage collectif*, il s'agit, entre autres, des parties communes d'un immeuble, des lieux de travail clos, des établissements d'enseignement, de la salle d'audience ou des établissements pénitentiaires. La logique qui unit ces lieux est la discordance entre l'inaccessibilité et la vie collective ou publique, ainsi qu'entre l'inaccessibilité et la présence d'un nombre important de personnes dans le lieu. Ensuite, les *réunions non publiques* sont la réunion d'actionnaires, l'assemblée générale de copropriétaires ou encore l'audience en publicité restreinte. Enfin, les *communications non publiques* sont celles effectuées à destination des membres d'une même copropriété, d'une même entreprise, d'une même profession. Ces communications relèveront soit des paroles prononcées « *à titre privé* », soit de la profération ; soit de la correspondance – électronique ou non –, soit de la distribution ou de communication au public par voie électronique, voire de l'exposition ou de la projection. Les réunions et les communications évoquées sont liées, là encore, par la conjonction contradictoire de l'accessibilité induite par le moyen de communication employé et par le caractère restreint du cercle des destinataires visés.

Plus largement, la variabilité de régime engendrée par le caractère commun montre que l'opposition privé-public introduit de la flexibilité en droit pénal et, plus encore, que l'on pourrait être tenté d'assigner spontanément une fonction de protection et donc de limitation de la répression pénale au caractère privé, là où le caractère public serait synonyme de répression pénale et de réduction des libertés. Il convient à présent de mettre à l'épreuve cette intuition et de s'interroger sur le rôle que joue véritablement l'opposition privé-public en droit pénal, ce qui revient à s'intéresser de façon approfondie aux *fonctions* de celle-ci.

SECONDE PARTIE : LES FONCTIONS DE L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC EN DROIT PÉNAL

309. La conceptualisation du droit n'a de sens que si les concepts elle se trouve ancrée dans le réel¹. En effet, les concepts et les notions juridiques « *sont des instruments de mise en cohérence et de communication du droit qui assument à la fois une fonction cognitive et une fonction opératoire, dont la finalité pragmatique est liée à leur empirisme spécifique fondé sur le lien indissociable du droit et des faits. Autrement dit, en droit, les concepts sont directement liés au réel : ils servent à penser et à agir. Ce sont leurs fonctions qui importent* »². Il s'agit donc, dans les développements qui suivent, de faire écho à cette idée en s'intéressant aux fonctions concrètes des caractères privé, public ou commun précédemment conceptualisés, c'est-à-dire aux rôles que ces caractères jouent en droit pénal, discipline éminemment réaliste, visant à régir de façon proportionnée la réaction du corps social à des comportements antisociaux. Or, l'opposition privé-public s'avère être un outil des plus utiles pour aider le législateur pénal à accomplir cette visée.

En premier lieu, l'observation du droit positif permet de constater que les caractères conceptualisés modulent la sévérité de la répression pénale à de multiples égards, et ce, de façon transversale, de la commission de l'infraction à l'exécution de la peine. En témoignent notamment le fait que les infractions de presse ne soient réprimées qu'à condition que le propos ait été publié ; le fait que certains délits soient plus sévèrement punis lorsqu'ils sont commis dans un lieu privé spécifiquement identifié, que l'on songe au vol dans un local d'habitation ; le fait que les enquêteurs ne puissent pas accéder à une correspondance privée sans être soumis à des contraintes procédurales strictes ; le fait que certaines audiences soient alternativement publiques ou tenues à huis clos ; ou encore le fait qu'un juge puisse décider de prononcer une peine complémentaire de publication de la décision pénale, ayant pour conséquence d'accroître la portée de la condamnation prononcée. Ce choix du législateur de distinguer entre ce qui revêt

¹ J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1983, p. 7 : « *De par la fonction normative qui lui incombe, l'ordre juridique est tenu d'être en contact permanent avec la réalité sociale [...]. Il y a donc, dans le fonctionnement concret de l'ordre juridique, allers-retours incessants du fait au droit, et du droit au fait* ». V. aussi, R. BONNARD, « La conception juridique de l'État », *Rev. dr. pub.*, 1922, p. 6-9, soulignant que « *l'abstraction joue un rôle capital et très fécond dans la science du droit* », dès lors qu'elle permet de « *traduire une réalité sous une forme [...] abstraite et artificielle, mais [...] sans contredire délibérément la réalité* ».

² J. L. BERGEL, *Méthodologie juridique, op. cit.*, n° 26, p. 41.

un caractère privé ou public, dans le but d'adapter le droit pénal aux réalités qu'il est amené à saisir, révèle que la première fonction de la dichotomie étudiée est d'apporter de la *flexibilité* à ce dernier (Titre 1).

En second lieu, au-delà du seul constat de la flexibilité introduite par l'opposition privé-public, il convient aussi de s'appesantir sur les raisons qui ont conduit le législateur à la mettre en avant. Pourquoi le négationnisme est-il seulement réprimé lorsque le propos est public, alors que les provocations à la haine raciale sont, quant à elles, réprimées qu'elles soient publiques ou non publiques ? Pourquoi punir les sévices commis sur des animaux lorsqu'ils ont lieu « *publiquement ou non* », en autorisant tout de même certaines manifestations publiques centrées sur le combat des animaux, alors qu'antérieurement la liberté était de mise à l'égard de tels comportements commis en privé ? Pourquoi avoir autorisé un accusé mineur à solliciter la publicité de l'audience devant la cour d'assises des mineurs, par dérogation au principe de la publicité restreinte ? Pourquoi les audiences tenues lors de la phase post-sentencielle sont-elles marquées par un certain secret, alors que le châtiment public était la norme pendant de nombreux siècles ? Ces questions, parmi bien d'autres, appellent pour y répondre une approche diachronique de l'opposition privé-public, par ailleurs centrée sur les fondements sous-tendant les textes pénaux étudiés. Cette seconde approche permet de réaliser que les expressions contemporaines de l'opposition privé-public procèdent le plus souvent d'une logique de transaction. Cette transaction s'opère entre des intérêts privés et publics, comme la vie privée ou l'ordre public, ainsi qu'entre le secret nécessaire à la sérénité de la justice pénale et la transparence réclamée par la société contemporaine, ce qui pose la question de l'autonomie des caractères privé et public, tels qu'on les a conceptualisés, par rapport aux autres acceptions des termes « *privé* » et « *public* ». En toute hypothèse, le résultat de ladite transaction se veut être une loi pénale adaptée aux évolutions de la société. En cela, la seconde fonction de l'opposition étudiée et des caractères qui en découlent est de garantir l'*équilibre* du droit pénal (Titre 2).

TITRE 1 : LA FLEXIBILITÉ DU DROIT PÉNAL PERMISE PAR L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC

310. Le droit pénal ne saurait s'analyser comme un ensemble monolithique tout entier tourné vers la répression et la sévérité. Sur ce point, le doyen CARBONNIER est certainement l'un des auteurs ayant le plus contribué à mettre en lumière « *la flexibilité implicite, trop inaperçue, du système pénal* »¹. Plus encore, ce dernier a pu tracer l'esquisse du « *double visage* »² du droit pénal, à savoir la *répression* qui le caractérise, d'une part, et la *non-répression*³ qui le sous-tend, d'autre part. Il est légitime de prendre appui sur cette hypothèse ici, en confrontant l'opposition privé-public à l'une et l'autre des facettes du droit pénal. Il apparaît alors que de nombreuses dispositions pénales évoquent alternativement les conséquences du *seul* caractère privé ou public d'un lieu, d'une réunion, ou d'une communication sur un mécanisme pénal. Par conséquent, les textes se désintéressent de l'un ou l'autre des caractères, ce qui revient à dessiner des sphères de *non-répression*, puisque, de deux choses l'une, soit le droit pénal ne protège que l'élément revêtant un caractère privé ou public, soit le droit pénal ne sanctionne que le comportement teinté de publicité ou d'absence de publicité. En d'autres termes, dans ce cas de figure, l'opposition privé-public permet la *limitation* de la répression pénale (Chapitre 1).

En revanche, lorsque les caractères privé et public se répondent, c'est-à-dire lorsque les dispositions pénales font état des conséquences juridiques des *deux* caractères sur un mécanisme pénal, l'emprise du droit pénal est totale – ou quasi-totale – au regard de l'élément considéré. Dans cette hypothèse, la logique est donc celle de la *répression*, davantage que celle de la *non-répression*. Toutefois, cela n'empêche pas l'opposition privé-public d'apporter de la flexibilité au droit pénal. Au contraire, il s'agit de montrer que l'opposition privé-public permet alors d'opérer une *gradation* de la répression pénale (Chapitre 2).

¹ J. CARBONNIER, « La nature des règles définissant les cas de déviance ou de délinquance et la signification de leur application », in *Écrits, op. cit.*, p. 893.

² J. CARBONNIER, « Le double visage du droit pénal aux lueurs de sa triple genèse », in *Écrits, op. cit.*, p. 920.

³ J. CARBONNIER, « La nature des règles définissant les cas de déviance ou de délinquance et la signification de leur application », art. préc., p. 895, affirmant que cette non-répression « *est toujours une réaction de la société au passage à l'acte ; mais ici elle s'exerce in mitius* ».

Chapitre 1 : La limitation de la répression pénale par l'opposition privé-public

311. L'idée de limitation de la répression pénale n'est que la transposition en droit pénal de la fameuse hypothèse du « *non-droit* »¹ du doyen CARBONNIER. Or, le lien entre l'opposition privé-public et le non-droit est des plus prégnants : « *S'il faut un exemple, le plus banal sera le plus probant : aujourd'hui encore, nos maisons sont nos forteresses ; et quoique le droit puisse y pénétrer, à l'occasion, par voie de perquisitions et arrestations selon la loi, la pression juridique y est infiniment moins lourde que dans les rues ou les lieux publics. Un trait encore de non-droit dans notre Droit : lorsque la loi pénale fait de la publicité un élément constitutif de certaines infractions, elle confesse a contrario que, pour le secteur juridique considéré, les cachettes sont lieux de non-droit* »². Il s'agit ici d'approfondir et de préciser cette intuition, en montrant que le droit pénal renonce parfois à son emprise sur certains lieux, réunions ou communications privés ou publics, et ce, de différentes manières. En effet, le double exemple choisi par l'éminent auteur est particulièrement intéressant, car on peut en déduire, d'une part, que la limitation est susceptible d'être opérée de façon *positive* – le lieu privé est positivement protégé par les textes en matière de perquisition – ou *négative* – si le propos négationniste est illégal lorsqu'il est publié, chacun est libre de tenir un tel propos en privé. Plus encore, d'autre part, la limitation pourra prendre la forme d'une véritable *exclusion de la responsabilité pénale*, sur le plan substantiel (section 1), là où, sur le plan procédural, il sera surtout question d'un *encadrement renforcé des actes de police* (section 2).

Section 1 : L'exclusion de la responsabilité pénale

312. La responsabilité pénale peut être exclue par l'opposition privé-public à deux niveaux distincts. En premier lieu, dès lors que les textes intègrent le caractère privé ou public d'un lieu, d'une réunion ou d'une communication dans la définition de certaines infractions, leur caractérisation sera dépendante d'un tel caractère, dont l'absence entraînera l'exclusion de la

¹ J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, Anthologie du droit, 2013 (1995), p. 297 : « *le droit est bien et mal à la fois [...]. Sachant qu'il a été donné pour brider le mal, les juristes en useront sans complexe. Sachant qu'il est porteur du mal, ils en useront avec sobriété. Ce que les théologiens appellent sobriété, c'est ce que les constitutionnalistes ont appelé parfois autolimitation. Praticiens, magistrats, législateurs, tous les juristes, instruits au mal, observeront, dans l'exercice de leur vocation, une autolimitation salutaire : au cœur de cette autolimitation éclora le non-droit* ».

² J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 28.

responsabilité pénale (§1). En second lieu, le clivage étudié interviendra parfois pour neutraliser la répression pénale alors même que l'infraction sera constituée, opérant alors une exclusion positive de la responsabilité pénale (§2).

§1. L'exclusion négative par l'absence de caractérisation de l'infraction

313. L'effacement de la répression pénale opéré par l'opposition privé-public sur le plan de la caractérisation de l'infraction pénale s'opère de façon négative. En effet, lorsqu'un comportement est conditionné par la démonstration du caractère privé ou public d'un lieu, d'une réunion ou d'une communication, il faut en déduire que l'acte échappe à toute sanction lorsqu'un tel caractère ne peut être prouvé¹. Si ce postulat est simple à énoncer, l'étude des rapports entre l'opposition privé-public et la caractérisation de l'infraction suscite les mêmes difficultés que celles rencontrées sur le plan conceptuel, à savoir l'articulation complexe entre les lieux, les réunions et les communications, dès lors que ces qualifications s'enchevêtrent dans un certain nombre d'hypothèses. Les analyses conceptuelles préalablement menées peuvent néanmoins être mises à profit pour distinguer ce qui relève de la condition préalable de l'infraction (A) de ce qui participe de son élément matériel (B).

A. L'exclusion de la condition préalable en l'absence d'un caractère privé ou public établi

314. Les liens entre l'opposition privé-public et la condition préalable. Le concept de condition préalable de l'infraction, apparu relativement récemment en droit pénal², renvoie aux éléments mentionnés par le texte d'incrimination qui ne participent pas à la définition du comportement illicite – à sa matérialité –, en ce qu'ils préexistent audit comportement et lui sont extérieurs. Dès lors, l'absence de la condition préalable rend inutile l'analyse des éléments constitutifs, à proprement parler, de l'infraction. Au-delà de cette fonction générale, le concept

¹ Par ex., à l'égard du délit de discrédit jeté publiquement sur une décision de justice (C. pén., art. 434-25), v. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 1022, p. 1149 : « on peut donc maudire librement la justice dans un cadre privé ».

² J.-P. DOUCET, « La condition préalable de l'infraction », *Gaz. Pal.*, 1972, II, doct., p. 726.

étudié, lequel ne fait pas l'unanimité en doctrine¹, présente plusieurs utilités techniques. Parmi ces utilités, en ce qui concerne cette étude², on trouve la clarification de la structure de l'infraction³, la localisation de celle-ci dans le temps et dans l'espace⁴, l'identification de la valeur sociale protégée⁵ ou encore l'analyse de l'erreur de fait⁶. Toutefois, il est frappant de constater que, lorsqu'il s'agit de définir la condition préalable en droit pénal général, aucun auteur n'invoque les lieux, communications ou réunions privés ou publics. La doctrine préfère en effet se concentrer sur l'objet de l'infraction⁷ ou encore la qualité de la victime⁸, si bien que c'est surtout dans les études de droit pénal spécial que les qualifications étudiées sont identifiées au cas par cas comme relevant de la condition préalable de l'infraction. Ce désintérêt théorique pour le clivage privé-public à ce stade est loin d'être anodin ; il révèle une difficulté à systématiser de façon cohérente les liens entre cette opposition et la condition préalable de l'infraction. Ceux-ci méritent d'être précisés.

315. *Les lieux, réunions et communications participant de la condition préalable.* Les lieux, réunions ou communications érigés en condition préalable révèlent parfois clairement le bien juridique protégé par une infraction pénale. Quant au *lieu public*, on peut évoquer la prohibition de déambuler en état d'ivresse dans les lieux publics⁹, de fumer ou de vapoter dans

¹ V. not., P. CAZALBOU, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence*, th. dir. B. DE LAMY, Toulouse, LGDJ, 2014, p. 368 et s., relevant le caractère incertain du concept ; L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, th. dir. B. BOULOC, Paris 1, 2008, p. 580, n° 762, soulevant l'imprécision de son régime.

² On ne s'attardera pas ici sur les règles de preuve applicables à la condition préalable et au débat sous-jacent sur l'autonomie du droit pénal. Sur ce point, v. E DREYER, *Droit pénal général*, op. cit. n° 228, p. 207, rappelant que pour une partie de la doctrine, « l'autonomie du droit pénal, qui se manifeste par une "libre" interprétation des éléments extrapénaux réunis dans la condition préalable, prive celle-ci de tout intérêt ». On peut tout de même relever ici que cette autonomie est de mise, que l'on songe à la définition du domicile (v. *supra* n° 242) ou de la voie publique (v. *supra* n° 253) par la jurisprudence, le juge pénal dépassant largement les définitions de ces qualifications en droit civil ou administratif.

³ E. DREYER, op. cit., n° 226, p. 198 : « À ce titre, les mérites de la notion de condition préalable sont d'abord didactiques. Elle permet de mieux définir la structure de chaque infraction en distinguant ce qui est au cœur de l'acte ou de l'activité incriminée et ce qui lui préexiste ».

⁴ V. *infra* n° 324 et s.

⁵ B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. dir. A VARINARD, PUAM, 2010, n° 20, p. 14 : définissant le concept comme désignant « une situation juridique de droit ou de fait constitutive de l'incrimination et distincte de l'infraction, et qui représente le bien juridique pénalement protégé ». V. aussi, Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », art. préc., p. 22, présentant la condition préalable comme « un indice très fort de la valeur sociale protégée, ce qui ne peut qu'inciter à l'exploiter avec profit ». Adde : L. ROUSVOAL, *L'infraction composite, essai sur la complexité en droit pénal*, th. dir. P. MORVAN, Rennes 1, 2001, p. 97, n° 162, décrivant la condition préalable comme « l'interface entre le droit pénal et le droit extrapénal, entre la règle pénale et le commandement extrapénal dont celle-ci sanctionne la violation. Elles sont dans la loi pénale le témoignage de la règle sanctionnée ».

⁶ V. *infra* n° 315 et 319.

⁷ Que l'on songe à la « chose d'autrui » dans le cadre du vol (C. pén., art. 311-1).

⁸ Par ex., la condition de minorité de la victime évoquée par un grand nombre d'infractions.

⁹ CSP, art. R. 3353-1.

les lieux affectés à un usage collectif¹, d'abandonner des objets sur la voie publique ou de dissimuler son visage dans l'espace public². Dans ces hypothèses, le lien avec l'ordre public matériel ou immatériel est étroit ; la conjonction du lieu public et des comportements évoqués permet d'identifier la sécurité, la salubrité, la tranquillité publiques, ou encore l'ordre public immatériel³ comme étant les valeurs sociales protégées par les textes, ce sur quoi l'on reviendra⁴. Un lien semblable peut être établi lorsqu'il est question de *lieux privés*, en particulier à l'égard des infractions réprimant l'introduction non consentie dans de tels lieux⁵. En l'occurrence, le lieu privé n'est pas le lieu de commission de l'infraction mais l'objet même de celle-ci, protégé par la disposition pénale. Ainsi, le domicile, lorsqu'il constitue la seule condition préalable de l'infraction de violation de domicile⁶, révèle-t-il le lien entre cette infraction et la vie privée ou la sécurité de son habitant⁷. Cette dernière infraction permet par ailleurs d'illustrer les rapports entre l'erreur de fait et l'opposition privé-public. En effet, il peut être admis que cette erreur, exclusive de la caractérisation de l'élément moral de l'infraction, « *procède toujours d'une mauvaise perception par l'agent de la condition préalable de l'infraction qui lui était reprochée* »⁸. Précisément, la chambre criminelle a pu considérer que l'introduction de policiers dans le bureau privé d'une association ne constituait pas la violation de domicile, dès lors que les prévenus, absorbés par la mission dont ils étaient chargés, n'avaient pas conscience de pénétrer dans un tel lieu⁹.

Si les lieux sont bien représentés en la matière, on peut aussi mentionner des hypothèses, plus rares, de *communications* ou de *réunions* constituant à n'en pas douter des conditions préalables révélatrices de valeurs sociales protégées. Quant aux premières, les paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ou les correspondances constituent les conditions

¹ CSP, art. R. 3512-1 et R. 3515-7.

² Loi du 11 octobre 2010, art. 1^{er}. La « *tenue destinée à dissimuler le visage* » est aussi une condition préalable de l'infraction, mais on peut considérer qu'elle n'est pas révélatrice de la valeur sociale protégée, si bien que d'aucuns évoquent cette composante au stade de l'élément matériel de l'infraction (v. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 931, p. 1036).

³ V. *infra* n° 468.

⁴ V. *infra* n° 450 et s.

⁵ Pour une analyse de ces comportements sous l'angle de la fonction de gradation de la répression pénale, v. *infra* n° 373.

⁶ C'est le cas lorsque la violation de domicile est commise par un particulier (C. pén., art. 226-4). Lorsqu'elle est commise par un fonctionnaire (C. pén., art. 432-8), cette qualité de l'auteur de l'infraction, autre type de condition préalable, révèle alors le lien de l'infraction avec la *sûreté* (v. *infra* n° 479 et s.).

⁷ V. *infra* n° 470.

⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 909, p. 731.

⁹ Cass. crim., 19 oct. 1982 ; *Gaz. Pal.* 1983, 1, somm., p. 96.

préalables des délits d'espionnage auditif¹ ou de violation de correspondance², attestant ainsi du lien entre ces infractions et la liberté de communication, voire de la vie privée³. Là encore, l'erreur de fait est appréciée par rapport à ces conditions préalables⁴. Quant aux réunions, certaines incriminations ont pour objectif d'assurer la préservation de l'ordre public durant leur déroulement en sanctionnant le comportement litigieux d'un participant, en témoignent les textes réprimant le fait d'introduire de l'alcool au sein d'une manifestation sportive⁵, d'y participer en état d'ivresse⁶, de jeter des projectiles durant son déroulement ou encore d'outrager l'hymne national ou le drapeau tricolore⁷. De même, l'interdiction d'utiliser un appareil permettant de capter des images lors d'une audience pénale, par hypothèse publique, vise à protéger le bon déroulement de cette réunion, condition préalable du délit⁸.

Enfin, il convient de concéder que, dans certaines hypothèses, la condition préalable évoquant le caractère privé ou public du lieu, de la réunion ou de la communication ne permet pas, à elle seule, de révéler la valeur sociale protégée par le texte en question. Par exemple, en matière d'espionnage visuel⁹, l'image de la personne constitue véritablement la condition préalable révélant le lien de l'incrimination avec la vie privée ; le lieu privé, autre composante de l'incrimination, n'étant pas intrinsèquement lié à ce bien juridique protégé¹⁰. En d'autres termes, le lieu privé ne constitue pas l'objet de la protection pénale – comme c'était le cas du domicile dans le cadre de la violation de domicile –, mais le lieu de commission de l'infraction. De même, lorsque l'article 227-15 du Code pénal réprime le fait de « *maintenir un enfant de moins de six ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au transport collectif de voyageurs* », les lieux publics évoqués participent certes de la condition préalable de

¹ C. pén., art. 226-1, 1^o. En ce sens, J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, n^o 246, p. 205.

² C. pén., art. 226-15. En ce sens, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n^o 484, p. 559. Là encore, lorsque le délit est commis par un fonctionnaire (C. pén., art. 432-9), la valeur sociale protégée est aussi la préservation de la sûreté du citoyen.

³ V. *infra* n^o 473.

⁴ En ce sens, V. PELTIER, « Fasc. 20 : Atteintes au secret des correspondances commises par des particuliers », *op. cit.*, n^o 23 : « *lorsque le message ne comporte aucune mention qui permette de renseigner les tiers sur son caractère strictement personnel, celui qui en prend connaissance par erreur ne se rend pas coupable de l'infraction, l'erreur de fait faisant disparaître l'intention coupable* ».

⁵ C. sport., art. L. 332-3.

⁶ C. sport., art. L. 332-9.

⁷ C. proc. pén., art. 433-5-1. Si le texte évoque l'adverbe « *publiquement* », lequel renvoie au comportement incriminé et donc à l'élément matériel de l'infraction, c'est avant tout le caractère public de la *réunion* qui conditionne l'infraction. Pour un auteur en ayant eu l'intuition, v. M.-L. RASSAT, n^o 873, p. 970, considérant en effet que « *la notion de publicité n'est pas ici celle de la loi sur la presse* » et que « *sa mention est inutile puisque la notion de manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques postule cette publicité "ordinaire" si l'on peut dire, ou, à l'inverse, qu'il aurait mieux valu se contenter d'exiger la publicité sans se référer à un type particulier de manifestation* ».

⁸ C. proc. pén., art. 308 al. 1^{er}.

⁹ C. pén., art. 226-1, 2^o.

¹⁰ V. *supra* n^o 44.

l'infraction, mais c'est bien l'enfant qui est protégé à titre principal. Dans la même logique, quand l'article 434-12 du Code pénal sanctionne le fait, « *après avoir déclaré publiquement connaître les auteurs d'un crime ou d'un délit, de refuser de répondre aux questions qui lui sont posées à cet égard par un juge* », on peut considérer que la déclaration publique préalable – une communication – est indéniablement une condition préalable de l'infraction¹, mais que les « *questions posées par [...] un juge* » constituent la condition préalable principale de celle-ci, dès lors que c'est le respect envers l'autorité de la justice qui constitue la valeur sociale protégée par la disposition précitée.

316. En somme, le rôle de la condition préalable de l'infraction ne permet pas de révéler la valeur sociale protégée par l'incrimination dans tous les cas, en particulier quand il est question des notions génériques de lieux, communications ou réunions privés ou publics. En revanche, ce lien est systématique lorsque, dépassant la binarité de l'opposition privé-public, le législateur aspire à protéger certains lieux, communications ou réunions spécifiques. La manifestation sportive, par exemple, est moins une réunion publique *opposée* à une réunion privée qu'une réunion publique *distinguée* des autres réunions ; on pourrait en dire de même du domicile, lieu privé spécifié parmi les autres lieux. Dans ces deux exemples, l'élément considéré appelle une protection pénale particulière. Toujours est-il qu'en l'absence de caractérisation de la condition préalable de l'infraction, l'auteur du comportement litigieux échappera à toute sanction. Si l'identification de ces conditions préalables ne pose pas de difficulté majeure, les rapports de l'opposition privé-public avec l'élément matériel de l'infraction sont autrement plus complexes.

B. L'exclusion de l'élément matériel en l'absence d'une communication publique caractérisée

317. L'élément matériel de l'infraction peut être défini comme un comportement engendrant, dans la plupart des cas, un résultat². Il est donc logique que cet élément entretienne surtout des liens avec la communication privée ou publique, dès lors que l'acte de communiquer est un acte positif³. À l'inverse, un lieu ou une réunion ne sont pas des comportements, tout au

¹ En ce sens, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 1060, p. 1197.

² X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 176 et s.

³ On notera que, dans certains cas particuliers, la publication peut entretenir des liens avec l'*omission*. Que l'on songe à tous les délits sanctionnant l'omission de publier un contenu légalement imposé, dans une optique de

plus pourraient-ils être analysés comme le résultat de l'infraction dans des hypothèses particulières¹. En réalité, il sera surtout question dans ces lignes de communication *publique*, dès lors que celle-ci suscite des interrogations redoutables quant à sa place dans la théorie de l'infraction.

Pour s'en convaincre, il suffit d'évoquer les divergences d'approche de la doctrine à l'égard de la définition de la publication en matière d'infractions de presse. Ainsi, certains auteurs considèrent² que la publicité du message relève de la condition préalable des infractions de presse. D'autres évoquent ce caractère public comme étant un critère de qualification³, analyse pertinente, à laquelle on procédera plus loin⁴, mais non exclusive de l'étude de la communication publique sous l'angle de la matérialité de l'infraction. Par ailleurs, d'aucuns rattachent la publication du message à l'élément matériel de l'infraction⁵, donnant toute sa force à l'expression classique selon laquelle « *la publication fait l'infraction* »⁶, que l'on a pu décrire

transparence (v. *supra* n° 21), comme l'omission d'insérer un droit de réponse dans un journal ou sur un service de communication au public en ligne (Loi du 29 juillet 1881, art. 13 ; Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, art. 6, IV) alors qu'une personne préalablement nommée – la publication nommant la personne constitue ici la condition préalable de l'infraction – réclame une telle insertion. S'il s'agit en l'occurrence d'un délit d'omission, c'est la publication d'un journal ou d'un article sur Internet sans le droit de réponse réclamé qui, en pratique, consommera l'infraction. En ce sens, v. Cass. crim., 10 nov. 1883 ; D. 1884, 1, p. 370, concl. RONJAT, affirmant « *que le refus ou l'omission d'insertion de la rectification dans le délai et suivant les formes déterminées par la loi, se rattache étroitement au délit même de publication qui le constitue* ». Si l'on ne peut affirmer sans réserve que le délit d'omission devient un délit de commission – parler d' « *omission par commission* » serait sans doute excessif –, il apparaît tout de même que l'acte positif de communication révèle l'abstention coupable en pratique.

¹ V. C. pén., art. 431-9, incriminant le fait d'avoir organisé une manifestation sur la voie publique n'ayant pas fait l'objet d'une déclaration préalable (1°) ou ayant été interdite par les autorités (2°), ou encore d'avoir établi une déclaration incomplète ou inexacte de nature à tromper sur l'objet ou les conditions de la « *manifestation projetée* » (3°). Dans toutes ces hypothèses, la manifestation irrégulière peut être analysée comme le résultat redouté par le législateur. Toutefois, il s'agit ici du non-respect d'obligations de transparence, que l'on a exclu du champ de cette étude. Quant aux lieux, v. C. pén., art. 225-10, 1°, réprimant le fait de détenir, gérer, exploiter, diriger, faire fonctionner, financer ou contribuer à financer un « *établissement de prostitution* ». Si l'on considère que cet établissement est un lieu public (v. *supra* n° 272 pour l'ambiguïté de ce lieu), son existence constitue alors le résultat de l'infraction.

² F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, préf. P. CONTE, LGDJ, 2014, n° 316, p. 219 : « *S'agissant d'une infraction intégrée dans la loi sur la presse, la publicité des propos est une condition préalable à la consommation de l'infraction* ».

³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 543, p. 624. Cela n'empêche pas l'auteur de rattacher la publicité à l'élément matériel de l'infraction dans un certain nombre d'hypothèses : d'abord, lorsqu'il est question de *publication*, ainsi du délit de publication de fausses nouvelles (Loi du 29 juill. 1881, art. 27 ; *ibid.*, n° 818, p. 916) ; ensuite, lorsque les textes mentionnent la *diffusion*, ce qui est le cas en matière d'images pédopornographiques (C. pén., art. 227-23, al. 2 ; *ibid.*, n° 706, p. 793) ou de messages choquants pour les mineurs (C. pén., art. 227-24 ; *ibid.*, p. 802 et s.) ; enfin, lorsque l'adverbe « *publiquement* » est concerné, ce qui vaut pour les propos discréditant la justice (C. pén., art. 434-25 ; *ibid.*, n° 1022, p. 1149) ou encore pour le délit d'usurpation de signes réservés à l'autorité publique (C. pén., art. 433-14 ; *ibid.*, n° 1182, p. 1344). D'une manière générale, on peut considérer que l'analyse de la communication publique proposée dans cette étude vaut pour toutes les occurrences de celle-ci dans les textes pénaux.

⁴ V. *infra* n° 367 et s.

⁵ J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 481, p. 335 ; E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 1076, p. 591.

⁶ Sur l'origine de cette formule, v. E. DREYER, op. cit., n° 1077, p. 593.

comme « une de ces formules ayant connu un succès si important qu'elle semble entrée dans le patrimoine commun des juristes qui ne la discutent plus et ne cherchent plus à en préciser les termes »¹. Enfin, pour marquer l'originalité de cet élément, d'autres auteurs évoquent une « condition » de publicité, sans la rattacher explicitement à l'élément matériel de l'infraction ou à sa condition préalable². L'analyse n'est en effet pas des plus simples, plusieurs facteurs contribuant à complexifier les rapports entre communication et élément matériel de l'infraction (1). Au-delà d'une pure problématique conceptuelle, la complexité de ces rapports a des conséquences très concrètes sur la poursuite des infractions constituées par une communication (2).

1. La complexité des rapports entre communication et élément matériel

318. Deux facteurs principaux sont à l'origine des rapports complexes entre la communication et l'élément matériel de l'infraction. Le premier tient aux *difficultés conceptuelles* rencontrées lors de la définition de la communication publique, lesquelles rejaillissent sur l'appréhension technique de celle-ci. Le second a trait aux *règles d'imputation particulières* gouvernant les infractions de presse lorsqu'elles sont commises par voie de presse ou par voie électronique.

319. Les difficultés suscitées par la définition de la communication. On sait que définir la communication publique, qu'elle concerne des infractions de presse ou non, revient à définir différents moyens de communication. Or, certains d'entre eux, en particulier la profération³, l'exposition⁴, voire la distribution⁵, intègrent dans leur analyse les circonstances objectives que sont, le cas échéant, le lieu ou la réunion publics dans lesquels le message est exprimé. Cette articulation délicate du lieu, de la réunion et de la communication sur le plan conceptuel peut expliquer en partie la diversité d'approches retenues en doctrine. En effet, les auteurs partisans d'une présentation de la publication sous l'angle de la condition préalable sont sans doute sensibles au fait que les lieux et réunions publics préexistent à la communication, tout comme

¹ *Ibid.*

² P. AUVRET, « Fasc. 3020 : Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881 », *op. cit.*, n° 9 et s. ; A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 585, p. 410.

³ V. *supra* n° 128.

⁴ V. *supra* n° 133.

⁵ La réserve est de mise puisque les circonstances de la distribution sont moins déterminantes que dans les autres hypothèses, v. *supra* n° 141.

ils préexistent à d'autres comportements et constituent alors indéniablement une telle condition¹.

La difficulté n'est pas propre au droit de la presse, un certain nombre de textes mentionnent tant un acte de communication que le lieu ou la réunion où il doit survenir. Ainsi, lorsque est incriminée l'exhibition sexuelle dans un lieu accessible aux regards du public, aucun auteur n'analyse ce lieu comme constituant la condition préalable de l'infraction², et ce, à juste titre, puisqu'en l'occurrence l'exhibition – hypothèse particulière d'exposition³ – absorbe alors cette condition spatiale. Une telle absorption se produit également lorsque sont incriminées la distribution d'argent⁴ ou la diffusion de messages contraires à la décence⁵ *sur la voie publique*, l'exhibition de signes racistes ou xénophobes ou la provocation à la haine *durant une manifestation sportive*⁶.

On peut donc conclure provisoirement que la communication publique est bien à rattacher à l'élément matériel de l'infraction. Le fait que les infractions concernées soient consommées dès lors que les contenus qu'elles évoquent sont mis à disposition du public renforce ce sentiment et conduit à les analyser comme des *infractions instantanées*⁷. Plus encore, si l'on peut débattre du point de savoir si les infractions de presse et celles qu'on peut y assimiler sont des *infractions formelles ou de résultat*, il ne fait aucun doute que la communication publique n'est pas l'élément discriminant, car celle-ci participe du comportement et non du résultat redouté⁸. Si l'on prend l'exemple de la diffamation ou de l'injure, la question porte alors sur le point de savoir si l'atteinte abstraite à l'honneur participe ou non de la définition de l'élément matériel de ces infractions⁹, la publication n'étant pas

¹ V. *supra* n° 315.

² V. not., M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.* n° 629 et s. L'auteur, adoptant, d'une manière générale, la distinction entre condition préalable et élément matériel, évoque la publicité au titre de la seconde composante pour l'exhibition sexuelle. Quant à la jurisprudence, elle se contentait naguère de faire référence à un « *élément essentiel du délit* » (Cass. crim., 22 févr. 1934, *Bull. crim.* n° 4).

³ V. *supra* n° 132.

⁴ C. pén., art. 431-29, al. 1^{er}.

⁵ C. pén., art. R. 624-2. Dans le sens de rattachement unitaire de la diffusion sur la voie publique à l'élément matériel de l'infraction, v. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 720, p. 806.

⁶ C. sport, art. L. 332-6 et L. 332-7.

⁷ E. DREYER, *op. cit.*, n° 1129, p. 617. V. néanmoins, *infra* n° 324.

⁸ V. cependant, C. pén., art. 431-29, al. 2, réprimant le fait d'annoncer publiquement qu'il sera procédé à la distribution d'argent sur la voie publique. En l'occurrence, la publication visée au titre du comportement incriminé risque d'engendrer un résultat qui s'analyse lui-même comme une communication publique particulière. En ce sens, la communication constitue tant le comportement que le résultat redouté de l'infraction.

⁹ La jurisprudence semble plaider en faveur du caractère formel de l'infraction, puisqu'il a pu être jugé « *que l'existence de l'injure n'est pas subordonnée aux conséquences qu'elle peut produire* » (Cass. crim., 3 mars 1900 ; *DP* 1901, 1, p. 408). C'est ce qu'en déduit la doctrine majoritaire (par ex., E. DREYER, *op. cit.*, n° 1126, p. 616). Dans une approche plus conceptuelle, un auteur estime toutefois que l'atteinte abstraite causée à l'honneur ou à la

concernée par ce débat. En toute hypothèse, il est certain que les provocations suivies d'effet¹ sont des infractions matérielles.

On sait, par ailleurs, que la communication, publique comme privée², s'analyse comme la réunion d'un *moyen de communication*, sur le plan spatial, et d'un *destinataire*, sur le plan personnel³. Or, il est possible de suggérer que le destinataire de la communication – qu'il s'agisse d'un destinataire unique, d'un cercle privé ou d'un public – constitue la condition préalable de l'infraction réprimant une communication litigieuse, ce qui relativise quelque peu la conclusion provisoire précédemment exposée, sans pour autant la remettre en cause. Cette analyse s'impose lorsque l'on considère la solution selon laquelle l'erreur de fait sur la personne du destinataire exclut la constitution de l'infraction de diffusion de message pornographique à un mineur⁴. En effet, on a rappelé que cette erreur s'apprécie au regard de la condition préalable de l'infraction⁵, si bien qu'on peut considérer nécessaire la démonstration de la conscience qu'avait l'émetteur de s'adresser au destinataire prévu par le texte d'incrimination. Il sera démontré plus loin qu'au regard de l'application de la loi pénale dans l'espace, le « *public français* » peut être analysé comme la condition préalable de plusieurs infractions⁶. En somme, lorsque les juges s'intéressent à l'existence d'une communauté d'intérêts entre les destinataires⁷ ou d'un agrément entre l'émetteur et le destinataire⁸, on peut considérer qu'ils qualifient la condition préalable de l'infraction et non son élément matériel.

En définitive, le recours à un moyen de communication participe de l'élément matériel de l'infraction, cette seule émission consommant l'infraction lorsque aucun résultat n'est exigé par le texte d'incrimination. En revanche, le destinataire de la communication doit être analysé comme une condition préalable de l'infraction. C'est à cette structure particulière de l'infraction

considération par le propos litigieux s'analyse comme le résultat de ces infractions, lesquelles seraient alors rattachables à la catégorie des « *infractions de résultat* » dont il suggère l'existence (J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, 2003, n° 472, p. 319).

¹ V. not., C. pén., art. 211-2, al. 1^{er} ; Loi du 29 juillet 1881, art. 23.

² L'hypothèse d'une communication privée constituant en elle-même l'élément matériel de l'infraction est rare, mais on peut citer l'incrimination du fait « *d'adresser à une personne, sans demande préalable de celle-ci, un objet quelconque accompagné d'une correspondance indiquant que cet objet peut être accepté contre versement d'un prix fixé ou renvoyé à son expéditeur, même si ce renvoi peut être fait sans frais pour le destinataire* » (C. pén., art. R. 635-2). Surtout, la communication privée incriminée à titre autonome est généralement le pendant d'une communication publique, ce qui renvoie à la fonction de gradation de l'opposition privé-public (v. *infra* n° 364 et s.).

³ V. *supra* n° 148.

⁴ Cass. crim., 3 févr. 2004, *Bull. crim.* n° 28, préc.

⁵ V. *supra* n° 314.

⁶ V. *infra* n° 326.

⁷ V. *supra* n° 112.

⁸ V. *supra* n° 100.

qu'il sera fait référence lorsque l'on reviendra plus loin sur la « *condition de publicité* »¹. Pour lors, il convient de constater que cette analyse, satisfaisante sur le plan intellectuel, est bien souvent contredite en pratique, du fait des règles d'imputation de la responsabilité pénale en matière de communications publiques.

320. Les difficultés découlant des règles d'imputation en matière de communications publiques. En principe, la communication publique devrait être appréhendée sur le plan conceptuel de la même manière que sur le plan juridique, au sens où l'auteur de la communication devrait également être le responsable principal de l'infraction dont elle est une composante. Il est loin d'en être toujours ainsi. En effet, seul l'auteur d'une *profération* sera, en toute hypothèse, désigné comme le responsable principal de celle-ci². On peut aussi concevoir des hypothèses, marginales, où l'auteur d'une *exposition* ou d'un *tractage* serait impliqué dans toutes les étapes de la publication, de la rédaction du message à son affichage ou sa distribution, en passant par son impression. En revanche, dès lors que le contenu est distribué par la voie du *livre* ou de la *presse*, ou diffusé par une *radio*, à la *télévision* ou sur *Internet*, la détermination des auteurs de plusieurs infractions pénales se complique. C'est le cas pour les infractions de presse. Si le régime de ces infractions est marqué par une clémence certaine³, les règles en matière d'imputation font figure d'exception. Dans l'optique de garantir à la personne visée par un propos infamant ou au ministère public la possibilité d'identifier un responsable et de rendre la répression, sinon sévère, du moins effective, le législateur a instauré des règles spécifiques, tant à propos de la détermination de l'auteur principal qu'à l'égard des complices potentiels.

Lorsque la publication a lieu par la voie du livre ou de la presse, l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881 instaure une responsabilité dite « *en cascade* ». Aux termes de cette disposition, le directeur de la publication ou l'éditeur⁴ sont réputés être l'auteur principal du délit. Si ceux-ci ne peuvent être identifiés, c'est l'auteur du message publié qui est alors responsable ; ensuite

¹ V. *infra* n° 417 et s.

² Comp., J.-H., ROBERT, « Fasc. 3405 : Publication en vue d'influencer les décisions juridictionnelles », *op. cit.*, n° 26, estimant, à l'égard d'une infraction concernée par les règles d'imputation étudiées, que « *si le délit a été commis autrement que par la presse écrite ou audiovisuelle, c'est-à-dire par des discours publics, les règles dérogatoires de l'imputation en cascade ne sont pas applicables et l'orateur est traité comme auteur principal de l'infraction* ». En revanche, si un individu s'exprime dans une réunion publique en sachant que ses propos seront repris par la presse locale, il est complice de droit commun du délit de presse (Cass. crim., 19 févr. 2002 ; *Légipresse* 2002, n° 192, I, p. 67 ; sur les règles de complicité, v. *infra* n° 321).

³ V. *infra* n° 425 et s.

⁴ Loi du 29 juillet 1881, art. 6.

l'imprimeur ; puis, en dernier lieu, les vendeurs, distributeurs et afficheurs. Or, en toute rigueur, ce sont ces derniers qui opèrent véritablement l'acte matériel de publication qui consomme l'infraction¹. Cela soulève la question de la structure juridique de l'infraction de presse, sur laquelle on reviendra². En pratique, les véritables publicateurs ne seront jamais inquiétés, si ce n'est dans des hypothèses d'exposition d'affiches ou de distribution de tracts s'apparentant en réalité aux initiatives individuelles précédemment évoquées³.

Quand la communication publique est diffusée par la voie des communications électroniques, l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1882 prévoit un mécanisme du même ordre. Sont à nouveau responsables, en priorité, les directeurs de publication, les éditeurs n'étant cette fois pas mentionnés⁴. « À défaut, l'auteur, et à défaut de l'auteur, le producteur sera poursuivi comme auteur principal ». Le producteur se substitue donc aux intermédiaires techniques de l'univers papier dans la chaîne de responsabilité. Il faut bien réaliser qu'il n'intervient pas, comme eux, en aval de la décision prise de publier. Au contraire, il intervient soit en amont lorsque le message fait l'objet d'une fixation préalable – que l'on songe au réalisateur d'une émission télévisuelle diffusée en différé – soit concomitamment à la diffusion en l'absence d'une telle fixation, si bien qu'il se distingue alors plus difficilement, dans ce cas, du directeur de publication. En réalité, trois séries de questions se posent par rapport à cet ordre légal, en particulier quand le propos est diffusé sur Internet.

En premier lieu, la responsabilité du *directeur de publication* pose question en l'absence de fixation préalable du message. En effet, classiquement, celui-ci est responsable pénalement du fait de la décision prise d'autoriser la diffusion du contenu qui a été préalablement élaboré et qui lui a été soumis pour qu'il en contrôle la pertinence. Or, un tel contrôle est impossible lorsque le message est diffusé sans avoir été fixé au préalable. Cela étant, si les juges observent que les contenus font l'objet d'une modération *a priori* des propos, le directeur de publication est responsable⁵ ; dans le cas contraire, sa responsabilité sera normalement écartée⁶. Il n'est pas

¹ E. DREYER, *Droit de la communication*, n° 1371, p. 757 : « Paradoxalement, cette "responsabilité subsidiaire" frappe d'abord et en priorité ceux qui auront permis la confection intellectuelle puis matérielle du support sans prendre part à sa communication ». Dès lors, « il aurait été logique de leur reprocher en priorité la publication plutôt qu'aux auteurs des propos ou aux imprimeurs qui n'y prennent pas part ».

² V. *infra* n° 322.

³ Cass. crim., 19 nov. 1958, *Bull. crim.* n° 679.

⁴ Pourtant, on peut tout à fait concevoir l'existence d'éditeurs en ligne, dont le rôle serait très proche de celui du directeur de publication (en ce sens, E. DREYER, *op. cit.*, n° 648, p. 348). Quant à savoir s'il pourrait être tenu comme responsable pénalement des propos diffusés par autrui – il est *a minima* tenu de retirer certains contenus lorsqu'une autorité administrative lui demande –, la réponse à cette question est incertaine (*ibid.*, n° 650, p. 349).

⁵ Par ex. : TGI Paris, 10 févr. 2016 ; *Légipresse* 2016, p. 137.

⁶ V. not., CA Paris, 11e ch., sect. A, 28 janv. 2009 ; *Dr. pén.* 2009, chron. 6, spéc. n° 26, O. MOUSSET.

certain que cette analyse soit encore d'actualité par rapport à l'Internet, dès lors que la modération *a posteriori* des propos est devenue également de mise¹. En toute hypothèse, l'idée étant de responsabiliser le fournisseur de contenu, c'est l'auteur du propos qui devrait être responsable à titre principal de l'infraction. Or, l'anonymat régnant sur Internet fait le plus souvent obstacle à ce qu'il soit identifié². Mécaniquement, c'est alors le troisième acteur évoqué par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 qui devrait être responsable.

En effet, en deuxième lieu, se pose la question de savoir si le *producteur*, en l'absence de fixation préalable du message, est responsable en toute hypothèse du message diffusé sur Internet, puisque le cinquième alinéa du texte précité ne traite que de la responsabilité du directeur de publication dans un tel cas de figure. En réalité, quoique la loi distingue le producteur du directeur de la publication, la jurisprudence atteste du fait que le rôle de ces derniers sur Internet est quasiment identique³, si bien que la référence au producteur a pu être utilisée comme une qualification de repli par la Cour de cassation⁴, qui finit par aligner la situation juridique du producteur et du directeur de la publication en réservant la responsabilité

¹ V. Loi du 29 juillet 1982, art. 93-3, al. 5, prévoyant que lorsqu'il est question d'une diffusion par un internaute sur un espace de contributions personnelles, « *le directeur ou le codirecteur de publication ne peut pas voir sa responsabilité pénale engagée comme auteur principal s'il est établi qu'il n'avait pas effectivement connaissance du message avant sa mise en ligne ou si, dès le moment où il en a eu connaissance, il a agi promptement pour retirer ce message* ». Cette disposition, introduite par loi n° 2009-669 du 12 juin 2009 pour sanctionner les fournisseurs de contenus et atténuer la responsabilité des directeurs de publication (J. BOSSAN, « Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'Internet », *RSC*, 2013, p. 295), n'atteint pas vraiment ce dernier objectif, dès lors que l'existence ou non d'une modération *a priori* par le directeur de la publication se trouve supplantée par la démonstration de la connaissance effective du directeur de la publication quant à l'existence du message (v. Cass. crim., 30 oct. 2012, *Dr. pén.* 2013, comm. 6, obs. M. VÉRON). Il est vrai que cette connaissance n'est pas aisée à établir, mais la démonstration est facilitée lorsqu'un dispositif de signalement des contenus inappropriés est mis en place. Si un tel signalement a lieu, le directeur de publication du site ne peut invoquer l'absence de connaissance du contenu litigieux, peu importe que la modération *a posteriori* soit externalisée (Cass. crim., 3 nov. 2015, *Bull. crim.* n° 239 ; *Dr. pén.* 2016, comm. 27, obs. P. CONTE). V., soulignant le risque que les éditeurs de site renoncent à mettre en place de tels dispositifs, N. MALLEY-POUJOL, « De la télématique à l'Internet : les chausse-trappes de la responsabilité en cascade », in *Études en l'honneur du professeur Jérôme Huet, op. cit.*, p. 303. Au surplus, le directeur de la publication se voit reprocher une abstention, le fait de laisser le message en ligne, ce qui bouleverse l'analyse – déjà complexe (v. *infra* n° 322) – de la structure de l'infraction de presse, celle-ci étant normalement une infraction de commission.

² La condamnation de l'auteur des propos n'est néanmoins pas impossible. V. not. Cass. crim., 5 nov. 2002, *Bull. crim.* n° 200 ; *CCE* 2003, comm. 88, obs. A. LEPAGE ; TGI Carcassonne, 16 juin 2006 ; *CCE* 2006, comm. 132, obs. A. LEPAGE ; TGI Paris 2 juill. 2007 ; *CCE* 2007, comm. 111, obs. A. LEPAGE.

³ Le producteur est défini comme celui qui a « *pris l'initiative de créer un service de communication au public par voie électronique en vue d'échanger des opinions sur des thèmes définis à l'avance* » (Cass. crim., 16 févr. 2010, n° 09-81.064 ; *Dr. pén.* 2010, comm. 80, obs. M. VÉRON), définition qui pourrait valoir pour le directeur de la publication. Il peut s'agir de l'exploitant d'un forum de discussion (TGI Paris, 15 sept. 2010 ; *Légipresse*, févr. 2011, n° 280, p. 78).

⁴ Cass. crim., 16 févr. 2010, n° 08-86.301, *Bull. crim.* n° 30 et 31 ; *RSC* 2010, p. 635, obs. J. FRANCILLON. Cette solution artificielle fut contestée devant le Conseil constitutionnel, qui estima alors que l'art. 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 ne permet pas d'engager la responsabilité pénale du producteur à raison du contenu d'un message dont il n'a pas eu préalablement connaissance (Cons. const., 16 sept. 2011, n° 2011-164 QPC).

pénale du premier à l'absence de promptitude dans le retrait du message illicite¹. La solution complique encore davantage la répression des propos litigieux sur Internet, la responsabilité du producteur devenant improbable, si bien que certains évoquent un « *angle mort* »² de la répression.

En troisième lieu, c'est donc la responsabilisation des *intermédiaires techniques*, a priori non concernés par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, qui suscite des interrogations. Il n'est pas évident de déterminer la place de ces intermédiaires techniques, à savoir essentiellement le fournisseur d'accès à Internet et l'hébergeur du site Internet, dans le processus de communication publique. La fourniture de l'accès à Internet ou l'hébergement d'un site sont généralement consentis avant que le message ne soit élaboré et que la décision de le diffuser ne soit prise³. On peut néanmoins considérer que ces acteurs interviennent aussi en aval du processus de communication. Techniquement, ce sont ces intermédiaires qui diffusent le message, ils transportent la donnée informatique, si bien qu'on pourrait les comparer à cet égard aux vendeurs, afficheurs, et distributeurs évoqués par l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881. L'analogie présente toutefois des limites qui expliquent la responsabilité très limitée de ces intermédiaires⁴. La recherche des responsables des infractions de presse sur

¹ Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11-80.010, *Bull. crim.* n° 29 ; *Dr. pén.* 2012, comm. 53, obs. M. VÉRON ; *CCE* 2012, n° 43, obs. A. LEPAGE. V. aussi, Cass. crim., 30 oct. 2012, n° 10-88.825, *Bull. crim.* n° 233 ; *Dr. pén.* 2012, chron. 10, obs. A. LEPAGE ; CEDH, 2 sept. 2021, n° 45581/15, *Sanchez c/ France*, § 100.

² N. MALLEY-POUJOL, art. préc., p. 304.

³ En ce sens, E. DREYER, *op. cit.*, n° 669, p. 363.

⁴ Quant aux *fournisseurs d'accès*, définis par l'art. 6, I, 1° de la loi du 21 juin 2004 comme « *les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication en ligne* » et explicitement distingués des producteurs par l'art. 6, I, 6° de cette même loi, ils ne font que mettre à disposition le réseau Internet. Dès lors, la responsabilité de la personne fournissant l'accès au réseau ne peut être engagée « *que dans les cas où soit elle est à l'origine de la demande de transmission litigieuse, soit elle sélectionne le destinataire de la transmission, soit elle sélectionne ou modifie les contenus faisant l'objet de la transmission* » (CPCE, art. L. 32-3-3). Autrement dit, l'intervention des fournisseurs d'accès revêt un « *caractère purement technique, automatique et passif* » (Directive n° 2000/31/CE du 8 juin 2000, § 42), d'où l'irresponsabilité de principe qui les concerne. Quant aux *fournisseurs d'hébergement*, la question est plus complexe. Il s'agit des « *personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services* » (Loi du 21 juin 2004, art. 6, I, 2°). La référence au « *stockage* » et plus largement à l'« *hébergement* », peut faire penser, spontanément, au système informatique, ce qui renvoie alors à l'idée d'un *contenant* (v. *supra* n° 203). Toutefois, lorsque le site Internet est accessible à tous, c'est davantage une fonction d'affichage, sur les écrans de chacun des internautes, que permet cette intermédiaire, qui fournit alors un *support* plutôt qu'un contenant. L'analogie avec l'exposition ou la distribution est donc davantage pertinente ici et explique pourquoi le législateur est plus réticent à ce que le fournisseur d'hébergement échappe à la répression pénale. C'est d'ailleurs à l'égard de ce dernier qu'a été élaborée la responsabilité relative à la modération *a posteriori* du propos diffusé (Loi du 21 juin 2004, art. 6, I, 3°). Néanmoins, ce dispositif n'est assorti d'aucune sanction pénale et il n'a jamais été appliqué ; il paraît encore plus subsidiaire depuis qu'il a été transposé aux directeurs de publications et producteurs. Si les hébergeurs restent légalement soumis à certaines obligations (*Ibid.*, art. 6, I, 7° et 8°) et sont de plus en plus sollicités pour lutter contre certains abus de la liberté d'expression – parfois de façon contestable (v. not., F. SAFI, « La loi dite "Avia" est morte... pourvu qu'elle le reste ! », *Dr. pén.*, 2020, étude 25 ;

Internet se solde par un constat d'échec, dès lors qu'aucun des acteurs de la cascade étudiée ne fait véritablement face au risque d'être inquiété par la justice pénale.

321. Il convient de compléter l'exposé des règles relatives à l'identification de l'auteur principal de l'infraction de presse par le rappel des règles particulières s'agissant de la *complicité* en la matière. En effet, l'article 43 de la loi du 29 juillet 1881 et l'article 93-3 de loi du 29 juillet 1982 posent des règles similaires à ce sujet. Lorsque l'auteur principal identifié est le directeur de la publication ou l'éditeur, l'auteur des propos est alors complice de plein droit et peut être poursuivi à titre exclusif¹. La portée de cette règle a surtout une incidence sur l'élément moral de la complicité². On notera que la complicité de l'imprimeur, dans le cadre de la publication par voie de presse, est plus difficile à établir³.

Ces règles particulières n'excluent pas le recours à la complicité de droit commun, ce que rappellent également les dispositions précitées. Cette fois, la démonstration de la connaissance du caractère délictueux du propos et la volonté qu'il soit diffusé devront être démontrées. Malgré cette exigence, la répression pénale fait l'objet d'une extension certaine. Ont ainsi pu être réputés complices de droit commun d'une infraction de presse : le rédacteur en chef d'un journal⁴, l'auteur d'une lettre ouverte reprise par un journaliste dans un

E. DREYER, « Lutte contre les discours de haine en ligne dans la loi du 24 août 2021 : de nouvelles obligations pour les plateformes sous le contrôle du CSA », *Légipresse*, 2021, p. 470 ; « Commentaire du Règlement (UE) 2021/784 du 29 avril 2021 relatif à la lutte contre la diffusion des contenus à caractère terroriste en ligne », *RSC*, 2021, p. 627) – ils n'en sont toutefois jamais responsables pénalement. Les hypothèses où le statut d'hébergeur est discuté en lien avec une infraction de presse sont en effet très rares et la responsabilité est dans tous les cas écartée (v., TGI Paris, réf., 20 avr. 2010, *RLDI* 2010/61, n° 2019, jugeant que *Facebook* est un hébergeur échappant à la responsabilité pour un discours haineux ; comp., Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013, n° 12-17.591 ; *JCP G* 2013, 907, note A. LEPAGE, écartant la responsabilité du moteur de recherche *Google* quant à l'association automatique de termes injurieux avec le nom d'un organisme bancaire, sans même, en l'occurrence, discuter de la qualité d'hébergeur de contenu).

¹ Cass. crim., 3 mars 2015, *Bull. crim.* n° 43 ; *RSC* 2015, p. 111, obs. J. FRANCILLON, jugeant qu'« aucune disposition de la loi sur la presse ne subordonne la mise en cause de l'auteur de l'écrit à la poursuite, à titre d'auteur principal, du directeur de la publication ».

² E. DREYER, *op. cit.*, n° 1377, p. 761, précisant que « ce mécanisme dispense d'établir que l'auteur du propos était conscient de fournir un contenu délictueux en vue de sa transmission au public. Ainsi, une véritable présomption de culpabilité est introduite à son encontre ». C'est alors à ce dernier de démontrer, le cas échéant, « qu'il n'a ni voulu, ni permis que les propos fussent publiés sous sa signature » (Cass. crim., 20 mai 2014 ; *Dr. pén.* 2014, comm. 119, obs. M. VÉRON).

³ Loi du 29 juillet 1881, art. 43, al. 3, précisant que l'imprimeur ne peut être réputé complice qu'en l'absence de codirecteur, si le directeur de la publication jouit d'une immunité parlementaire ou lorsque l'irresponsabilité pénale du directeur ou codirecteur de la publication a été prononcée par un tribunal. *Adde* : P. AUVRET, « La détermination des personnes responsables », *Gaz. Pal.*, 14 mai 2002, p. 17 : « les Républicains qui connaissaient bien le régime antérieur de contrainte sur la presse redoutaient spécialement la censure de l'imprimeur. Celui-ci, qui n'a ni les moyens ni les connaissances juridiques pour apprécier les conséquences sur sa propre responsabilité du contenu de ce qu'il imprime, peut être tenté de refuser tout texte lui semblant présenter un certain risque ».

⁴ CA Douai, 3 juin 2008 ; *LPA* 23 oct. 2008, n° 213, p. 13, note E. DERIEUX.

périodique¹, le distributeur d'un bulletin d'une association dont un article rapportait des propos diffamatoires², ou encore les personnes interviewées par un journaliste, que le propos soit publié dans un journal³ ou sur un site Internet⁴. En revanche, le journaliste interviewant une personne et la laissant s'exprimer à la télévision peut plus difficilement se voir reprocher une telle complicité⁵.

322. Les règles d'imputation précédemment exposées ont pour principale conséquence une complexification de l'analyse de la *matérialité* de ces infractions. En effet, on aura compris que le véritable élément matériel de l'infraction tient à la décision de publier par le directeur de la publication – auquel est assimilé l'éditeur – puisqu'il s'agit de l'auteur principal de l'infraction⁶. Toutefois, « *la difficulté de preuve de l'accord donné à la publication a conduit la jurisprudence à considérer que l'infraction est seulement consommée au jour du premier acte de mise à disposition* »⁷. En d'autres termes, une dissociation s'opère entre l'acte qui consomme l'infraction et l'acte présenté comme central au titre de l'imputation de la responsabilité, que la doctrine a pu décrire comme un « *élément qualifiant* »⁸ ; concept réservé, d'une manière générale, aux composantes infractionnelles empreintes de mystère en droit pénal spécial⁹. L'auteur du message n'est donc ni celui qui le diffusera concrètement¹⁰, ni, surtout, celui que

¹ Cass. crim., 26 mars 2008, n° 07-81.993 ; CCE 2008, comm. 95, obs. A. LEPAGE ; Cass. crim., 20 juin 2017, n° 16-83.855. En revanche, n'est pas complice l'auteur des propos reproduits dans un journal dès lors que la publication n'a été « *ni permise ni voulue* » par lui (Cass. crim., 19 juin 2001, n° 98-83.954, *Bull. crim.* n° 148 ; *Légipresse* 2001, III, p. 144, note B. ADER) ou qu'il ignorait qu'il s'adressait à un journaliste (Cass. crim., 6 mars 2007, n° 06-84.105, *Bull. crim.* n° 72).

² Cass. crim., 1^{er} sept. 2020, n° 20-80.281 ; RSC 2021, p. 110, obs. E. DREYER, relaxant toutefois en l'espèce le distributeur en raison, précisément, d'absence d'intention coupable de ce dernier.

³ Cass. crim., 6 déc. 2011 ; CCE 2012, comm. 34, obs. A. LEPAGE ; Cass. crim., 6 janv. 2015, n° 14-81.189 ; Cass. crim., 23 janv. 2018, n° 17-81373.

⁴ Cass. crim., 10 nov. 2009, n° 08-88.484, préc.

⁵ CEDH, *Jersild c/ Danemark*, préc., § 33, mettant l'accent, en l'espèce, non sur la volonté de publier les propos, mais sur la conscience de leur caractère délictueux : « *Pris dans son ensemble, le reportage ne pouvait objectivement paraître avoir pour finalité la propagation d'idées et d'opinions racistes* ».

⁶ E. DREYER, *op. cit.*, n° 1122, p. 615.

⁷ *Ibid.*, n° 1124, p. 616.

⁸ J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale des infractions de presse », in *Travaux de l'ISCJ*, Cujas, 2011, t. 1, p. 229 : « *L'auteur d'un propos litigieux ne commet pas l'élément qualifiant de l'infraction de presse, le fait intellectuel de publication, car son accord pour la publication ne préjuge en rien du pouvoir du directeur de publication de la refuser* ».

⁹ Par ex., en matière de violences : P. CONTE, « Causalité entre les violences et le préjudice en définitive subi par la victime », *Dr. pén.* 2021, comm. 21 : « *les violences comportent un élément qualifiant : l'infraction est juridiquement constituée dès le contact violent avec le corps de la victime, l'étendue de son préjudice servant seulement à déterminer la qualification applicable (des violences légères aux violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner)* ».

¹⁰ J. BOUCHERON, « L'ouvrage de presse », in *Mél. Patin*, Cujas, 1965, p. 369 : « *Le fait matériel de la remise par l'éditeur ou par l'écrivain d'un manuscrit à l'imprimeur, le fait matériel de l'impression, celui de la livraison par*

la loi présumera responsable de l'infraction du fait de la décision prise de publier le contenu. Cela explique pourquoi on peut être tenté d'évoquer la communication publique comme une condition, sinon préalable, dès lors que l'acte de diffusion succède généralement à la décision de publier, au moins irréductible à l'élément matériel *stricto sensu* de l'infraction¹. Ainsi, lorsque le directeur de publication n'a pas pu être identifié et que l'auteur ou l'imprimeur sont désignés comme responsables à titre principal de l'infraction de presse, il faut sans doute considérer que ceux-ci « *assument l'obligation de vigilance qui aurait dû être [celle du responsable éditorial] et répondent de l'infraction davantage dans cette seconde qualité qu'à raison de leur fonction d'origine* »². Ce raisonnement n'en reste pas moins artificiel et n'enlève rien à la distorsion entre le comportement consommant l'infraction et l'élément qualifiant de celle-ci. Surtout, cette distorsion au niveau de la matérialité rejaillit sur l'ensemble du régime de l'infraction de presse.

Elle affecte, d'abord, l'*élément moral* de l'infraction de presse. En effet, de la diversification des responsables découle un dédoublement des volontés pouvant être analysées par les juges. D'une part, ils tendent à apprécier la volonté de l'*auteur du propos* quant à son émission, alors même qu'il ne serait pas lui-même poursuivi³. Cette intention est présumée, la chambre criminelle estimant parfois que « *l'intention de nuire est attachée de plein droit aux imputations diffamatoires* »⁴. Ladite présomption ne serait ni inconvictionnelle⁵, ni inconstitutionnelle⁶. En réalité, il s'agit surtout de faciliter la preuve de la nature diffamatoire, mais aussi injurieuse⁷ ou provocante⁸ du propos litigieux. Autrement dit, l'analyse aurait trait à une composante objective de l'élément matériel des délits de presse – la teneur du message –

l'imprimeur à l'éditeur ou au directeur de la publication du travail accompli sur cette presse est sans signification juridique ».

¹ V. *supra* n° 317.

² E. DREYER, *op. cit.*, n° 1371, p. 756.

³ *Ibid.*, n° 969, p. 524 : « *Curieuse exigence que celle de la conscience d'exprimer un propos diffamatoire : étrangère à la personne de l'auteur principal de l'infraction de publication et débattu sans que l'intéressé soit nécessairement en cause, elle donne lieu à une présomption* ».

⁴ Cass. 1^{re} civ., 21 févr. 2006, *Bull. civ.* 2006, I, n° 90.

⁵ Cass. crim., 25 nov. 2003 : Dr pén. 2004, obs. M. VÉRON.

⁶ Cass. crim., 6 mars 2014, n° 14-81.189, refusant de renvoyer une question prioritaire sur ce point aux motifs que « *la présomption d'imputabilité de l'élément moral de l'infraction à l'auteur des propos incriminés, qui est inhérente au délit de diffamation, est dépourvue de tout caractère irréfragable, le prévenu ayant la faculté de démontrer l'existence de circonstances particulières de nature à le faire bénéficier de la bonne foi* ».

⁷ Cass. 1^{re} civ., 19 juin 2013, n° 12-17.591, préc., jugeant que l'affichage des « mots-clés » qui résulte de l'association automatique de termes par le moteur de recherche Google est « *exclusif de toute volonté de l'exploitant du moteur de recherche d'émettre les propos en cause ou de leur conférer une signification autonome au-delà de leur simple juxtaposition et de leur seule fonction d'aide à la recherche* ».

⁸ V. not., Cass. crim., 16 juill. 1992, *Bull. crim.* n° 273.

et non à la mauvaise foi subjective de l'auteur du propos¹. Si l'on admet ce raisonnement, il est donc logique de considérer, d'autre part, que c'est bien la volonté coupable de l'auteur principal de l'infraction au sens de la loi, par hypothèse le directeur de publication, qui doit être établie. Or, cette intention est là encore présumée, mais cette fois de manière irréfragable² – quoiqu'en dise la Cour de cassation³ –, ce qui n'est pas conforme à la jurisprudence européenne relative aux présomptions de culpabilité⁴ ; d'où la critique doctrinale récurrente de ce mécanisme⁵. Le caractère irréfragable de la présomption s'explique logiquement par le fait que le directeur de la publication ne prend pas, en pratique, connaissance du document que son journal publie, si bien qu'admettre la preuve contraire reviendrait à remettre en cause toute la logique d'effectivité irriguant l'imputation légale de l'infraction. Il n'en demeure pas moins qu'*in fine*, l'intention qui devrait être appréciée – celle de l'auteur du propos – ne l'est pas ; là où celle qui ne peut concrètement exister – celle du responsable éditorial – est présumée établie dans tous les cas.

C'est ensuite au stade de la *justification* que les règles d'imputation ont une incidence, au regard du fait justificatif spécial de la bonne foi⁶. En effet, là encore, l'auteur principal de l'infraction devra démontrer que celui que la loi décrit comme son complice, l'auteur du propos, s'est exprimé avec mesure et prudence. S'il y parvient, il échappera lui-même à la responsabilité pénale. Pour un auteur, « *c'est l'envers de l'emprunt de criminalité ; il existe ici une sorte d'emprunt de "justification" qui ne se conçoit qu'à raison de la corrélation établie entre les deux comportements* »⁷. En réalité, cette logique artificielle résulte surtout de la conjonction

¹ En ce sens, E. DREYER, *op. cit.*, n° 972, p. 525 : « *Toute idée de culpabilité est étrangère à ce débat. Il s'agit, au mieux, de s'assurer du sens et de la portée des propos* ».

² Par ex. : Cass. crim., 29 nov. 1994, *Bull. crim.* n° 384.

³ Cass. crim., 23 févr. 2000, *Bull. crim.* n° 85 ; *Dr. pén.* 2000, comm. 85, obs. M. VÉRON, jugeant que la présomption « *n'est pas incompatible avec les dispositions de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme* », dès lors « *qu'une telle présomption peut être combattue par la preuve contraire et faire l'objet d'un débat contradictoire dans le respect des droits de la défense* ». V. néanmoins, J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, th. dir. P. CONTE, PUAM, 2003, n° 548, p. 436, pour qui « *l'évocation d'un devoir de contrôle ne sert qu'à apaiser la mauvaise conscience d'une partie de la jurisprudence et de la doctrine, qui répugne à accepter un système de responsabilité automatique, de plein droit, un système où la présomption de responsabilité est fondée exclusivement sur l'infraction commise et la qualité de la personne à qui elle va être imputée, et est irréfragable* ».

⁴ V. not., CEDH, 7 oct. 1998, *Salabiaku c/ Fance*, § 27 et 28.

⁵ V. not., B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, *op. cit.*, p. 327, n° 518 ; E. DREYER, *op. cit.*, n° 1124, p. 632.

⁶ Sur ce fait justificatif, v. *infra* n° 425.

⁷ E. DREYER, *op. cit.*, n° 1222, p. 680. Pour l'auteur, il faudrait analyser cette corrélation sous l'angle de l'infraction de conséquence (*ibid.*, n° 1220, p. 678) : « *Il faut considérer que l'auteur des propos est plus qu'un complice. Il faut reconnaître en lui l'auteur d'une infraction préalable dont l'infraction de publication n'est que la conséquence. L'auteur du propos se rend d'abord coupable d'une diffamation ou injure non publique en transmettant au directeur de la publication son article* ». Toutefois, cette analyse peut ne pas convaincre, car la transmission d'un message à une seule personne relève de la communication confidentielle et non de la

entre la sévérité induite par la responsabilité en cascade, d'une part, et la volonté de protéger la liberté d'expression inhérente au fait justificatif prétorien, d'autre part.

Enfin, plus largement, la distorsion étudiée à plusieurs niveaux du régime des infractions de presse explique le malaise de la doctrine quant à la *nature de la responsabilité* introduite. En effet, pour certains, c'est l'auteur du propos qui devrait être jugé comme l'acteur principal de la publication, dès lors que l'intention et la bonne foi justificative, on l'a vu, s'apprécient en prenant en compte son état d'esprit¹ ; si bien que le mécanisme d'imputation étudié instaurerait une responsabilité du fait d'autrui², en contradiction avec les principes du droit pénal général. Pour d'autres, également partisans d'une analyse sous l'angle de la responsabilité du fait d'autrui, le curseur devrait être mis sur les afficheurs, distributeurs, ou vendeurs, voire les intermédiaires techniques, ce qui revient à aligner la définition conceptuelle de la communication publique sur son régime en matière d'infractions de presse³, mais ce qui se heurte à nouveau au principe de la responsabilité personnelle. C'est encore cette objection qui condamne une troisième analyse⁴, mettant l'accent sur le véritable publicateur, celui qui rentre en contact avec l'auteur du message, étudie véritablement son contenu – si bien qu'il est alors véritablement au fait de la bonne ou mauvaise foi de l'auteur du propos – et se trouve potentiellement en contact direct avec les intermédiaires opérant la diffusion. Il s'agirait en pratique de la personne exerçant concrètement la responsabilité éditoriale au sein de l'entreprise de presse ou de télévision, soit, aujourd'hui, le rédacteur en chef ou encore le directeur d'antenne. Si la discordance entre l'élément matériel et l'élément qualifiant persiste dans cette analyse, elle a le mérite de restaurer la cohérence originelle des dispositions étudiées, à tout le moins de celles de la loi du 29 juillet 1881, édictées dans un contexte où le directeur de publication pouvait réellement prendre connaissance des contenus publiés⁵. Sur ce point, la doctrine soulève aussi l'incohérence du refus prétorien de la délégation de pouvoirs en matière

communication non publique (v. *supra* n° 113). Au surplus, le directeur de la publication pourrait, sur le plan conceptuel, s'analyser comme un rapporteur nécessaire, ce que n'ignore pas l'auteur du message, qui serait donc animé d'une intention de publier dépassant, cette fois, le champ de la communication non publique.

¹ M. BÉNÉJAT, *La responsabilité pénale professionnelle*, th. dir. J.-C. SAINT-PAU, Bordeaux IV, Dalloz, 2010, p. 270 ; F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. dir. J.-C. SAINT-PAU, Bordeaux IV, 2007, Dalloz, p. 386, n° 290.

² M. DANTI-JUAN, *L'égalité en droit pénal*, Poitiers, Travaux de l'Institut de science criminelle de Poitiers, vol. 6, 1987, n° 289, p. 189. ; F. GOYET, *Droit pénal spécial*, Sirey, 8^e éd., 1972, p. 626, n° 902.

³ Sur l'exposé de cette théorie, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1139, p. 624.

⁴ *Ibid.*, n° 1140, p. 625.

⁵ P. NICOLEAU, D. 1995, jurispr., p. 563 (cité par E. DREYER, *ibid.*) : « *Le devoir de vérification et de surveillance qu'un directeur de journal tient de ses fonctions, s'il pouvait être effectué à la fin du XIX^e siècle sans trop de difficultés, ne peut aujourd'hui être assumé totalement et sans partage par le directeur de publication* ».

d'infractions de presse ; elle estime que son admission permettrait d'éviter ces discussions sur la nature de la responsabilité étudiée¹.

En définitive, l'analyse juridique de l'infraction de presse, lorsqu'elle est commise par la voie de la publication de presse ou de la communication électronique, s'avère source de difficultés, ce qui n'a pas empêché le législateur, conscient de l'effectivité de la répression permise par les règles d'imputation exposées, de les étendre à des infractions de droit commun². Plus encore, lorsqu'elles ne sont pas prévues pour des infractions de droit commun, leur logique est souvent épousée, ce qui s'observe en matière de publicité illicite en faveur du tabac³ ou en

¹ G. ROYER, « L'anachronisme du refus de la délégation de pouvoirs en droit pénal de la presse », *Légipresse*, 2005, II, p. 61.

² Ces règles sont ainsi étendues à des infractions exigeant une condition de publicité, comme les délits d'apologie du terrorisme (C. pén., art. 421-2-5, al. 2), de messages attentatoires à la sérénité de la justice (C. pén., art. 434-25, al. 3 et 434-16, al. 2) ou encore de provocation à la rébellion (C. pén., art. 433-10, al. 2). Toutefois, elles sont également étendues à des délits où la condition de publicité est contournée (v. *infra* n° 438), ainsi par ex. des délits d'atteinte à la vie privée (C. pén., art. 226-2, al. 2), de montage attentatoire à la représentation de la personne (C. pén., art. 226-8, al. 2 ; *adde* : H. PELLETIER et D. BEAUVAIS, « Fasc. 20 : Atteinte à la représentation de la personne », *J.-Cl. Pénal Code*, 2016, n° 35 : « *En ce qui concerne l'auteur du montage, il est certain qu'il ne peut être poursuivi ni comme coauteur, dès lors que l'article 226-8 ne punit que celui qui publie et non celui qui fait ou laisse publier le montage, ni comme complice si la personne chargée de la publication ignorait que le document dont on lui demandait d'assurer la diffusion était un montage* »), ou encore de diffusion de contenus pédopornographiques ou corrupteurs (C. pén., art. 227-23 – v. art. 227-28 – et 227-24, al. 2 ; pour des applications des règles étudiées auxdits délits, v. not., Cass. crim., 23 févr. 2000, n° 99-83.928 ; Cass. crim., 15 déc. 1980, n° 80-90.129 ; Cass. crim., 9 juin 1999, n° 98-80.052, *Bull. crim.* n° 133).

³ En l'occurrence, l'art. 14 de la loi n° 76-616 du 9 juillet 1976 renvoyait à l'art. 285 de l'ancien C. pén. lorsque les infractions avaient été commises par voie de presse, c'est-à-dire à la responsabilité en cascade. De façon plus originale, l'art. 15 de la même loi réputait auteur principal de l'infraction la personne pour le compte de laquelle avait été effectuée la propagande ou la publicité irrégulière. Toutefois, ces textes furent supprimés par la loi n° 91-32 du 10 janvier 1991, ce qui n'a rien enlevé à la nécessité de se prononcer sur la responsabilité des responsables éditoriaux. Si la Cour de cassation a pu considérer que les règles de la loi du 29 juillet 1881 ne pouvaient pas être invoqués (Cass. crim., 29 nov. 1994, *Bull. crim.* n° 384) et pu qualifier, par suite, le directeur de la publication de complice (Cass. crim., 19 oct. 1994 ; *CCE* 1995, comm. 47, note G. RAYMOND), elle n'a pas toujours été aussi rigoureuse. Elle a ainsi considéré, dans certains cas, que le directeur de publication pouvait être condamné comme auteur de l'infraction, « à raison de son fait personnel » (Cass. crim., 21 févr. 1996 ; *JCP* 1996, IV, 1243). Cette notion est « entendue largement par la jurisprudence et ne saurait se limiter à l'accomplissement des actes matériels du délit » (V. MALABAT, « Fasc. 20 : Publicité réglementée », *op. cit.*, n° 73), si bien que peut être réputé auteur d'une communication publique illicite le dirigeant d'une société qui ne fait qu'autoriser, par contrat, une autre société à commercialiser des vêtements rappelant le tabac (Cass. crim., 18 mars 2003, n° 02-82.292, *Bull. crim.* 2003, n° 69). On constate donc que l'analyse juridique de la communication publique ne diffère pas vraiment selon qu'il existe ou non des règles particulières d'imputation. Dans les deux cas, des personnes qui n'ont pas forcément connaissance de l'illicéité des contenus diffusés peuvent poursuivre.

faveur de boissons alcooliques¹, ainsi qu'en matière de contrefaçon². Ces difficultés d'analyse rejaillissent également sur la mise en œuvre des poursuites pénales.

2. Les conséquences de la complexité matérielle sur les poursuites pénales

323. On a vu que l'émission d'une communication est composée tant d'une *émission*, ce qui évoque un comportement rattachable à l'élément matériel de l'infraction, que d'une réception par un *destinataire*, ce dernier constituant la condition préalable de l'infraction. Or, il est intéressant de constater qu'au regard des poursuites pénales *dans le temps*, plus précisément à propos du point de départ de la prescription des infractions de presse³, l'émission du message joue un rôle déterminant ; là où, en matière de poursuites *dans l'espace*, c'est-à-dire au regard des règles de compétence territoriale ou extraterritoriale, c'est le récepteur de la communication qui joue un rôle clé.

324. L'importance de l'émission du message pour situer le point de départ de la prescription. L'infraction de presse s'analyse comme une infraction instantanée, consommée au jour de l'acte de publication⁴. La jurisprudence déduit donc logiquement de cette règle de fond la règle de forme selon laquelle la prescription commence à courir le jour de cette mise à

¹ Là encore, malgré l'abandon de règles d'imputation spéciales en 1991, des directeurs de publication ont pu être tenus responsables alors qu'ils alléguaient ne pas avoir pu contrôler la diffusion (CA Paris, 10 nov. 1992 ; *Gaz. Pal.* 1993, 1, somm., p. 65). Il est certes « *difficile d'admettre que le dirigeant d'une société de diffusion ou de publicité puisse alléguer vraisemblablement qu'il n'avait pas conscience de diffuser ou de produire cette publicité* » (V. MALABAT, « Fasc. 20 : Publicité réglementée », *op. cit.*, n° 36) ; cela n'enlève rien au fait que, réduisant l'élément moral de l'infraction à sa plus simple expression, la présomption de culpabilité peut paraître sévère (comp., en matière de publicité pour des médicaments, CA Rouen, ch. corr., 16 oct. 2003 ; *JurisData* n° 2003-248711, jugeant qu'une gérante de société ne peut invoquer son absence d'intention dès lors que les documents publicitaires étaient en l'espèce signés par elle et diffusés par sa propre société).

² À cet égard, il est frappant de constater que lorsqu'un responsable éditorial est concerné, les juges préfèrent le qualifier de coauteur plutôt que de complice (v. not. CA Paris, 5 juin 1975 ; *D.* 1976, jurispr., p. 74, note R. LINDON). On peut y voir une attraction des juges pour la logique des règles d'imputation des infractions de presse. De surcroît, en cette matière, l'absence de règles concernant l'identification du responsable de la contrefaçon commise sur Internet explique que la responsabilité des hébergeurs ait pu être davantage recherchée que pour les infractions de presse ; par ex. : CA Paris, 23 janv. 2012 ; *JCP G* 2012, 675, note. D. DECHENAUD, jugeant la plateforme *E-bay* responsable de contrefaçons effectuées sur son site. La jurisprudence s'est montrée plus hésitante par rapport aux sites permettant à leurs utilisateurs de partager des vidéos, comme la plateforme *Dailymotion*. D'abord favorable à leur responsabilisation (Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2010, *Bull. civ.* I n° 8), la Cour de cassation a ensuite opéré un revirement de jurisprudence (Cass. 1^{re} civ., 17 févr. 2011, n° 09-67.896). *Adde* : Actes du colloque « La responsabilité des services de partage en ligne de contenus protégés : une révolution en droit d'auteur ? L'article 17 de la directive (UE) n° 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché numérique », *Légipresse*, 2021, p. 398.

³ Sur la durée du délai de prescription, son écoulement et ses effets, v. *infra* n° 426.

⁴ V. *supra* n° 319.

disposition¹, quel que soit le moyen de communication employé², le premier jour de publication étant pris en compte lorsqu'un tractage se déroule sur plusieurs jours³. La Cour de cassation demeure insensible au fait que les victimes aient pu prendre connaissance des propos litigieux à une date ultérieure⁴, même lorsque la diffusion a eu lieu sur Internet⁵, dès lors que « *la puissance des moteurs de recherche permet de relativiser la surabondance d'informations* »⁶. En d'autres termes, les infractions de presse « *ne peuvent relever de la catégorie des infractions "clandestines" puisqu'elles ont la publicité pour élément constitutif* »⁷, ce qui explique que les règles relatives à la suspension du délai de prescription en cas de force majeure ne soient pas applicables ici⁸. La solution n'est toutefois pas la même pour les communications privées, essentiellement les contraventions de presse⁹, dès lors que la prescription commence à

¹ La solution est constante : Cass. crim., 11 juill. 1889, *Bull. crim.* n° 252 ; Cass. crim., 13 oct. 1987, *Bull. crim.* n° 349 ; Cass. crim., 15 déc. 2015, *Bull. crim.* n° 300.

² Cass. crim., 22 nov. 2001 ; *D.* 2002, jurispr., p. 10.

³ Cass. crim., 28 oct. 2014, *Bull. crim.* n° 218 ; *Dr. pén.* 2014, comm. 150, obs. M. VÉRON. V., estimant que, dans les autres cas, la prise en compte du premier jour de la publication n'a plus lieu d'être, E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 1394, p. 771.

⁴ Cass. crim., 14 mai 1991, *Bull. crim.* n° 203.

⁵ Cass. crim., 16 oct. 2001, n° 00-85.728, *Bull. crim.* n° 211.

⁶ E. DREYER, *op. cit.*, n° 1394, p. 772.

⁷ *Ibid.* Cette opposition de la publicité et la clandestinité soulève, incidemment, la question d'un éventuel rapport entre cette dernière et le caractère privé. En effet, l'inaccessibilité étant parfois au service du secret (v. *supra* n° 246 et s.), il serait cohérent que certaines infractions, marquées par ce caractère privé, puissent être rattachées aux catégories des infractions dites « *occultes* » ou « *dissimulées* » (C. proc. pén., art. 9-1, al. 3 et 4), dont le point de départ de la prescription est reporté au jour où l'infraction est découverte. En pratique, le lien n'est pas prégnant. Si, en matière d'espionnage auditif (C. pén., art. 226-1, 1°), la Cour de cassation a pu juger que la clandestinité était « *un élément constitutif essentiel du délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui* » (Cass. crim., 4 mars 1997, *Bull. crim.* n° 83, préc. ; v. aussi, Cass. crim., 30 sept. 2008, *Bull. crim.* n° 197 ; *D.* 2008, p. 2975, note H. MATSOPOULOU), cette solution n'était « *pas forcément transposable à l'atteinte commise par fixation de l'image d'une personne dans un lieu privé, car le fait qu'elle soit commise sans le consentement de la victime ne signifie pas qu'elle le soit nécessairement à son insu* » (A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *op. cit.*, n° 523, p. 364). La jurisprudence a confirmé cette position dans l'affaire de la garde à vue filmée par des journalistes au vu et au su de la victime (Cass. crim., 21 avr. 2020, n° 19-81.507, préc.). Pour P.-J. DELAGE (obs. ss. arrêt préc.), il conviendrait de rattacher l'infraction évoquée, non pas à la catégorie des infractions occultes, mais à celle des infractions *dissimulées*, ce qui impliquerait que les juges démontrent les manœuvres délibérées de l'auteur de l'infraction pour dissimuler l'acte afin de justifier le report du point de départ de la prescription. En outre, lors des rares occasions qu'a eues la jurisprudence de se prononcer sur la prescription du délit de violation de secret des correspondances, elle a écarté toute idée de clandestinité (Cass. crim., 17 juin 1987, *Bull. crim.* n° 254 ; Cass. crim., 19 févr. 2013, n° 12-81.044). Les arrêts ne concernaient toutefois que le détournement de correspondance, si bien que la doctrine continue de s'interroger sur la prescription des autres formes que peut prendre le délit (G. BEAUSSONIE, « Fasc. 3404 : Secret des correspondances », *op. cit.*, n° 72).

⁸ C. proc. pén., art. 9-3. *Adde*, E. DREYER, *op. cit.*, *loc. cit.* : « *L'ignorance dans laquelle s'est trouvé la victime n'est pas assimilable à un cas de force majeure* ».

⁹ Sur celles-ci, v. *infra* n° 367 et s. ; 431 et s.

courir, non pas au jour où le propos est émis, mais au jour de la réception de celui-ci¹, solution qui concerne surtout les courriers².

Cela étant, lorsque le contenu est publié sur Internet et demeure accessible bien après sa publication, la fixation du point de départ de la prescription au jour de la diffusion a été critiquée³. En effet, dans cette hypothèse, le trouble causé par le propos litigieux perdure dans le temps tant qu'il n'a pas été retiré du site Internet⁴. D'aucuns prétendent ainsi que les infractions de presse seraient en réalité des infractions continues, à rebours de l'interprétation jurisprudentielle précitée, jugée artificielle⁵. En réalité, la doctrine a surtout discuté du rattachement des infractions de presse aux catégories d'infractions visant à remédier à la binarité de l'opposition entre délit instantané et délit continu. La première de ces catégories, celle des infractions dites « *successives* », suppose que l'infraction se renouvelle par une réitération de la volonté de son auteur, si bien qu'elle n'est consommée que lorsqu'elle cesse de produire ses effets⁶. Cette catégorie est le plus souvent écartée par la doctrine à l'égard des infractions de presse, la preuve de la volonté réitérée de publication étant malaisée⁷. Reste donc la seconde catégorie, celle des infractions dites « *permanentes* », à savoir « *les infractions instantanées ou continues dont les effets se poursuivent dans le temps* » par la seule force des

¹ En ce sens, E. DREYER, « Fasc. 20 : Diffamation et injure non publiques avec, ou sans, caractère discriminatoire », *op. cit.*, n° 139.

² Cass. crim., 28 janv. 1960 ; *D.* 1960, jurispr., p. 315, précisant que la prescription court à compter de la réception du courrier, « *quand bien même les propos injurieux auraient visé un tiers et que ce tiers n'en aurait eu connaissance que postérieurement* ».

³ M. MANSEUR-RIVET, « Droit de la presse et Internet : observations sur la prescription », *Gaz. Pal.*, 14 mai 2002, p. 13. V. aussi, J. FRAYSSINET, « Diffamation et injure par Internet : un droit inadapté à la protection des fonctionnaires », *AJFP*, 2002, p. 33, rappelant que « *la traçabilité, l'accès, l'effet et la permanence de l'information ne sont pas identiques par rapport à la presse écrite* ».

⁴ On pourrait certes imaginer une hypothèse de diffamation ou injure non publique diffusée sur un réseau social à destination d'un groupe de personnes liées par une communauté d'intérêts, dont la personne visée n'aurait pris connaissance que trois mois après sa réception par les destinataires. Cette personne pourrait alors être tentée de soulever le caractère continu de l'infraction. Toutefois, cette revendication aurait sans doute moins de chance de prospérer qu'en matière de communication publique, puisque s'il est vrai que le propos infamant resterait accessible aux personnes composant le cercle privé, cette accessibilité restreinte est sans commune mesure avec l'accessibilité universelle induite par une véritable diffusion. En toute hypothèse, cette revendication ne semble jamais avoir été soulevée.

⁵ E. DERIEUX, *Droit des médias*, LGDJ, 7^e éd., 2015, n° 1520, p. 415 ; P. BLANCHETIER, « Point de départ du délai de prescription des délits de presse sur Internet : vers une solution libertaire et contraire au bon sens », *D.* 2001, p. 2056 ; P. AUVRET, « L'application du droit de la presse au réseau Internet », *JCP* 1999, I, 108.

⁶ Cass. crim., 19 déc. 1956, n° 53-01.024. *Adde* : A. LÉGAL, *RSC* 1956, chron. 99, p. 103 et s., expliquant que ces infractions, caractérisées par « *une culpabilité durable sous-jacente aux conséquences matérielles du fait initial* », sont soumises au régime des infractions continues. On notera, en ce qui concerne cette étude, que le délit de violation de domicile semble s'insérer dans cette catégorie, dès lors qu'il se commet « *lors de l'introduction, comme lors du maintien, à chaque fois qu'il est fait usage de manœuvres ou de violences pour y parvenir* » (H. MATSOPOULOU, « Fasc. 20 : Violation de domicile », *op. cit.*, n° 76).

⁷ A. VITU, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, t. 1, n° 1583, p. 1250. V. néanmoins, P. BLANCHETIER, « Point de départ du délai de prescription des délits de presse sur Internet : les classiques contre les modernes », *JCP* 2002, II, 10028.

choses” alors que l’infraction est déjà entièrement consommée : le trouble à l’ordre public causé par l’infraction peut toujours être constaté mais l’activité qui a généré ce trouble a cessé »¹. Il semblerait logique de rattacher l’infraction de presse à cette catégorie, quoique son utilité conceptuelle soit remise en cause par une partie de la doctrine, dès lors que son régime s’aligne, en réalité, sur celui de l’infraction instantanée². Toutefois, la jurisprudence n’est pas parvenue tout de suite à une telle conclusion³. Quant au législateur, il est parfois tenté de conférer un caractère continu aux infractions de presse, afin de répondre au mécontentement des victimes de celles-ci à propos de cette impunité de fait⁴.

En réalité, le remède à l’impunité induite par le rattachement des infractions de presse à la catégorie des infractions permanentes passe par la « *souape de sécurité* » que constitue la notion de « *nouvelle publication* »⁵. C’est à l’égard de cette notion prétorienne que s’observe l’importance primordiale de l’émission du message. En effet, la jurisprudence estime classiquement que, lorsqu’un même contenu est publié à plusieurs reprises, « *la prescription ne remonte pas au jour de la première publication mais au jour de chacune des publications nouvelles* »⁶, solution s’appliquant à la réédition d’un ouvrage, qu’il soit modifié⁷ ou non⁸, ou encore à la publication d’un extrait de livre dans un article de presse⁹. Transposée à la communication au public en ligne, cette règle a pu permettre de considérer que la réactivation d’un site préalablement fermé constituait une nouvelle publication¹⁰, de même que la

¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 721, p. 596.

² *Ibid.* Dans le même sens, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 26^e éd., 2019, n° 237, p. 230 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e éd., 2019, n° 404, p. 360. V. toutefois, D. MAYER, « Plaidoyer pour la réhabilitation de la notion d’infraction permanente », *D.* 1979, chron., p. 23.

³ Après avoir, d’abord, analysé l’infraction de presse comme une infraction instantanée et fixé en conséquence le point de départ de la prescription au jour de mise en ligne des messages (v. not. TGI Paris, 17^e ch. corr., 28 janv. 1999 ; CCE 2000, comm. 58, obs. A. LEPAGE), certains juges du fond ont pu, ensuite, considérer que ces délits relevaient de la catégorie des infractions continues, si bien que la prescription commençait à courir au jour où cessait la disponibilité des messages litigieux (par ex. : CA Paris, 11^e ch. corr., sect. A, 15 déc. 1999 ; RSC 2000, p. 644, obs. J. FRANCILLON). La doctrine fut majoritairement très critique à l’égard cette évolution (v. not. A. LEPAGE, comm. préc.), excessivement sévère à l’égard de l’auteur des publications en ce qu’elle rendait l’infraction virtuellement imprescriptible, en contradiction avec la clémence traditionnellement associée aux infractions de presse. La Cour de cassation mit un terme aux errements des juges du fond, en décidant que le point de départ de la prescription coïncidait bien avec la mise en ligne du propos (Cass. crim., 27 nov. 2001, *Bull. crim.* n° 246 ; *D.* 2002, somm., p. 2770, obs. C. BIGOT ; Cass. crim., 19 juin 2018, n° 15-85.073 et 17-85.742).

⁴ Sur ces tentatives de réformes législatives, v. T. BESSE, *op. cit.* n° 525, p. 448. L’auteur plaide quant à lui en faveur d’un allongement du délai de prescription lorsque la diffusion est opérée au moyen de la communication au public en ligne.

⁵ N. MALLET-POUJOL, « La notion de publication sur l’Internet et son incidence concernant la prescription des délits en ligne », *Légicom*, 2006/1, n° 35, p. 53

⁶ Cass. crim., 13 déc. 1855 ; *D.* 1856, 1, p. 159 ; Cass. crim., 8 janv. 1991, *Bull. crim.* n° 13.

⁷ Cass. crim., 2 mars 1954, *Bull. crim.* n° 94.

⁸ Cass. crim., 27 avr. 1982, *Bull. crim.* n° 102 ; Cass. crim., 8 janv. 1991, *Bull. crim.* n° 13, préc.

⁹ Cass. crim., 2 oct. 2012, n° 12-80.419.

¹⁰ Cass. crim., 7 févr. 2017, n° 15-83.439 ; *AJ Pénal* 2017, p. 234, note N. VERLY.

réactivation d'un contenu temporairement retiré d'un site¹. On sait, par ailleurs, que l'hyperlien est aujourd'hui considéré comme une telle reproduction si certaines conditions sont réunies². Le remède n'est toutefois pas sans limite, la simple modification formelle d'un site, sans que le message qu'il diffuse ne soit altéré, n'étant pas une nouvelle publication³, pas plus que la simple adjonction d'une seconde adresse pour accéder à un site existant⁴.

En pratique, cette approche se heurte à une autre difficulté, à savoir la preuve du *dies a quo*, c'est-à-dire la date exacte à laquelle l'émission fait courir le délai de prescription. Cette preuve est facilitée dans l'univers papier, dès lors que les exemplaires des périodiques et des ouvrages édités doivent indiquer leur « *date de parution et de dépôt légal* »⁵. Lorsqu'une période est indiquée, la publication « *est réputée être intervenue le premier jour du mois de cette période* »⁶. Il est question d'une présomption simple⁷, même à l'égard du prévenu⁸. Plus largement, le principe reste celui de la liberté de la preuve lorsque la formalité du dépôt légal n'est pas prévue⁹, la Cour de cassation vérifiant que les juges du fond ont bien motivé leur décision sur ce point¹⁰.

En dehors du droit de la presse, l'enjeu du point de départ de la prescription des délits réprimant une publication illicite est moindre, dès lors que le délai de droit commun est alors de six ans¹¹ et non de trois mois¹². Cela n'a toutefois pas empêché la jurisprudence d'appliquer les solutions évoquées à différents délits, comme ceux de discrédit jeté sur une décision de

¹ Cass. crim., 10 avr. 2018, n° 17-82.814 ; *Légipresse* 2018, n° 361, p. 332, obs. G. BEAUSSONIE.

² V. *supra* n° 145.

³ Cass. crim., 19 sept. 2006, n° 05-87.230 ; *CCE* 2006, comm. 162, obs. A. LEPAGE.

⁴ Cass. crim., 6 janv. 2009, n° 05-83.491, *Bull. crim.* n° 4 ; *CCE* 2009, comm. 28, obs. A. LEPAGE.

⁵ Arrêté du 12 janv. 1995 fixant les mentions obligatoires devant figurer sur les documents imprimés, graphiques et photographiques soumis au dépôt légal, art. 1^{er}, al. 19. *Adde* : Cass. crim., 27 avr. 2004, *Bull. crim.* n° 100 ; *CCE* 2004, comm. 106, obs. A. LEPAGE ; Cass. 2^e civ., 25 janv. 1995, *Bull. civ.* II, n° 28 ; Cass. crim., 15 déc. 2015 ; *JCP G* 2016, 1225, n° 5, obs. O. MOUYSSET.

⁶ Cass. crim., 19 mai 1998, *Bull. crim.* n° 173 ; *Dr. pén.* 1998, comm. 132, obs. M. VÉRON ; Cass. crim., 10 mai 2017, n° 16-82.846, préc. Comp., Cass. 2^e civ., 9 janv. 1991 ; *JCP G* 1991, IV, 85, retenant, pour un mensuel, non le premier jour du mois, mais le jour effectif de mise à la disposition du public.

⁷ Cass. crim., 24 oct. 1995 ; *Dr. pén.* 1996, comm. 81, obs. M. VÉRON.

⁸ Cass. crim., 22 oct. 2013, *Bull. crim.* n° 200 ; *Dr. pén.* 2014, comm. 6, obs. M. VÉRON. *Adde* : E. DREYER, *op. cit.*, n° 1399, p. 775, pour une analyse critique de cette solution.

⁹ Par ex., CA Paris 27 févr. 2002 ; *CCE* 2003, comm. 33, obs. A. LEPAGE, analysant les données informatiques du site pour établir la date exacte de la diffusion.

¹⁰ Cass. crim., 5 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 4, pour la détermination de la date d'une *vente d'ouvrage* par des libraires ; Cass. crim., 2 oct. 1990, n° 90-80.045, pour l'établissement du point de départ de la prescription dans le cas d'un *tractage*. V. aussi, Cass. 1^{re} civ., 5 juill. 2005, *Bull. civ.* I, n° 296, refusant de présumer la date de publication au premier jour du mois indiqué par un *site Internet* comme période de publication.

¹¹ C. proc. pén., art. 8, al. 1^{er}.

¹² V. not. G. BEAUSSONIE, « Fasc. 71 : Délits d'exploitation de l'image pornographique d'un mineur », *J.-Cl. Communication*, 2018, n° 62, évoquant les règles dérogatoires relatives à la prescription lorsque les victimes d'infractions sexuelles sont mineures et en concluant : « *Peu importe, en conséquence, la nature instantanée ou continue des délits concernés* ».

justice¹, de montage photographique d'autrui², ou encore de présentation ou publication de comptes inexacts³. À l'inverse, dans une optique répressive, les juges ont parfois conféré un caractère continu à d'autres infractions, par exemple les délits d'affichage publicitaire illicite⁴, de publicité illicite en faveur du tabac⁵ ou de publicité mensongère⁶. Le législateur fait parfois indirectement de même en incriminant spécifiquement le maintien de certaines publicités⁷. Ces cas particuliers mis à part, l'importance de l'émission apparaît bien décisive au regard du point de départ de la prescription. Reste à constater l'importance du récepteur, cette fois, au regard des règles de compétence territoriale.

325. L'importance du récepteur de la communication pour situer l'infraction dans l'espace. Les règles de compétence territoriale permettant de déterminer le magistrat compétent pour enquêter ou instruire une affaire⁸ ou la juridiction compétente pour juger l'infraction

¹ En l'occurrence, au détriment de toute cohérence juridique (F. SAFI, « L'amenuisement du régime de faveur de la loi de 1881 », *RPDP*, 2016, p. 43), la prescription abrégée de trois mois était applicable à cette infraction (C. pén., art. 434-25, al. 4 ancien). La loi n° 2017-242 du 27 février 2017 a supprimé cette anomalie, le délai de prescription étant donc à présent 24 fois plus long qu'auparavant. Les juges ont tout de même pu appliquer à ce délit les solutions dégagées en matière de presse quant au point de départ de la prescription de contenus publiés en ligne (Cass. crim., 19 juin 2018, n° 15-85.073 et 17-85.742 ; *RSC* 2018, p. 724, obs. P.-J. DELAGE).

² T. corr. Paris, 9 juin 1972 ; *Gaz. Pal.* 1975, 2, p. 680 (1^{re} déc.) ; *RSC* 1976, p. 117, obs. G. LEVASSEUR, estimant que le délit est instantané, la prescription courant donc au jour du premier fait de publication.

³ V. not., Cass. crim., 9 juill. 1996, n° 95-83.418 ; Cass. crim., 16 juin 2010, n° 09-85.942, jugeant le délit instantané. V. toutefois, Cass. crim., 20 févr. 1997, n° 96-81.613 ; *Rev. sociétés* 1997, p. 572, note B. BOULOC, validant l'appréciation des juges du fond selon lesquels la date à laquelle la partie civile « était en mesure de constater les faits dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique ». V. aussi, W. JEANDIDIER, « Fasc. 60 : Sociétés. – Infractions relatives à l'établissement et à la présentation des comptes sociaux », *op. cit.*, n° 52, estimant qu'à la différence de ce qui a pu être observé en matière d'infractions de presse, « le délit ne se renouvelle normalement pas à chaque acte de publication ou de présentation et c'est le premier acte de publication ou de présentation qui est le point de départ unique de la prescription ». Cela n'exclut pas que la publication du bilan, succédant à présentation, fasse courir une nouvelle prescription (Cass. crim., 31 oct. 2000, n° 00-80.581 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 20, obs. J.-H. ROBERT). On notera qu'en l'occurrence, les solutions dégagées pour une publication valent pour une communication non publique (v. *supra* n° 280).

⁴ Cass. crim., 2 juill. 1980, *Bull. crim.* n° 211 ; *Gaz. Pal.* 1981, 1, p. 232, obs. J. LARGUIER.

⁵ Cass. crim., 17 janv. 2006, n° 05-86.451, *Bull. crim.* n° 21 ; *JCP G* 2006, II, 10120, note B. BOULOC. *Adde* : V. MALABAT, « Fasc. 20 : Publicité réglementée », *op. cit.*, n° 82 : « La solution est évidemment contestable en ce qu'elle fait du délit une infraction continue qui se poursuit tant que la publicité illicite reste accessible au public alors [...] que la mise dans le public d'un document est un fait instantané [...]. Une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point aurait donc vraisemblablement quelques chances de prospérer ».

⁶ Par ex. : Cass. crim., 4 nov. 2008, n° 08-81.618 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 24, obs. J.-H. ROBERT ; Cass. crim., 24 mars 2015, n° 14-82.166. La solution peut se justifier lorsque le délit prend une forme clandestine, ce que la nouvelle désignation de l'infraction (« pratiques commerciales trompeuses ») permet, mais s'avère discutable lorsqu'il est constitué à travers une communication publique.

⁷ Par ex. : C. env., art. L. 581-34, I, incriminant « le fait d'apposer, de faire apposer ou de maintenir après mise en demeure une publicité, une enseigne ou une pré-enseigne ». Dès lors, « la prescription de l'action publique ne court qu'à partir du jour où la publicité, l'enseigne ou la pré-enseigne [...] est supprimée ou mise en conformité avec les dispositions auxquelles il est contrevenu » (C. env., art. L. 581-38). C'est dire, sans ambiguïté, que l'infraction devient continue, le cas échéant. Dans la mesure où le législateur règle lui-même la question, cette solution peut être appréciée favorablement, au regard du principe de légalité.

⁸ C. proc. pén., art. 43 et 52.

commise sur le territoire national¹ font toutes référence à la « *résidence* » du mis en cause, au « *lieu d'arrestation* » de ce dernier ou au « *lieu de l'infraction* ». Or, c'est surtout le dernier lieu évoqué qui peut s'avérer difficile à déterminer lorsque l'infraction réprime une communication publique². En effet, dès lors qu'une communication consiste en un processus de transmission³, le message, émis à partir d'un endroit déterminé, est généralement reçu dans un autre. Surtout, dès lors que ce n'est pas la réception du message mais son émission qui consomme l'infraction⁴, le lieu de l'infraction devrait *a priori* coïncider avec le lieu d'émission et non avec le lieu de réception. Une telle solution était, en substance, retenue par l'article 12 de la loi du 26 mai 1819⁵. Elle ne fut toutefois pas reprise par la loi du 29 juillet 1881. Le droit commun recouvrait donc son emprise, ce que confirma d'emblée une circulaire du garde des Sceaux de l'époque, selon laquelle la juridiction compétente devenait « *avec celle de la résidence de l'inculpé, celle du lieu du délit, c'est-à-dire de tous les lieux dans lesquels l'ouvrage délictueux a été publié* »⁶. La jurisprudence appliqua alors de façon constante cette solution⁷, passant outre le vice conceptuel d'une telle analyse au regard de la structure rappelée de l'infraction de presse⁸ et renvoyant à la procédure de règlement des juges pour résoudre son

¹ C. proc. pén., art. 382.

² En l'occurrence, la communication *privée* soulève parfois aussi des questions de compétence territoriale, mais sur le plan procédural. Si les enquêteurs n'ont classiquement compétence que pour enquêter sur le territoire national (C. proc. pén., art. 694 et s.) et doivent en principe se plier aux exigences de l'entraide pénale lorsque l'enquête prend une dimension internationale (V. aussi, C. proc. pén., art. 706-95, al. 2), la communication privée par voie électronique présente néanmoins des particularités techniques qui peuvent amener les juges à la rattacher artificiellement au territoire national : v. Cass. crim., 20 juin 2018, n° 17-86.657, rappelant à l'ordre des juges du fond ayant validé des interceptions de communications au motif que celles-ci avaient pu être obtenues par l'intermédiaire d'un opérateur téléphonique français et avaient dès lors nécessairement transité sur le réseau d'un opérateur de téléphonie français, sans démontrer précisément en quoi les communications avaient « *transité par le territoire national* ». On notera par ailleurs que les enquêteurs projetant d'intercepter des correspondances électroniques dans un pays de l'Union Européenne doivent respecter une procédure spécifique (C. proc. pén., art. 100-8 et 706-95, al. 2), consistant pour l'essentiel en une *notification* de l'autorité étrangère quant à la réalisation de l'acte (comp. C. proc. pén., art. 18 al. 4, exigeant un *accord* de l'autorité étrangère pour que des auditions soient réalisées sur son territoire).

³ V. *supra* n° 86.

⁴ V. *supra* n° 319.

⁵ La disposition énonçait qu'un prévenu ne pouvait être attrait « *que devant les juges du lieu où le dépôt aura été opéré* » ou, si les formalités de dépôt n'avaient pas été respectées, « *dans les lieux où les écrits et autres instruments de la publication auront été saisis* ». Pour la doctrine de l'époque, une telle dérogation au droit commun était tout à fait justifiée, au regard du risque que l'auteur fût « *obligé d'aller se défendre souvent à deux cents lieues de sa résidence et de l'endroit où il avait voulu faire la publication* » (J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 2, *op. cit.*, p. 10).

⁶ Citée par T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, *op. cit.*, n° 556, p. 478.

⁷ Cass. crim., 5 janv. 1894 ; D. 1897, 1, p. 42, note L. SARRUT ; Cass. crim., 1^{er} juill. 1953, *Bull. crim.* n° 228 ; Cass. crim., 3 févr. 2009, *Bull. crim.* n° 26 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 61, obs. M. VÉRON.

⁸ J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, 2011, n° 214, p. 212.

inconvenient pratique¹. Elle fut même étendue aux diffusions opérées par radiodiffusion², à la télévision³, ou encore sur Internet⁴. Alors que le caractère public de la communication aurait dû logiquement conditionner la mise en œuvre des poursuites en localisant l'infraction au lieu de l'émission du message, le lieu de réception peut ainsi être pris en compte ; la solution s'avère répressive⁵. Surtout, il pourrait être pertinent de fonder la solution en évoquant le récepteur de la communication et non le lieu de réception, ce qui ressort de l'analyse des solutions dégagées lorsque la publication présente un élément d'extranéité.

326. Quant aux règles de compétence extraterritoriale, les titres de compétences prévues par les dispositions pénales sont nombreux⁶. La communication publique, dès lors qu'elle se joue des frontières, entretient surtout des rapports complexes avec les règles prévues par l'article 113-2 du Code de procédure pénale, réputant en son alinéa second l'infraction commise en France « *dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu en France* ». Cet article consacre la théorie dite de « *l'ubiquité* », au sens où il permet de poursuivre l'infraction « *aussi bien au lieu où l'action s'est réalisée qu'au lieu où son résultat s'est produit ou aurait dû se produire* »⁷, engendrant ainsi un « *territorialisme de fiction* »⁸ et permettant aux juridictions « *soucieuses d'assouvir leur soif de compétence* » de faire preuve d'un « *opportunisme répressif* »⁹. Plus précisément, les juges ont pu interpréter de façon très extensive la notion de « *fait constitutif* », profitant du fait qu'elle ne se confond pas avec celle d'*élément* constitutif. La communication publique a pu, dès lors, être décomposée de deux façons distinctes.

¹ Cass. crim., 16 mai 1936, *Gaz. Pal.* 1936, 2, p. 314. *Adde* : C. proc. pén. art. 658. En revanche, si la diffusion est effectuée en des temps et lieux différents, par une même personne ou des personnes distinctes, elle doit pouvoir être poursuivie plusieurs fois (en ce sens, Cass. crim., 29 oct. 1953 ; *D.* 1954, p. 381, rapp. M. PATIN).

² Cass. crim., 8 oct. 1979, *Bull. crim.* n° 272.

³ Cass. crim., 5 déc. 2000, n° 99-85.361, *Dr. pén.* 2001, comm. 44, obs. M. VÉRON ; *CCE* 2001, comm. 104, obs. A. LEPAGE. *Comp.*, en matière civile, où il est question de « *lieu du fait dommageable* » (C. proc. civ., art. 46), Cass. 2° civ., 25 oct. 1995, *Bull. civ.* II, n° 255.

⁴ CA Limoges, 8 juin 2000 ; *Bull. inf. C. cass.* 15 févr. 2001, n° 529.

⁵ E. DREYER, *op. cit.*, n° 1443, p. 795.

⁶ Sur les rapports tenus entre infractions de presse et règles de compétence extraterritoriale, qu'il s'agisse de la compétence personnelle active (C. pén., art. 113-6) ou passive (C. pén., art. 113-7), voire de la compétence universelle (C. pén., art. 113-10 et C. proc. pén., art. 689), v. T. BESSE, *op. cit.*, n° 548 et s. Sur l'inapplication de ces règles dans le contentieux de la contrefaçon, v. A. LUCAS-SCHLOËTTER, H.-J. LUCAS et A. LUCAS, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, *op. cit.*, n° 1727 et s.

⁷ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1899, p. 1408. Elle combine donc deux autres théories, celle de l'« *émission* », attachée au comportement de l'auteur, et celle de la « *réception* », riviée à son résultat. Sur les avantages et inconvénients de ces théories, v. *ibid.*

⁸ A. HUET et R. KOERING-JOULIN, « Fasc. 403-10 : Compétence des tribunaux répressifs français et de la loi pénale française », *J.-Cl. Droit international*, 2013 (màj. 2020), n° 44.

⁹ *Ibid.*, n° 54.

En premier lieu, les juges ont pu opérer une décomposition « juridique » du processus de communication publique, au sens où les différentes étapes de celui-ci ont été rattachées à des concepts bien connus de droit pénal général, pouvant véritablement prétendre à la qualification de « fait constitutif »¹. Remontant l'*iter criminis*, la Cour de cassation a, d'une part, pu distinguer les *actes préparatoires* de la communication du processus d'émission à proprement parler. Ainsi, en matière de publicité fautive ou de nature à induire en erreur, la Haute juridiction a-t-elle estimé que l'étiquetage de bouteilles – acte préparatoire de la distribution de celles-ci –, effectué en France, permettait de rattacher l'infraction au territoire national alors même que les bouteilles devaient être revendues aux Pays-Bas². On peut, de même, concevoir que la reproduction d'une œuvre en France, précède sa diffusion dans un autre pays³. Ces hypothèses sont néanmoins marginales et il serait excessivement sévère de transposer cette logique aux publications classiques, dès lors que cela reviendrait par exemple à réputer la simple rédaction d'un message comme étant un fait constitutif de l'infraction. La doctrine souligne l'obstacle probatoire que rencontreraient les juges s'ils se laissaient tenter par une telle interprétation⁴.

Plus souvent, la jurisprudence opère, d'autre part, une dissociation entre l'acte de diffusion et ses conséquences sur la victime. Autrement dit, le *préjudice* engendré par la communication, s'il survient en France, permet alors l'application de la loi pénale nationale. Une telle approche prospérait naguère en matière de contrefaçon, la jurisprudence mettant l'accent sur l'atteinte aux droits de l'auteur lorsque les ayant droits résidaient en France⁵. La solution fut très critiquée, dès lors qu' « admettre que le lieu du préjudice détermine la compétence de la loi pénale, c'est reconnaître que le droit pénal a pour fonction la protection d'intérêts privés alors que sa finalité est de protéger et réparer les atteintes à l'ordre public »⁶. En effet, le préjudice est avant tout une notion de droit civil, laquelle devrait rester étrangère au

¹ Une telle décomposition est comparable à celle opérée par le législateur à l'égard de certaines infractions (v. *infra* n° 438 et 447).

² Cass. crim., 15 mai 2001, *Bull. crim.* n° 122 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 118, obs. J.-H. ROBERT.

³ En ce sens, E. DREYER, « La loi pénale applicable à la contrefaçon littéraire ou artistique », in *Mélanges André Lucas*, LexisNexis, 2014, p. 251, n° 8. L'auteur analyse néanmoins cette hypothèse sous l'angle de l'infraction de conséquence et estime que la loi pénale française « sera par exemple applicable à une reproduction sans droits d'exemplaires commis en Belgique s'il s'accompagne de leur débit en France, car l'infraction primaire (reproduction sans droit) est alors un fait constitutif de l'infraction secondaire (débit) ».

⁴ J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, *op. cit.*, n° 214, p. 210.

⁵ Cass. crim., 2 févr. 1977, n° 75-90.944, *Bull. crim.* n° 41 ; Cass. crim., 6 juin 1991, *Bull. crim.* n° 240.

⁶ P. BELLOIR, « L'application des règles de procédure pénale aux infractions commises sur le réseau Internet », *Légalis.net*, 2002/2, p. 10.

droit pénal¹. Plus encore, cela revient « à dénaturer une infraction simple en localisant dans l'espace comme s'il s'agissait d'une infraction complexe »². La solution a donc été abandonnée au profit d'un autre critère, avant d'être remise au goût du jour par le législateur, comme on le verra.

En second lieu, la jurisprudence a parfois tendance à opérer une décomposition « factuelle » du processus de communication, tenant à distinguer l'émission du contenu et sa réception sans nécessairement rattacher la réception à un quelconque concept de droit pénal général ; on retrouve ici la logique tendant à localiser l'infraction commise sur le territoire français³. Ainsi, dès 1908, la chambre criminelle a retenu que la loi française était applicable dès lors que le support de la publication était accessible sur le territoire français⁴. La solution, énoncée à propos de publications de presse⁵ ou d'ouvrages⁶ élaborés dans un pays étranger, a surtout commencé à interroger lorsqu'elle fut étendue aux diffusions réalisées sur Internet⁷, notamment dans l'affaire « Yahoo ! »⁸. Au regard du caractère illimité de la diffusion permise par ce médium, le « critère de l'accessibilité »⁹ du contenu sur le territoire français a pu être analysé comme conférant aux juridictions françaises une compétence « universelle », au sens non technique du terme¹⁰. Si certains ont pu louer la possibilité de faire rayonner certaines valeurs sociales en appliquant la loi française à tout contenu litigieux au sens de la loi nationale¹¹, ou encore la responsabilisation de l'internaute induite par une telle solution, celui-ci ne pouvant ignorer la portée de la diffusion qu'il effectue¹², ce sont surtout les excès du raisonnement qui ont été dénoncés. Sur le plan technique, d'aucuns ont soulevé le risque d'une

¹ En ce sens, V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction », in *Mélanges en l'honneur de Jacques-Henri Robert*, LGDJ, 2012, p. 453.

² E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1905, p. 1411.

³ V. n° précédent.

⁴ Cass. crim., 30 avr. 1908 ; S. 1908, I, p. 553.

⁵ Comp., CA Paris, 2 nov. 2000 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 42, obs. M. VÉRON, préc., appliquant ce raisonnement au délit de diffusion d'une image obtenue en violation de l'intimité de la vie privée d'autrui (C. pén., art. 226-2), alors que la photographie avait été, en l'espèce, prise à l'étranger. V. aussi Cass. crim., 3 avr. 2013 ; *Gaz. Pal.* 21-23 juill. 2013, p. 25, obs. E. DREYER, invoquant la solution pour des publications rédigées en langue étrangère.

⁶ TGI Paris, 17^e ch., 13 déc. 1999, préc., à propos de l'envoi d'ouvrages à de nombreux parlementaires français, la mise sous pli ayant eu lieu à l'étranger.

⁷ TGI Paris, 17^e ch., 13 nov. 1998, *Unadif c/ Faurisson* ; *Légipresse* 1999, n° 163.

⁸ TGI Paris, 17^e ch., 26 févr. 2002, préc. ; conf., CA Paris, 11^e ch., 17 mars 2004 ; CCE 2005, comm. 72, obs. A. LEPAGE.

⁹ L. PECH, « Fasc. 28 : Conflit de lois et compétence internationale des juridictions françaises », *J.-Cl. Communication*, 2018, n° 42.

¹⁰ V. not., J.-P. HUGOT, « La compétence universelle des juridictions françaises en matière délictuelle : vers des "enfens numériques" ? », *Légipresse*, 2007, n° 185, p. 119.

¹¹ M. VIVANT, « Cybermonde : Droit et droits des réseaux », *JCP*, 1996, I, 401, estimant que « l'hésitation à utiliser l'arme pénale existante relèverait tout simplement [...] de la complicité ». V. aussi, J. HUET, E. DREYER, op. cit., n° 215, p. 215, évoquant une « harmonisation par le haut » des législations pénales.

¹² A. HUET, « Le droit pénal international et Internet », *LPA*, 1999, n° 224, p. 39.

prolifération des conflits positifs de juridictions entre différents États¹, l'incohérence de la solution au regard de la structure de l'infraction de presse², ou encore l'atteinte au principe de légalité résultant de l'impossibilité pour un justiciable de connaître les législations du monde entier³. Sur le plan axiologique, la solution fut taxée d' « *ethnocentrisme* »⁴. Au surplus, on notera que les juges ont également pu appliquer la loi française au *complice* contribuant à la communication publique depuis l'étranger, dès lors que le critère de l'accessibilité sur le territoire national était rempli⁵.

Afin de remédier aux vices de la solution exposée, la jurisprudence tenta, récemment, d'adopter une approche plus exigeante pour les contenus faisant l'objet d'une diffusion sur Internet à l'étranger. Cette approche consiste à vérifier que le contenu soit, non seulement diffusé sur le territoire national, mais aussi qu'il vise le « *public français* », ce que la doctrine civiliste fut la première à désigner comme le critère de la « *focalisation/destination* »⁶. En matière pénale, le raisonnement fut introduit à l'occasion d'affaires de contrefaçon⁷. Cette approche exigeante s'est toutefois avérée difficile à mettre en œuvre⁸, si bien que la chambre criminelle est allée plus loin et a appliqué, dans la foulée, la solution pouvant sembler la plus logique sur le plan juridique⁹, à savoir l'exclusion de toute application de la loi pénale française

¹ J. FRANCILLON, « Le droit pénal face à la cyberdélinquance et à la cybercriminalité », *RLDI* 2012, n° 81, p. 99.

² E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 1419, p. 783, soulignant que l'infraction de presse, en tant qu'infraction formelle, est consommée par le seul acte de publication, indépendamment de ses conséquences.

³ J. FRANCILLON, art. préc. Dans le même sens, E. DREYER, *op. cit.*, *loc. cit.* ; E. DERIEUX, *Droit des médias*, *op. cit.*, n° 3368, p. 853.

⁴ L. PECH, *op. cit.*, n° 88. V. aussi, E. DREYER, *op. cit.*, *loc. cit.*, évoquant le « *reproche d'arrogance que cette prétention universaliste ne manquait pas de susciter* ».

⁵ Cass. crim., 30 avr. 1908, S. 1908, I, p. 553, préc. *Adde* : E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1930, p. 1426 : « *La logique purement répressive d'une telle solution la rend difficile à défendre* ».

⁶ V. L. PECH, *op. cit.*, n° 21 et 94, établissant le lien entre cette approche et le concept de *forum non conveniens* en droit international privé. *Adde*, O. CACHARD, « Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *RLDI* août-sept. 2010, suppl. au n° 63, n° 2098.

⁷ Cass. crim., 9 sept. 2008, n° 07-87.281, reprochant notamment aux juges du fond de ne pas avoir répondu aux conclusions du prévenu selon lesquelles le site Internet « *était exclusivement rédigé en langue italienne et n'était pas destiné au public du territoire français, aucune commande du quotidien ne pouvant être effectuée à partir du territoire français* » et de ne pas avoir vérifié « *si les faits avaient été commis en France dès lors que la perpétration de la contrefaçon sur le territoire français est un élément constitutif de cette infraction* ». V. aussi, Cass. crim., 14 déc. 2010, n° 10-80.088, *RSC* 2011, p. 651, obs. J. FRANCILLON, estimant que les juges du second degré n'avaient pas établi que le site « *était orienté vers le public français [...]* ». Comp., déjà, Cass. crim., 22 mai 1997, n° 94-85.933, *Bull. crim.* n° 198, jugeant que le délit d'organisation de loterie prohibée était caractérisé par le fait de susciter une espérance de gain « *chez des joueurs français* » par la diffusion, depuis l'étranger, de bulletins de concours sur le territoire national.

⁸ D. CHILSTEIN, « Le droit de la communication à l'épreuve du droit pénal international », *Légicom*, 2014, n° 52, p. 56.

⁹ E. DREYER, « La loi pénale applicable à la contrefaçon littéraire ou artistique », art. préc., note 8 : « *elle coïncide avec la solution retenue à l'article L. 122-2-1 du Code de la propriété intellectuelle, qui consacre la théorie de l'émission en matière de télédiffusion d'œuvre par satellite* ».

lorsque la diffusion était opérée depuis l'étranger¹. En d'autres termes, la théorie de l'émission finissait par être mise à l'honneur et le caractère public de la communication conditionnait bel et bien la mise en œuvre des poursuites pénales du fait de sa structure particulière. La solution fut étendue aux infractions de presse². À la critique d'un impérialisme juridique succéda toutefois inévitablement celle d'une répression insuffisamment sévère³, ce qui explique sans doute l'intervention du législateur.

En effet, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, inspirée par un rapport insistant sur la nécessité d'une répression efficace des diffusions illicites opérées sur Internet depuis l'étranger⁴, a introduit un nouvel article 113-2-1 au sein du Code pénal, disposant que tout crime ou délit « *réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République* ». En d'autres termes, le législateur rétablit une approche similaire à celle tenant à raisonner sur le préjudice, terme d'ailleurs évoqué par la disposition, si ce n'est que ce préjudice n'aura pas à être prouvé. Il s'agit simplement, en l'occurrence, de réputer l'infraction commise sur le territoire français dès lors que la personne concernée par un propos litigieux est française⁵. Un auteur a pu mettre l'accent sur le compromis introduit par une telle solution, en ce que, au regard du principe de légalité, « *l'auteur de la mise en ligne n'a pas à respecter potentiellement toutes les lois du monde, compte tenu de l'accessibilité mondiale du message que permet le réseau, mais la loi du pays où la personne mise en cause par son message est installée* »⁶. Il se rapprocherait par ailleurs du critère de la focalisation évoqué précédemment, en ce qu'il est « *vraisemblable que c'est au public sur le territoire duquel la victime est installée que le publicateur a voulu s'adresser* »⁷. Sur le plan conceptuel toutefois, ce critère est moins satisfaisant que son prédécesseur, ce qui appelle quelques réflexions.

¹ Cass. crim., 29 nov. 2011, *Bull. crim.* n° 240 ; *RSC* 2012, p. 167, obs. J. FRANCILLON.

² Cass. crim., 12 juill. 2016, n° 15-86.645 ; *Légipresse* 2016, p. 532, obs. S. DETRAZ ; *RSC* 2016, p. 535, obs. J. FRANCILLON ; Cass. crim., 6 mars 2018, n° 16-87.533 ; *RSC* 2019, p. 109, obs. E. DREYER ; Cass. crim., 19 juin 2018, n° 17-86.604 ; *RSC* 2019, p. 109, obs. E. DREYER.

³ V. not., J. FRANCILLON, obs. ss. Cass. crim., 14 déc. 2010, préc., regrettant que « *ces solutions restrictives [...] affaiblissent la répression dans un domaine sensible* ».

⁴ M. ROBERT, « Protéger les internautes. Rapport sur la cybercriminalité », févr. 2014, p. 210 et s.

⁵ E. DREYER, *Droit de la communication, op. cit.*, n° 1422, p. 785. On notera par ailleurs que se placer sur le terrain du principe de territorialité permet d'éviter les contraintes liées aux règles de compétence personnelle (v. en ce sens, R. PARIZOT, « Loi du 3 juin 2016 : aspects obscurs de droit pénal général », *RSC*, 2016, p. 376 ; D. REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, 3^e éd., 2019, n° 52, p. 37.

⁶ E. DREYER, *op. cit.*, n° 1423, p. 786.

⁷ *Ibid.*

Le critère de la focalisation est évidemment le plus intéressant, dans le cadre de cette étude, puisqu'il invite à prendre en compte la notion de « *public français* ». Le substantif « *public* », dont on sait qu'il est au cœur de l'approche conceptuelle de l'opposition privé-public¹, est ainsi mis à l'honneur par cette construction. Sur le plan juridique, cette approche permettrait par ailleurs de rendre l'appréciation des juges moins factuelle. Dès lors que l'on admet que le public destinataire peut être analysé comme une condition préalable de l'infraction, retenir le critère de la focalisation permet de présenter le public français comme un « *fait constitutif* » au sens de l'article 113-2 du Code pénal, distinct de la diffusion opérée depuis l'étranger. Or, il est acquis que la condition préalable peut être analysée comme un tel fait constitutif, quoique la solution puisse être critiquée, la condition préalable jouant alors à contre-emploi². La doctrine, focalisée en matière de contrefaçon sur la question de savoir si l'œuvre, autre condition préalable de l'infraction, doit être appréhendée au regard du droit étranger ou du droit français³, n'a jamais analysé le public sous l'angle de la condition préalable. Pourtant, cette approche semble des plus cohérentes.

Afin de s'en convaincre, on peut préciser que l'un des avantages attachés à la théorie de la focalisation est de pouvoir s'assurer que l'émetteur du contenu avait bien conscience qu'il allait diffuser un contenu en France⁴, ce qui revient à dire que la connaissance du fait, inhérente à la définition de l'élément moral de l'infraction, était bien caractérisée en l'espèce. Or, on le sait, analyser la connaissance du fait revient à déterminer la conscience qu'a l'auteur de l'infraction de viser la condition préalable prévue par le texte d'incrimination⁵. Dès lors, de la même manière que le voleur doit véritablement avoir conscience que la chose qu'il soustrait ne lui appartient pas et que l'auteur d'une atteinte sexuelle sur mineur doit être au fait de cette minorité, le publicateur étranger doit savoir qu'il s'adresse à un public français⁶. On ajoutera

¹ V. *supra* n° 30.

² En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, estimant qu'en principe « *la condition préalable n'est [...] pas attributive de compétence pénale* » (n° 227, p. 199) et considérant que la jurisprudence « *méconnaît dans certains cas la neutralité de la condition préalable lorsque le seul lien de rattachement de l'infraction avec la France tient à cette condition* » (n° 228, p. 201).

³ V. not., A. LUCAS-SCHLOËTTER, H.-J. LUCAS et A. LUCAS, *op. cit.*, n° 1722, p. 1321, précisant toutefois que le débat semble à présent réglé et qu'au regard de la jurisprudence la plus récente, la *lex loci protectionis* « *coïncide désormais avec la loi pénale compétente selon l'article 113-2, alinéa 1^{er}, du Code pénal* ».

⁴ J.-P. HUGOT, « *La compétence universelle des juridictions françaises en matière délictuelle : vers des "enfes numériques" ?* », art. préc., p. 122.

⁵ L'auteur du contenu devrait donc pouvoir, le cas échéant, invoquer l'erreur de fait pour démontrer que la diffusion de son propos lui a échappé. Comp., J. HUET, E. DREYER, *Droit de la communication numérique*, *op. cit.* n° 215, p. 216, préconisant, quant à eux, « *une interprétation large de l'erreur sur le droit* ».

⁶ En ce sens, L. PECH, *op. cit.*, n° 89 : « *il est possible de considérer plus souhaitable que soit mieux caractérisée in concreto la commission de l'un des faits constitutifs du délit sur le territoire français, c'est-à-dire établir que*

que les indices ne manquent pas pour établir cette connaissance, de l'utilisation de la langue française¹ à la monnaie utilisée pour la facturation de la mise à disposition du contenu² en passant par la présence d'une adresse URL se terminant par « .fr »³ ou encore, bien évidemment, la résidence habituelle de l'auteur en France⁴ ; le risque d'insécurité juridique associé à cette approche⁵ pourrait alors être relativisé. Il n'est donc pas si surprenant, *in fine*, que la jurisprudence postérieure à la loi du 3 juin 2016 manifeste toujours son attachement à la théorie de la focalisation, quoique les juges puissent se sentir contraints d'avancer masqués⁶. En toute hypothèse, la portée de l'innovation légale est limitée, dès lors que « *les contraventions sont exclues du champ d'application, donc toutes les diffamations, injure et provocation non publique commises sur les réseaux* » et que « *les infractions de presse qui se commettent sans faire de victime particulière (contestation publique d'un crime contre l'humanité, apologie publique d'une infraction, diffusion publique de fausses nouvelles, etc.) ne pourront être poursuivies en vertu de ce texte ; idem pour les actes de contrefaçon lorsque l'ayant droit n'aura pu être identifié et donc sa résidence en France vérifiée* »⁷.

327. Bilan. En somme, l'opposition privé-public est au cœur de la caractérisation de l'infraction. Les lieux, réunions et communications relèvent parfois de la condition préalable de l'infraction et permettent notamment, lorsqu'ils revêtent une importance particulière, d'identifier la valeur sociale protégée par l'infraction. Cela étant, les communications se démarquent en l'occurrence. D'un côté, elles peuvent être appréhendées sous l'angle de la condition préalable, lorsqu'il s'agit de s'intéresser à leur destinataire, approche que la jurisprudence a tendance à adopter pour situer l'infraction dans l'espace. D'un autre côté, elles participent pleinement à l'élément matériel lorsque l'accent est mis sur l'acte de mise à

le prévenu a démontré par son comportement ou la réalisation d'un fait quelconque qu'il vise effectivement à toucher le public français » V. toutefois, E. DREYER, *Droit de la communication, op. cit.*, n° 1422, p. 785, précisant à l'égard de l'art. 113-2-1 C. pén. : « *Cette localisation est a priori objective, elle ne dépend pas de la connaissance effective qu'a eue l'agent de l'endroit où se trouvait sa victime* ».

¹ En ce sens, B. AUROY, « La localisation des infractions commises sur Internet ou la délicate rencontre entre la loi du 29 juillet 1881 et les nouvelles technologies », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 618.

² J.-P. HUGOT, *art. préc., loc. cit.*

³ T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique, op. cit.*, n° 568, p. 487.

⁴ *Ibid.*

⁵ J. FRANCILLON, *obs. ss. Cass. crim.*, 12 juill. 2016, n° 15-86.645, *préc.*

⁶ *Cass. crim.*, 23 janv. 2018, n° 17-80.323 ; *RSC* 2019, p. 109, *obs. E. DREYER*. Pour l'annotateur de l'arrêt, la Cour « *semble retenir l'argument de la focalisation* », ce qui constituerait « *un désaveu du choix ainsi fait par le législateur* ». Les termes de la décision sont toutefois ambigus et il n'est pas certain que la loi du 3 juin 2016 fût applicable à l'espèce. Cela étant, rien n'empêchait les juges de s'inspirer de son esprit si ce n'est, précisément, une hostilité à l'égard de la solution introduite par le législateur.

⁷ E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 1918, p. 1419.

disposition, lequel entraîne la consommation de l'infraction et permet aux juges d'identifier le point de départ de la prescription. Dans tous les cas, en l'absence de la condition préalable ou de l'élément matériel, l'infraction n'est pas constituée, d'où une limitation négative de la répression pénale. La limitation est, au contraire, positive lorsque le partage privé-public intervient au stade de la neutralisation de l'infraction.

§2. L'exclusion positive par la neutralisation de l'infraction

328. Au regard de la neutralisation de l'infraction, il est frappant de constater que ce sont exclusivement les notions spécifiques issues de l'opposition privé-public¹ qui se trouvent intégrées à la définition d'immunités ou de faits justificatifs, par exemple le « *lieu habité* » dans le cadre de la légitime défense nocturne². Comme en matière de condition préalable de l'infraction³, il est donc davantage question ici d'un *dépassement* de cette opposition, c'est-à-dire de l'accentuation du caractère privé ou public d'un lieu, d'une réunion ou d'une communication, que de l'exacerbation de l'opposition entre ces caractères. En l'occurrence, il s'agit toutefois moins, pour le législateur, d'identifier des biens juridiques à protéger, que de concéder des aires où la transgression de certains interdits est ponctuellement autorisée. Il s'agit, pour l'essentiel, de permettre à certaines activités collectives ou sociales prohibées de prendre place, à titre exceptionnel, dans un cadre déterminé, d'où le rôle particulier mais conséquent du caractère public en la matière (A). En revanche, lorsqu'il s'agit de favoriser la commission de certains actes en privé, conditionner la caractérisation du comportement considéré à une publicité est la solution la plus courante⁴, si bien que le rôle du caractère privé, au regard de la neutralisation de l'infraction, ne peut qu'être limité à des cas très particuliers (B).

A. Le rôle particulier du caractère public au regard de la neutralisation de l'infraction

329. Neutralisation et lieux publics. Les lieux publics particuliers n'entretiennent que des rapports ponctuels avec la neutralisation de l'infraction. Sous l'Ancien droit, on peut relever

¹ V. *supra* n° 238 et s.

² V. *infra* n° 333.

³ V. *supra* n° 316.

⁴ V. *supra* n° 313 et s.

que « l'abandon ou l'exposition d'enfant ne constituait pas une infraction dans la mesure du moins où le nouveau-né avait été laissé "dans un lieu fréquenté et avec précautions suffisantes", de telle manière qu'il pût être recueilli et sauvé »¹. Tous les lieux publics n'étaient donc pas concernés. Surtout, le législateur d'alors se voulait pragmatique ; il ne s'agissait pas de remettre en cause la gravité du comportement en question, mais de ne pas laisser la répression engendrer des avortements et des infanticides. En l'occurrence, le caractère public du lieu était pris en considération car son accessibilité favorisait la possibilité que l'enfant abandonné soit recueilli. On retrouve en partie cette logique aujourd'hui avec l'accouchement « sous X »², la garantie de l'anonymat s'étant substituée à l'exception spatiale évoquée.

En droit positif, on peut évoquer, en premier lieu, le cas des « salles de consommation à moindre risque », souvent désignées en pratique comme des « salles de shoot ». De tels lieux peuvent être analysés comme des lieux publics puisque tout consommateur de stupéfiants qui le souhaite peut y accéder. Plus précisément, le rôle du caractère public du lieu est bel est bien particulier en ce qu'il s'agit, notamment, d'endiguer la dégradation des lieux publics par les consommateurs de stupéfiants en les plaçant sous le regard – bienveillant, en l'occurrence – de l'autorité publique, dans un lieu accessible mais déconnecté de la voie publique. Les salles évoquées ont été instaurées à titre expérimental par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016, et ce, pour une durée maximale de six ans. D'inspiration étrangère, cette mesure découle d'une politique dite de « réduction des risques »³. D'un point de vue technique, la loi introduit, d'une part, une immunité pénale à l'égard du consommateur de stupéfiants⁴, cette immunité ne jouant « que dans l'enceinte de la salle de shoot, sorte de terre d'asile où le droit pénal suspend l'incrimination (une zone de non-droit, protestent les détracteurs des salles de shoot) »⁵.

¹ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 186, p. 375.

² C. civ., art. 326.

³ P. MORVAN, « La salle de shoot : lieu d'asile en droit pénal », *Dr. pén.*, 2016, étude 7, n° 1 : « Il s'agit de lieux où l'on enseigne des règles d'hygiène aux toxicomanes (lavage des mains, désinfection), on met à leur disposition du matériel stérile (seringues, cuillères, filtres, eau), on supervise l'injection des produits stupéfiants (héroïne, cocaïne ou médicaments) en enseignant parfois des techniques plus sûres et où on oriente les usagers vers des structures de soins ou de traitement de la dépendance et les services sociaux ».

⁴ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016, art. 43, II : « La personne qui détient pour son seul usage personnel et consomme des stupéfiants à l'intérieur d'une salle de consommation à moindre risque créée en application du présent article ne peut être poursuivie pour usage illicite et détention illicite de stupéfiants ».

⁵ P. MORVAN, art. préc., n° 5. L'analogie avec l'asile est intéressante, mais c'est essentiellement sur le plan procédural que cette institution jouait un rôle du temps de son existence (v. *infra* n° 482). Or, la loi ne dit rien sur l'éventuelle inviolabilité de ce lieu, opposable aux enquêteurs, ce qui conduit d'ailleurs l'auteur à aborder une question voisine : « Le principe de loyauté des preuves ou de la procédure interdit-il à la police d'appréhender un usager à l'entrée, à la sortie ou à proximité immédiate d'une salle de shoot ? En pratique, des consignes de tolérance sont données aux policiers afin de ne pas entraver le fonctionnement de cette structure légale ». Plus largement, l'idée de « non-droit » est à relativiser, dès lors, précisément, que la pratique de la salle de shoot est strictement encadrée par la loi.

D'autre part, une immunité est aussi accordée aux professionnels de santé ou du monde médico-social¹. En toute hypothèse, la polémique est vive autour de cette pratique². Si certains sont optimistes quant à la pérennisation de ces salles³, l'avenir dira si cet usage particulier de l'opposition privé-public parviendra à faire l'objet d'un consensus.

En second lieu, on peut mentionner la liberté de se livrer à des jeux d'argent au sein de certains lieux publics. En effet, la réglementation des jeux d'argent⁴, pénalement sanctionnée, est construite sur le principe d'une prohibition générale, posée par l'article L. 320-1 du Code de la sécurité intérieure, laquelle doit s'articuler avec de nombreuses dérogations légalement définies, que l'on peut rattacher au fait justificatif général de l'autorisation de la loi⁵. Parmi ces dérogations, on trouve les jeux organisés au sein des casinos⁶. Si les casinos « à terre »⁷ ou « en mer »⁸ répondent aux conditions posées par les dispositions du Code de la sécurité intérieure, la prohibition générale des jeux d'argent et de hasard⁹ ne pourra trouver à s'y appliquer. Dans la même logique, l'article L. 320-5 du même Code dispose qu'échappent à la répression pénale les jeux d'argent et de hasard « *proposés au public à l'occasion, pendant la durée et dans l'enceinte des fêtes foraines* »¹⁰. Toutefois, on l'a démontré¹¹, les jeux d'argent et de hasard sont avant tout des réunions publiques particulières. Or, celles-ci conduisent souvent à la neutralisation d'infractions pénales diverses.

¹ Loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016, art. 43, II : « *Le professionnel intervenant à l'intérieur de la salle de consommation à moindre risque et qui agit conformément à sa mission de supervision ne peut être poursuivi pour complicité d'usage illicite de stupéfiants et pour facilitation de l'usage illicite de stupéfiants* ». Quant aux autres intervenants, dont les bénévoles, ils bénéficient d'une autorisation de la loi prévue par le Code de la santé publique (CSP, art. L. 3411-8, III). En ce sens, P. MORVAN, art. préc., n° 6.

² P. MORVAN, art. préc., n° 7 : « *le sujet est régulièrement pris en otage par une frange politique qui crie au laxisme pénal et s'offusque que l'argent des honnêtes citoyens puisse financer le vice et la délinquance* ».

³ *Ibid.*, loc. cit. : « *Mais les salles de shoot survivront en France. Les expériences étrangères montrent qu'après une phase de large concertation (entre les pouvoirs publics, les associations, la police, les habitants du quartier concerné), la polémique retombe à mesure que les effets positifs apparaissent* ».

⁴ Sur les enjeux de cette réglementation, v. *supra* n° 256.

⁵ C. pén., art. 122-4, al. 1^{er}. *Adde* : X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., n° 243 et s.

⁶ CSI, art. L. 320-6, 1^o, autorisant l'exploitation par les casinos de jeux d'argent et de hasard.

⁷ CSI, art. L. 321-1, énonçant les conditions devant être remplies pour qu'« *une autorisation temporaire d'ouvrir au public des locaux spéciaux, distincts et séparés où sont pratiqués certains jeux d'argent et de hasard [puisse] être accordée, sous les conditions énoncées au présent chapitre, aux casinos, sous quelque nom que ces établissements soient désignés* ».

⁸ CSI, art. L. 321-3, évoquant « *l'autorisation temporaire d'ouvrir au public des locaux spéciaux, distincts et séparés où sont pratiqués certains jeux d'argent et de hasard dans les conditions fixées au présent chapitre* ».

⁹ CSI, art. L. 324-1.

¹⁰ De même, v. CSI, art. L. 322-6 : « *Sont exceptés des dispositions de l'article L. 324-4 les appareils de jeux proposés au public à l'occasion, pendant la durée et dans l'enceinte des fêtes foraines* ».

¹¹ V. *supra* n° 256.

330. Neutralisation et réunions publiques. Parmi les réunions publiques entraînant la neutralisation de la répression pénale, on peut d'abord évoquer, en complément des analyses ci-dessus relatives aux lieux où les jeux d'argent et de hasard peuvent être organisés librement, les dispositions autorisant certains jeux nonobstant leur lieu de déroulement, ce qui revient à les analyser comme des réunions publiques. Ainsi, l'article L. 321-9 du Code de la sécurité intérieure fait-il échapper à la prohibition de l'article L. 320-1 du même Code les compétitions de jeux vidéo organisées en la présence physique des participants, sous réserve que soient respectées les conditions relatives, notamment, au montant total des gains et des lots proposés.

Plus largement, le divertissement est une source conséquente de neutralisation de diverses infractions, ce qui révèle l'exutoire social que les manifestations concernées peuvent représenter et auquel le législateur ne peut renoncer. Par exemple, la dissimulation du visage est autorisée lors de « *fêtes ou de manifestations artistiques ou traditionnelles* »¹. De même, il est permis de faire de la publicité pour des boissons alcooliques durant les fêtes et foires traditionnelles consacrées à des boissons alcooliques² et les combats de coqs ou la tauromachie sont autorisés lorsqu'une « *tradition locale ininterrompue peut être invoquée* »³. Dans un autre registre, il est possible de porter un costume nazi pour les besoins, notamment, « *d'un spectacle ou d'une exposition comportant une évocation historique* »⁴.

Si les mécanismes jusqu'ici évoqués relevaient de l'autorisation de la loi, d'autres réunions publiques particulières conditionnent la mise en œuvre d'*immunités*. C'est le cas des immunités parlementaire et judiciaire, définies par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881. Ces mécanismes sont anciens. L'immunité judiciaire⁵, qui concerne notamment la prise de parole de l'avocat à l'audience, existait déjà en droit romain⁶. Reprise dans la loi du 17 mai 1819 puis en 1881, ce mécanisme se fonde aujourd'hui, à titre principal⁷, sur la protection des droits de la

¹ Loi du 11 octobre 2010, art. 2. *Adde* : M. LACAZE, « La contravention du port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public », *Dr. pén.*, 2012, étude 5, n° 31, évoquant à cet égard des « *faits justificatifs spéciaux* ».

² CSP, art. L. 3323-2, 6°.

³ C. pén., art. 521-1, al. 5 ; art. R. 654-1, al. 3 ; art. R. 655-1, al. 3. V. *infra* n° 464, pour l'évolution des rapports entre ces pratiques et l'opposition privé-public.

⁴ C. pén., art. R. 645-1. Sur la démonstration que les qualifications évoquées par ces textes renvoient sans doute à des réunions publiques particulières, v. *supra* n° 256.

⁵ Loi du 29 juillet 1881, art. 41, al. 4.

⁶ J. SAUVEL, « Les immunités judiciaires, ce que l'on peut dire et écrire en justice et la police de l'audience », *Sirey*, 1956, p. 14 ; J.-L. GAZZANIGA, « Notes sur la liberté de parole de l'avocat », in *Pouvoir et Liberté, études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 39 et s.

⁷ Elle se fonde également sur la sincérité des auditions depuis son extension aux témoins et aux experts auditionnés (v. not., Cass. crim., 4 juin 1975, *Bull. crim.* n° 145 ; Cass. crim., 14 nov. 2006, n° 06-83.120, *Bull. crim.* n° 283 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 32, note M. VÉRON). Pour une analyse critique, v. E. RASCHEL, « Fasc. 136 : Les immunités. Article 41 de la loi du 29 juillet 1881 », *op. cit.*, n° 53 et s.

défense¹, la liberté de parole et d'argumentation des avocats s'étant vu reconnaître la valeur de principe fondamental reconnu par les lois de la République². Quant à l'immunité parlementaire, laquelle s'applique pour l'essentiel aux propos tenus lors des réunions des assemblées parlementaires³, elle émerge dès la Révolution française⁴, avant d'être elle aussi consacrée par les lois sur la presse par la suite, ainsi que par l'article 26 de la Constitution. En l'occurrence, c'est la séparation des pouvoirs⁵ et la liberté des débats parlementaires⁶ qui fondent cette immunité. La nature juridique de ces mécanismes continue d'interroger la doctrine⁷. En toute hypothèse, les propos ou écrits diffusés en dehors du prétoire⁸ ou des assemblées parlementaires⁹ restent pénalement répréhensibles, ce qui est contesté par ceux qui réclament

¹ *Ibid.*, n° 7

² Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, § 50 à 52.

³ Loi du 29 juillet 1881, art. 41, al. 1^{er} et 3. Sur les contours incertains de ces réunions publiques, v. *supra* n° 261. On notera, par ailleurs, qu'une immunité du même acabit est reconnue aux parlementaires européens (v. Protocole sur les privilèges et immunités des communautés européennes du 8 avril 1965, art. 9), mais pas aux conseillers des assemblées locales, ce que d'aucuns considèrent contraire aux exigences européennes (E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, note 4, p. 957).

⁴ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, *op. cit.*, n° 17, p. 23.

⁵ E. DREYER, *op. cit.*, n° 1150, p. 636.

⁶ B. DE LAMY, *op. cit.*, n° 239. *Adde* : CEDH, 2^e sect., 17 déc. 2002, n° 35373/97, *A. c/ R.U.*, § 83 ; CEDH, 1^{re} sect., 30 janv. 2003, n° 40877/98, *Cordova c/ Italie*, § 60.

⁷ Si ces immunités peuvent s'analyser, en partie, comme des obstacles procéduraux à la répression (J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^e éd., 2005, p. 281), elles se distinguent toutefois des immunités purement procédurales qui n'engendrent pas une irresponsabilité de l'auteur de l'infraction (v., en ce qui concerne cette étude, l'inviolabilité des ambassades, Conv. de Vienne du 18 avril 1961 sur les relations diplomatiques, art. 22). Les auteurs tendent donc à les rapprocher de la logique du fait justificatif (C. CHOUCKROUN, « L'immunité », *RSC* 1959, p. 29 ; E. RASCHEL, *op. cit.*, n° 16), étant donné que la prise en compte d'un intérêt général permet en l'occurrence d'écarter tant la responsabilité pénale que civile de l'auteur des propos litigieux. La seule différence tiendrait au fait que les juges ne seraient pas tenus de procéder à un contrôle de proportionnalité du propos tenu (E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1231, p. 958). Dès lors, peu importerait le caractère excessif du propos (F. ROUSSEAU, « La protection pénale de l'honneur », in *Droits de la personnalité*, LexisNexis, 2013, p. 988, n° 1725, cité par E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 1151, p. 637) ou son rapport avec l'objet du débat (E. DREYER, *op. cit.*, *loc. cit.*). Cette analyse vaut assurément pour l'immunité parlementaire relative aux discours tenus dans le sein des hémicycles, en ce qu'elle permet de neutraliser toutes les infractions de presse ; « aucune action » n'est possible, aux termes du texte. En revanche elle n'est pas forcément transposable à l'immunité s'appliquant devant les commissions d'enquête (Loi du 29 juillet 1881, al. 4) ou à l'immunité judiciaire. Celles-ci ne font obstacle qu'aux actions « en diffamation, injure ou outrage ». L'immunité judiciaire se trouve par ailleurs tempérée par la jurisprudence (v. not., Cass. 1^{re} civ., 10 sept. 2015, *Bull. civ. I*, n° 103, jugeant que l'immunité joue « dans la mesure seulement ou les propos n'excèdent pas les limites du droit de la défense »), si bien que pour certains elle « n'est donc pas un fait justificatif » (J. SAUVEL, « Les immunités judiciaires, Étude sur l'impunité de la parole et de l'écriture en justice », *RSC*, 1950, p. 572) ; il s'agirait d'une cause de neutralisation *sui generis* (E. RASCHEL, *op. cit.*, n° 17).

⁸ Cass. ass. plén., 16 déc. 2016 ; *D.* 2017, p. 434, note E. RASCHEL : « L'article 41, alinéa 4, de la loi du 29 juillet 1881 ne protège pas les écrits faisant l'objet, en dehors des juridictions, d'une publicité étrangère aux débats ».

⁹ Cass. crim., 7 mars 1988, n° 87-90931, *Bull. crim.* n° 113, pour les réponses d'un parlementaire aux questions d'un journaliste ; Cass. crim., 30 sept. 2003, n° 03-80.039, *Bull. crim.* n° 173, pour l'entretien accordé à un journaliste par un député rapporteur d'une commission parlementaire et publié dans une revue. V. aussi, Cass. crim., 12 nov. 2008, n° 07-83.398, préc., écartant l'immunité pour des propos tenus dans un journal en dehors de l'Hémicycle mais accordant en l'occurrence au prévenu la protection découlant de l'art. 10 de la ConvEDH (sur le contrôle de proportionnalité, v. *infra* n° 425). *Adde* : Y. PROIMEUR, « Les immunités de l'article 41 sont-elles perfectibles et/ ou opportunes ? » in *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, une nécessité ?*, *op. cit.*, p. 218.

une protection élargie de la parole du parlementaire¹ ou de celle de l'avocat². Cela étant, les immunités ne se limitent pas aux contenus communiqués durant une réunion publique, l'article 41 évoquant aussi divers comptes rendus ; mais c'est déjà évoquer les rapports entre la neutralisation de l'infraction et les communications publiques.

331. Neutralisation et communications publiques. Si les immunités parlementaire et judiciaire évoquées précédemment concernaient surtout les avocats et les parlementaires, l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 protège également les journalistes en excluant toute poursuite lorsque des propos litigieux sont relatés dans les *comptes rendus*³ des séances publiques des assemblées parlementaires⁴, ou des débats judiciaires⁵. « *C'est un moyen de garantir la publicité et la transparence de ces débats et, au-delà, des pouvoirs législatif et judiciaire* »⁶. Peu importe le moyen de communication publique employé, malgré la référence aux « *journaux* » dans le texte étudié⁷. Toutefois, ces comptes rendus doivent être effectués de bonne foi, c'est-à-dire qu'ils doivent être objectifs⁸. On peut rapprocher de cette hypothèse la neutralisation du délit de discrédit jeté sur une décision ou un acte juridictionnel prévue par le deuxième alinéa de l'article 434-25 du Code pénal, aux termes duquel sont exclus du champ de

¹ Assemblée nationale, Proposition de résolution n° 1954 du 16 mai 2014 : « *les propos, désormais filmés, tenus dans l'hémicycle ou en commission sont-ils d'une nature différente de ceux tenus sur les mêmes sujets par un parlementaire à la télévision ou à la radio ?* ». Adde : B. FARGEAUD, « Actualité des immunités parlementaires : les enseignements du rejet de la demande de suspension des poursuites formulées par Henri Guaino (juin 2014) », *Jus Politicum*, n° 14, p. 7 : « *Ainsi le parlementaire exerce une fonction de "représentation" qui déborde le cadre étroit de la séance publique. Il exerce un rôle de porte-voix pour ses électeurs et vis-à-vis des institutions* ».

² La jurisprudence européenne récente atteste de cette réclamation d'une protection plus étendue de la parole de l'avocat, v. CEDH, 15 déc. 2011, n° 28198/09, *Mor c/ France*, § 59 : « *la défense de ses clients pouvait se poursuivre avec une intervention dans la presse dans les circonstances de l'espèce, dès lors que l'affaire suscitait l'intérêt des médias et du public* ». V. aussi, CEDH, gr. ch., 23 avr. 2015, n° 29369/10, *Morice c/ France*, § 162.

³ Sur la définition du compte rendu, v. Cass. crim., 10 mai 1994, n° 93-82.553, *Bull. crim.* n° 181 ; Cass. crim., 6 févr. 2007, n° 06-80.804, *Bull. crim.* 2007, n° 32 ; *JCP G* 2007, II, 10091, note E. DREYER.

⁴ Loi du 29 juillet 1881, art. 41, al. 2. Le texte n'évoque pas le compte rendu des commissions d'enquête, mais la Cour de cassation a pu estimer que « *la diffusion en direct de la déposition faite par la prévenue équivaut à un compte rendu fidèle fait de bonne foi des réunions publiques de cette commission* » (Cass. crim., 13 avr. 2010, n° 09-85.135, *Bull. crim.* n° 67 ; *CCE* 2010, comm. 89, note A. LEPAGE ; *Dr. pén.* 2010, comm. 78, note M. VÉRON ; Cass. crim., 8 juin 2010, n° 09-86.626, *Bull. crim.* n° 104).

⁵ Loi du 29 juillet 1881, art. 41, al. 4.

⁶ E. RASCHEL, « Fasc. 136 : Les immunités. Article 41 de la loi du 29 juillet 1881 », *op. cit.*, n° 11.

⁷ En ce sens, B. BEIGNIER, B. DE LAMY et E. DREYER (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, *op. cit.*, n° 1150, p. 661.

⁸ E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 1151, p. 637. Adde : Cass. crim., 6 févr. 2007, *Bull. crim.* n° 32 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 67, note M. VÉRON, définissant le compte rendu fidèle comme consistant « *à mettre en regard les prétentions contraires des parties et à permettre, par une narration générale ou partielle, d'apprécier l'ensemble des débats judiciaires en s'abstenant de toute dénaturation des faits et de toute imputation malveillante* ».

la répression les commentaires techniques¹ et les déclarations publiques faites à l'appui de la réformation, de la cassation ou de la révision d'une décision².

Par ailleurs, on retrouve des hypothèses d'autorisation de la loi en matière de *publicité réglementée* ou de *contrefaçon*. En l'occurrence, la distinction des différents moyens de communication publique³ s'avère essentielle. Ainsi, la publicité pour l'alcool est-elle autorisée dans trois hypothèses de *distribution* spécifiquement identifiées⁴, dans deux hypothèses déterminées de *diffusion par la voie des communications électroniques*⁵ et dans deux hypothèses distinctes d'*exposition*⁶. Quant à la publicité pour le tabac ou pour le vapotage, la répression pénale ne peut concerner des cas encore plus ciblés d'expositions⁷, de distributions

¹ Il s'agit essentiellement des notes de jurisprudence : v. toutefois, Cass. crim., 3 déc. 1974 ; *JCP G* 1975, I, 2738, pour un commentaire jugé trop outrageant pour que la répression soit écartée.

² J.-H. ROBERT, « Fasc. 20 : Discrédit sur une décision juridictionnelle », *op. cit.*, n° 20 : « L'article 226 ancien ne concernait que la demande en révision car c'est cette voie de recours extraordinaire qui est généralement soutenue par une campagne de presse. Le Code pénal de 1994 a élargi le bénéfice de la justification aux publications qui soutiennent toutes les voies de recours ».

³ V. *supra* n° 122 et s.

⁴ CSP, art. L. 3323-2, évoquant des distributions prenant la forme d'une publication de presse (« 1° Dans la presse écrite à l'exclusion des publications destinées à la jeunesse, définies au premier alinéa de l'article 1^{er} de la loi n° 49-956 du 16 juillet 1949 sur les publications destinées à la jeunesse »), d'une distribution à distance (« 4° Sous forme d'envoi par les producteurs, les fabricants, les importateurs, les négociants, les concessionnaires ou les entrepositaires, de messages, de circulaires commerciales, de catalogues et de brochures [...] »), ou d'une vente (« 8° Sous forme d'offre, à titre gratuit ou onéreux, d'objets strictement réservés à la consommation de boissons contenant de l'alcool, marqués à leurs noms, par les producteurs et les fabricants de ces boissons, à l'occasion de la vente directe de leurs produits aux consommateurs et aux distributeurs ou à l'occasion de la visite touristique des lieux de fabrication »).

⁵ CSP, art. L. 3323-2, distinguant le cas de la radiophonie (« 2° Par voie de radiodiffusion sonore pour les catégories de radios et dans les tranches horaires déterminées par décret en Conseil d'État ») et de l'Internet (« 9° Sur les services de communications en ligne à l'exclusion de ceux qui, par leur caractère, leur présentation ou leur objet, apparaissent comme principalement destinés à la jeunesse, ainsi que ceux édités par des associations, sociétés et fédérations sportives ou des ligues professionnelles au sens du code du sport, sous réserve que la propagande ou la publicité ne soit ni intrusive ni interstitielle »). Seule la publicité à la télévision est exclue.

⁶ CSP, art. L. 3323-2, 3° (« Sous forme d'affiches et d'enseignes, sous réserve de l'article L. 3323-5-1 ; sous forme d'affichettes et d'objets à l'intérieur des lieux de vente à caractère spécialisé, dans des conditions définies par décret en Conseil d'État ») et 5° (« Par inscription sur les véhicules utilisés pour les opérations normales de livraison des boissons, dès lors que cette inscription ne comporte que la désignation des produits ainsi que le nom et l'adresse du fabricant, des agents ou dépositaires, à l'exclusion de toute autre indication »).

⁷ Pour le vapotage, échappent à la répression les « affichettes relatives aux produits du vapotage, disposées à l'intérieur des établissements les commercialisant et non visibles de l'extérieur » (CSP, art. L. 3513-4, 3°). Pour le tabac, cette dernière exception a été supprimée par la loi n° 2016-41 du 26 janvier 2016. Seules, les « enseignes des débits de tabac, à condition que ces enseignes soient conformes à des caractéristiques définies par arrêté interministériel » sont désormais visées en la matière (CSP, art. L. 3512-4, al. 2). Comp., en matière de jeux d'argent, CSI, art. L. 320-14, al. 2.

et de diffusions¹. En ce qui concerne la contrefaçon, plusieurs « *exceptions fondamentales* »² peuvent être évoquées, en ce que, dès lors qu'elles autorisent des représentations d'œuvres, elles excluent l'application de cette qualification pénale à leurs auteurs. Ainsi, eu égard aux exceptions ayant trait à la liberté d'information, tant la publication de presse que la diffusion sur Internet sont étroitement liées aux exceptions de revue de presse³, de discours destinés au public⁴ ou d'exploitation d'œuvres graphiques et plastiques dans un but d'information immédiate⁵. Quant aux exceptions relatives à l'accès à la culture, l'exception dite « *de panorama* »⁶ relève de l'exposition⁷. D'autres exceptions font état de diffusions, sans préciser leurs moyens, mais en indiquant leurs destinataires⁸, à savoir, toujours en matière de culture, les personnes handicapées⁹ et, en lien avec la liberté d'enseignement et de la recherche, les personnes impliquées dans une activité de recherche ou d'enseignement¹⁰.

¹ La distribution et la diffusion sont visées conjointement, tant en matière de tabac que de vapotage en ce qui concerne, d'une part, les « *publications et services de communication en ligne édités par les organisations professionnelles de producteurs, fabricants et distributeurs des produits du [tabac ou du vapotage], réservés à leurs adhérents* », les « *publications professionnelles spécialisées dont la liste est établie par arrêté signé par les ministres chargés de la santé et de la communication [et les] services de communication en ligne édités à titre professionnel qui ne sont accessibles qu'aux professionnels de la production, de la fabrication et de la distribution des produits du [tabac ou du vapotage]* » (CSP, art. L. 3512-4, 1° et L. 3513-4, 1°) ; d'autre part, « *les publications imprimées et éditées et [les] services de communication en ligne mis à disposition du public par des personnes établies dans un pays n'appartenant pas à l'Union européenne ou à l'Espace économique européen, lorsque ces publications et services de communication en ligne ne sont pas principalement destinés au marché communautaire* » (CSP, art. L. 3512-4, 2° et L. 3513-4, 2°). En revanche, une hypothèse particulière de diffusion télévisée est évoquée en matière de tabac, à savoir celle « *des compétitions de sport mécanique, contenant de la publicité directe ou indirecte en faveur des produits mentionnés à l'article L. 3512-5 et qui se déroulent dans des pays où la publicité pour le tabac est autorisée, [laquelle] peut être assurée par les chaînes de télévision* » (CSP, art. L. 3512-6).

² M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 648, p. 650 : « *La plupart des exceptions reconnues à l'article L. 122-5 CPI s'expliquent par la prise en compte de droits ou libertés fondamentaux* ».

³ CPI, art. L. 122-5, 3°, b). *Adde* : M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, op. cit., n° 658, p. 665 : « *il n'y a aucune raison d'en limiter l'exercice aux seuls organes de presse, ni même à des supports papiers* ».

⁴ CPI, art. L. 122-5, 3°, c) : « *La diffusion, même intégrale, par la voie de presse ou de télédiffusion, à titre d'information d'actualité, des discours destinés au public prononcés dans les assemblées politiques, administratives, judiciaires ou académiques, ainsi que dans les réunions publiques d'ordre politique et les cérémonies officielles* », est autorisée.

⁵ CPI, art. L. 122-5, 9°, autorisant la reproduction ou la représentation, « *d'une œuvre d'art graphique, plastique ou architecturale, par voie de presse écrite, audiovisuelle ou en ligne, dans un but exclusif d'information immédiate et en relation directe avec cette dernière, sous réserve d'indiquer clairement le nom de l'auteur* ».

⁶ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, op. cit., n° 675, p. 689.

⁷ CPI, art. L. 122-5, 11°, permettant les reproductions et représentations « *d'œuvres architecturales et de sculptures, placées en permanence sur la voie publique, réalisées par des personnes physiques, à l'exclusion de tout usage à caractère commercial* ».

⁸ Pour une analyse de ceux-ci sous l'angle d'un public particulier, v. *supra* n° 256.

⁹ CPI, art. L. 122-5, 7°.

¹⁰ CPI, art. L. 122-5, 3°, e).

332. Il ressort donc des développements qui précèdent que le caractère public d'un lieu, d'une communication ou d'une réunion joue un rôle particulier à l'égard de la neutralisation des infractions pénales. Ce rôle se résume, pour l'essentiel, à permettre que certaines activités dangereuses pour le corps social, précisément parce qu'elles revêtent un caractère public, se déroulent dans un cadre réglementé, lui-même teinté de publicité, dès lors que le législateur ne peut se résoudre à les interdire totalement. Le caractère privé joue, pour sa part, un rôle plus limité au regard de la neutralisation de l'infraction.

B. Le rôle limité du caractère privé au regard de la neutralisation de l'infraction

333. Neutralisation et lieux privés. Un lieu privé spécifique, le domicile, interagit dans un cas particulier avec un fait justificatif général, à savoir la *légitime défense*. En effet, aux termes de l'article 122-6 du Code pénal, est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui commet une infraction pour repousser un individu qui pénétrerait de nuit, par effraction, violence ou ruse, « dans un lieu habité ». On sait que ce mécanisme a traversé les siècles¹, si bien que l'« admission quasi-atemporelle de cette justification témoigne de ce que le domicile a toujours été considéré comme un espace de sécurité »². En d'autres termes, la justification, en ce qu'elle fait office de révélateur d'une valeur sociale protégée pénalement, joue ici la même fonction que lorsque le domicile est intégré à la condition préalable de l'infraction, si ce n'est qu'il n'est pas question ici de vie privée³. D'un point de vue technique, la nature de la présomption instaurée a pu être débattue. Il ressort aujourd'hui de la jurisprudence qu'il s'agit d'une présomption simple⁴, solution approuvée par la doctrine majoritaire en ce qu'elle implique d'apprécier si les critères classiques de la légitime défense, surtout la proportionnalité de la riposte, sont remplis⁵. Au contraire, si la présomption était irréfragable, le mécanisme

¹ V. *supra* n° 34 et s. Dans une optique similaire mais légèrement différente, v. J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit. n° 127, p. 265, rappelant que, sous l'Ancien Régime, « la coutume de Toulouse permet au bourgeois que l'on vient injurier "en paroles ou en actes" dans sa maison de se défendre par les mêmes moyens – verbo vel facto – mais sans qu'il puisse aller jusqu'à tuer ou mutiler son adversaire ».

² G. DUMÉNIL, *Le domicile en droit pénal*, op. cit., n° 262, p. 190.

³ V. *supra* n° 315.

⁴ V. not. Cass. crim., 19 févr. 1959, *JCP G* 1959, II, 11112, obs. P. BOUZAT ; Cass. crim., 12 oct. 1993 ; *Gaz. Pal.* 4-5 févr. 1994, p. 27, note J.-P. DOUCET ; Cass. crim., 13 déc. 2011 ; *Gaz. Pal.* 20-21 avr. 2012, p. 28, obs. E. DREYER.

⁵ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1222, p. 948.

« constituerait, en faveur de celui qui tue sans intention de se défendre, dans un pur esprit de vengeance ou d'avarice, un brevet légal d'impunité »¹.

Par ailleurs, l'autorisation de la chasse dans un parc clôturé peut être évoquée ici. En effet, aux termes de l'article L. 424-3 du Code de l'environnement, un propriétaire terrien « peut, en tout temps, chasser ou faire chasser le gibier à poil dans ses possessions attenantes à une habitation et entourées d'une clôture continue et constante faisant obstacle à toute communication avec les héritages voisins et empêchant complètement le passage de ce gibier et celui de l'homme ». Si l'on considère que les animaux concernés par cette disposition sont en captivité², puisque la clôture les empêche de sortir du lieu, on peut alors identifier un cas particulier où une infraction, commise dans un lieu privé, se voit neutralisée, à savoir la contravention réprimant le fait de donner volontairement la mort à un tel animal³.

334. Neutralisation et réunions ou communications privées. Les réunions et communications privées sont peu concernées par la logique de neutralisation de la répression étudiée. Cela s'explique simplement par le fait que l'espace de liberté consenti par le législateur se déduit, dans la plupart des cas, du caractère public exigé au titre de la condition préalable ou de l'élément matériel de l'infraction⁴. Il n'en demeure pas moins que, lorsque le législateur rappelle – sans doute de façon superflue⁵ – que la représentation privée d'une œuvre effectuée dans un cercle de famille ne saurait être interdite par le titulaire du droit d'auteur⁶, il exclut mécaniquement toute application du délit de contrefaçon dans l'hypothèse d'une telle communication privée, ce qui peut s'analyser comme une autorisation de la loi. Dans une logique proche, lorsque l'article L. 5122-1 du Code de la santé publique exclut de la définition de la publicité pour les médicaments « la correspondance, accompagnée le cas échéant de tout document non publicitaire, nécessaire pour répondre à une question précise sur un médicament particulier », le texte signifie par la même occasion que les sanctions pénales relatives à une publicité illégale pour des médicaments ne peuvent s'appliquer à une telle communication

¹ H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947, p. 242, n° 403.

² En ce sens, M. PERRIN, *Le statut pénal de l'animal*, L'Harmattan, 2016, p. 87.

³ V. not., C. pén., art. R. 655-1.

⁴ V. *supra* n° 313 et s.

⁵ M. VIVANT et J.-M. BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, *op. cit.*, n° 601, p. 598 : « si le droit d'auteur postule bien l'existence d'un public, la représentation dans le cercle de famille ne doit tout simplement pas donner prise au droit d'auteur faute de publicité – ce qui renvoie à l'idée de limite interne » ; *ibid.*, n° 606, p. 603 : « La copie privée est par essence, exclusive d'une communication publique de l'œuvre. Elle ne devrait pas davantage être traitée comme une exception ».

⁶ CPI, art. L. 122-5, 1^o et L. 211-3, 1^o. V. *supra* n° 244 pour la définition du cercle de famille.

privée¹. Enfin, les lotos traditionnels sont autorisés « lorsqu'ils sont organisés par des personnes non opérateurs de jeux dans un cercle restreint et uniquement dans un but social, culturel, scientifique, éducatif, sportif ou d'animation sociale et se caractérisent par des mises de faible valeur, inférieures à 20 euros »². On peut analyser ce cas de figure comme une réunion privée particulière, neutralisant la prohibition générale des jeux d'argent et de hasard posée par l'article L. 320-1 du Code de la sécurité intérieure.

335. Conclusion de section. La limitation de la répression pénale par les caractères privé et public de lieux, réunions ou communications s'exprime surtout, sur le plan substantiel, au niveau de la constitution de l'infraction. Si le caractère privé ou public d'un lieu, d'une réunion ou d'une communication peut se parer des atours de la condition préalable de l'infraction, l'élément matériel de l'infraction entretient des rapports étroits, quoique tumultueux sur le plan conceptuel, avec les communications, essentiellement publiques. Dès lors que cette condition préalable ou cet élément matériel fait défaut, la responsabilité pénale de l'auteur du comportement litigieux ne peut être engagée. Au regard de la neutralisation de l'infraction, le rôle de l'opposition privé-public est plus marginal et passe par l'usage de notions spécifiques, révélatrices de la volonté du législateur de ménager d'ultimes aires de liberté³ ; autrement dit, le législateur procède à un affinement de la répression pénale. Surtout, la limitation de la répression pénale se réalise alors positivement, ce qui est le cas également sur le plan procédural, comme il convient de le constater à présent.

Section 2 : L'encadrement renforcé des actes de police

336. L'influence de l'opposition privé-public sur les actes de police peut dans une certaine mesure être comparée à celle qu'elle exerce sur la neutralisation de l'infraction⁴. En effet, dans les deux cas, la démonstration positive du caractère privé ou public d'un élément conduit à la délimitation d'une aire de liberté au sein de laquelle la répression pénale ne peut s'immiscer. Toutefois, là où cette immixtion était abstraite sur le plan substantiel, au sens où la qualification pénale ne pouvait simplement pas être appliquée au comportement litigieux, elle est bien plus

¹ V. not., CSP, art. L. 5422-3.

² CSI, art. L. 322-4.

³ Sur l'importance des rapports entre l'opposition privé-public et la préservation des libertés, v. *infra* n° 416 et s.

⁴ V. *supra* n° 329 et s.

concrète au niveau processuel, puisqu'il s'agit en l'occurrence d'empêcher les forces de l'ordre de mettre en œuvre leur pouvoir de coercition dans un lieu, privé ou public (§1), ou à l'égard d'une communication, généralement privée (§2).

§1. L'encadrement renforcé du fait des lieux

337. Là où la logique de l'exclusion était binaire sur le plan substantiel, la répression s'effaçant totalement ou étant encourue, elle est moins radicale sur le plan processuel, ce qui est particulièrement illustré par les effets du caractère privé ou public d'un lieu sur l'action des forces de police. En effet, si la mise en œuvre d'un acte coercitif peut bien être exclue au sein de certains lieux, il s'agit surtout, la plupart du temps, d'encadrer plus strictement la mise en œuvre de l'acte concerné. Ce renforcement du régime de l'acte s'impose lorsque l'acte en question est intrinsèquement lié à un lieu privé ou public. Autrement dit, lorsque le lieu privé ou public participe de la définition même de l'acte considéré, il constitue systématiquement un obstacle pour les forces de l'ordre (A). En revanche, certains actes d'enquête peuvent se dérouler en tous lieux, si bien que le caractère privé d'un lieu n'interagit qu'occasionnellement avec ces actes et ne représente alors qu'un obstacle ponctuel (B).

A. Les actes intégrant dans leur définition les lieux privés ou publics

338. Il serait tentant de résumer la question de l'impact procédural de l'opposition privé-public aux actes de police devant être effectués dans les lieux privés, lesquels, « *en vertu du droit fondamental au respect de la vie privée, sont soumis à des régimes procéduraux plus restrictifs* »¹. En ce sens, le lieu privé serait intrinsèquement lié à l'acte coercitif², là où le lieu public serait propice à l'exercice des pouvoirs propres des forces de l'ordre³ au titre de la compétence « *légale et générale* » de constatation des infractions dont ils disposent⁴. Le

¹ P. BEAUVAIS, « Extension et contrôle de la coercition pénale dans l'espace public », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2020, p. 69.

² Sur le lien entre ces actes et l'opposition privé-public, v. *infra* n° 480.

³ P. BEAUVAIS, art. préc. : « *Alors que les actes coercitifs accomplis dans les espaces privés nécessitent, le plus souvent, l'autorisation de l'autorité judiciaire, pour être conformes au droit au respect de la vie privée, ceux accomplis dans l'espace public, affranchis de cette exigence, relèvent couramment des pouvoirs autonomes de la police judiciaire* », d'où des « *procédures de contrôle plus légères pour se déployer dans les espaces publics* ».

⁴ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 527, 529 et 715. Comp. Cass. crim., 22 janv. 2019, n° 18-82.026, jugeant que si le suspect est sur la voie publique, il n'a pas à être informé de son droit au silence car il ne fait pas l'objet d'une audition libre.

caractère criminogène des lieux publics justifierait que la surveillance et la répression y soient moins entravées¹. Toutefois, ce serait oublier que « *les espaces publics sont, pour les personnes, des zones essentielles de circulation, d'échanges et d'expression que l'État doit respecter et protéger. Ils constituent le cadre spatial de l'exercice de nombreux droits fondamentaux qui forment autant de limites à l'action coercitive des autorités policières et judiciaires* »². Dès lors, si les perquisitions – de droit commun ou dérogatoires –, les fouilles, les perquisitions informatiques ou la fixation de l'image d'une personne sont, à n'en pas douter, des actes coercitifs intrinsèquement liés aux lieux privés, par nature ou par assimilation, la vidéoprotection mérite également d'être abordée ici ; or elle concerne, par hypothèse, des lieux publics. On distinguera donc plutôt ici entre les perquisitions et actes assimilés (1) et les captations d'images (2).

1. Les perquisitions et actes assimilés

339. Les perquisitions judiciaires de droit commun. On a vu que la perquisition était intrinsèquement liée à l'histoire du lieu privé³. Reste à évaluer, plus précisément, en quoi le caractère privé du lieu influe sur le régime de cet acte⁴. Au préalable, on peut rappeler que le lieu clos participe de la définition même de la perquisition, du moins si on l'analyse, à l'instar de la chambre criminelle, comme « *la recherche, à l'intérieur d'un lieu normalement clos [...] d'indices permettant d'établir l'existence d'une infraction ou d'en déterminer l'auteur* »⁵. Au regard de cette définition, on peut préciser que la perquisition ne se résume pas à la simple entrée ou présence d'un policier dans un lieu clos. Par suite, ne constituent pas des perquisitions les constatations visuelles faites après avoir accédé à ce lieu⁶ ou depuis l'extérieur de celui-ci⁷, pas plus que les remises spontanées⁸ ou le simple constat d'une infraction⁹ réalisés au sein d'un

¹ R. HANICOTTE, « Espace public, impasse des libertés », art. préc., n° 21 : « *Au regard de l'ordre public, les espaces publics sont (pré)çus comme autant de lieux présumés dangereux, érigés en "zones d'insécurité putative". La présupposition permet dès lors d'y justifier un renforcement plus ou moins draconien de la réglementation touchant aux libertés publiques* ».

² P. BEAUVAIS, art. préc.

³ V. *supra* n° 34 et s.

⁴ Sur les garanties découlant plus largement de la nature coercitive de cet acte, v. *infra* n° 480 et s.

⁵ Cass. crim., 29 mars 1994, *Bull. crim.* n° 118, préc.

⁶ Cass. crim., 14 sept. 2004, n° 04-83.754, *Bull. crim.* n° 206 ; Cass. crim., 2 oct. 2013, n° 12-87.976, préc. ; Cass. crim., 23 oct. 2013, n° 13-82.762, préc. ; Cass. crim., 5 oct. 2016, n° 16-81.843, préc.

⁷ Cass. crim., 23 août 1994, *Bull. crim.* n° 291 ; Cass. crim., 18 juill. 1995 ; *Dr. pén.* 1996. comm. 40, obs. J.-H. ROBERT ; Cass. crim., 31 janv. 2017, n° 16-84.462, préc.

⁸ Cass. crim., 12 févr. 2008, n° 07-87.753.

⁹ Cass. crim., 12 mai 1992 ; *Dr. pén.* 1992, comm. 46.

tel lieu. Une incertitude subsiste néanmoins quant à la distinction entre les perquisitions et les « *visites domiciliaires* », souvent mentionnées conjointement¹. Pour certains, la visite permet « *d'entrer dans un domicile pour y faire des constatations seulement "oculaires"* »². Pourtant, les constatations techniques sont parfois régies par des dispositions distinctes de celles de la perquisition³. Les textes sont donc ambigus sur ce point.

Si le lieu clos ne participe qu'en partie de la définition de l'acte étudié, il en conditionne largement le régime. De façon notable, la perquisition de droit commun est exclue dans les ambassades, la limitation processuelle étant donc totale à cet égard⁴. Plus souvent, le caractère clos du lieu explique plusieurs garanties procédurales existant en la matière. Le lien entre le lieu privé et ces garanties ressort notamment du principe de l'inviolabilité du domicile, affirmé par de nombreux textes⁵ et étendu à tous les lieux clos⁶, la formulation la plus éloquente étant sans doute celle de l'article 76 de la Constitution de l'an VIII : « *La maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable. Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation faite de l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y entrer pour un objet spécial déterminé ou par une loi, ou par un ordre émané d'une autorité publique* ». En résumé, ce principe « *interdit l'intrusion la nuit et subordonne l'intrusion le jour, à une autorisation du maître de maison ou à une base légale, et ce quel que soit le motif invoqué* »⁷, ce à quoi l'on peut rajouter la présence nécessaire de l'occupant du lieu perquisitionné. Trois garanties sont donc intrinsèquement liées au caractère privé du lieu pour les perquisitions de droit commun.

En premier lieu, quant aux *horaires légaux*, l'article 59 du Code de procédure pénale affirme que, sauf réclamation faite de l'intérieur de la maison ou exceptions prévues par la loi, les perquisitions et les visites domiciliaires ne peuvent être commencées avant 6 heures et après

¹ V., not., C. proc. pén., art. 59 et 76.

² J. LARGUIER et P. CONTE, *Procédure pénale*, Dalloz, Mémentos, 25^e éd., 2019, p. 85. Dans le même sens : J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 20^e éd., 2019, p. 463 : « *On ne confondra pas la perquisition avec la visite domiciliaire. Bien qu'elles soient soumises au même régime juridique, elles n'ont pas le même but ; la perquisition tend à la saisie d'objets [...] alors que la visite domiciliaire tend seulement à procéder à des constatations sur les lieux (par ex. hauteur de la fenêtre par laquelle un individu prétend s'être échappé, éclairage d'un local...)* ». V. encore, E. VERNY, *Procédure pénale*, op. cit., n^o 295, p. 196 : « *la perquisition implique une intrusion par la police dans un lieu clos, afin de rechercher des biens susceptibles d'être saisis [...]. Si la recherche en vue d'une saisie caractérise la perquisition, la constatation caractérise la visite domiciliaire* ».

³ V. *infra* n^o 350.

⁴ Conv. de Vienne du 18 avr. 1961 sur les relations diplomatiques, art. 22.

⁵ Constitution du 3 sept. 1791, titre IV, art. 9 ; Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), art. 359 ; Constitution du 22 frimaire an VIII (13 déc. 1799), art. 76 ; Constitution du 4 nov. 1848, art. 3 ; Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen du 10 déc. 1948, art. 12.

⁶ Cons. const., 16 juill. 1996, n^o 96-377 DC, préc., § 18, appliquant le principe de l'inviolabilité nocturne aux perquisitions, visites et saisies opérées « *dans tous lieux, y compris dans les locaux servant à l'habitation* ».

⁷ H. VLAMYNCK, « *Le policier et l'inviolabilité du domicile* », *AJ pénal*, 2011, p. 352.

21 heures. Les articles 76 et 95 du même Code y renvoient, ce qui signifie que le respect de ces heures vaut pour toutes les perquisitions de droit commun, qu'elles soient effectuées dans le cadre d'une enquête de police ou d'une instruction. L'importance accordée à cette garantie s'explique naturellement par la rencontre entre la protection induite par l'inaccessibilité de l'espace que représente le lieu clos avec la protection inhérente à l'obscurité du temps que constitue la nuit ; « *c'est que le droit, en ce qu'il a de plus élémentaire – la contrainte sociale, la violence étatique – est fait pour le jour et s'arrête, désarmé, au bord de la nuit* »¹. La limitation de la répression pénale par l'opposition privé-public, sur le plan procédural, trouve ici son expression la plus haute.

En deuxième lieu, la *légitimité de l'accès au lieu* varie cette fois selon le cadre d'enquête. En enquête de flagrance, l'enjeu est celui de l'accès non consenti par l'occupant du lieu. Si l'une des caractéristiques de cette enquête tient précisément à sa dimension coercitive, la mise en œuvre de cette coercition n'est pas automatique. Elle est notamment subordonnée, aux termes de l'article 53 du Code de procédure pénale, à la perception préalable d'un indice objectif révélant la commission de l'infraction et en permettant le constat², lequel permet aux enquêteurs, le cas échéant, de basculer du cadre de l'enquête préliminaire à celui de l'enquête de flagrance et de pénétrer dans le domicile d'autrui sans son accord³. En revanche, lorsque la perquisition est réalisée dans le cadre de l'enquête préliminaire, l'article 76 du Code de procédure pénale prévoit en son alinéa premier que l'« *assentiment* » de l'occupant du lieu est obligatoire⁴. Depuis la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, néanmoins, en vertu du quatrième alinéa de l'article précité, les enquêteurs peuvent solliciter du juge des libertés et de la détention l'autorisation de procéder à une perquisition coercitive. C'est une logique du même ordre qui permet la coercition dans le cadre de l'instruction, le juge d'instruction jouant cette fois le rôle de garantie judiciaire⁵.

¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, op. cit., p. 64. Adde, G. DUMÉNIL, *Le domicile en droit pénal*, op. cit., n° 115 et s.

² V. not., Cass. crim., 11 déc. 2019, n° 19-82.457.

³ Par ex. : Cass. crim., 11 mai 1993 ; *Dr. pén.* 1993, chron. 34, obs. V. LESCLOUS et C. MARSAT ; Cass. crim., 17 nov. 1998, n° 98-82.068, *Bull. crim.* n° 302. Comp., pour la fouille coercitive d'un bagage, Cass. crim., 5 oct. 2011, n° 11-81.125, préc.

⁴ Sur ce point, v. Cons. const., 15 janv. 2021, n° 2020-873 QPC, § 9, tirant les conséquences de cette nécessité d'un assentiment en estimant que la perquisition chez un majeur protégé devait faire l'objet d'un encadrement renforcé, à savoir l'information du représentant de celui-ci, obligation déjà prévue pour d'autres procédures (C. proc. pén., art. 706-113).

⁵ J. DUMONT et A. BONNET, « Fasc. 20 : Transports, perquisitions et saisies », *J.-Cl. Procédure pénale*, 2013 (màj. 2021), n° 71.

En troisième lieu, la *présence de l'occupant* est exigée, en enquête de flagrance, par l'article 57 du Code de procédure pénale, auquel renvoie indirectement l'article 76¹ et explicitement les articles 95 et 96 du même Code ; cette garantie concerne donc tous les cadres d'enquête. En cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire aura l'obligation d'inviter l'occupant à désigner un représentant de son choix ; à défaut, l'officier de police judiciaire choisira deux témoins requis à cet effet par lui, en dehors des personnes relevant de son autorité administrative. L'article 57 réserve par ailleurs le cas particulier des perquisitions effectuées dans des lieux préservant un secret, lieux privés particuliers, comme on l'a démontré². Lorsqu'une perquisition s'y déroule, c'est alors la présence du représentant de la profession ou de l'administration concernée qui est exigée³, ce représentant pouvant parfois avoir un accès prioritaire à certains documents⁴.

Les trois garanties découlant du caractère privé d'un lieu étant identifiées, reste à observer comment divers textes y dérogent et modulent alors, incidemment, l'impact de certains lieux privés sur la limitation processuelle de la répression pénale.

340. Les perquisitions dérogatoires. Tout d'abord, malgré l'importance de la protection nocturne du lieu clos précédemment mise en exergue⁵, les perquisitions nocturnes dérogent tant à la garantie des horaires légaux qu'à celle de l'assentiment. Toutefois, tous les lieux privés ne sont pas logés à la même enseigne à cet égard. En effet, la perquisition nocturne est certes permise dans « *des locaux où l'on use en société de stupéfiants ou dans lesquels sont fabriqués, transformés ou entreposés illicitement des stupéfiants* » mais seulement « *lorsqu'il ne s'agit pas de locaux d'habitation* »⁶. De façon plus subtile, lorsque les investigations ont trait à la criminalité organisée ou au terrorisme, la perquisition nocturne dans des locaux d'habitation est permise dans le cadre d'une enquête de flagrance⁷, mais exclue, en principe, dans le cadre d'une

¹ Cet article renvoie à l'article 56 du même Code qui lui-même évoque l'article 57. Au-delà de ce double renvoi, on peut penser que l'assentiment nécessaire de la personne dans ce cadre suppose, *a fortiori*, que la personne soit présente pendant la perquisition.

² V. *supra* n° 247 et s.

³ V. not., C. proc. pén. art. 56-3, exigeant que les perquisitions dans le cabinet d'un médecin, d'un notaire ou d'un huissier soient effectuées « *en présence de la personne responsable de l'ordre ou de l'organisation professionnelle à laquelle appartient l'intéressé ou de son représentant* ». En l'occurrence, ce contrôle se superpose à celui induit par la présence du magistrat, seul compétent pour réaliser la mesure.

⁴ Par ex., C. proc. pén., art. 56-1, al. 1^{er}, prévoyant que le magistrat, le bâtonnier ou son délégué sont les seuls à pouvoir consulter ou prendre connaissance des documents ou des objets se trouvant dans un cabinet d'avocat préalablement à leur éventuelle saisie. Comp., C. proc. pén., art. 56-5, al. 1^{er}.

⁵ V. n° précédent.

⁶ C. proc. pén., art. 706-28.

⁷ C. proc. pén., art. 706-89.

enquête préliminaire¹ ou d'une instruction². Elle redevient possible, pour l'enquête préliminaire, en cas d'urgence et lorsqu'une infraction terroriste est concernée, si sa réalisation est nécessaire afin de prévenir un risque d'atteinte à la vie ou à l'intégrité physique³. Cette dérogation est également applicable à l'instruction⁴, mais trois autres exceptions relatives aux infractions liées à la criminalité organisée dans son ensemble sont aussi prévues⁵. En toute hypothèse, l'étude de ces dispositions fait ressortir, par contraste, l'absence d'exclusion du domicile – *stricto sensu* – des perquisitions nocturnes en matière de lutte contre le proxénétisme⁶.

Ensuite, l'article 706-94 du Code de procédure pénale déroge, quant à lui, à la présence de l'occupant lors de la perquisition, là encore en matière de terrorisme et de criminalité organisée. Aux termes de cette disposition, lorsque la personne au domicile de laquelle est faite une perquisition est en garde à vue ou détenue en un autre lieu et que son transport sur place paraît devoir être évité en raison des risques graves soit de troubles à l'ordre public ou d'évasion, soit de disparition des preuves pendant le temps nécessaire au transport, la perquisition peut être faite, avec l'accord préalable du procureur de la République ou du juge d'instruction, en présence de deux témoins requis, ou d'un représentant désigné par celui dont le domicile est en cause. Cette dérogation est également prévue dans le cadre de l'enquête préliminaire, lorsque la perquisition est faite sans assentiment de la personne, l'accord étant alors donné par le juge des libertés et de la détention.

Enfin, les perquisitions et visites administratives dérogent principalement à l'obligation, pour les forces de l'ordre, de percevoir l'infraction avant de pénétrer dans le lieu clos. Pour les perquisitions administratives, l'article L. 229-1 du Code de la sécurité intérieure ne subordonne une telle pénétration qu'à des raisons sérieuses de penser que les lieux sont fréquentés par des personnes représentant une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre publics.

¹ C. proc. pén., art. 706-90, al. 1^{er}.

² C. proc. pén., art. 706-91, al. 1^{er}.

³ C. proc. pén., art. 706-90, al. 2.

⁴ C. proc. pén., art. 706-91, al. 2, 4^o.

⁵ C. proc. pén., art. 706-91, al. 2, évoquant l'hypothèse du crime et du délit flagrant (1^o), du risque immédiat de disparition des preuves ou indices matériels (2^o) et des raisons plausibles de soupçonner qu'une infraction ayant trait à la criminalité organisée est en train d'être commise au sein du domicile (3^o) ; v. H. VLAMYNCK, « Le policier et l'inviolabilité du domicile », art. préc., estimant, par rapport à la première dérogation, surprenant « *qu'il soit fait référence à un crime ou délit flagrant alors qu'une information judiciaire a été ouverte. Derrière cette rédaction critiquable, il faut comprendre le temps de la flagrance. Sont concernées les hypothèses pour lesquelles une information judiciaire a été ouverte rapidement, peu de temps après la commission des faits* ». Quant à la troisième exception, elle semble faire double emploi avec la quatrième, si ce n'est que les « *raisons plausibles* » n'ont pas à être relevées pour que soit mise en œuvre la mesure en matière d'infractions terroristes (v. en ce sens, S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 2219, p. 1168).

⁶ C. proc. pén., art. 706-35. V. *supra* n° 272.

Autrement dit, là où le constat de l'infraction doit généralement précéder la coercition, la seconde permet en l'occurrence de procéder au premier. C'est la même logique qui prévaut pour les visites administratives, de nombreux textes conférant aux fonctionnaires de certaines administrations des droits d'accès à divers lieux clos¹ sans exiger aucune perception d'un indice préalable². C'est pourquoi les perquisitions comme les visites sont entourées des nombreuses garanties entourant classiquement les actes coercitifs³ lorsque les textes évoquent indistinctement les lieux privés⁴. Plus encore, c'est pour cette raison que certains lieux privés sont exclus du champ de ces mesures. Ainsi, les perquisitions administratives ne peuvent-elles avoir lieu dans « *les lieux affectés à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes et les domiciles des personnes concernées* »⁵. De même, de nombreuses visites ne peuvent avoir lieu dans la partie du lieu qui constitue un domicile⁶, voire un local syndical⁷. Par ailleurs, lorsqu'elles sont possibles, le législateur rappelle les garanties spécifiquement liées au caractère privé du lieu. Premièrement, la présence de l'occupant des lieux est systématiquement exigée⁸ et permet parfois aux agents d'accéder à la partie d'un lieu affecté à l'habitation⁹. Deuxièmement, l'assentiment de l'occupant du local d'habitation est exigé lorsque l'accès à un tel lieu habité n'est pas exclu¹⁰.

¹ Certains textes précisent même que les agents « *peuvent opérer sur la voie publique* » (C. com., art. L. 450-3 ; C. conso., art. L. 512-5). Il ne s'agit toutefois pas d'une hypothèse de gradation de l'opposition privé-public car les textes ne régissent pas précisément leur action dans ce lieu, alors que les actes effectués dans des lieux privés sont strictement encadrés.

² Ce qui n'empêche pas les enquêteurs, dans le cas où les conditions des visites administratives ne seraient pas réunies, de basculer en enquête de flagrance, sous réserve qu'un indice de flagrance puisse être relevé. En ce sens, v. Cass. crim., 15 févr. 2005, n° 04-87.191, 04-87.192, 04-87.193, *Bull. crim.* n° 57 ; Cass. crim., 1^{er} sept. 2020, n° 19-87.499, préc.

³ V. *infra* n° 480 et s.

⁴ LPF, art. L. 16 B et L. 38 ; C. douanes, art. 64 ; C. com. CMF, art. L. 621-12, permettant l'accès « *en tous lieux, même privés* » ou « *en tous lieux* » des agents habilités des différentes administrations concernées.

⁵ CSI, art. L. 229-1, al. 2.

⁶ C. proc. pén., art. 78-2-1 ; CSP, art. L. 3421-5 ; C. douanes, art. 66 : « *Cet accès ne s'applique pas à la partie des locaux qui est affectée à usage privé* ».

⁷ C. transport, art. L. 5332-6, autorisant la visite des navires, « *à l'exception des parties à usage exclusif d'habitation et des locaux syndicaux* ».

⁸ Pour des exemples spécifiques, v. C. proc. pén., art. 78-2-2, III bis : « *La visite se déroule en présence du capitaine ou de son représentant* » ; CMF, art. L. 621-12, renvoyant aux dispositions requérant la présence de certaines personnes lorsque sont concernés le cabinet d'un avocat ou son domicile, les locaux d'une entreprise de presse ou de communication audiovisuelle, le cabinet d'un médecin, d'un notaire ou d'un huissier.

⁹ C. douanes, art. 62, relatif aux visites de navires : « *Lorsque la visite concerne des locaux affectés à un usage privé ou d'habitation, la visite est effectuée en présence de l'occupant des lieux. En l'absence de l'occupant des lieux, les agents des douanes ne peuvent procéder à celle-ci qu'en présence du capitaine du navire ou de son représentant* ». Le régime des visites au sein des navires est donc moins exigeant, en la matière, que celui des visites domiciliaires (C. douanes art. 64). En ce sens, v. S. DETRAZ, « Fasc. 30 : Douanes. – Procédure », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2016 (màj. 2020), n° 14.

¹⁰ C. douanes, art. 63 *ter* : « *Le présent article s'applique à la partie affectée à usage privatif des locaux et lieux [à usage professionnel] lorsque leur occupant ou son représentant en donne l'assentiment exprès* ». V. aussi : C.

À défaut, est exigée la présence d'un officier de police judiciaire « *agissant conformément aux dispositions du code de procédure pénale relatives aux visites domiciliaires, perquisitions et saisies des pièces à conviction* »¹, voire une autorisation du juge des libertés et de la détention². Troisièmement, si les perquisitions administratives peuvent exceptionnellement se dérouler de nuit³, le législateur rappelle le plus souvent, en matière de visites administratives, l'importance de respecter les horaires légaux, tant lorsque les lieux privés sont visés de façon génériques⁴ que lorsque des lieux d'habitation⁵ ou des lieux à usage professionnel⁶ sont visés. L'accès nocturne est toutefois autorisé, au sein de ces derniers lieux, lorsqu'une activité est en cours ou que l'accès au public y est autorisé⁷, de même que dans les navires ou engins flottants⁸.

341. Les fouilles. On sait que certains objets et les systèmes informatiques peuvent être assimilés à des lieux privés⁹. Toutefois, le principe de l'inviolabilité du domicile n'est pas pleinement appliqué à ces contenants, par le législateur comme par le juge, si bien que le régime des actes coercitifs pouvant les viser n'est pas aussi exigeant que celui des perquisitions. En premier lieu, la fouille, que l'on peut définir comme « *la recherche d'indices dans tous autres endroits qu'un lieu immobilier clos* »¹⁰, suit par principe le régime de la perquisition de droit commun. Pour être, les horaires légaux n'ont pas à être respectés¹¹, pas plus que toutes les formalités relatives aux scellés¹². La présence de l'intéressé¹³ ou son assentiment à la

jur., art. L. 205-1 et L. 942-4, dernier al., évoquant l'« accord » de l'occupant ; C. trav., art. L. 8113-1, faisant référence à « l'autorisation des personnes » qui occupent les locaux habités.

¹ C. env., art. L. 172-5.

² C. env., art. L. 172-6. V. aussi, C. com., art. L. 450-3, exigeant seulement cette autorisation judiciaire et non, au préalable, l'assentiment de l'occupant.

³ CSI, art. L. 229-2, al. 4.

⁴ Par ex. : LPF, art. L. 16B, III ; C. douanes, art. 64, 2, b.

⁵ C. rur., art. L. 205-1 et art. L. 942-4, dernier al. : « *Lorsque les lieux comportent des parties à usage d'habitation, celles-ci ne peuvent être visitées afin de rechercher et constater des infractions qu'entre huit heures et vingt heures* ». V. aussi, C. com., art. L. 450-3. La période d'inviolabilité nocturne est donc étendue par rapport aux horaires habituels.

⁶ V. not., C. rur., art. L. 924-4, 3°.

⁷ C. douanes 63 *ter* et 66 ; C. rur., art. L. 924-4, 4° et art. L. 205-1, II ; C. com. art. L. 450-3 ; C. env., art. L. 172-5 ; C. conso., art. L. 512-5.

⁸ C. douanes, art. 62, I ; C. rur., art. L. 924-4, 1°, le texte évoquant aussi l'accès des fonctionnaires « à toute heure » dans les « halles à marées » (2°).

⁹ V. *supra* n° 200 et s.

¹⁰ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 627, p. 525.

¹¹ S. DETRAZ, « La mutation de l'enquête de flagrance en enquête préliminaire », *D.* 2011, p. 2775.

¹² Cass. crim., 22 juin 1994, n° 94-81.842, préc.

¹³ Cass. crim., 18 oct. 2006, n° 06-85.823. *Adde* : H. VLAMYNCK, « Le policier et l'inviolabilité du domicile », art. préc. : « *Il est [...] parfaitement concevable que la fouille d'une consigne de gare ou d'un véhicule ne se fasse pas contradictoirement. Mais il est enseigné dans les écoles de police qu'il est préférable de procéder à la fouille en la présence de la personne, pour la sécurité juridique des fonctionnaires* ».

fouille¹ semblent également indifférents. Ces solutions résultent toutefois d'une jurisprudence ancienne. Or, en 2016, la Cour de cassation a pu estimer que « *la palpation de sécurité opérée sur une personne faisant l'objet d'un contrôle d'identité n'autorise pas l'officier de police judiciaire à procéder, sans l'assentiment de l'intéressé, à la fouille de sa sacoche, dès lors que cette palpation n'a pas préalablement révélé l'existence d'un indice de la commission d'une infraction flagrante* »². Cela revient à exiger deux conditions classiques de la perquisition, à savoir un constat préalable à la coercition et le recueil de l'assentiment de l'individu, cet accord ne semblant toutefois pas devoir être recueilli de manière « *expresse* » et par écrit³. Plus encore, les solutions traditionnelles jurent avec les garanties mises en œuvre par des dispositions spécifiques récentes. Quant à l'encadrement des fouilles de véhicules dans le cadre d'opérations « *coup de poing* » – c'est-à-dire des contrôles d'identités massifs et systématiques dans des zones réputées criminogènes –, non seulement les garanties générales entourant ces opérations⁴ doivent être respectées, mais surtout, la présence du conducteur ou du propriétaire du véhicule est requise par principe⁵. L'accord du conducteur est aussi exigé lors des contrôles administratifs effectués « *pour prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens* »⁶. On notera que la fouille est exclue lorsqu'il est question de « *véhicules spécialement aménagés à usage d'habitation et effectivement utilisés comme résidence* ». De même, lorsque des bagages sont fouillés au cours d'une telle opération, la « *visite* » doit avoir lieu « *en présence du propriétaire du bagage* »⁷ ou avec son « *accord* »⁸. Il est étonnant que le législateur

¹ V. LESCLOUS, « Fasc. 20 : Enquête préliminaire », *op. cit.*, n° 160 : « *Les articles 56 et 76 limitent la notion de perquisition au domicile. En conséquence les perquisitions non domiciliaires (fouille d'un véhicule, d'une cellule, d'un casier...) échappent à la nécessité d'un consentement exprès de l'intéressé* ». *Adde* : Cass. crim., 11 sept. 1933, *Bull. crim.* n° 191 ; Cass. crim., 8 nov. 1979, *Bull. crim.* n° 311.

² Cass. crim., 23 mars 2016, n° 14-87.370 ; *AJ Pénal* 2016, p. 397, obs. J. ANDREI. Comp. C. douanes, art. 60, permettant de fouiller « *des marchandises* », « *des moyens de transport et [...] des personnes* » en l'absence de tout indice de flagrance. En vertu de cette disposition, peuvent être fouillés des vêtements (Cass. crim., 22 févr. 2006, n° 04-87.027), des bagages (Cass. crim., 26 févr. 1990, n° 87-84.475) ou un véhicule (Cass. crim., 23 mars 1992, n° 91-83.775). Pour autant, des agents de police judiciaire ne peuvent détourner la procédure de l'enquête de flagrance en demandant aux douaniers de fouiller un véhicule pour leur compte (Cass. crim., 18 déc. 1989, *Bull. crim.* n° 485), pas plus que les agents des douanes ne peuvent détourner la procédure pour opérer un dépistage de l'imprégnation de billets ou une retenue douanière (Cass. crim., 16 juin 2021, n° 21-80.614).

³ En ce sens, J. ANDREI, obs. préc., ajoutant que « *les policiers auront intérêt à le recueillir de cette façon pour éviter toute contestation ultérieure* ».

⁴ V. *infra* n° 480 et s.

⁵ C. proc. pén., art. 78-2-2, II. Comp., C. rur., art. 205-6, 2°.

⁶ C. proc. pén., art. 78-2-4, I.

⁷ C. proc. pén., art. 78-2-2, III.

⁸ C. proc. pén., art. 78-2-4, I. Comp., C. CSI, art. L. 613-2 et L. 613-3, exigeant le « *consentement* » du propriétaire du bagage fouillé par des agents de sécurité privée. V., de même, pour les agents opérant dans les ports ou aéroports : C. transport, art. L. 5332-6, al. 3 et L. 6342-4, II.

n'ait pas profité de l'introduction de ces diverses mesures pour régir ces actes dans le cadre des contrôles d'identité classiques¹.

Par ailleurs, si en droit commun, la fouille d'un coffre suit le régime de la perquisition du lieu dans lequel il se trouve², celui trouvé dans le cadre d'une visite administrative ne peut être fouillé que si le juge qui a autorisé la visite délivre une autorisation spécifiquement liée à ce contenant, ce qui s'avère autrement plus contraignant pour les enquêteurs³. Enfin, en ce qui concerne les actes ayant trait aux vêtements, à savoir la palpation de sécurité, la fouille dite « à corps » et la fouille intégrale⁴, il est intéressant de noter que l'une des garanties leur étant associée⁵ est précisément, dans certains cas, que ces actes soient effectués en privé. En effet, aux termes de l'article R. 434-16 du Code de procédure pénale : « *Chaque fois que les circonstances le permettent, la palpation de sécurité est pratiquée à l'abri du regard du public* ». De même, la fouille intégrale réalisée dans le cadre de la garde à vue doit être réalisée dans « *un espace fermé* »⁶. La limitation procédurale de la répression pénale par le clivage privé-public prend donc ici une dimension originale.

342. Les perquisitions informatiques. En second lieu, les systèmes informatiques peuvent être l'objet de différents actes d'enquête, que l'on peut désigner comme des « *perquisitions informatiques* », dès lors qu'il s'agit de s'introduire dans un contenant inaccessible pour en extraire un indice⁷. Toutefois, là encore, le régime entourant ces perquisitions particulières n'est pas toujours aussi protecteur qu'il pourrait l'être, surtout lorsque l'acte s'inscrit dans le cadre d'une perquisition classique. D'une manière générale, les dispositions régissant les perquisitions et saisies de droit commun sont tout à fait susceptibles de s'appliquer au système informatique présent sur le lieu de la perquisition, du moins depuis que ces textes évoquent les « *données informatiques* »⁸. Dans ces hypothèses, les enquêteurs sont « *autorisés à fouiller*

¹ En ce sens, J. ANDREI, obs. préc.

² Cass. crim., 14 oct. 1969, *Bull. crim.* n° 248, jugeant qu'un coffre situé dans une banque n'est pas le domicile de la personne locataire de ce coffre ni l'annexe du domicile de celle-ci, mais qu'il est situé dans le domicile d'un tiers – la banque –, de sorte que, même si le locataire du coffre est mis en examen, la perquisition doit se faire selon les formalités prévues à l'art. 96 (C. proc. pén.) et non selon les formalités prévues par l'art. 95 (*ibid.*), la présence de deux témoins fondés de pouvoir de la banque étant suffisante.

³ C. douanes, art. 64, II, d) ; LPF, art. L. 16B, II, d) et L. 38, 2.

⁴ V. *supra* n° 202.

⁵ V. aussi, CSI, art. L. 613-2, exigeant le « *consentement exprès* » de la personne faisant l'objet d'une palpation de sécurité par un agent de sécurité privée.

⁶ C. proc. pén., art. 63-7.

⁷ On peut aussi mettre l'accent sur les données visées et parler de « *saisies informatiques* ». En ce sens, S. DETRAZ, « Fasc. 1140 : Les saisies informatiques en matière répressive », *J.-Cl. Communication*, 2020, n° 8.

⁸ C. proc. pén., art. 56, al. 1^{er} et 7 ; art. 76, al. 3 ; art. 94 et 97, al. 1^{er}.

dans les ordinateurs comme ils le sont à regarder à l'intérieur des placards et tiroirs »¹, sous réserve que les conditions de la perquisition du lieu soient respectées. Au soutien d'une telle interprétation, on peut évoquer un arrêt ayant récemment assimilé à une perquisition l'exploitation d'un téléphone portable par les enquêteurs, plus précisément le fait de solliciter d'une personne placée en garde à vue le code de déverrouillage de l'appareil. Pour la Cour de cassation, la « *sollicitation, d'une information permettant l'accès à un espace privé préalablement identifié, qu'il soit ou non dématérialisé, pour les besoins d'une perquisition, ne constitue pas une audition* », mais bien une perquisition², d'où un recours au droit commun³. Toutefois, cette assimilation du téléphone portable au lieu clos pose question lorsqu'un code de déverrouillage, assimilable à un moyen de cryptologie, a été mis en place, dès lors que l'article 434-15-2 du Code pénal réprime le délit de refus de transmission de la convention secrète de déchiffrement d'un moyen de cryptologie. Or, admettre l'applicabilité de ce délit à une telle situation pourrait revenir « *à priver le suspect du droit que la loi lui reconnaît de refuser une perquisition en enquête préliminaire* »⁴.

Cela étant, l'enjeu principal pour les contenants de données est celui de la « *téléperquisition* »⁵, c'est-à-dire de la saisie de données présentes sur un autre système informatique que celui qui se trouve sur place mais qui sont accessibles depuis ce dernier. C'est pour encadrer ce cas de figure que le législateur a introduit, avec la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003, l'article 57-1 du Code de procédure pénale, auquel renvoient les articles 76-3 et 97-1 du même Code. Trois types de perquisitions informatiques sont distinguées. La première, tenant à l'accès à des données intéressant l'enquête en cours et stockées dans le système présent sur les lieux, « *est comparable au fait de fouiller une boîte* »⁶; elle n'innove donc en rien par rapport aux possibilités du droit commun. La deuxième, plus originale, concerne également le système informatique présent sur les lieux, mais permet cette fois de prendre connaissance de données

¹ S. DETRAZ, *op. cit.*, n° 15.

² Cass. crim., 12 janv. 2021, n° 20-84.045 ; *AJ Pénal* 2021, p. 214, obs. E. CLÉMENT ; *CCE* 2021, comm. 32, obs. A. CAPRIOLI.

³ En ce sens, E. CLÉMENT, obs. préc. pour qui c'est « *naturellement le régime de la perquisition non domiciliaire qui devra être appliqué. Les horaires [légaux] ne seront pas applicables. Ensuite, il serait a priori logique d'étendre la protection des personnes mentionnées aux articles 56-1 et suivants du code de procédure pénale (avocats, magistrats, entreprises de presse, etc.) à l'exploitation de leurs téléphones portables. Enfin, le cadre de l'enquête sera déterminant : lorsqu'il s'agira d'une enquête préliminaire, le consentement de l'intéressé devra en principe être obtenu* ».

⁴ E. CLÉMENT, obs. préc.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, n° 17. Aux termes de l'alinéa premier de la disposition étudiée, il s'agit d'« *accéder par un système informatique implanté sur les lieux où se déroule la perquisition à des données intéressant l'enquête en cours et stockées dans ledit système* ».

« accessibles à partir du système initial ou disponibles pour le système initial »¹, celui-ci étant alors comparable à « une porte ouverte vers un autre domicile »². La troisième forme constitue véritablement une perquisition à distance, en ce qu'elle consiste, pour les enquêteurs, à « accéder par un système informatique implanté dans les locaux d'un service ou d'une unité de police ou de gendarmerie à des données intéressant l'enquête en cours et stockées dans un autre système informatique, si ces données sont accessibles à partir du système initial »³.

Quelle que soit l'hypothèse mise en œuvre, le texte renvoie toujours aux « conditions prévues par le présent code » quant aux perquisitions, ce qui permet à la doctrine d'affirmer qu'il n'est en rien question « d'opérations sui generis : les perquisitions et saisies informatiques demeurent des perquisitions et saisies, au régime desquelles elles restent donc en principe soumises »⁴. Cette référence au régime des perquisition n'en reste pas moins ambiguë. Elle semble indiquer que, si l'accès au lieu clos est légitime, peu importe que l'accès au système informatique soit coercitif. Il serait pourtant possible d'interpréter cette disposition comme exigeant, précisément, que l'accès au système soit entouré des mêmes garanties que l'accès au lieu clos qui le contient. C'est la première interprétation que semble avoir retenu la chambre criminelle dans une affaire où les enquêteurs, agissant en enquête préliminaire, avaient consulté, à l'aide de leur propre matériel informatique, les données d'un site Internet accessible au moyen d'un code découvert lors d'une perquisition autorisée par le juge des libertés et de la détention. La Haute juridiction valida à cette occasion l'appréciation des juges du fond selon lesquels cette opération constituait un « simple acte d'investigation et non une perquisition distincte exigeant une nouvelle décision de ce magistrat »⁵. Elle déduisait alors de la nature de simple acte d'investigation de cet accès au système informatique que « la seule domiciliation du site en cause aux États-Unis ne justifiait pas la mise en œuvre d'une procédure d'entraide pénale »⁶.

¹ C'est encore l'alinéa premier qui prévoit cette possibilité.

² *Ibid.*

³ C. proc. pén., art. 57, al. 2.

⁴ S. DETRAZ, « Fasc. 1140 : Les saisies informatiques en matière répressive », *op. cit.*, n° 8.

⁵ Cass. crim., 6 nov. 2013, *Bull. crim.* n° 217 ; *D. actu.*, 19 nov. 2013, obs. S. FUCINI. Les demandeurs au pourvoi faisaient valoir, à juste titre, « que la pénétration et la recherche de données sur un site Internet, par les enquêteurs, à l'aide d'un code d'accès personnel obtenu dans le cadre d'une perquisition, équivaut, s'agissant d'accéder à un espace privé et clos, à une perquisition soumise, en enquête préliminaire, en l'absence de consentement de l'intéressé, à une autorisation préalable du juge des libertés et de la détention ».

⁶ V. C. proc. pén., art. 57, al. 3, énonçant que si les données « sont stockées dans un autre système informatique situé en dehors du territoire national, elles sont recueillies par l'officier de police judiciaire, sous réserve des conditions d'accès prévues par les engagements internationaux en vigueur ». Or, aux termes de l'art. 32 de la Convention de Budapest sur la cybercriminalité, l'accès transfrontalier depuis le système informatique situé au domicile perquisitionné, par les autorités de l'État, au système informatique distant situé sur le territoire d'un autre État signataire, sans passer par la procédure contraignante de l'entraide pénale, n'est possible que lorsque les données sont accessibles au public, ou lorsque le consentement de la personne légalement autorisée à divulguer ces données peut être établi.

La Cour de cassation évita donc, « *par un refus péremptoire de qualifier l'acte en perquisition, la question de la souveraineté de l'État de situation des serveurs distants* »¹. Si l'on peut comprendre l'intérêt répressif de cette solution², elle reste insatisfaisante sur le plan conceptuel, dès lors que le caractère privé du système informatique est nié³. Les textes pourraient donc encadrer plus explicitement l'accès coercitif au système informatique⁴.

En matière douanière, fiscale, ou de prévention du terrorisme, les textes ne prévoient qu'un encadrement des perquisitions informatiques opérées lors de la visite administrative⁵, l'hypothèse des pures « *téléperquisitions* » n'est donc pas envisagée. Cet encadrement est toutefois dual. En premier lieu, il est admis que les fonctionnaires peuvent procéder à de telles perquisitions au titre de leur pouvoir de saisie générale⁶, la jurisprudence admettant qu'ils accèdent à des données situées sur un autre support informatique à partir du système présent sur les lieux⁷. En d'autres termes, les deux premières hypothèses de droit commun évoquées plus haut sont de mise ici. Les textes innovent toutefois en ce qu'ils prévoient aussi, en second lieu, un régime spécifique « *lorsque l'occupant des lieux ou son représentant fait obstacle à*

¹ A. ROUSSELET-MAGRI, « Les perquisitions "informatiques" à l'épreuve du principe de souveraineté, dans un contexte de mondialisation du stockage de données. Étude comparée en droit français et états-unien », *RSC*, 2017, p. 659.

² *Ibid.*, estimant que soumettre la saisie du document « à une nouvelle autorisation du juge des libertés et de la détention, voire à une impossibilité de saisie pour incompétence territoriale en cas de serveur situé à l'étranger, n'apporterait rien aux libertés individuelles tout en précarisant la sécurité juridique de l'acte d'enquête, nécessaire à la preuve de l'infraction ».

³ En ce sens, S. FUCINI, obs. préc., pour qui « *la décision rendue par la chambre criminelle est particulièrement critiquable. Toute partie d'un site Internet ou du web protégé par un mot de passe est une partie privée, contenant des données que leur possesseur n'a pas voulu rendre publiques* ». V. toutefois A. ROUSSELET-MAGRI, art. préc., estimant quant à lui que les systèmes informatiques sont comparables à des « *armoires de documents [...]. Les enquêteurs n'ont jamais eu à demander une nouvelle autorisation du juge des libertés et de la détention chaque fois qu'ils ouvrent une nouvelle armoire, même fermée à clé* », le particularisme du système informatique tenant au fait que « *les enquêteurs [se retrouvent] à l'étranger (donc incompétent territorialement) en ouvrant une armoire* ». L'auteur estime nécessaire de dissocier l'accès au *local physique* où sont installés les serveurs stockant les données et l'accès à l'*ordinateur* présent dans un domicile légalement perquisitionné, la réserve des engagements internationaux ne jouant, selon lui, que dans le premier cas.

⁴ Quant à l'enjeu d'extraterritorialité, une solution, préconisée aux États-Unis (A. ROUSSELET-MAGRI, art. préc.), tiendrait à conditionner la compétence des enquêteurs à la nationalité française du détenteur des données ; autrement dit de substituer un critère *ratione personae* au critère *ratione loci* exposé, ce qui n'est pas sans rappeler certaines solutions évoquées plus haut par rapport à la localisation de l'infraction (v. *supra* n° 326).

⁵ V., l'affirmant de façon explicite, CSI, art. L. 229-5, al. 1^{er}.

⁶ LPF, art. L. 16 B, I et L. 38, 1 ; C. douanes, art. 64, 1, évoquant la saisie de documents, « *quel qu'en soit le support* ». Pour l'affirmation de la possibilité de saisir des « *documents dématérialisés* » en matière fiscale : Cass. com., 25 nov. 2014, n° 13-16.920. Dans le même sens, en matière douanière : Cass. crim., 10 mars 2004, n° 01-87.470 ; Cass. crim., 14 mai 2003, n° 02-83.562 ; Cass. crim., 23 mai 2002, n° 01-82.701. En matière de prévention du terrorisme, v. CSI, art. L. 229-5, permettant aux agents de saisir « *des données contenues dans tout système informatique ou équipement terminal présent sur les lieux de la visite soit par leur copie, soit par la saisie de leur support lorsque la copie ne peut être réalisée ou achevée pendant le temps de la visite* ».

⁷ Cass. com., 25 nov. 2014, n° 13-16.920. *Adde* : Cass. com., 13 nov. 2013, n° 12-28.289 ; Cass. com., 26 févr. 2013, n° 12-14.772, *Bull. civ.* 2013, IV, n° 32 ; *Rev. sociétés* 2013, p. 445, note D. RAVON ; *Dr. pén.* 2013, comm. 76, obs. J.-H. ROBERT.

l'accès aux pièces ou documents présents sur un support informatique, à leur lecture ou à leur saisie »¹. Dans ce cas, les agents peuvent saisir le support, mais le régime de l'opération est alors plus exigeant. En effet, des formalités particulières doivent être respectées quant aux scellés, la procédure doit être relatée dans un procès-verbal et l'occupant des lieux ou son représentant doit, surtout, être « *avisé qu'il peut assister à l'ouverture des scellés, à la lecture et à la saisie des pièces et documents présents sur ce support informatique, qui ont lieu en présence de l'officier de police judiciaire* ». Ces dispositions montrent donc bien que l'accès coercitif à un système doit être entouré de garanties, si bien que le législateur pourrait s'en inspirer pour réformer le droit commun.

Cependant, le législateur est tout de même conscient de la protection devant s'attacher au système informatique, puisqu'il a entouré la captation de données informatiques – véritable fouille à distance d'un ordinateur opérée « *sans le consentement de l'intéressé* »² – des garanties relatives aux techniques spéciales d'enquête³. En l'occurrence, il n'y a pas d'ambiguïté sur le fait que c'est l'accès à distance qui est étroitement encadré et non la perquisition classique qui précéderait un tel accès.

343. En somme, les enquêteurs ne peuvent s'introduire dans un lieu privé ou dans un contenant assimilé à un tel lieu sans se conformer aux garanties exigeantes prévues par les dispositions pénales. Dans la même logique, les captations d'images dans des lieux privés et la vidéoprotection dans des lieux publics répondent à des régimes exigeants.

2. Les captations d'images

344. Fixation d'image et lieu privé. La technique spéciale d'enquête consistant à fixer l'image d'une personne présente dans un lieu privé⁴ est un cas particulier, en ce que le caractère privé du lieu participe à la définition de l'acte en question et qu'il constitue, dans le même

¹ LPF, art. L. 16 B, IV *bis* et L. 38, 4 *bis* ; C. douanes, art. 64, 2, c.

² C. proc. pén., art. 706-102-1. *Adde* : M. QUÉMÉNÉR, « Les techniques spéciales d'enquête en matière de lutte contre la cybercriminalité », *AJ Pénal*, 2015, p. 403 : « Cette nouvelle procédure a été présentée comme un risque sérieux d'atteinte à la liberté des citoyens avec l'introduction de "mouchards". Elle permet en effet aux services d'enquête, dans certaines circonstances, d'utiliser des logiciels mouchards enregistrant les frappes au clavier (enregistreur de frappe ou keylogger) ou des captures d'écran, à l'insu de l'utilisateur. Le juge d'instruction peut également autoriser que le dispositif soit mis en place "par un réseau de communications électroniques", c'est-à-dire à distance ».

³ Sur ces garanties, non spécifiquement liées à l'opposition privé-public, v. *infra* n° 480 et s.

⁴ C. proc. pén., art. 706-96. Sur les garanties applicables aux techniques spéciales d'enquête, v. *infra* n° 480 et s.

temps, un obstacle pratique à sa réalisation, dès lors qu'il faut parfois accéder à un tel lieu pour installer ou désinstaller l'appareil permettant de capter l'image¹. Il suffit ici d'indiquer que le régime exigeant liée à cette technique spéciale d'enquête ne doit être respecté que lorsque le caractère privé du lieu est établi, ce qui est le cas, par exemple, pour les parties communes d'un immeuble² ou d'une cellule³. La question qui se pose est surtout celle de savoir comment tracer la limite entre la captation d'image véritablement régie par le Code de procédure pénale et la simple photographie permettant d'étayer des constatations visuelles⁴.

En toute hypothèse, jusqu'à peu, il était possible d'affirmer que « *l'article 706-96 autorise a contrario la captation de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu public et ce quel que soit le cadre juridique et à l'initiative du policier ou du gendarme* »⁵. Pourtant, en 2018, dans une affaire où la vidéosurveillance avait été mise en œuvre, dans le cadre de l'instruction, sur le fondement de l'article 81 du Code de procédure pénale, la Cour de cassation a jugé que la mesure aurait dû être « *mise en place sous le contrôle effectif du magistrat instructeur et selon les modalités qu'il a autorisées* »⁶. Autrement dit, la mise en œuvre d'un tel acte n'est subordonnée qu'aux exigences génériques de l'article précité et aucune base légale spécifique n'est jugée nécessaire par la Haute juridiction. Si la solution a été réaffirmée par la suite⁷ et étendue à l'enquête⁸, la question se pose donc de savoir si le législateur, comme il l'a fait à l'égard de nombreux actes, sous la pression des juges de Strasbourg⁹, régira précisément la vidéosurveillance judiciaire sur la voie publique dans une disposition spécifique. La chambre criminelle a beau affirmer, dans les arrêts précités, que l'ingérence dans la vie privée que constitue le dispositif présente, par sa nature même, un « *caractère limité et est proportionnée au regard de l'objectif poursuivi* », certains auteurs considèrent, au contraire, que la solution

¹ V. *infra* n° 348. En toute hypothèse, on peut tout à fait concevoir une hypothèse de captation d'image effectuée depuis l'extérieur d'un lieu privé (v. Cass. crim., 21 mars 2007, n° 06-89.444, *Bull. crim.* n° 89).

² Cass. crim., 27 mai 2009, n° 09-82.115, préc. V. *supra* n° 268.

³ Cass. ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339, préc.

⁴ H. VLAMYNCK, « Le point sur la captation de l'image et des paroles dans l'enquête de police », *AJ pénal*, 2011, p. 574, estimant que si le recours à un procédé technique permet d'étayer des constatations techniques et non de les réaliser, « *rien n'interdirait au policier requis par l'occupant des lieux de se pré-positionner dans un local en vue de la commission à venir d'une infraction, de s'équiper en matériel audio, vidéo ou photographique pour asseoir ses constatations visuelles ou auditives à venir* ».

⁵ H. VLAMYNCK, art. préc.

⁶ Cass. crim., 11 déc. 2018, n° 18-82.365 ; *RSC* 2019, p. 417, obs. F. CORDIER.

⁷ Cass. crim., 18 juin 2019, n° 18-86.421, préc.

⁸ Cass. crim., 8 déc. 2020, n° 20-83.885 ; *AJ pénal* 2021, p. 98, obs. G. ROUSSEL ; Cass. crim., 18 mai 2021, n° 20-86.266, P ; *Dr. pén.* 2021, comm. 134, obs. A. MARON, admettant que le procureur de la République puisse, lui aussi, mettre en place un système de vidéosurveillance sur la voie publique, en vertu des pouvoirs généraux dont il dispose (C. proc. pén., art. 39-3 et 41), et ce, peu important que la captation ait eu lieu depuis un lieu privé, dès lors que l'accès y avait été librement consenti par son occupant.

⁹ V. *infra* n° 483.

repose sur une base légale insuffisante au regard des exigences conventionnelles, dès lors que l'acte n'est pas entouré, en l'état, de garanties adéquates¹. Il est vrai que le contraste avec le régime exigeant de la vidéoprotection, mesure administrative mise en place dans les lieux publics, est saisissant.

345. Vidéoprotection et lieux publics. La vidéoprotection, en pleine expansion, constitue avant tout une mesure de police administrative². Il n'en demeure pas moins qu'elle permet aussi de prouver la commission d'une infraction pénale³, les enregistrements pouvant être, le cas échéant, remis aux enquêteurs sur simple réquisition. La dimension judiciaire de la vidéoprotection apparaît également dans l'énoncé des finalités de ce dispositif, parmi lesquelles on trouve la « *constatation des infractions aux règles de la circulation* »⁴. En toute hypothèse, cet acte mérite d'être évoqué car son régime dépend étroitement du lieu public considéré, les dispositions du Code de la sécurité intérieure étant claires, au demeurant, quant à l'impossibilité de filmer des lieux privés⁵. Plus précisément, la vidéoprotection opérée par les autorités publiques dans les lieux publics se présente sous trois formes particulières.

En premier lieu, lorsqu'elle est mise en œuvre par l'autorité publique, la mesure peut concerner deux types de lieux publics, à savoir, d'une part, la voie publique et, d'autre part, les « *lieux et établissements ouverts au public* » lorsqu'ils sont « *particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol* »⁶ ou « *susceptibles d'être exposés à des actes de terrorisme* »⁷. Lorsque ces lieux sont visés, la mesure doit être autorisée par le représentant de l'État dans le département ou, à Paris, par le préfet de police, après avis de la commission départementale de la vidéoprotection⁸. En complément, on notera que ces mêmes représentants de l'État peuvent rendre obligatoire la mise en œuvre de systèmes de vidéoprotection dans les transports

¹ V. not., P. COLLET, « Les lacunes de la “vidéosurveillance” en procédure pénale », *D.* 2021, p. 1099 : « Rien n'est prévu sur les catégories de personnes pouvant être filmées, ni sur les infractions permettant d'y recourir. Rien n'est davantage précisé à propos des précautions nécessaires à la conservation parfaite des enregistrements, ni du reste sur les conditions dans lesquelles les procès-verbaux peuvent être dressés. Quid encore de la destruction et l'effacement des vidéo réalisées ? »

² V. *infra* n° 484.

³ Sur la logique de l' « *enquête proactive* », v. *ibid.* Adde : M.-N. MORNET, *La vidéosurveillance et la preuve*, préf. F. GRANET-LAMBRECHTS, PUAM, 2004, *passim*.

⁴ CSI, art. L. 251-2, 4°.

⁵ CSI, art. L. 251-3 : « *Les opérations de vidéoprotection de la voie publique sont réalisées de telle sorte qu'elles ne visualisent pas les images de l'intérieur des immeubles d'habitation ni, de façon spécifique, celles de leurs entrées* ».

⁶ CSI, art. L. 251-2, avant-dernier al.

⁷ CSI, art. L. 223-1, al. 1^{er}.

⁸ CSI, art. L. 252-1, al. 1^{er}.

collectifs, les aéroports et même les centrales nucléaires¹ ; or celles-ci pourraient être analysées comme un lieu privé². De même, aux termes de l'article 58 de la loi pénitentiaire 24 novembre 2009, des caméras de surveillance peuvent être installées dans « *les espaces collectifs présentant un risque d'atteinte à l'intégrité physique des personnes au sein des établissements pénitentiaires* », faculté qui devient une obligation pour les établissements pénitentiaires dont l'ouverture est postérieure à l'entrée en vigueur de cette loi.

En deuxième lieu, la mesure peut également être mise en place par des commerçants³ dans les mêmes lieux publics présentés comme étant à risque⁴. Ceux-ci ont alors interdiction de filmer la voie publique, si ce n'est la portion de celle-ci située aux « *abords immédiats* » du lieu en question⁵, le visionnage des images devant par ailleurs être assuré par des agents de l'autorité publique⁶. Il s'agit donc d'une hypothèse particulière, opérant la rencontre de la conception verticale de l'opposition privé-public, en ce qu'il s'agit ici d'une privatisation de la surveillance, avec la conception transversale de cette opposition, les lieux restant « *publics* » au sens de la présente étude. On peut donc être surpris de voir la doctrine affirmer que la loi vise « *les lieux particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol qu'ils soient privés ou ouverts au public* » et en conclure que son champ d'application *rationae loci* « *déborde donc la distinction lieux privés/lieux publics* »⁷.

En troisième lieu, de façon originale, la vidéoprotection publique concerne moins un lieu public qu'une réunion publique lorsqu'elle est mise en œuvre en prévision de la « *teneur imminente d'une manifestation ou d'un rassemblement de grande ampleur présentant des risques particuliers d'atteinte à la sécurité des personnes et des biens* »⁸, la mesure pouvant alors être prise en urgence par le préfet, sans avis préalable de la commission départementale de la vidéoprotection.

¹ CSI, art. L. 223-3.

² V. *supra* n° 248.

³ CSI, art. L. 252-2, *in fine*. Comp. CSI, art. L. 223-1, évoquant « *les autres personnes morales* » en matière de prévention du terrorisme.

⁴ R. HANICOTTE, « Visage caché, oeil policier » *AJDA*, 2010, p. 417. L'auteur relève le « *subjectivisme* » inhérent à l'idée de risque ainsi mise en avant : « *Un préfet pris de frénésie sécuritaire pourrait être tenté de solliciter les mots en vue de placer sous haute (vidéo) surveillance les quartiers les plus "sensibles" de son département, voire l'ensemble des banlieues, assimilées à des "lieux particulièrement exposés" par nature* ».

⁵ CSI, art. R. 252-3, 4° : « *Lorsque le système de vidéoprotection est mis en œuvre aux fins définies au dernier alinéa de l'article L. 251-2, le plan de détail prévu au 3° montre la zone couverte par la ou les caméras dont le champ de vision doit être limité aux abords immédiats des bâtiments et installations en cause* ».

⁶ CSI, art. L. 252-2, al. 2.

⁷ P. MOREAU et X. LATOUR, « Fasc. 1100 : Vidéoprotection », *J.-Cl. Communication*, 2015 (màj. 2020), n° 5.

⁸ CSI, art. L. 252-6 et L. 252-7.

À titre surabondant, on peut ajouter que la vidéosurveillance effectuée des lieux privés n'échappe pas au droit, mais il n'est alors plus question de police administrative ou judiciaire. Lorsque le dispositif est mis en place dans un « *lieu non ouvert au public, comme les parties communes des immeubles d'habitation, les locaux professionnels et les établissements affectés à l'enseignement ou à la garde d'enfants* »¹, la législation relative à la protection des données personnelles s'applique, le contentieux relevant de la compétence de la Commission nationale de l'informatique et des libertés, voire des instances prud'homales lorsqu'un lieu de travail est concerné². Toutefois, le lien entre la vidéosurveillance privée et l'activité de police est rétabli dans un cas, l'article L. 272-2 du Code de sécurité intérieure régissant strictement la transmission aux forces de l'ordre des images réalisées en vue de la protection des parties communes des immeubles collectifs à usage d'habitation, lors de circonstances faisant redouter la commission imminente d'une atteinte grave aux biens ou aux personnes. Cette transmission doit notamment être autorisée sur décision de la majorité des copropriétaires ou, dans les immeubles sociaux, du gestionnaire. Cependant, les images susceptibles d'être transmises ne doivent concerner « *ni l'entrée des habitations privées, ni la voie publique* ».

346. En définitive, le caractère privé ou public du lieu participe de la définition même des actes de police envisagés et en conditionne largement le régime, quand il n'exclut pas sa mise en œuvre en son sein. Dans d'autres hypothèses, le lieu privé ne fait que ponctuellement obstacle à l'action des forces de police.

B. Les actes ponctuellement concernés par les lieux privés

347. Dans plusieurs hypothèses, le caractère privé du lieu ne participe pas de la définition de l'acte de police, mais les textes conditionnent tout même explicitement la mise en œuvre des actes les plus intrusifs dans un tel lieu à l'autorisation d'un magistrat (1). Plusieurs actes de police ordinaires³ ne sont que ponctuellement confrontés au caractère privé du lieu, si bien que se pose alors la question de la portée des garanties induites par le principe de l'inviolabilité du domicile lorsque l'acte se déroule dans un lieu clos (2).

¹ Circ. n° PRMX1124533C, 14 sept. 2011. Sur le caractère *commun* de ces lieux, v. *supra* n° 266 et s.

² Par ex., Cass. soc., 23 juin 2021, n° 19-13.856.

³ Comp. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 594, p. 510 évoquant le « *répertoire ordinaire* », distinct du « *répertoire ajouté de la criminalité organisée* ». Si les auteurs incluent la géolocalisation dans le premier répertoire, celle-ci sera dans ces lignes rattachées aux actes intrusifs prévus, pour l'essentiel, dans le cadre de la criminalité organisée.

1. Les actes particulièrement intrusifs

348. La géolocalisation. La géolocalisation peut théoriquement être réalisée en tous lieux. Pour autant, il est souvent nécessaire, en pratique, de pénétrer dans un lieu clos pour installer le dispositif technique permettant la géolocalisation. Conscient de cette réalité, le législateur a prévu, à l'article 230-34 du Code de procédure pénale¹, que le procureur de la République ou le juge d'instruction puisse, aux seules fins de mettre en place ou de retirer le dispositif de géolocalisation, autoriser la pénétration des enquêteurs, qu'elle soit diurne, nocturne ou coercitive, dans « *des lieux privés destinés ou utilisés à l'entrepôt de véhicules, fonds, valeurs, marchandises ou matériel* »², ou dans un « *véhicule situé sur la voie publique* »³. Pour les autres lieux privés, essentiellement les lieux de travail⁴, l'opération ne peut intervenir que dans le cadre d'une enquête ou d'une instruction relative à un crime ou un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement, ou dans le cadre d'une enquête liée à une mort ou disparition suspecte⁵, ou encore lorsqu'il est question d'une procédure de recherche d'une personne en fuite⁶. Cela étant, s'il s'agit d'un lieu d'habitation, l'autorisation doit alors être délivrée par le juge des libertés et de la détention lorsque l'opération est effectuée dans le cadre d'une enquête de police⁷ ; par le juge d'instruction lorsqu'une information est en cours, mais par le juge des libertés et de la détention, dans cette hypothèse, si l'accès sollicité est nocturne⁸. Enfin, ce

¹ V. aussi, C. douanes, art. 67 bis-2, renvoyant aux dispositions du Code de procédure pénale relatives à la géolocalisation.

² Cass. crim., 23 mars 2017, n° 16-87.323, validant l'appréciation des juges du fond selon laquelle « *cette catégorie désigne notamment les parkings dans lesquels des véhicules peuvent être garés, de même que l'habitable d'un véhicule* ». Dans le même sens, v. Cass. crim., 18 juin 2019, n° 18-86.421, préc.

³ On notera, par ailleurs, que lorsque la géolocalisation est mise en œuvre en urgence par l'officier de police judiciaire, celui-ci ne doit solliciter l'accord préalable d'un magistrat que pour accéder à un lieu d'habitation (C. proc. pén., art. 230-35, al. 2).

⁴ J. PRONIER, « Fasc. 20 : Géolocalisation », *J.-Cl. Procédure pénale*, 2015 (màj. 2018), n° 35. V. néanmoins J. BUISSON, « La géolocalisation enfin prévue par une loi », *Procédures*, 2014, étude 10 : « *on peut avoir quelques difficultés à considérer que les lieux destinés à l'entrepôt ne sont pas des locaux professionnels* ». Adde : Cass. crim., 23 mars 2017, n° 16-87.323, préc., donnant son aval à l'analyse des juges du fond selon lesquels « *la deuxième catégorie concerne les lieux privés ne constituant pas des lieux d'entrepôt ou des lieux d'habitation, tels que les locaux d'une administration, d'une banque ou d'une entreprise* ».

⁵ C. proc. pén., art. 74, 74-1 et 80-4.

⁶ C. proc. pén., art. 74-2.

⁷ P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « La mutation du juge des libertés et de la détention », *AJ pénal*, 2019, p. 131, relevant le paradoxe tenant à exclure la perquisition nocturne en enquête préliminaire dans un lieu d'habitation (C. proc. pén., art. 706-90) tout en autorisant la pénétration nocturne dans une telle enquête en matière de géolocalisation : « *N'y a-t-il pas une certaine contradiction à vouloir ériger la géolocalisation en ultima ratio et, dans le même temps, lui offrir un champ d'application plus grand ?* »

⁸ J. PRONIER, « Fasc. 20 : Géolocalisation », *op. cit.*, n° 38 : « *Cette distinction interroge dès lors que le statut du juge d'instruction et celui du juge des libertés et de la détention offrent les mêmes garanties* ».

moyen ne peut être mis en place dans les lieux préservant un secret mentionnés aux articles 56-1 à 56-5 du Code de procédure pénale, ni dans le bureau ou dans le domicile d'un député, d'un sénateur, d'un avocat ou d'un magistrat¹.

C'est peu dire que ce dispositif est dense et complexe. Toutefois, il a le mérite de faire jouer un rôle clé aux différents lieux privés, cette disposition étant sans doute la plus emblématique de limitation processuelle opérée par ces qualifications spécifiques, dont l'appréhension conceptuelle est donc essentielle². Comme l'a souligné la doctrine³, l'autorisation écrite devant être donnée par un magistrat est modulée selon qu'il est question de lieux « *faiblement protégés* » – les entrepôts et les véhicules –, de lieux « *modérément protégés* » – les lieux de travail –, de lieux « *hautement protégés* » – les domiciles – ou de lieux « *bénéficiant d'une protection absolue* » – les lieux préservant divers secrets⁴. On retrouve donc ici l'idée d'un dépassement de la binarité de l'opposition privé-public pour adapter la loi pénale aux réalités sociales⁵.

349. Les sonorisations, fixations d'images et captations de données. Un dispositif similaire est prévu en matière de sonorisations et de fixations d'images⁶ et de captations de données informatiques⁷. Deux différences notables avec peuvent néanmoins être relevées. D'une part, la distinction entre les « *lieux privés destinés ou utilisés à l'entrepôt de véhicules, fonds, valeurs, marchandises ou matériel* » et les autres privés n'est pas présente ici, les textes ne se référant qu'au « *lieu privé* » et au « *véhicule* ». D'autre part, les dispositifs semblent pouvoir être mis en place dans des lieux visés par l'article 56-4 du Code de procédure pénale, à savoir les lieux abritant un secret de la défense nationale, cet article n'étant pas évoqué par la disposition étudiée. Au surplus, si la loi affiche son ambition d'empêcher que ces dispositifs soient utilisés à l'encontre de professions sensibles, un auteur a pu relever, à propos de la captation de données, que « *lorsque l'opération se déroule dans un lieu public, les*

¹ On relèvera la redondance induite par la référence au bureau d'un avocat, lequel se distingue difficilement du cabinet de celui-ci mentionné par l'art. 56-1 du C. proc. pén., ainsi que celle au domicile d'un magistrat, déjà évoqué par l'art. 56-5 du même Code.

² On notera que l'on retrouve ici les lieux revêtant un caractère commun (v. *supra* n° 266 et s.), envisagés ici comme des lieux privés et non comme des lieux publics.

³ J. PRONIER, *op. cit.*, n° 33 et s.

⁴ On pourrait tenter de percevoir une gradation ici. Toutefois, on réservera l'hypothèse de la gradation aux textes sanctionnant plus sévèrement une intrusion dans un lieu à usage collectif que l'intrusion dans un lieu privé (v. *infra* n° 373), dès lors que le souci du législateur est alors véritablement d'accroître la sanction d'un comportement et non de protéger la sûreté de l'individu en maintenant à l'écart les enquêteurs, donc de limiter la répression pénale.

⁵ V. *supra* n° 263, 316 et 328.

⁶ C. proc. pén., art. 706-96-1. V. aussi, CSI, art. L. 853-3.

⁷ C. proc. pén., art. 706-102-5. V. aussi, CSI, art. L. 853-3.

correspondances échangées depuis le poste informatique ou le téléphone appartenant à l'un de ces professionnels pourront être portées à la connaissance des enquêteurs. Ainsi, les questions de la propriété et de la qualité de l'utilisateur du système auraient dû être relevées »¹. La critique vaut d'ailleurs pour la géolocalisation, puisqu'il semble tout à fait envisageable de placer un dispositif de géolocalisation dans un lieu autre que les lieux protecteurs du secret évoqués, rien n'empêchant ensuite les enquêteurs de géolocaliser une personne dans un cabinet d'avocat, par exemple. Quoiqu'il en soit, une autorisation est exigée pour la mise en œuvre de tous ces actes coercitifs lorsqu'ils concernent un lieu privé, ce qui n'est pas le cas pour les actes de police ordinaires.

2. Les actes ordinaires

350. Les constatations techniques. En matière de constatations techniques², Une doctrine ancienne a pu considérer que le respect des heures légales s'imposait aux enquêteurs³. Un auteur a pu récemment estimer, au contraire, que tel n'était pas le cas, en raison de la spécificité de cet acte par rapport aux perquisitions. Selon lui, les constatations « *ne doivent pas être confondues avec les perquisitions et des fouilles dont le régime juridique est différent : dans le premier cas, l'officier de police judiciaire est dans une situation de récepteur ("il touche avec les yeux"), dans le second il est beaucoup plus actif ("il touche avec les mains")* »⁴. Dès lors, le respect des heures légales ne devrait pas s'appliquer à cette opération. Il peut sembler excessif d'imposer aux forces de l'ordre ayant légitimement pénétré dans le lieu à 22 heures d'en ressortir et d'attendre le lendemain pour revenir dans le lieu et procéder aux constatations. De plus, la présence de la personne ou de témoins n'est pas exigée par la loi lorsque les constatations se déroulent dans un domicile, et les lieux protégeant un secret ne font pas non plus l'objet de dispositions particulières en l'occurrence, « *ce qui est logique car l'officier de police judiciaire*

¹ S. HENNEQUIN, « Quid de la captation de données informatiques ? », *D.* 2011, p. 1358. Dans le même sens, C. RIBEYRE, « LOPPSI II : de nouvelles règles au service de la répression », *Dr. pén.*, 2011, étude 10, n° 33 : « *On peut craindre certains abus, et il aurait sans doute été préférable de calquer le régime de cette captation de données sur celui des écoutes téléphoniques et de prévoir l'information du bâtonnier* ».

² C. proc. pén., art. 54. *Adde* : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 603, p. 514 : « *À la différence du constat, les constatations consistent dans les opérations accomplies par l'OPJ, après qu'il s'est transporté sur les lieux de commission de l'infraction et a constaté l'infraction, aux fins de recueillir les divers indices (dont les traces) ou de saisir les pièces à conviction, le plus souvent à l'aide des moyens de la police technique et scientifique* ».

³ L. LAMBERT, *Précis de police judiciaire selon le nouveau code comparé à l'ancien*, Desvigne et C^{ie} Éditeurs, 1959, p. 56, cité par H. VLAMYNCK in « Le policier et l'inviolabilité du domicile », art. préc.

⁴ H. VLAMYNCK, art. préc.

n'a pas à prendre connaissance à ce stade de documents protégés par le secret »¹. La jurisprudence semble consolider une telle analyse, la Cour de cassation ayant pu estimer que des constatations nocturnes n'étaient pas assimilables à une perquisition². Il n'en demeure pas moins que lorsqu'elles « prennent place dans un lieu clos, elles supposent un accès légal à ce lieu »³, ce qui renvoie à la question du transport.

351. Le transport. En vertu de l'article 54 du Code de procédure pénale, le transport de l'officier de police judiciaire sur le lieu de l'infraction est obligatoire dans le cadre de l'enquête de flagrance. Si ce lieu peut être indifféremment privé ou public, cet acte « pose problème lorsque l'infraction a pris place dans un domicile »⁴, le respect des garanties induites par le principe de l'inviolabilité du domicile étant là encore discuté, l'article en question n'y renvoyant pas. Pour autant, « on a estimé, en pratique, que le principe de l'inviolabilité nocturne s'appliquait aussi au transport », dès lors que « toute introduction dans un domicile en vue d'y constater une infraction constitue une "visite domiciliaire", l'assentiment du chef de maison n'étant pas de nature à méconnaître un tel principe »⁵. Cette assimilation du transport et de la « visite domiciliaire » permettrait de résoudre l'incertitude planant sur cette notion⁶, mais les textes pourraient être réécrits sur ce point pour plus de clarté.

352. La saisie. La logique est la même pour la saisie, laquelle peut tout à fait « être opérée lors d'un constat dans un lieu public ou après remise spontanée »⁷. La chambre criminelle a ainsi pu valider l'appréciation des juges du fond selon laquelle « l'article 56 du Code de procédure pénale relatif aux perquisitions ne trouve pas à s'appliquer, s'agissant de la saisie d'objets trouvés sur la voie publique par un tiers et remis à l'officier de police judiciaire ultérieurement, et non d'objets appréhendés sur les lieux d'un crime supposé ou au domicile d'un citoyen »⁸. En revanche, lorsque la saisie a lieu dans un lieu privé, la saisie coercitive doit être précédée d'un accès légitime au lieu, généralement fondé sur la perception d'un indice de flagrance⁹.

¹ *Ibid.*

² Cass. crim., 14 sept. 2004, n° 04-83.754, préc.

³ J. BUISSON, « Fasc. 20 : Crimes et délits flagrants », *op. cit.*, n° 134.

⁴ *Ibid.*, n° 128.

⁵ *Ibid.*

⁶ V. *supra* n° 339.

⁷ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 881, p. 636.

⁸ Cass. crim., 14 sept. 2004, n° 04-83.754, préc.

⁹ Cass. crim., 9 janv. 1989, *Bull. crim.* n° 5 ; Cass. crim., 12 mai 1992, *Bull. crim.* n° 187.

353. Le contrôle d'identité. Quant au contrôle d'identité, il est intéressant de relever que la question du caractère privé du lieu a été soulevée par un amendement sénatorial visant à y interdire la réalisation de cet acte¹. « Mais si cette question de la qualification des lieux paraît de plano répondre à un souci de garantie des libertés, elle se révèle être techniquement sans intérêt. D'abord parce que [...], loin d'être laissée à la totale liberté du procureur, la délimitation résulte des faits. Ensuite, parce que le problème du lieu public ou privé du contrôle d'identité ne se pose pas ainsi, in abstracto. La véritable interrogation est ailleurs, dans la légalité de l'accès du policier ou du gendarme au lieu de ce contrôle »². En pratique, il est évident que ces contrôles, surtout lorsqu'ils s'inscrivent dans le cadre d'une opération « coup de poing », ne concerneront pas les lieux privés, ce qui peut amener certains auteurs à les exclure de la définition de ces actes³. L'amendement suggéré a néanmoins été rejeté, de même que d'autres visant à exclure des lieux particuliers⁴, si bien que, théoriquement, un tel contrôle pourrait être opéré dans un lieu privé.

354. Les convocations coercitives. Le lieu privé constitue aussi un obstacle ponctuel à la mise en œuvre des convocations coercitives de témoins. En effet, si l'article 78 du Code de procédure pénale, relatif à la convocation de témoins, a pu être interprété comme conférant « implicitement un titre permettant la pénétration dans un lieu clos »⁵, la chambre criminelle a récemment estimé, au contraire, que cette disposition « ne permet pas à l'officier de police judiciaire, autorisé par le procureur de la République à contraindre une personne à comparaître par la force publique, de pénétrer de force dans un domicile, une telle atteinte à la vie privée ne pouvant résulter que de dispositions légales spécifiques confiant à un juge le

¹ Amendement n° 9 et 108 : *JO Sénat CR*, 30 juin 1993, p. 1816.

² J. BUISSON, « Fasc. 10 : contrôles, vérifications et relevés d'identité », *op. cit.*, n° 98.

³ T. LEBRETON, « Les contrôles d'identité de police judiciaire », *AJ Pénal*, 2020, p. 571 : « Quant aux lieux visés, les réquisitions concernent généralement un quartier ou une zone précise. Au sein de ces lieux, les contrôles pourront être opérés sur la voie publique mais également dans les lieux publics, voire dans les zones accessibles au public des lieux privés ».

⁴ Ont ainsi été visés les « lieux de soins » (Amendement n° 10 : *JO Sénat CR*, 30 juin 1993, p. 1818), les « lieux d'enseignement scolaire » (amendement n° 11 : *ibid.*, p. 1819), les « dispensaires de l'Armée du Salut » (amendement n° 12 : *ibid.*, p. 1820), les « locaux des compagnons d'Emmaüs » (Amendement n° 13 : *ibid.*, p. 1822), (Amendement n° 14 : *ibid.*, p. 1823). Ces amendements sont recensés par J. BUISSON (*op. cit.*, n° 99).

⁵ M. MURBACH-VIBERT et J.-F. BARRE, obs. ss. Cass. crim. 22 févr. 2017, *AJ Pénal* 2017, p. 227. V. aussi, P. GAGNOUD, « L'article 78 du Code de procédure pénale et la comparution forcée du témoin récalcitrant au cours de l'enquête préliminaire : ordre de comparution ou mandat d'amener policier ? », *Gaz. Pal.*, 12 août 2003, p. 2191 : « la doctrine considère généralement que cette contrainte peut s'exécuter en tout lieu, lieu public ou domicile de l'intéressé ».

soin d'en apprécier préalablement la nécessité »¹. La solution a été réaffirmée deux ans plus tard². Il semble ainsi que la Cour de cassation ait voulu inviter le législateur à étendre les exigences relatives aux mandats d'amener, de recherche et d'arrêt posées par l'article 134 du Code de procédure pénale à la convocation coercitive de témoins. En effet, il est peu probable que les juges fassent implicitement référence aux dispositions de l'article 76 du Code de procédure pénale³, car cela constituerait un détournement de procédure⁴. Le législateur n'a pas été tout à fait insensible à l'appel des hauts magistrats, puisqu'il a tenté de soumettre l'accès nocturne des enquêteurs, dans cette hypothèse, à une autorisation ; mais le Conseil constitutionnel a jugé que celle-ci devait émaner d'un magistrat du siège et non du procureur de la République⁵.

On peut se demander si, à l'avenir, les différentes hypothèses où, pour l'exécution d'une décision pénale, le législateur évoque la possibilité de contraindre un individu par la force publique⁶, sans pour autant évoquer la garantie de l'inviolabilité du domicile, seront remises en cause par la Cour de cassation. Il est vrai qu'on pourrait en douter, dans la mesure où les textes concernent alors une personne suspectée ou condamnée et non un simple témoin. Il n'en reste pas moins que cette extension serait cohérente au regard de la portée constitutionnelle de cette garantie, d'autant que certains textes intègrent déjà le domicile dans la définition de l'acte considéré⁷. Au surplus, l'accès coercitif d'un huissier de justice à un domicile, dans le but d'exécuter une décision civile ou des titres revêtus de la formule exécutoire, est parfois

¹ Cass. crim., 22 févr. 2017, n° 16-82.412 ; D. 2017, p. 1676, obs. J. PRADEL ; JCP G 2017, 273, note P. COLLET ; Gaz. pal. 25 avr. 2017, p. 58, obs. F. FOURMENT. Pour J. PRADEL (obs. préc.) : « Dès lors, une question pratique se pose : que devaient faire les enquêteurs quand ils ont constaté l'absence de la dame Y ? Ils auraient dû en avvertir le substitut de permanence, et celui-ci aurait pu, s'il n'ouvrait pas d'information, lancer un mandat de recherche [...] ou ordonner une visite domiciliaire ».

² Cass. crim., 18 sept. 2019, n° 18-84.885 ; AJ Pénal 2019, p. 561, obs. É. CLÉMENT ; RSC 2020, p. 118, obs. P.-J. DELAGE.

³ F. FOURMENT, obs. préc. : « il y a lieu de comprendre [...] de cet attendu que les dispositions de l'alinéa 4 de l'article 76 du [C. proc. pén.] ne sont pas concernées. Sinon, pourquoi la chambre criminelle exprimerait-elle en termes si détournés une solution qui serait simple ? » En ce sens également, E. CLÉMENT, obs. préc. ; P.-J. DELAGE, obs. préc. V., toutefois, en sens contraire : P. COLLET, note préc. ; M. MURBACH-VIBERT et J.-F. BARRE, obs. préc.

⁴ En ce sens, P.-J. DELAGE, obs. préc.

⁵ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC ; D. 2019, p. 910, obs. J.-J. LEMOULAND et D. VIGNEAU, § 195.

⁶ C. proc. pén., art. 709, par rapport l'exécution des décisions pénales ; C. proc. pén., art. 712-17, relatif au mandat d'amener le condamné ne respectant pas les obligations relatives à l'aménagement de la peine décidé au préalable. V. sur ce point, G. DUMÉNIL, *Le domicile en droit pénal*, op. cit., n° 98, p. 70, précisant qu' « une pénétration coercitive du domicile pourra être mise en œuvre » à cette occasion, sans pour autant que les textes ne renvoient à l'art. 134 du même Code. Toutefois, cet article évoque le « mandat d'amener » de façon générique et on peut penser qu'il s'applique à ce mandat spécifique.

⁷ V. C. proc. pén., art. 134, al. 1^{er} : « L'agent chargé de l'exécution d'un mandat d'amener, d'arrêt et de recherche ne peut s'introduire dans le domicile d'un citoyen avant 6 heures ni après 21 heures. Il en est de même lorsque l'agent est chargé de l'arrestation d'une personne faisant l'objet d'une demande d'extradition ou d'un mandat d'arrêt européen ». V. aussi, C. proc. pén., art. 77-4, relatif au mandat de recherche en enquête de police, lequel renvoie à l'art. 70, qui renvoie lui-même à l'art. 134 du même code.

nécessaire, la jurisprudence ayant dû, sur ce point, tracer la ligne de partage entre la coercition acceptable et la violation de domicile commise par une personne dépositaire de l'autorité publique¹.

355. L'impact du lieu privé ou public sur la régularité d'une procédure est donc tant conséquent que diversifié. En effet, la distinction entre les différents lieux privés, dont certains peuvent s'analyser comme des lieux revêtant un caractère commun, est mise à profit par le législateur pour limiter la répression pénale de façon adéquate. Reste à évoquer l'encadrement renforcé de l'acte de police du fait de communications.

§2. L'encadrement renforcé du fait des communications

356. En matière de communications, comme en matière de lieux, on pourrait *a priori* penser que la liberté des enquêteurs est totale à l'égard des communications publiques. Toutefois, cette liberté peut être relativisée au regard de l'encadrement récent du *data mining* en matière fiscale ou douanière (A). Cela étant, c'est surtout lorsque des communications privées sont concernées que l'acte de police voit son régime devenir plus exigeant pour les forces de l'ordre (B).

A. La liberté relative des enquêteurs à l'égard des communications publiques

357. La liberté de principe à l'égard des communications publiques. Il est évident que les enquêteurs peuvent exploiter toutes les publications de presse ou les diffusions effectuées par voie de communication audiovisuelle pour faire avancer leur enquête, dès lors que, en toute rigueur, les enquêteurs devraient être ceux qui informent la presse des avancées d'une enquête, et non l'inverse². C'est donc surtout quand l'Internet est concerné que la liberté des enquêteurs à l'égard des contenus qui y ont été publiquement diffusés, souvent constitutifs de données personnelles, peut être discutée. Le problème ne se pose pas en matière de contrefaçon, la Cour de cassation ayant pu très explicitement affirmer que « *les constatations visuelles effectuées sur*

¹ Cass. crim., 12 juill. 1972, *Bull. crim.* n° 238 ; Cass. ass. plén., 16 déc. 1974, *Bull. crim.* n° 369 ; RSC 1975, p. 146, obs. G. LEVASSEUR. Adde, G. DUMÉNIL, *Le domicile en droit pénal*, op. cit., n° 103, p. 74 : « Dès lors, toutes les fois où l'huissier de justice se heurte à une résistance matérielle, il doit éviter de s'introduire de manière coercitive dans un local d'habitation en usant de violence contre les occupants. Seule l'intervention de la force publique pourra, dans de tels cas, rendre valable son entrée dans les lieux ».

² V. toutefois, sur l'essor du journalisme d'investigation et ses enjeux : S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 416, p. 352.

Internet et les renseignements recueillis en exécution de l'article L. 331-2 du code de la propriété intellectuelle par un agent assermenté qui [...] se contente de relever l'adresse IP [d'un internaute] pour pouvoir localiser son fournisseur d'accès en vue de la découverte ultérieure de l'auteur des contrefaçons, rentrent dans les pouvoirs conférés à cet agent [...] et ne constituent pas un traitement de données à caractère personnel relatives à ces infractions »¹. Il ressort donc clairement de cette décision que la liberté des enquêteurs sur Internet est, d'une manière générale, assimilable à celle dont ils disposent pour constater des infractions dans des lieux publics. Toutefois, lorsque la collecte se fait systématique et massive, le caractère public des communications ne suffit pas forcément à justifier que la liberté des enquêteurs soit totale.

358. La méfiance contemporaine à l'égard du « data mining ». L'article 154 de la loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020 autorise les administrations fiscales et douanières à « *collecter et exploiter au moyen de traitements informatisés et automatisés n'utilisant aucun système de reconnaissance faciale les contenus, librement accessibles sur les sites Internet des opérateurs de plateforme en ligne [de mise en relation], manifestement rendus publics par leurs utilisateurs* ». Ce dispositif expérimental, instauré pour une durée de trois ans, vient consacrer et encadrer la pratique du « *data mining* » qui était déjà mise en œuvre par ces administrations. Il n'en a pas moins soulevé des inquiétudes, la Commission nationale de l'informatique et des libertés ayant pu émettre un avis critique sur cette mesure, estimant qu'elle était susceptible de causer une « *atteinte particulièrement importante au droit au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel* »². Le Conseil constitutionnel a, quant à lui, validé dans l'ensemble le dispositif. Après avoir relevé que, « *même s'il s'agit de données rendues publiques par les personnes qu'elles concernent, les dispositions contestées portent atteinte au droit au respect de la vie privée* »³, les Sages mirent l'accent sur les différentes garanties introduites par le texte quant à la nature des données susceptibles d'être collectées, au traitement de ces données ou encore à leur durée de conservation. Malgré le fait que ne pouvaient « *être collectés et exploités que les contenus se rapportant à la personne qui les a, délibérément, divulgués* »⁴, cette seule considération n'a pas permis d'empêcher l'invalidation du dispositif. Cela illustre donc à

¹ Cass. crim., 13 janv. 2009, n° 08-84.088.

² CNIL, avis n° 2019-114 du 19 sept. 2019.

³ Cons. constit., 27 déc. 2019, n° 2019-796 DC, § 83.

⁴ *Ibid.*, § 87.

nouveau que les différentes conceptions de l'opposition privé-public ne se recouvrent pas toujours. Un contenu peut être à la fois accessible et ressortir de la vie privée d'une personne ou, à tout le moins, être qualifié de donnée à caractère personnel ; d'où l'encadrement parfois nécessaire des actes d'investigations relatifs à de tels contenus. Il est certain, toutefois, que le régime des actes de police est surtout renforcé quand des communications privées sont concernées.

B. Le régime strict des actes portant sur des communications privées

359. Les sonorisations et saisies de correspondances. Toutes les communications privées sont susceptibles d'être concernées par des actes d'enquête coercitifs. Elles participent alors, dans la plupart des cas, à la définition de ces actes et influent sur leur régime. Pour les communications orales, les enquêteurs peuvent mettre en œuvre la technique spéciale d'enquête que représente la sonorisation, laquelle consiste à capter, transmettre ou enregistrer des « *paroles prononcées par une ou plusieurs personnes à titre privé ou confidentiel* »¹. Dès lors que de telles communications² sont visées, le régime exigeant tenant aux techniques spéciales d'enquête doit être respecté³, ainsi, à titre incident, que celui relatif à la mise en place du procédé technique permettant la sonorisation⁴.

Quant aux correspondances écrites, on peut relever que celles-ci font partie des « *documents* » susceptibles d'être saisis au titre de la définition générique de la saisie⁵. Si ces communications privées ne sont donc pas intégrées à la définition de l'acte de police, elles le sont tout de même lorsqu'il est question de correspondances entre un avocat et son client. En effet, aux termes de l'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971, « *les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention "officielle", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* ». Il se déduit de cette disposition que ces correspondances particulières sont en principe insaisissables, ce que la jurisprudence a été

¹ C. proc. pén., art. 706-96.

² Sur la définition de ces communications, v. *supra* n° 88 et s.

³ V. *infra* n° 480 et s.

⁴ C. proc. pén., art. 706-96-1 (v. *supra* n° 348).

⁵ C. proc. pén., art. 56.

amenée à affirmer à maintes reprises¹. Ce principe ne trouve exception que dans le cas où les enquêteurs veulent établir la participation de l'avocat à une infraction² ou encore si les correspondances constituent le corps même de l'infraction³. On ajoutera que certaines dispositions régissant des visites administratives évoquent parfois distinctement des éléments avoisinant la qualification de correspondance⁴.

Au demeurant, on peut rapprocher de l'hypothèse de la saisie de correspondance la faculté accordée aux enquêteurs, lorsque les investigations portent sur un crime ou des infractions en lien avec la criminalité organisée, d'accéder, à distance et à l'insu de la personne visée, aux « *correspondances stockées par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique* »⁵. En effet, si la formulation peut évoquer les interceptions de correspondances classiques, la référence au stockage souligne que l'acte en question a trait à une correspondance déjà reçue et non à un message en cours de transmission ; ce qui montre bien – si du moins l'on en doutait encore⁶ – qu'un message déjà reçu ne cesse pas de pouvoir être qualifié de correspondance. Cela étant, ce sont bien les interceptions de correspondances électroniques, au sens classique du terme, qui font l'objet de l'encadrement le plus étoffé.

360. *Les interceptions de correspondance.* Tout comme le lieu clos ne constitue qu'une composante de la définition de la perquisition, la correspondance électronique n'est qu'un élément de la définition des interceptions de correspondances régies par les articles 100 et suivants du Code de procédure pénale dans le cadre de l'instruction, et 706-95 du même Code dans le cadre de l'enquête de police ayant trait à la criminalité organisée⁷. Il ne suffit pas, dès

¹ Par ex. Cass. crim., 7 mars 1994, *Bull. crim.* n° 87 ; Cass. crim., 27 juin 2001, n° 01-81.865, *Bull. crim.* n° 163 ; Cass. crim., 25 nov. 2020 n° 19-84.304.

² Cass. crim., 12 mars 1992, *Bull. crim.* n° 112 ; Cass. crim., 4 oct. 2016, n° 16-82.308.

³ Cass. crim., 9 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 63 ; *Procédures* 1999. 236, obs. J. BUISSON.

⁴ C. douanes, art. 66, évoquant les « *envois postaux* » ; art. 60, régissant la visite des « *marchandises* » ; C. transport, art. L. 5332-6, encadrant la visite des « *colis* » et des « *marchandises* » dans les ports ; art. L. 6342-4, mentionnant le « *courrier postal* », les « *colis postaux* », voire le « *fret* », les « *approvisionnements de bord* » et les « *fournitures destinées aux aérodromes* » pouvant être visités dans les aéroports.

⁵ C. proc. pén., art. 706-95-1, pour l'enquête de police ; art. 706-95-2, pour l'instruction. Cet acte est entouré de la plupart des garanties attachées au cadre d'enquête coercitif ajouté (v. *infra* n° 480 et s.).

⁶ V. *supra* n° 86.

⁷ V. aussi, pour les écoutes dites de « *sécurité* », CSI, art. L. 852-1 et s., L. 854-1 et L. 855-1 A ; et pour les écoutes dites « *pénitentiaires* », C. proc. pén., art. 727-1, 1°. Sur cette dernière disposition, v. T. HERRAN, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », art. préc. : « *Ces actes de police, dont la nature administrative découle de leur finalité, à savoir "prévenir des évasions et assurer la sécurité et le bon ordre au sein des établissements", auraient logiquement dû être régis par le code de la sécurité intérieure* ».

lors, de constater qu'un policier¹ interagit avec une correspondance électronique pour en déduire l'existence d'une interception. Ainsi, le fait pour des policiers d'inventorier et d'exploiter le contenu des messages reçus par un suspect sur un appareil enregistreur de messages ne constitue-il pas une interception de correspondance, dès lors que les fonctionnaires de police n'ont procédé à aucun branchement ou dérivation pour intercepter les messages enregistrés et contenus sur la bande magnétique de l'appareil². Tel n'est pas non plus le cas du simple compte rendu de propos entendus par des enquêteurs au cours d'une conversation téléphonique qui s'est déroulée en leur présence, sans artifice ni stratagème³.

La jurisprudence ne se cantonne pas, pour autant, à la définition classique de l'interception, à savoir la technique consistant à interposer, au moyen d'une dérivation sur la ligne d'un abonné, un procédé magnétique d'enregistrement et de conversations⁴. Par le passé, elle considéra ainsi que constituait une écoute téléphonique le fait pour des policiers d'inviter une personne à téléphoner à un individu susceptible d'être impliqué dans la commission d'une infraction, d'enregistrer cette conversation téléphonique sur cassette audio et de dresser procès-verbal de cette opération⁵. Plus récemment, elle a pu juger que « *les messages instantanés échangés entre plusieurs personnes au moyen d'une liaison sécurisée par un dispositif de cryptage constituent des correspondances par la voie des télécommunications et sont, comme telles, susceptible d'être appréhendées sur la décision et sous l'autorité et le contrôle d'un juge* »⁶. Le législateur a, par ailleurs, consacré le cas particulier de l'interception de correspondance effectuée à l'aide d'un *IMSI catcher*. Elle représente alors une technique spéciale d'enquête ne pouvant être mise en œuvre que dans le cadre d'investigations liées à la

¹ Les personnes privées ne sont pas concernées par les dispositions étudiées, quand bien même leurs interceptions permettraient de constater l'existence d'une infraction pénale (Cass. crim., 12 sept. 2000, *Bull. crim.* n° 265 ; *D.* 2000, IR, p. 299). Il en va de même quand un policier n'agit pas dans le cadre de ses fonctions (Cass. crim., 19 janv. 1999, n° 98-83.787, *Bull. crim.* n° 9 ; *JCP* 1999, II, 10156, note D. REBUT).

² CA Aix-en-Provence, 12 déc. 1996 ; *Dr. pén.* 1998, comm. 29, obs. A. MARON. V. dans le même sens, Cass. crim., 14 avr. 1999, *Bull. crim.* n° 82, à propos de la simple lecture et transcription par des policiers, sans artifice ni stratagème, des messages parvenus sur la bande d'un récepteur de messagerie unilatérale « *Tatoo* ».

³ Cass. crim., 2 avr. 1997, n° 97-80.26, *Bull. crim.* n° 131 ; *Procédures* 1997, comm. 217, obs. J. BUISSON.

⁴ CA Paris, ch. acc., 16 févr. 1989, cité in J. PRADEL, *D.* 1990, chron., p. 15

⁵ Cass. ass. plén., 24 nov. 1989, *Baribeau* ; *D.* 1990, p. 34.

⁶ Cass. crim., 16 déc. 2015, n° 15-82.642, *Bull. crim.* n° 309, jugeant, en conséquence, que « *la réquisition adressée par l'officier de police judiciaire délégataire à la société gestionnaire de ce système aux fins de se faire communiquer les messages en cause est une mesure d'exécution de la commission rogatoire dont il est porteur et n'entre pas dans les prévisions de l'article 100-3 du [Code de procédure pénale]* ». Cela étant, toute réquisition à un opérateur de télécommunications ne constitue pas une interception dès lors, précisément, que la donnée requise ne constitue pas une correspondance (v. not., Cass. crim., 22 oct. 2013, n° 13-81.945 ; Cass. crim., 6 nov. 2013, n° 12-87.130, préc.).

criminalité organisée¹, dont le régime diffère très peu de celui des interceptions de correspondances classiques².

Quoi qu'il en soit, le caractère privé de la communication a conduit le législateur à encadrer rigoureusement les interceptions de correspondances électroniques³. On se concentrera ici sur ce qui constitue l'impact direct de la communication privée sur l'acte d'enquête. D'une part, la *qualité des acteurs* de la communication a une incidence, puisqu'aux termes de l'article 100-7 du Code de procédure pénale, l'interception sur la ligne d'un parlementaire, d'un avocat ou d'un magistrat ne peut avoir lieu que si en sont respectivement informés le président de l'assemblée concernée, le bâtonnier, le premier président ou le procureur général de la juridiction où réside le magistrat. En l'occurrence, l'avocat est particulièrement protégé puisque la Cour de cassation transpose les solutions relatives aux saisies de correspondances écrites⁴. Dès lors, l'interception portant sur des communications d'un avocat est en principe impossible, mais demeure valable « *s'il existe contre l'avocat des indices de participation à une infraction* »⁵, ce qui vaut pour les écoutes incidentes, c'est-à-dire les écoutes régulièrement mises en œuvre à l'égard du client de l'avocat⁶. D'autre part, le *contenu* de la correspondance est parfois pris en compte, puisque ne peut être transcrite que « *la correspondance utile à la manifestation de la vérité* »⁷ et que ne peuvent, en revanche, faire l'objet d'une transcription, ni les « *correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des*

¹ C. proc. pén., art. 706-95-20 : « *Il peut être recouru à la mise en place ou à l'utilisation de cet appareil ou de ce dispositif afin d'intercepter des correspondances émises ou reçues par un équipement terminal* ». L'article prévoit aussi l'usage de cet outil « *afin de recueillir les données techniques de connexion permettant l'identification d'un équipement terminal ou du numéro d'abonnement de son utilisateur, ainsi que les données relatives à la localisation d'un équipement terminal utilisée* », mais il ne s'agit alors plus d'une interception de correspondances.

² C. proc. pén., art. 706-95-20, II : « *Les correspondances interceptées en application du présent II ne peuvent concerner que la personne ou la liaison visée par l'autorisation d'interception. Par dérogation à l'article 706-95-16, les durées maximales d'autorisation de l'interception des correspondances prévue au présent II sont de quarante-huit heures renouvelables une fois* ».

³ La mesure doit être nécessaire (C. proc. pén. art. 100), une autorisation judiciaire valant pour un temps limité doit être donnée (art. 100-1 et 100-2), certaines exigences tenant aux scellés et à la relation de l'acte doivent être respectées (art. 100-4 et 100-5), de même pour la destruction des données (C. proc. pén., art. 100-7). Le régime des interceptions dans le cadre de l'enquête de police ne diffère qu'en ce que l'infraction doit avoir trait à la criminalité organisée et à la substitution du juge des libertés et de la détention au juge d'instruction (C. proc. pén., art. 706-95, al. 1^{er}).

⁴ V. n° précédent.

⁵ Cass. crim., 15 janv. 1997, n° 96-83.753, *Bull. crim.* n° 14 ; Cass. crim., 1^{er} oct. 2003, *Bull. crim.* n° 177. V. toutefois, Cass. crim., 8 oct. 1997, n° 97-83.9023, jugeant que les communications entre un avocat et une personne autre que son client peuvent être interceptées.

⁶ Cass. crim., 6 avr. 2016, 14-86.043 ; Cass. crim., 22 mars 2016, n° 15-83.205, 15-83.206, 15-83-207 ; CEDH, 16 juin 2016, n° 49176/11, *Versini-Campinchi & Crasnianki c/ France*, § 79. *Adde* : D. REBUT, « Écoutes téléphoniques incidentes d'avocats. Fin de partie ? », *JCP G*, 2016, 762.

⁷ C. proc. pén., art. 100-5, al. 1^{er}. *Adde* : Cass. crim., 25 avr. 1995, n° 94-84.844, estimant que les enquêteurs ne sont certes pas obligés de retranscrire l'intégralité des conversations, mais qu'ils ne doivent pas altérer le contenu de la conversation pour autant.

droits de la défense », ni « *les correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse* »¹.

361. Conclusion de section. La limitation procédurale due aux lieux et communications opère de bien des manières différentes, de l'exclusion totale d'un acte d'enquête au renforcement de son régime, celui-ci étant systématique quand le lieu ou la communication participent de la définition même de l'acte de police, ponctuel quand l'acte peut être opéré indépendamment de la qualification de tels éléments².

362. Conclusion de chapitre. La limitation de la répression pénale par l'opposition privé-public, qu'elle soit substantielle ou procédurale, manifeste à n'en pas douter la flexibilité permise par cette opposition. D'une part, elle prend la forme d'une exclusion de la responsabilité pénale sur le plan substantiel, à travers l'absence de constitution de l'infraction ou sa neutralisation. D'autre part, sur le plan procédural, la dichotomie étudiée peut compliquer l'action des enquêteurs en renforçant les contraintes relatives à l'exécution de certains actes de police. Quelle que soit la forme prise par la limitation, l'importance de préserver différentes libertés est apparue en filigrane de ces développements, idée sur laquelle il faudra revenir plus loin. Pour lors, il convient de constater que, dans certains domaines, la répression pénale ne s'efface pas, dès lors que le législateur mentionne tant le caractère privé que le caractère public d'un lieu, d'une réunion ou d'une communication. Il ne s'agit alors plus, pour le législateur, d'associer liberté et caractère privé, d'un côté, répression pénale et caractère public, de l'autre – ou réciproquement –, mais plutôt de mettre en place un jeu d'interaction, au sein d'un même texte pénal ou entre plusieurs textes, afin de juguler la pression pénale tout en s'assurant de sa constance. C'est alors la *gradation* de la répression pénale que l'opposition privé-public permet de réaliser.

¹ C. proc. pén., art. 100-5, al. 2 et 3.

² V. annexe, tableau n° 2.

Chapitre 2 : La gradation de la répression pénale par l'opposition privé-public

363. Le terme « *gradation* » évoque, dans le langage courant, la « *progression d'un état vers un autre par paliers insensibles et généralement ascendants* »¹. Par suite, il pourrait être tentant d'associer, de façon exclusive, la gradation de la répression pénale permise par l'opposition privé-public à l'idée de sévérité. En ce sens, on pourrait faire valoir que, puisque la limitation de la répression pénale précédemment étudiée était au service de la non-répression², il serait logique que la gradation soit tournée vers la répression. Ce serait toutefois passer sous silence le fait que, par définition, une gradation s'opère entre deux éléments. Ainsi, s'il est vrai qu'un élément revêtira plus d'importance qu'un autre à l'issue d'un processus de gradation, l'élément de moindre importance n'en conservera pas moins une existence autonome. Plus encore, le processus de gradation, en droit pénal, peut s'analyser dans un sens ascendant comme dans un sens descendant. En effet, la répression est « *susceptible de degrés. Lorsque le curseur monte vers un maximum (la perpétuité, la mort, voire la radiation éternelle de la mémoire des peuples), la gradation pourra nous laisser indifférents. Mais, qu'elle s'inverse et, par logique mathématique, plonge vers zéro (en dessous, la société ouvrirait-elle une zone de récompenses ?), un phénomène se révèle, qui participe de l'essence du droit pénal, bien qu'il paraisse par son nom même en être la négation. C'est le phénomène que j'appellerai faute de mieux la non-répression* »³. L'étude de la gradation opérée par l'opposition privé-public en droit pénal est donc toujours liée à l'idée de flexibilité, tout au plus s'inscrira-t-on ici dans le giron du « *non-droit relatif, c'est-à-dire un domaine dans lequel la pression juridique [est] moindre que ce qu'elle aurait pu être* »⁴.

En toute hypothèse, lorsque la diffamation publique est punie plus sévèrement que la diffamation non publique, ou encore qu'un vol commis dans un local d'habitation est aggravé, il est question de gradation de la répression pénale au sens fort, dès lors que la différence entre caractères privé et public joue sur le *quantum* de la peine encourue (section 1). Une autre

¹ CNTRL, v° « Gradation », sens A.

² Sur l'idée de non-répression, issue principalement de la pensée du doyen CARBONNIER, v. *supra* n° 310.

³ J. CARBONNIER, « Le double visage du droit pénal aux lueurs de sa triple genèse », art. préc., p. 921. Et l'auteur d'ajouter : « *Il est dès lors légitime de présenter la réaction de la société à la transgression comme duale : non plus la peine uniquement, mais la peine et la non-répression d'un même élan. Les deux réactions se combinant diversement : l'une ou l'autre, l'une et l'autre, l'une puis l'autre. Outre que la non-répression est loin d'être toujours totale et franche ; comme la peine, elle a ses degrés, peut être partielle [...] ou conditionnelle* ».

⁴ D. FENOUILLET, « Jean Carbonnier, *Flexible droit* : le non-droit, une invitation à lire et à relire Carbonnier », *Revue de droit d'Assas*, 2019, p. 149, n° 19.

gradation, moins visible et répondant à une logique différente, peut aussi être évoquée. En effet, certains textes distinguent les audiences privées des audiences publiques, ou encore la publication de la peine prononcée du simple prononcé à l'audience de celle-ci. Or, ces dispositions ont trait à la composante informationnelle de la répression pénale et sont l'apanage de l'autorité publique. En d'autres termes, la loi pénale organise le degré de connaissance que les justiciables peuvent avoir du déroulement du procès pénal, du début des investigations jusqu'à la phase sentencielle, ce qui passe par une gradation de l'accessibilité des audiences ou des informations communiquées au cours de la procédure. La gradation opère alors sur la portée du procès pénal (section 2).

Section 1 : La gradation de la peine encourue

364. Le *quantum* de la peine fulminée par les incriminations pénales constitue un bon indicateur de la réprobation sociale que le législateur estime devoir attacher à un comportement illicite. Il s'agit ici de constater que la gradation de la répression pénale s'opère, d'une part, entre différentes infractions, un même comportement revêtant alors un degré de *gravité* variable selon qu'il présente un caractère privé ou public ; l'opposition privé-public permet alors incidemment de résoudre des conflits de qualification (§1). De tels caractères peuvent également, d'autre part, être érigés au rang de *circonstances aggravantes* de certaines incriminations (§2).

§1. La gradation fondée sur la gravité de l'infraction

365. Il convient d'étudier ici l'articulation entre des infractions réprimant un même comportement mais lui attachant des sanctions plus ou moins sévères, selon qu'il revêt un caractère privé ou un caractère public. Or, il apparaît que la gradation entre ces infractions de gravités distinctes est parfois *évidente*, dès lors que les textes distinguent explicitement les deux caractères étudiés (A). En revanche, dans d'autres hypothèses, la gradation n'est pas forcément mise en avant par le législateur, mais peut tout de même être décelée ; il est donc question de gradation *implicite* (B).

A. La gradation évidente entre des infractions de gravités distinctes

366. Les hypothèses de gradations évidentes entre des infractions de gravités distinctes concernent essentiellement des communications privées ou publiques. Le cas le plus emblématique d'une telle gradation est, bien entendu, l'articulation entre les *délits* de diffamations, injures et provocations *publiques*, constitutives de délits de presse, et les *contraventions* de diffamations, d'injures et de provocation *non publiques*, dont le régime est si proche de leurs versions délictuelles¹ que l'on peut les désigner comme des « *contraventions de presse* »², malgré le fait qu'elles soient incriminées dans le Code pénal (1). De façon plus marginale, les délits d'outrage incriminés dans le Code pénal semblent, de prime abord, renvoyer à la communication non publique et devraient être réprimés plus sévèrement que certains délits de presse supposant une publication du propos ; cette gradation est toutefois niée par les juges (2).

1. La gradation certaine entre délits et contraventions de presse

367. Le constat de la gradation. Comme le constate un auteur, les faits « *sont bien souvent riches de nuances, mais les qualifications juridiques ici en vigueur contraignent à un mode binaire de raisonnement. En d'autres circonstances, Musset aurait dit qu'il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée ; le droit, lui, veut que les propos soient publics ou privés* »³. On rappellera toutefois que les propos confidentiels échappent à la répression pénale⁴, si bien qu'il est surtout question, comme les textes l'indiquent eux-mêmes, d'une gradation entre des communications *non publiques*⁵, sanctionnées par des amendes contraventionnelles⁶ et diverses peines complémentaires⁷, d'une part, et des communications *publiques*, sanctionnées de peines

¹ V. *infra* n° 437.

² En ce sens, v. déjà, Cass. civ., 20 déc. 1899 ; D. 1900, 1, p. 157.

³ A. LEPAGE, « La diffamation et l'injure non publiques, entre infractions de droit commun et infractions de presse », in *Droit et technique*, *op. cit.*, Litec, 2007, p. 326, n° 2.

⁴ V. *supra* n° 113.

⁵ Sur la démonstration du caractère hybride de ces communications, v. *supra* n° 278 et s.

⁶ La diffamation et l'injure non publiques sont punies d'une amende prévue pour les contraventions de première classe de 38 euros (C. pén., art. R. 621-1 et R. 621-2), là où les diffamations et injures non publiques haineuses font encourir une amende prévue pour les contraventions de cinquième classe, soit 1 500 euros (C. pén., art. R. 621-8 et R. 621-8-1). Cette même peine d'amende est prévue pour les provocations haineuses non publiques (C. pén., art. R. 625-7).

⁷ C. pén., art. R. 625-8-2.

délictuelles¹, d'autre part. On notera, néanmoins, que la diffamation opérée par l'envoi d'une correspondance circulant à découvert, diffamation non publique particulière² spécifiquement incriminée par l'article premier de la loi du 11 juin 1887, est sanctionnée d'une peine de six mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende, ce qui peut paraître excessif³.

368. La conséquence de la gradation. Bien entendu, cette différence de gravité se traduit techniquement par la compétence, *ratione materiae*, du tribunal de police pour les contraventions de presse, alors que le tribunal correctionnel sera compétent pour les délits de presse. Par ailleurs, la jurisprudence est constante sur le fait que le juge, saisi d'un délit de presse, est tenu, le cas échéant, de constater que le délit « dégénère »⁴ en contravention de presse ; autrement dit, le juge doit « disqualifier »⁵ l'infraction, si du moins le caractère non public de la communication est établi.

En bref, la gradation est ici des plus harmonieuses, à tout le moins quant à la peine encourue. En effet, l'enjeu véritable, sur lequel on reviendra⁶, est en l'occurrence la transposition du régime protecteur de la liberté de communication propre aux délits de presse aux contraventions éponymes depuis leur sortie de la loi du 29 juillet 1881. Pour lors, il s'agit de s'intéresser à la gradation niée entre les délits de presse et certains délits de droit commun.

2. La gradation niée entre délits de presse et outrages

369. La gradation théorique entre les outrages et les délits de presse. La qualité de la personne destinataire d'un propos outrageant a toujours été prise en compte par les législations pénales. En droit romain, l'*injuria*⁷ était dite *atrox persona* et donc réprimée plus sévèrement lorsqu'un notable était outragé par une personne de basse condition, ou un maître par son

¹ V. Loi du 29 juillet 1881, art. 24, al. 7 et 8, pour les provocations à la haine ; art. 30 à 33 pour les injures et diffamations. Pour une appréciation globale des peines encourues en matière de délits de presse, v. *infra* n° 427.

² En effet, le message est lu par les personnes acheminant la correspondance, lesquelles constituent alors un cercle privé (v. *supra* n° 87).

³ Quant à l'injure commise de la sorte, elle est punie d'une peine de 1 500 euros d'amende, ce qui semble plus cohérent (Loi du 11 juin 1887, art. 2, al. 2).

⁴ Cass. crim., 18 mai 1954, *Bull. crim.* n° 187 ; *JCP G* 1954, II, 8292, obs. A. CHAVANNE ; *D.* 1956, jurispr., p. 366, note P. LEMERCIER. Dans le même sens, v. not., Cass. crim., 14 janv. 1992, *Bull. crim.* n° 14 ; Cass. crim., 12 sept. 2000, *Bull. crim.* n° 267 ; Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, n° 11-19.530, préc.

⁵ E. DREYER, *Droit de la communication, op. cit.*, n° 1575, p. 853.

⁶ V. *infra* n° 434.

⁷ V. *infra* n° 432.

esclave¹. Sous l'Ancien Régime, cette considération était centrale². En effet, « toute personne d'un rang social inférieur à la victime, ou qui se trouvait sous sa dépendance statutaire (vassaux vis-à-vis du Seigneur, domestiques vis-à-vis des maîtres, enfants, femme, gendre et bru vis-à-vis du père de famille) augmentait la gravité de l'injure qu'elle commettait à l'encontre de ceux à qui le respect était dû et, de ce fait même, la sévérité de la peine qui la sanctionnait »³. De plus, les injures visant les gens de justice étaient jugées graves par nature⁴. Dans la continuité, le Code pénal de 1810 incriminait plus sévèrement les outrages prononcés à l'encontre de magistrats⁵ que ceux visant un « officier ministériel », un « agent dépositaire de la force publique »⁶ ou un « commandant de la force publique »⁷. Toutefois, l'outrage concerné ne pouvait être commis que « par paroles, gestes ou menaces » et ce n'est qu'à partir de la loi du 13 mai 1863 que les incriminations furent complétées par la mention de l'outrage commis par « écrit et dessin non rendus publics ».

Le législateur de 1881 hésita à maintenir ces incriminations, pouvant sembler peu libérales dès lors qu'une communication privée était sanctionnée⁸. Elles furent néanmoins préservées, et ce, même après l'introduction du nouveau Code pénal, l'outrage à magistrats étant aujourd'hui réprimé plus sévèrement par l'article 434-24 du Code pénal que l'outrage envers une personne chargée d'une mission de service public ou dépositaire de l'autorité publique, défini à l'article 433-5 du même Code. Tout l'enjeu tient au fait de savoir si ces qualifications rentrent en concours avec les diffamations et injures publiques envers divers représentants de l'État⁹. Or, plusieurs facteurs conduisent, jusqu'à ce jour, à brouiller l'analyse sur ce point. Premièrement, il convient de réaliser que les délits du Code pénal, quoique faisant potentiellement encourir des peines moins sévères que les délits de presse¹⁰, restent soumis au

¹ J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, op. cit., p. 364.

² D. JOUSSE, *Traité de la Justice criminelle de France*, t. 1, Debure Père, 1771, p. 574.

³ T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, op. cit., n° 360, p. 313.

⁴ F. DAREAU, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire*, Prault, 1775, chap. II, III.

⁵ C. pén. 1810 (version d'origine), art. 222, prévoyant comme peine simple un emprisonnement d'un mois à deux ans.

⁶ C. pén. 1810 (version d'origine), art. 224, fulminant une amende de seize francs à deux cents francs.

⁷ C. pén. 1810 (version d'origine), art. 225, sanctionnant le propos d'une peine de six jours à un mois d'emprisonnement.

⁸ En ce sens, J.-H. ROBERT, « Fasc. 20 : Outrages à magistrats et envers d'autres personnes représentant la personne publique », op. cit., n° 2.

⁹ Loi 29 juillet 1881, art. 31 et 33, al. 1^{er}, visant notamment les injures et diffamations contre un « dépositaire ou agent de l'autorité publique ».

¹⁰ Les diffamations et injures publiques concernées sont respectivement punies de 45 000 et 12 000 euros d'amende. Quant aux outrages, l'outrage à une personne chargée d'une mission de service public n'est puni que de 7 500 euros d'amende. En revanche, l'outrage à une personne dépositaire de l'autorité publique est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, ce qui est réprimé plus sévèrement que l'injure mais moins

droit commun et sont donc, globalement, plus sévèrement réprimés¹. En d'autres termes, le fait que la personne soit « *publique* », au sens d'un lien avec l'État, prime ici sur le fait que le propos soit « *public* », au sens de son accessibilité. Par conséquent, « *l'envie peut être grande, pour une autorité de poursuites, de soutenir que le propos tenu ne constituait pas une diffamation ou une injure, mais un outrage, et, inversement, l'envie peut être grande pour le poursuivi de soutenir qu'il n'a pas commis un outrage, mais simplement une diffamation ou une injure* »². L'articulation théorique des qualifications est donc polluée par ces considérations d'opportunité. Mais surtout, c'est la rédaction défectueuse du texte, séparant le cas des propos oraux de celui des écrits, qui complique l'analyse et a conduit les juges à multiplier les critères de distinction successifs.

370. Les critères de résolution du conflit de qualifications. Depuis la fin du XIX^e siècle, les juges ont alternativement mis l'accent sur différentes composantes de l'infraction pour résoudre le conflit de qualifications entre les délits de presse et les outrages. En premier lieu, l'accent a pu être mis sur le *contenu* du message, c'est-à-dire, selon la terminologie contemporaine, sur la *condition préalable* de l'infraction. Dans cette optique, les magistrats doivent distinguer entre la *critique de l'exercice des fonctions*, renvoyant à l'injure ou à la diffamation publique, et l'*attaque personnelle* contre le représentant de la personne publique, constitutive d'un outrage. Ce critère a surtout prospéré au début du XX^e siècle³, mais l'on en trouve des applications par les juges du fond à la fin dudit siècle⁴. Par ailleurs, il a pu être avancé que « *sont également pris en compte en matière d'outrage les messages (quelle qu'en soit la forme) qui visent le serviteur*

que la diffamation. Quant à l'outrage à magistrats, il est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, la peine de prison rendant cette infraction naturellement plus sévère que celles de la loi sur la presse. En toute hypothèse, pour le Conseil constitutionnel, après examen de ces peines, « *le législateur n'a pas porté à la liberté d'expression une atteinte qui ne serait pas nécessaire, adaptée et proportionnée* » (Cons. const., 9 avr. 2021, n° 2021-896-QPC ; *Dr. pén.* 2021, comm. 121, obs. P. CONTE, § 16).

¹ En ce sens, E. DREYER, note ss. Cass. crim., 26 oct. 2010, *D.* 2011, p. 570, soulignant que « *sur le fondement de la qualification d'outrage, la poursuite peut échapper aux règles dérogatoires du droit des médias : ni l'exceptio veritatis, ni la bonne foi, ni la provocation ne peuvent justifier ou excuser l'outrage. De même, en matière d'outrage, l'exercice de l'action publique n'est subordonné à aucune plainte préalable ; la prescription de l'action publique est de trois ans, et non de trois mois* ».

² *Ibid.* En ce sens, une question prioritaire de constitutionnalité a pu reprocher « *à ces dispositions, telles qu'interprétées par la Cour de cassation, d'opérer une confusion entre l'incrimination d'outrage et celle d'injure publique. Selon [le requérant], parce qu'elles partageraient les mêmes éléments constitutifs et protégeraient les mêmes valeurs sociales, ces deux incriminations pourraient ainsi punir des faits identiques, ce qui permettrait aux autorités de poursuite de choisir discrétionnairement l'une ou l'autre de ces incriminations* » (Cons. const., 9 avr. 2021, n° 2021-896-QPC, préc., § 7).

³ Cass. crim., 10 août 1899 ; *S.* 1902, 1, p. 381 ; Cass. crim., 4 mars 1911 ; *Gaz. Pal.* 1911, 1, p. 585.

⁴ CA Paris, 1^{re} ch., sect. B, 26 janv. 1996 ; *JurisData* n° 1996-020247 ; CA Paris, 9 avr. 1996, n° 96-00643 ; *JurisData* n° 1996-020903.

de l'État dans sa vie privée dès lors qu'ils sont de nature à rejaillir sur sa fonction, ce qui n'est pas le cas en matière de diffamation publique »¹. La Cour de cassation semble le confirmer lorsqu'elle insiste sur le fait que le propos doit être « de nature à porter atteinte à l'autorité morale de la personne visée ou à diminuer le respect dû à sa fonction de maire »². Toutefois, ce n'est pas sous l'angle du contenu que les juges ont le plus mené leur analyse.

En deuxième lieu, la jurisprudence a pu insister sur le *moyen de communication* employé³. La publication ou l'exposition d'un écrit supposait, selon cette approche, de retenir un délit de presse, là où l'envoi d'une lettre invitait à retenir l'outrage, ce qui revenait à se focaliser sur l'*élément matériel* de l'infraction. Il s'agissait donc, en l'occurrence, de privilégier la locution « *écrits ou images de toute nature non rendus publics* ». Si ce critère avait fini par être retenu à titre exclusif, on aurait pu identifier une véritable gradation opérée par l'opposition privé-public, certes contre-intuitive, dès lors que le message non public serait sanctionné plus sévèrement que celui revêtant un caractère public, mais une gradation tout de même. Toutefois ce critère ne permettait pas de trancher la question des propos tenus oralement mais publiquement, du fait de la formulation défectueuse du texte.

Dès lors, en troisième lieu, on l'a constaté lors de l'étude conceptuelle de la communication privée, les juges se sont désintéressés de ce critère pour mettre l'accent sur le *récepteur* de la communication. Si le critère de la communauté d'intérêts a pu être appliqué à quelques reprises⁴, il a été supplanté par le critère de l'agrément, les juges se concentrant sur les termes « *adressés à* » un représentant d'une personne publique. Sur le plan conceptuel, on a souligné que le lien pouvait être direct entre l'émetteur et le récepteur du message⁵, ou indirect, si bien qu'un rapporteur nécessaire pouvait alors jouer un rôle déterminant⁶. Or, on peut désormais préciser que le destinataire de la communication s'analyse comme l'autre composante de la *condition préalable* de l'infraction⁷, ce qui explique que l'approche subjective de la communication soit déterminante lorsqu'un rapporteur nécessaire intervient dans

¹ E. DREYER, obs. ss. Cass. crim., 13 oct. 2020, RSC 2021, p. 105.

² Cass. crim., 18 nov. 2020, n° 19-85.895, préc.

³ Cette solution était préconisée par la circulaire du garde des Sceaux émise après l'entrée en vigueur de la loi du 29 juillet 1881, précisant que les infractions d'outrages du Code pénal seraient maintenues, dès lors que « *la publicité n'est pas un de leurs éléments constitutifs, et qu'ils ont toujours trouvé une application distincte de celle des outrages prévus par la législation antérieure sur la presse* ». Pour le premier arrêt appliquant ce critère, v. Cass. crim., 15 mars 1883, de Buor de la Voye ; S. 1883, 1, p. 425.

⁴ V. *supra* n° 112.

⁵ V. *supra* n° 98.

⁶ V. *supra* n° 104.

⁷ Sur le lien entre destinataire et condition préalable, v. *supra* n° 319 et 326.

l'échange¹. En effet, la connaissance du fait, composante, en l'occurrence, de l'*élément moral* de l'infraction², tient ici à la volonté de s'adresser aux destinataires définis par les textes. Il s'agit donc, juridiquement, de s'assurer que l'émetteur de l'outrage avait bien conscience d'outrager un représentant d'une personne publique. Ce critère passe donc complètement sous silence la référence au moyen de communication employé. Cela n'a pas empêché le Conseil constitutionnel, saisi de la constitutionnalité de cette interprétation jurisprudentielle, de la consacrer en affirmant que « *l'outrage ne peut être constitué que s'il est directement adressé à la personne outragée ou, si elle est absente, qu'il est établi que l'auteur des propos a voulu qu'ils lui soient rapportés par une personne présente* »³. Il est vrai, cela dit, que les requérants n'avaient pas soulevé le grief du principe de légalité, mais avaient fondé leur argumentaire sur la méconnaissance du principe d'égalité et de la liberté d'expression.

En conclusion, sur le plan conceptuel comme sur le plan juridique, l'articulation entre outrages et délits de presse est problématique. Certes, dans une certaine mesure, l'opposition privé-public est au cœur de la gradation entre ces infractions, en ce que le destinataire de la communication est pris en compte. Toutefois, dès lors que le propos *publié* peut tout de même être constitutif d'un outrage lorsqu'il est *adressé* à un fonctionnaire⁴, l'on ne peut que constater que la gradation entre l'outrage et les délits de presse, qui devrait être conditionnée par le caractère non public ou public de la communication, est niée. Reste à étudier la gradation implicite entre des infractions de gravités distinctes.

B. La gradation implicite entre des infractions de gravités distinctes

371. La gradation potentielle entre des infractions réprimant des communications. Si les gradations entre contraventions de presse ou outrages, d'une part, et délits de presse, d'autre part, étaient mises en avant par les textes, il arrive parfois que les juges aient à résoudre des

¹ V. *supra* n° 106.

² V. pour une analyse différente, T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, *op. cit.*, n° 107, p. 94, évoquant un « *dol spécial* », ce qui suppose toutefois d'analyser la *réception* comme le résultat visé par l'auteur de l'infraction – or ce résultat n'est pas exigé pour que l'infraction soit consommée – et non le *récepteur* comme condition préalable de l'infraction.

³ Cons. const., 9 avr. 2021, n° 2021-896-QPC, préc., § 13. Les Sages ajoutent : « *Ce faisant, l'outrage porte au respect des fonctions exercées une atteinte différente de celle d'une injure publique qui n'est pas directement adressée au titulaire des fonctions. Il s'ensuit que les deux incriminations punissent des agissements de nature différente. Par conséquent, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité devant la loi pénale est écarté* ».

⁴ En termes on ne peut plus explicites : « *Dire publiquement à un élu qu'il est un con, c'est l'outrager. Dire au public que tel élu est un con, c'est l'injurier* » (E. DREYER, obs. ss. Cass. crim., 19 juin 2018, n° 17-84.153, RSC 2019, p. 111).

conflits de qualifications entre délits de droit commun et délits de presse, alors même que les textes concernés n'évoquent pas le caractère public ou privé de la communication litigieuse. Il en fut ainsi, récemment, pour le délit de *harcèlement moral*¹. Dans une espèce particulière, un individu avait été condamné de ce chef pour avoir mené une campagne de calomnie à l'encontre d'un huissier, notamment en apposant des affiches et en distribuant des tracts alléguant la malhonnêteté de celui-ci. L'auteur des propos argua devant la Cour de cassation que les juges du fond, en le condamnant pour harcèlement moral, avaient contourné le régime de faveur de la loi du 29 juillet 1881, seul applicable à la distribution de tracts et à la pose d'affiches. Autrement dit, le caractère public de la communication supposait, selon lui, d'écarter la qualification de harcèlement moral pour retenir celle de diffamation ou d'injure publiques. La chambre criminelle concéda que les moyens de communication employés en l'espèce étaient susceptibles « *d'être le support d'infractions prévues et réprimées par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse* »². Elle estima toutefois que le moyen du pourvoi, mélangé de fait et de droit, ne pouvait être soulevé devant la Cour de cassation, tout en précisant que les juges du fond pouvaient être amenés dans un tel cas à « *vérifier que la qualification retenue n'avait pas pour effet d'éviter les règles protectrices de la liberté d'expression instituées par la loi sur la liberté de la presse* », cette vérification devant porter sur la « *teneur [...] des propos figurant sur les affiches et les tracts, dont le caractère diffamatoire ou injurieux ne saurait résulter du seul fait qu'ils ont été retenus comme caractérisant un harcèlement moral des personnes visées* ». Autrement dit, c'est sur le contenu du propos, condition préalable des infractions, que la Cour de cassation semble inviter les juges à se positionner à l'avenir, ce qui n'est pas sans rappeler l'appréciation anciennement retenue par la jurisprudence en matière d'outrages³. Or, comme le relève un commentateur, ce critère n'était sans doute pas le plus adéquat et il serait sans doute préférable d'exiger que les propos soient « *adressés* » à la victime du harcèlement, ce qui aurait permis de juger qu'« *il ne pouvait y avoir harcèlement moral dès lors que les propos n'ont pas été adressés à la personne qu'ils visaient mais à des tiers* »⁴. Quoi qu'il en soit, la gradation implicite proposée par le demandeur au pourvoi dans cette affaire entre communications publiques et privées n'a pas été retenue⁵.

¹ C. pén., art. 222-33-2.

² Cass. crim., 13 oct. 2020, n° 19-85.632 ; RSC 2021, p. 105, obs. E. DREYER.

³ V. *supra* n° 370.

⁴ E. DREYER, obs. préc.

⁵ On notera qu'un conflit de qualifications du même ordre pourrait être envisageable entre le délit de subornation de témoins, puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende (C. pén., art. 434-15) et celui de

Dans une logique voisine, par le passé, le délit de diffamation publique envers les armées, prévu par l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881, a pu entrer en concours avec le délit de participation à une entreprise de démoralisation de l'armée, réprimé par l'article 413-4 du Code pénal. Pour la jurisprudence, la publication de propos démoralisants ne tombe sous la qualification du second délit que « *dans la mesure où leur diffusion systématique et organisée concourt à une entreprise directement destinée à démoraliser l'armée ou une partie de celle-ci* »¹, ce qui est le cas de la diffusion massive, concertée par cinq groupements, d'imprimés accusant d'atrocités des militaires français². En d'autres termes, il semble que l'ampleur de la diffusion soit le critère déterminant en la matière, ce qui impliquerait une gradation, non pas entre communication privée et publique, mais entre communications publiques de degrés distincts. On conçoit que ce critère n'est pas le plus simple à manier. Toutefois, dans l'éventualité où cette qualification connaîtrait une application contemporaine, les juges pourraient distinguer entre le tractage isolé et la diffusion sur Internet de propos démoralisants pour réserver la qualification du Code pénal à la seconde hypothèse.

372. La gradation implicite entre des infractions commises dans des réunions. Plusieurs infractions ont pour condition préalable un rassemblement public³. Est notamment réprimé le fait de continuer à participer volontairement à un attroupement après les sommations des forces de l'ordre⁴, délit puni d'une peine simple d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Or, ce comportement pourrait être comparé à celui tenant à « *occuper en réunion les espaces communs ou les toits des immeubles collectifs d'habitation en empêchant délibérément l'accès ou la libre circulation des personnes ou le bon fonctionnement des dispositifs de sécurité et de sûreté* »⁵, puni de deux mois d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende. On le constate, ces deux délits ne répondent pas à la même définition au niveau de leur matérialité. Pour autant, la doctrine qualifie parfois d'« *attroupement* » le dernier comportement évoqué⁶, ce qui montre bien que, d'un côté, est réprimée la participation à une réunion publique et, de l'autre, la participation à une réunion privée. Or, non seulement la peine encourue est moins

publications de commentaires en vue d'exercer des pressions sur un témoin, puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende (C. pén., art. 434-16), quoique l'enjeu du régime protecteur de la loi sur la presse ne soit pas présent en l'occurrence.

¹ Cass. crim., 12 mai 1960, *Bull. crim.* n° 267.

² T. civ. Seine, 23 déc. 1959 ; *JCP* 1960, II, 11586, note P. MIMIN.

³ En ce sens, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, n° 946, p. 1053.

⁴ C. pén., art. 431-4.

⁵ CSI, art. L. 272-4.

⁶ J.-F. DREUILLE, « Fasc. 20 : Attroupements », *op. cit.*, n° 25.

importante dans le second cas, mais les pouvoirs des forces de l'ordre, sur le plan procédural, sont également moindres que ceux dont ils disposent pour maintenir l'ordre dans les rassemblements publics¹.

Avant d'aborder la gradation permise par l'articulation entre différents lieux, il convient de relever que, dans des hypothèses intermédiaires, les comportements commis dans des *réunions publiques* sont plus sévèrement réprimés que lorsqu'ils sont commis dans des *lieux publics*. C'est le cas, tout d'abord, de la *dissimulation du visage*. En effet, si ce comportement n'est puni que de l'amende prévue pour les contraventions de la deuxième classe lorsqu'il a lieu dans « *l'espace public* »², il fait encourir, depuis 2009, l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe lorsqu'il est commis « *au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique* »³, et ce, « *afin de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public* ». De façon très proche, depuis 2019, la peine encourue devient délictuelle – ce qui peut paraître excessivement sévère⁴ – et atteint un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende lorsque le visage est dissimulé, toujours « *au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique* », mais « *au cours ou à l'issue de laquelle des troubles à l'ordre public sont commis ou risquent d'être commis* » et « *sans motif légitime* »⁵. Comme le soulève un auteur, on peut se demander « *si cette absence de suppression de la contravention n'est pas un oubli, car il a été parfois évoqué au cours des débats parlementaires la "transformation" de la contravention de dissimulation du visage en délit* »⁶. Toujours est-il que la gradation ne saurait faire de doute et qu'une méfiance certaine du législateur contemporain à l'égard des rassemblements publics peut être observée, sur laquelle il faudra revenir⁷. Strate ultime de la gradation étudiée, le second alinéa de l'article 431-4 du Code pénal aggrave la répression de la participation à un attroupement délictueux lorsque le visage du participant est dissimulé, les peines étant alors portées à trois ans d'emprisonnement et à 45 000 euros d'amende⁸.

¹ Sur ces pouvoirs, v. *infra* n° 455.

² Loi du 11 octobre 2010, art. 3. V. *supra* n° 260, pour la définition de l'espace public et *infra* n° 466 et s., pour les enjeux de cette incrimination.

³ C. pén., art. R. 645-14, introduit par le décret n° 2009-724 du 19 juin 2009. *Adde* : F. DEFFERRARD, « Requiem pour un "capuchard" », *D.* 2009, p. 2225 ; Cass. crim., 23 nov. 2021, n° 20-80.675, P.

⁴ En ce sens, F. ROUSSEAU, « Le volet pénal de la loi "anticasseurs" », *RSC*, 2019, p. 461.

⁵ C. pén., art. 431-9-1, créé par la loi n° 2019-290 du 10 avril 2019.

⁶ F. ROUSSEAU, art. préc.

⁷ V. *infra* n° 455.

⁸ Sur l'articulation des deux délits évoqués, très proches au regard de leur matérialité, v. F. ROUSSEAU, art. préc. : « *Il est vrai que [le délit de participation à un attroupement illicite] implique au préalable les sommations d'usage de dispersion par les forces de l'ordre, ce que n'implique pas le nouveau délit de dissimulation qui se contente*

Dans la même logique, le *port d'armes*, par hypothèse non autorisé, n'est pas traité de la même manière selon qu'il a lieu « *hors du domicile* » – donc dans un lieu public ou dans un lieu privé autre que le domicile – ou dans un rassemblement public. Dans la première hypothèse, selon la catégorie de l'arme, le comportement est puni soit de l'amende prévue pour les contraventions de la quatrième classe¹, soit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende², soit de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende³. En revanche, lorsqu'un rassemblement public est concerné, qu'il s'agisse d'un attroupement⁴, d'une manifestation ou d'une réunion publique⁵, ou encore d'une manifestation sportive⁶, les peines fulminées sont alors de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende, quelle que soit la catégorie de l'arme en question⁷. Il apparaît donc, encore une fois, que le caractère criminogène des rassemblements publics est particulièrement pris en compte par la loi pénale.

373. La gradation incertaine entre infractions commises dans des lieux. La question d'une éventuelle gradation entre infractions commises dans des lieux se pose lorsque l'on envisage l'articulation des différents *délits d'introductions irrégulières* dans des lieux. En effet, certains délits visent de telles introductions dans des lieux privés, tandis que d'autres concernent des lieux affectés à un usage collectif, lesquels, on l'a montré, revêtent un caractère commun⁸. En d'autres termes, le fait que certains lieux soient moins privés que d'autres justifie-t-il que l'introduction irrégulière en leur sein soit plus sévèrement réprimée ? L'observation des textes ne permet pas de trancher avec certitude cette interrogation. En effet, un premier facteur de doute tient au fait que tous les délits concernés ne sont pas définis de la même manière sur le plan de leur matérialité. Ainsi, certains délits répriment-ils seulement une introduction⁹, tandis

d'un "risque" de troubles à l'ordre public. Mais, le délit de participation à un attroupement illicite bénéficie désormais d'un régime procédural dérogatoire au régime des infractions politiques, ce qui pourrait bien inciter les parquets à le privilégier au nouveau délit de dissimulation du visage qui, étrangement, n'en bénéficie pas ».

¹ CSI, art. R. 317-11.

² CSI, art. L. 317-8, 3°.

³ CSI, art. L. 317-8, 2°.

⁴ C. pén., art. 431-5.

⁵ C. pén., art. 431-10.

⁶ C. sport., art. L. 332-8, ne réprimant pas spécifiquement le port d'armes mais, de façon très proche, le fait « *d'introduire sans motif légitime tous objets susceptibles de constituer une arme au sens de l'article 132-75 du code pénal* » au sein d'une manifestation sportive.

⁷ Plus encore, la jurisprudence a une acception très souple de l'arme, au sens de l'art. 145 du Code pénal. Sur la jurisprudence relative à l'arme « *par destination* », v. J.-F. DREUILLE, « Fasc. 20 : Attroupements », *op. cit.*, n° 90.

⁸ V. *supra* n° 266 et s.

⁹ Par ex., C. pén., art. 413-5 et 413-7, pour l'introduction dans des lieux affectés à l'autorité militaire ; C. pén., art. 432-8, pour la violation de domicile commise par un fonctionnaire.

que d'autres sanctionnent également un maintien¹. Par ailleurs, parmi les délits sanctionnant un maintien, on peut encore distinguer entre ceux qui évoquent un maintien consécutif à une introduction irrégulière² et ceux qui ne font pas état d'une telle considération³, ce qui suppose que l'introduction préalable puisse avoir été régulière. Plus encore, quant à la définition de l'introduction irrégulière, les définitions varient. Dans certains cas, il est simplement énoncé que l'introduction doit avoir été réalisée sans autorisation⁴, alors qu'il est parfois exigé qu'elle soit faite « à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte »⁵, « par force ou par fraude » et « en état d'ivresse »⁶ ; ou encore qu'elle doive « troubler le déroulement d'une compétition ou [...] porter atteinte à la sécurité des personnes ou des biens »⁷, voire être effectuée « dans le but de troubler la tranquillité ou le bon ordre » d'un établissement scolaire⁸. Or, il est légitime de penser que toutes les précisions ayant trait à la façon dont l'agent passe outre le consentement de l'occupant du lieu sont superflues. Pour un auteur, en matière de violation de domicile, « une seule et unique question mérite d'être posée : l'occupant a-t-il consenti à l'entrée non autorisée par la loi d'un tiers au sein de son lieu d'habitation »⁹ ? Ce constat peut être étendu à l'ensemble des délits sanctionnant une introduction irrégulière. Par ailleurs, le second facteur de doute tient au fait que, dans un certain nombre de cas, les délits sont punis d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende, que le lieu soit éminemment privé – un domicile¹⁰ ou un lieu affecté à l'autorité militaire¹¹ – ou qu'il soit davantage affecté à un usage collectif – une enceinte sportive¹² ou l'aire de compétition qui s'y trouve¹³.

¹ Par ex., C. pén., art. 431-22 et R. 645-12, concernant les établissements d'enseignement ; C. pén. art. 226-4, pour la violation de domicile commise par un particulier. On notera que l'absence d'incrimination du maintien pour la violation de domicile commise par un fonctionnaire n'est pas forcément légitime. En ce sens, G. DUMÉNIL, « Réflexions autour des délits de violation de domicile », *RPDP*, 2019, p. 543, n° 23, estimant que lorsqu'un agent a terminé la mission qu'il effectue dans un domicile, le fait de s'y maintenir « devient injustifié et constitue sans conteste un abus d'autorité portant gravement atteinte à la sûreté de l'individu ».

² Par ex., C. pén., art. 226-4.

³ Par ex., C. pén., art. R. 645-13, pour les lieux de culture.

⁴ Par ex., C. déf., art. L. 1333-13-12, pour l'introduction dans une centrale nucléaire.

⁵ C. pén., art. 226-4. *Adde* : Cass. crim., 29 juin 2021 n° 19-83.192 : « le délit de violation de domicile implique une introduction à l'aide de manœuvres, menaces, voies de fait ou contrainte, que la seule méconnaissance d'un panneau interdisant l'accès sur un terrain non clôturé, autrement que par une rubalise, ne saurait caractériser ».

⁶ C. sport., art. L. 332-5.

⁷ C. sport., art. L. 332-10.

⁸ C. pén., art. 431-22.

⁹ G. DUMÉNIL, art. préc., n° 11.

¹⁰ C. sport., art. 226-4.

¹¹ C. pén., art. 413-5.

¹² C. sport., art. L. 332-5.

¹³ *Ibid.*

Nonobstant ces considérations, il semble tout de même que les lieux abritant la vie privée soient davantage préservés des intrusions extérieures que les lieux à usage collectif, fussent-ils protecteurs d'un secret. En effet, le seuil de répression le plus sévère est atteint pour la violation de domicile commise par un fonctionnaire, à savoir deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende¹. Cette sévérité contraste avec les six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende prévus pour l'introduction dans des lieux préservant un secret de la défense nationale², ou les six mois d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende sanctionnant, notamment, le fait de « *pénétrer, circuler ou stationner sans autorisation régulière dans les parties de la voie ferrée ou de ses dépendances qui ne sont pas affectées à la circulation publique [...], d'entrer dans l'enceinte du chemin de fer* »³ ou de « *pénétrer sans autorisation dans les espaces affectés à la conduite des trains* »⁴. Le contraste est encore renforcé lorsque l'on constate que la simple introduction dans un établissement scolaire⁵ ou dans un lieu culturel⁶ n'est sanctionnée que des peines prévues pour les contraventions de la cinquième classe. Au surplus, on peut ajouter que la pénalisation d'intrusions dans des lieux affectés à un usage collectif n'est pas toujours bien perçue. Ainsi, la loi dite « *anti-casseurs* » du 8 juin 1970 avait incriminé le fait de s'introduire ou de se maintenir dans un « *lieu affecté à un service public de caractère administratif, scientifique ou culturel* »⁷. Pour la doctrine, « *ce texte, visant à protéger les locaux y mentionnés contre les introductions violentes et le maintien sans droit des grévistes et manifestants, ne faisait qu'assimiler lesdits locaux à des domiciles* »⁸. Jugé attentatoire aux libertés syndicales⁹, il a été abrogé par la loi du 23 décembre 1981. Quant au délit d'intrusion ou de maintien dans une université, on sait qu'il n'a jamais vu le jour¹⁰. En somme, malgré les facteurs de doute évoqués, il semble tout de même que le législateur pénal module la protection qu'il accorde aux lieux selon l'intensité de leur caractère privé.

En revanche, l'incertitude sur les intentions du législateur quant à la mise en place d'une gradation demeure totale lorsqu'il s'agit d'articuler le délit de *mendicité agressive* avec le délit d'*extorsion*. Le premier délit, sanctionné uniquement d'une peine de six mois

¹ C. pén., art. 432-8.

² C. pén., art. 413-7.

³ C. transports, art. L. 2242-4, 5°.

⁴ C. transports, art. L. 2242-4, 9°.

⁵ C. pén., art. R. 645-12.

⁶ C. pén., art. R. 645-13.

⁷ C. pén., art. 184, al. 3 ancien. Les peines encourues étaient un emprisonnement de six jours à un an et une amende de 500 francs à 15 000 francs.

⁸ H. MATSOPOULOU, « Fasc. 20 : Violation de domicile », *op. cit.*, n° 41.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ Cons. const., 21 déc. 2020, n° 2020-810 DC, préc., § 37.

d'emprisonnement et de 3 750 euros d'amende, a pour condition préalable la voie publique et doit être commis « *en réunion* »¹. Quant à la tentative du second, elle est punie d'une peine de sept ans d'emprisonnement sous sa forme simple², le délit muant en crime lorsque la circonstance de bande organisée est relevée, vingt ans de réclusion criminelle et 150 000 euros d'amende étant alors encourus. Les notions de réunion et de bande organisée étant très proches, un conflit de qualifications semble inévitable entre l'infraction spécifique et la tentative d'extorsion aggravée. Si, en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant*, le conflit devrait être résolu aisément en appliquant la première au détriment de la seconde, la cohérence répressive pourrait faire défaut. Comme le remarque un auteur : « *Si donc il y a sollicitation violente, en réunion, sur la voie publique il faut appliquer l'infraction spécifique ; si une personne isolée mendie, où que ce soit, à l'aide de menaces ou de contrainte, elle est coupable de tentative du délit d'extorsion ; si des personnes mendient, en groupe, ailleurs que sur la voie publique (y compris éventuellement dans un lieu public comme une gare, par exemple qui ne saurait être dite "voie publique"), elles sont coupables de la tentative de crime d'extorsion en bande organisée. La différence entre six mois d'emprisonnement (faits commis en réunion sur la voie publique), sept ans d'emprisonnement (actes commis isolément) ou vingt ans de réclusion criminelle (en bande ailleurs que dans un lieu public) peut-elle être justifiée par quelque chose ?* »³ Si l'on comprend que le législateur ait voulu réprimer la mendicité agressive de façon adaptée⁴, tout en prenant acte de sa spécificité criminologique, à savoir le fait qu'elle se déroule généralement sur la voie publique, l'usage de l'opposition privé-public paraît en l'occurrence non maîtrisé.

374. Bilan. L'opposition privé-public peut donc être à la source de gradations plus ou moins harmonieuses entre différents délits. Lorsque la gradation est assumée par le législateur et que la rédaction des textes est claire, ce qui est le cas en matière de contraventions de presse, la seule difficulté tient à la détermination du caractère non public de la communication. Si le texte n'est pas clair, en revanche, la gradation ne sera pas nécessairement mise en œuvre par les juges, ce qu'a illustré l'étude des délits d'outrages. Enfin, si le législateur emploie le clivage privé-public sans vue d'ensemble, la gradation devient incertaine, l'articulation des textes

¹ C. pén., art. 312-12-1.

² C. pén., art. 312-1.

³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 215, p. 265.

⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., note 86, p. 244 : « *Symboliquement, il peut être essentiel [d'incriminer la mendicité agressive] de manière autonome, a fortiori si l'objectif est d'atténuer la répression de ce qui constitue en l'espèce une infraction obstacle* ».

pouvant même s'avérer surprenante et critiquable. Au contraire, les intentions du législateur sont claires lorsque l'infraction est aggravée du fait du caractère privé ou public des lieux, réunions ou communications.

§2. La gradation découlant de circonstances aggravantes

375. Les liens entre l'opposition privé-public et les circonstances aggravantes sont de deux ordres. D'une part, l'aggravation est de mise lorsqu'une infraction est commise dans certains lieux privés ou publics particuliers. On retrouve la logique du dépassement de l'opposition privé-public précédemment évoquée¹, en ce qu'il s'agit surtout de tirer les conséquences du caractère privé ou public d'un lieu et non d'opposer ces lieux à d'autres lieux privés ou publics. Autrement dit, la protection qui s'attache à certains lieux est surtout révélatrice du besoin de protéger ces lieux, en ce qu'ils sont associés à des valeurs sociales particulières (A). D'autre part, on retrouve la logique de la gradation exclusivement focalisée sur l'accessibilité d'un propos avec l'aggravation tenant au recours à la communication au public en ligne, moyen de communication publique particulier (B)².

A. L'aggravation découlant du lieu de commission de l'infraction

376. En ce qui concerne les circonstances aggravantes découlant du caractère privé ou public du lieu de commission de l'infraction, on peut distinguer entre les atteintes aux biens (1) et les atteintes aux personnes (2).

1. L'aggravation d'atteintes aux biens

377. *L'aggravation des atteintes aux biens commises dans les lieux privés.* On peut rappeler ici que les vols commis avec effraction dans des lieux clos ont toujours été sévèrement réprimés, ce qui manifeste l'importance accordée par le législateur à la sécurité des personnes, davantage

¹ V. *supra* n° 263, 316, 328 et 348.

² Dans tous les cas, il sera question de circonstances aggravantes dites « réelles », en ce qu'elles se rattachent à la matérialité de l'infraction et non à son auteur (X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 334, p. 347). En conséquence, elles pourront être transmises au complice de l'infraction, contrairement aux circonstances aggravantes dites « personnelles ».

qu'à la protection de la propriété¹. En droit positif, l'effraction et l'escalade sont des circonstances aggravantes générales définies dans le livre premier du Code pénal². Du fait de cette généralité, elles sont donc, *a priori*, applicables à tous les lieux clos³. En réalité, elles s'appliquent surtout aux lieux privés spécifiques que sont le lieu habité et le lieu privé – ou l'objet⁴ – affecté à l'entrepôt⁵. Plus précisément, elles concernent le délit de vol⁶, mais aussi le délit de destructions, dégradations et détériorations⁷. Toutefois, depuis la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, le simple fait que le vol soit commis dans de tels lieux suffit pour engendrer un premier niveau d'aggravation⁸, sans qu'il soit besoin d'établir une effraction ou une escalade. Comme le remarque un auteur, « *il est regrettable que, [pour les atteintes à l'intégrité du bien], contrairement à l'infraction de vol, le législateur ne dissocie pas la circonstance de localisation de l'infraction au sein du domicile de celle des modalités de pénétration dans ce lieu* »⁹. Toujours est-il que la localisation du vol dans un lieu privé ne confère plus à cette infraction, comme par le passé, une nature criminelle¹⁰.

378. L'aggravation des atteintes aux biens commises dans des lieux publics. Le caractère public du lieu de commission du vol a aussi été un facteur d'aggravation constant de la répression dans l'histoire du droit pénal. Ainsi, en droit romain, étaient érigés en délits publics les vols dans les temples¹¹ (*sacrilegium*), dans les pâturages (*abigeatus*), dans les thermes (*furtum balnearium*) ou sur les chemins publics¹². Sous l'Ancien Régime, ces différents vols

¹ V. *supra* n° 34. V. aussi, D. 47, 17, 1, affirmant que l'*effractura* érigeait le vol en délit public ; C. pén. 1810 (version d'origine), art. 381, fulminant la peine de mort pour les vols commis dans un lieu habité si d'autres circonstances étaient réunies.

² C. pén. art. 132-73 : « *L'effraction consiste dans le forçement, la dégradation ou la destruction de tout dispositif de fermeture ou de toute espèce de clôture. Est assimilé à l'effraction l'usage de fausses clefs, de clefs indûment obtenues ou de tout instrument pouvant être frauduleusement employé pour actionner un dispositif de fermeture sans le forcer ni le dégrader* ». C. pén., art. 132-74 : « *L'escalade est le fait de s'introduire dans un lieu quelconque, soit par-dessus un élément de clôture, soit par toute ouverture non destinée à servir d'entrée* ».

³ En ce sens, D. GUÉRIN, « Fasc. 20 : Circonstances aggravantes définies par le code pénal – Effraction et escalade », *J.-Cl. Pénal Code*, 2019 (màj. 2021), n° 118 : « *La condition préalable pour que la circonstance aggravante soit caractérisée est, dans tous les cas entrant dans les prévisions des articles 132-73 et 132-74, que l'infraction soit commise dans un endroit dont l'accès est normalement interdit aux tiers par une clôture ou un dispositif quelconque de fermeture* ».

⁴ V. *supra* n° 201.

⁵ On peut rajouter à cette énumération le lieu de détention, puisque les délits d'évasions sont aggravés lorsqu'ils sont commis par « *effraction* » (C. pén., art. 434-27, al. 3 et 434-32, al. 2).

⁶ C. pén., art. 311-5, 3°, les peines encourues étant alors de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende.

⁷ C. pén., art. 322-3, 5°, prévoyant cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

⁸ C. pén., art. 311-4, 6°, élevant également les peines à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.

⁹ G. DUMÉNIL, *Le domicile en droit pénal*, *op. cit.*, n° 258, p. 187.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ V. toutefois, *supra* n° 34 sur la dualité entre le lieu sacré (lieu privé) et le lieu de culte (lieu public).

¹² J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, n° 29, p. 69.

furent aussi traités avec sévérité, quelques évolutions pouvant toutefois être relevées. Ainsi, la définition du vol sacrilège a-t-elle été discutée¹, si bien que le vol non sacrilège – c'est-à-dire portant sur un objet profane –, commis dans une église, finit par être distingué du vol purement sacrilège². On retrouve aussi une accentuation de la répression pour les vols commis sur les routes³ ou dans les bains, ainsi qu'à l'égard de l'abigeat⁴, desquels ont pu être rapprochés les « vols de “choses laissées à la foi publique”, c'est-à-dire des biens qui par leur nature ne peuvent être mis à l'abri et sont donc laissés sous la sauvegarde collective du public : récoltes sur pied, instruments agricoles laissés aux champs, linge étendu à la portée des passants »⁵. De façon plus inédite, étaient également sévèrement réprimés les vols dans les foires et marchés, tavernes et auberges, les lieux de justice ou les maisons royales⁶. La plupart de ces prescriptions furent reprises dans les textes pénaux postérieurs à la Révolution⁷, le vol de bétails devenant toutefois davantage associé à un vol commis dans un lieu privé, dès lors que les animaux devaient se trouver dans des « parcs mobiles [...], réputés enclos »⁸.

Ce n'est qu'à la fin du XX^e siècle que la loi pénale fut adaptée de façon décisive aux évolutions de la société en ce domaine, la loi n° 81-82 du 2 février 1981 abrogeant les

¹ *Ibid.*, n° 176, p. 355, évoquant différentes conceptions doctrinales au cours de cette période. Si PLACENTIN considérait, au XII^e siècle que, contrairement à la solution ayant prévalu en droit romain, il n'y avait pas sacrilège si l'objet dérobé dans un lieu sacré n'était pas lui-même sacré, LEBRUN DE LA ROCHETTE estimait au XVII^e siècle qu'il y avait sacrilège « ou lorsqu'on dérobe une chose sacrée en un lieu sacré, ou la chose sacrée en un lieu non sacré, ou la chose profane en un lieu sacré ». En d'autres termes, le caractère sacré du lieu primait à nouveau sur le caractère sacré de la chose.

² Si la déclaration royale du 4 mars 1724 renforce ainsi la répression du vol non sacrilège, elle « ne semble pas avoir beaucoup stimulé le zèle des tribunaux » (*ibid.*, p. 386). *Adde* : B. DURANT, « La répression du vol sacrilège au conseil souverain de Roussillon », *Féd. Hist. du Languedoc*, Montpellier, 1980, p. 151 et s.

³ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, n° 190, p. 382, précisant qu'un édit de François I^{er} introduit pour la première fois, en 1534, le supplice de la roue en France, à l'encontre de ceux qui auront commis des vols sur les grands chemins, quand bien même les voyageurs n'auraient été ni tués, ni blessés. Dès lors : « Cette disposition a été critiquée à juste titre au XVIII^e siècle comme une véritable incitation au meurtre » (*ibid.*, p. 386).

⁴ *Ibid.*, n° 194, p. 389 : « à la fin de l'Ancien Régime ce crime était généralement puni des galères. En Flandres, depuis 1586, le vol de bétail était même puni de mort ; en 1741, le chancelier d'Aguesseau critiqua cette jurisprudence trop sévère, et à partir de 1742 les condamnations à mort pour abigeat prononcées par le Parlement de Douai furent systématiquement commuées par la chancellerie ; enfin en 1778 Louis XVI abolit officiellement la peine de mort dans ce cas ».

⁵ *Ibid.*, *loc. cit.* Toutefois, les vols commis dans les jardins et les vergers, « relevant du ban rural, [...] sont réprimés beaucoup moins sévèrement que ceux commis dans les maisons ou sur les marchés » (*ibid.*, p. 382).

⁶ *Ibid.*, n° 193, p. 387, les auteurs précisant par ailleurs que « les tribunaux et les résidences du roi, étant ouverts au public, étaient d'abord protégés à ce titre ».

⁷ V. not., Loi du 29 nivôse an VI (18 janvier 1798), punissant de mort le vol commis sur les routes ; C. pén. 1810 (version d'origine), art. 383, prévoyant cette fois la peine des travaux forcés à perpétuité. V. encore, Loi du 20 avril 1825, restaurant l'incrimination de sacrilège, en mettant l'accent sur le caractère sacré du bien mais en prévoyant également la peine de mort dans l'hypothèse où les faits avaient lieu en public (art. 4 et 6). *Adde* : J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, n° 243, p. 472 : « À la fois excessive et anachronique, dans la mesure où elle remettait en cause la laïcisation du droit pénal acquise depuis 1791, cette loi ne fut jamais appliquée ».

⁸ C. pén. 1810 (version d'origine), art. 392.

circonstances aggravantes de vol commis sur un chemin public¹ et la réminiscence de l'abigeat². L'urbanisation de la société et la modernisation des moyens de transport commandaient ces abrogations, ce qui n'empêche pas de voir dans les dispositions contemporaines une continuité par rapport aux dispositions antérieures. En effet, le vol commis à l'encontre d'un bien exposé dans des lieux de culture ou de cultes est aggravé³, de même que les atteintes à l'intégrité d'un tel bien⁴, ce que l'on peut analyser comme une survivance du sacrilège. De même, le vol dans une gare ou dans les transports collectifs⁵ a été substitué au vol sur les chemins publics. La véritable innovation du droit contemporain, introduite par la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 est sans doute l'aggravation du vol ayant lieu « *dans les établissements d'enseignement ou d'éducation* » ou « *aux abords de ces établissements* »⁶.

En toute hypothèse, les diverses circonstances aggravantes évoquées manifestent la volonté du législateur, non seulement de préserver la *sécurité* des personnes et des biens dans les lieux publics, mais aussi de sanctionner sévèrement ceux qui profitent de la facilité d'accès aux biens concernés⁷. Dans ces lieux, les personnes doivent également être à l'abri d'atteintes directes à leur intégrité.

2. L'aggravation d'atteintes aux personnes

379. L'aggravation passée. À titre préliminaire, on peut évoquer plusieurs infractions dont la répression était aggravée, par le passé, lorsqu'elles étaient commises dans des lieux publics. Ainsi, en droit romain la loi de Sylla punissait de la peine capitale les meurtres commis sur la voie publique⁸. Dans la même logique, en matière de coups et blessures, le droit coutumier médiéval « *considérait comme une circonstance aggravante le fait que l'agression ait eu lieu dans certains endroits privilégiés, par exemple au marché, à l'église ou au moulin : non seulement dans ces cas la peine [était] plus lourde mais encore, par exception, le juge [était]*

¹ A. VITU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, t. 2, n° 2269, p. 1854.

² *Ibid.*, n° 2270, p. 1854.

³ C. pén., art. 311-4-2, 3°.

⁴ C. pén., art. 322-3-1, 3°.

⁵ C. pén., art. 311-4, 7°.

⁶ C. pén., art. 311-4, 11°.

⁷ En ce sens, v. J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, op cit.*, n° 194, p. 389, estimant qu' « *ici le vol doit être d'autant plus sévèrement châtié qu'il est facile* », et de citer SERPILLON : « *la nécessité où l'on est de ne pouvoir mettre [ces choses] en lieu de sûreté aggrave le crime de celui qui abuse de la foi publique* ».

⁸ *Ibid.*, n° 24, p. 57.

autorisé parfois à agir d'office »¹. Enfin, l'outrage public à la pudeur était aggravé, par la « loi du sacrilège » du 20 avril 1825, lorsqu'il avait lieu dans une église². Si les rôles conférés à ces différents lieux publics ont disparu, on retrouve toutefois une logique identique en droit positif.

380. L'aggravation présente. Dans la législation pénale actuelle, deux lieux, sinon publics, du moins à usage collectif, sont susceptibles d'aggraver la répression pénale. Il s'agit, d'une part, des *lieux affectés au transport de voyageurs*, que le législateur semble appréhender comme particulièrement criminogènes. Ainsi, les violences volontaires sont-elles aggravées lorsqu'elles ont lieu dans « dans un aéronef ou dans un lieu destiné à l'accès à un aéronef »³ ou dans « dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs »⁴, de même que le délit de voyeurisme⁵ ou que la contravention d'outrage sexiste⁶.

D'autre part, un certain nombre d'infractions sont aggravées, depuis la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007, lorsqu'elles ont lieu dans « les établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux »⁷. La référence, dans cette formule, aux « locaux de l'administration » laissait planer une ambiguïté, dès lors qu'elle pouvait sembler renvoyer à tout local administratif et non, spécifiquement, à ceux d'un établissement d'enseignement⁸. Récemment, des juges de première instance ont pu adopter une telle interprétation en matière de violences volontaires ; ils furent

¹ *Ibid.*, n° 188, p. 378.

² Comp. L. BELFANTI, « Poursuite et répression du délit d'exhibition sexuelle », *Gaz. pal.*, 27 oct. 2012, p. 19 : « Ne serait-il pas alors plus pertinent d'abandonner toute référence à la publicité de l'acte d'exhibition pour tenir seulement compte du fait qu'il est imposé à autrui, quitte à faire de la publicité une circonstance aggravante ». Dans le même sens, v. P. CONTE, *RPDP*, 2005, p. 246.

³ C. transport, art. L. 6433-2.

⁴ C. pén., art. 222-12, 13° et 222-13, 13°.

⁵ C. pén., art. 226-3-1, 5°.

⁶ C. pén., art. 621-1, 6°. V. toutefois, L. SAENKO, « La loi numéro 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord ! », *D.* 2018, p. 2031, notant que ce texte « n'est pas clairement présenté comme [une circonstance aggravante] (il pourrait donc s'agir d'une infraction spécifiée) ». Sur le passage du harcèlement de « rue » à cette modulation de la peine dans ces lieux particuliers, v. *infra* n° 462.

⁷ Il en va ainsi pour certaines violences volontaires (C. pén., art. 222-12, 11° et 222-13, 11°), la cession de stupéfiants en vue de sa consommation personnelle (C. pén., art. 222-39), la provocation à la consommation, au transport, à la cession de stupéfiants par un mineur (C. pén., art. 227-18 et 227-18-1), la provocation à la consommation excessive d'alcool par un mineur (C. pén., art. 227-19), la provocation à la commission d'un crime ou un délit par un mineur (C. pén., art. 227-21), la corruption de mineur (C. pén., art. 227-22) et la provocation à l'usage de stupéfiants (CSP, art. L. 3421-4).

⁸ Comp., C. pén., art. 433-5, al. 3, aggravant l'outrage envers un fonctionnaire « commis à l'intérieur d'un établissement scolaire ou éducatif, ou, à l'occasion des entrées ou sorties des élèves, aux abords d'un tel établissement ».

désapprouvés en deuxième instance et la Cour de cassation jugea que la Cour d'appel avait justifié sa décision en estimant, notamment, que la référence litigieuse était encadrée de termes renvoyant aux établissements d'enseignement et que « *les débats parlementaires ne [révélaient] aucune volonté d'extension à des locaux administratifs pouvant dépendre d'autres administrations* »¹. Cette solution a été réaffirmée par la suite². En conséquence, les violences commises en prison demeurent en principe contraventionnelles³, ce qui a pu amener un commentateur à se demander « *si l'intervention du législateur ne serait pas utile pour sanctionner, sur la base d'un délit, toutes violences commises dans un établissement pénitentiaire* »⁴.

381. En définitive, l'aggravation découlant du caractère privé ou public d'un lieu, qu'elle concerne une atteinte aux biens ou une atteinte aux personnes, est intimement liée à la volonté de renforcer la sécurité des personnes qui y sont présentes, soit qu'elles puissent légitimement s'attendre à cette sécurité, dès lors que les lieux clos constituent des asiles naturels, soit que la vulnérabilité inhérente à l'exposition des personnes et des choses dans les lieux publics justifie un renforcement de la répression des actes illicites y étant commis. L'aggravation résultant du recours à la communication au public en ligne procède d'une logique différente.

B. L'aggravation résultant du recours à la communication au public en ligne

382. Une aggravation d'origine récente. À l'origine, l'Internet a été appréhendé de façon relativement ambiguë au stade de l'aggravation de l'infraction. En effet, la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs créa une circonstance aggravante ayant pour conséquence une répression accrue d'un certain nombre d'infractions sexuelles⁵ lorsque la victime, le plus souvent mineure, serait « *mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de*

¹ Cass. crim., 14 oct. 2020, n° 19-86.759 ; *AJ Pénal* 2021, p. 38, obs. J.-P. VICENTINI.

² Cass. crim., 23 juin 2021, n° 20-86.314, P.

³ Elles deviennent toutefois délictuelles si elles visent un fonctionnaire de l'administration pénitentiaire (v., not., C. pén., art. 222-13, 4°) ou si d'autres circonstances aggravantes peuvent être relevées, comme l'usage d'une arme (C. pén., art. 222-13, 10°).

⁴ J.-P. VICENTINI, obs. préc.

⁵ Le viol (C. pén., art. 222-24, 8°), les agressions sexuelles autres que le viol (C. pén., art. 222-28, 6°), la corruption de mineurs (C. pén., art. 227-22, al. 1^{er}), ou encore l'atteinte sexuelle sans violence sur un mineur de quinze ans (C. pén., art. 227-26, 4°).

télécommunication »¹. La formulation pourrait, à première vue, laisser penser qu'il est bien question de la diffusion publique d'un message. Pour autant, la centralité de la « *mise en contact* » laisse penser que c'est plutôt sous l'angle de la communication privée que le législateur saisit l'Internet à travers ces qualifications. L'ambiguïté est encore présente en matière de proxénétisme, délit aggravé lorsqu'il est commis grâce à « *l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication électronique* »². Cette fois, la mise en contact n'est pas évoquée. Toutefois, le proxénétisme renvoie à tant de comportements différents que la circonstance, dès lors qu'elle ne distingue pas, peut concerner, par exemple, le fait d'embaucher une personne pour qu'elle se prostitue, ce qui suppose, là encore, une mise en contact relevant de la communication privée.

Il n'en demeure pas moins que l'Internet semble appréhendé, par cette même loi du 17 juin 1998, comme un moyen de communication publique dans une hypothèse déterminée³. En effet, depuis cette loi, le délit de diffusion d'images pédopornographiques est aggravé « *lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques* »⁴. Par la suite, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a aggravé, dans des termes semblables, la diffusion de procédés permettant de fabriquer une bombe « *lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion des procédés, un réseau de communication électronique à destination d'un public non déterminé* »⁵. On peut aussi relever qu'une série d'infractions relatives à la propriété intellectuelle sont aggravées, depuis la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, lorsqu'elles sont commises « *sur un réseau de communication au public en ligne* »⁶. Toutefois, « *la première véritable prise en compte du caractère criminogène de la communication au public par voie électronique est intervenue très récemment* »⁷, avec la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014, laquelle a aggravé l'apologie ou la provocation à des actes de terrorisme lorsque celles-ci sont commises « *en utilisant un service de communication au public en ligne* ». Si la terminologie employée n'est pas nouvelle, les rédacteurs de la loi ont pu insister, au cours

¹ Depuis la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, les textes n'évoquent plus un réseau de « *télécommunications* » mais un « *réseau de communications électroniques* ».

² C. pén., art. 225-7, 10°.

³ En ce sens, T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, *op. cit.*, n° 502, p. 430.

⁴ C. pén., art. 227-23, al. 3. Pour une application, CA Riom, ch. corr., 26 juin 2019, n° 18/01220 ; CCE 2019, comm. 61, obs. A. LEPAGE. Il était en l'espèce question d'une diffusion sur un forum.

⁵ C. pén., art. 322-6-1.

⁶ Il en est ainsi en matière d'atteintes aux droits et modèles (CPI, art. L. 521-10), aux droits du titulaire d'un brevet (CPI, art. L. 615-14), détention et commerce de marchandises contrefaites, contrefaçon de marques (CPI, art. L. 716-9 et L. 716-10) et d'atteinte aux droits du titulaire d'un certificat d'obtention végétale (CPI, art. L. 623-32).

⁷ T. BESSE, *op. cit.*, *loc. cit.*

des débats parlementaires, sur « *l'effet démultiplicateur de ce moyen de communication* »¹ qu'est le « *Web 2.0* »², ou encore sur le « *Djihad médiatique* »³ qu'il permet, ce qui atteste de la méfiance contemporaine à l'égard de ce moyen de communication publique⁴.

383. Une aggravation à l'avenir incertain. La question est donc l'avenir de cette circonstance aggravante particulière. D'un côté, il pourrait être tentant de l'étendre à d'autres infractions. Ainsi, certains soulèvent-ils la nécessité, en matière de provocations haineuses⁵, d'« *ériger l'utilisation des réseaux sociaux et plus généralement d'Internet comme circonstance aggravante du délit de provocation à la discrimination* », dans l'optique de « *donner davantage de force à la répression de cette infraction* »⁶. D'autres estiment que les menaces, réprimées par l'article 222-17 du Code pénal, pourraient également être concernées par une circonstance aggravante de diffusion sur la « *toile* »⁷. Dans le même ordre d'idées, on pourrait s'interroger sur l'avenir de la précision posée en matière d'usurpation d'identité par le deuxième alinéa de l'article 226-4-1 du Code pénal, aux termes duquel l'infraction est « *punie des mêmes peines lorsqu'elle est commise sur un réseau de communication au public en ligne* ». Cette précision, n'ayant aucune portée normative, est simplement un témoignage du fait que, lors des débats parlementaires, le risque d'une assimilation systématique du réseau Internet à la délinquance pénale avait pu être soulevé⁸. Il n'en demeure pas moins que, parmi les nombreux

¹ Assemblée nationale, projet de loi n° 2110 du 9 juillet 2004, p. 7.

² V. *supra* n° 143.

³ Assemblée nationale, rapp. n° 2173 du 22 juillet 2014, *passim*.

⁴ V. aussi, C. pén., art. 222-33-2-2, 4°, aggravant le harcèlement moral « *commis par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique* ». Comme le relève T. BESSE (*op. cit.*, n° 511, p. 439), « *on peut également penser qu'il s'agit bien, par cette précision, d'appréhender la particularité des faits propres au "cyberharcèlement", qui relèvent en majorité de l'expression publique. Ces agissements consistent, non plus seulement dans la persécution, le plus souvent privée, de la victime par le seul auteur des faits, mais, ici encore, dans la fréquente prise à témoin du public, sur les réseaux sociaux, dans l'accomplissement de cette humiliation* ».

⁵ Sur la sévérité contemporaine à l'égard de ces infractions, v. *infra* n° 433.

⁶ G. PÉRONNE, E. DAOUD, « Discriminations et réseaux sociaux », *AJ Pénal*, 2014, p. 570. V. toutefois, T. BESSE, *op. cit.*, n° 503, p. 463 : « *Une telle proposition, séduisante par ses aspects symboliques, appelle cependant une mise en perspective : si le terrorisme se modernise incontestablement dans ses méthodes de recrutement, les idéologies racistes, elles, n'ont pas attendu l'avènement de la communication en ligne pour proliférer* ».

⁷ T. BESSE, *op. cit.*, n° 506, p. 432, admettant que les menaces sont « *commises principalement au cours d'échanges privés et qui auraient vocation à le rester* », mais que « *l'espace public que constitue, dans sa majeure partie, le réseau Internet, est de nature à donner aux menaces une portée s'étendant au-delà de la prise de connaissance par la seule victime des propos litigieux. La prise à témoin d'un public indéterminé peut ainsi ajouter au caractère intimidant des menaces une charge d'humiliation* », si bien que cette donnée pourrait « *être prise en compte par le législateur au titre de la sévérité de la répression* ». Comme le relève l'auteur, se pose également la question de savoir si l'exigence que la menace soit réitérée lorsqu'elle n'a pas été « *matérialisée par un écrit, une image ou tout autre objet* » (C. pén., art. 222-17) vaut pour l'Internet.

⁸ *J.O.A.N.*, 1^{ère} séance publique du mercredi 10 février 2010, intervention de M. BLOCHE.

comportements tombant sous le coup de l'article en question lorsqu'il est recouru audit réseau¹, ce texte permet « *de manière incidente, de réprimer la publication sur Internet de propos qui, sans être constitutifs en eux-mêmes d'une infraction pénale, seraient de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime par l'image déplorable qu'ils peuvent donner d'elle* », soit une « *sorte de diffamation, plus insidieuse car de nature à rendre davantage crédibles les imputations faites par leur auteur* »². On pourrait donc imaginer que le législateur transforme la précision précitée en véritable circonstance aggravante, dans une volonté d'attester du besoin contemporain de protéger l' « *e-réputation* »³ des individus.

D'un autre côté, la crainte d'une certaine « *diabolisation* » de l'Internet pourrait freiner les évolutions envisagées. Déjà, en 1998, lorsque la circonstance aggravante étudiée faisait sa première apparition dans les textes pénaux, le Conseil d'État relevait qu'elle « *ne saurait se généraliser ; en effet, cette disposition, de par le caractère large des termes utilisés, est de nature à jeter le discrédit sur Internet en assimilant le réseau à l'utilisation d'une arme alors même qu'il constitue un espace neutre dans lequel toute forme d'activité humaine, positive ou négative, peut se développer* »⁴. Par ailleurs, si les contenus diffusés par la voie de la communication au public en ligne devaient être systématiquement réprimés plus sévèrement que ceux publiés à l'aide d'autres moyens de communication publique, l'argument de la rupture d'égalité serait assurément soulevé⁵.

384. Conclusion de section. Il ressort de ce qui précède que la gradation permise par l'opposition privé-public, sur le plan substantiel, est certes marquée par l'idée de sévérité, mais que le législateur reste tout de même soucieux de mesurer la répression pénale. La gradation entre des infractions de gravités différentes suppose en effet un souci de réprimer moins sévèrement, par exemple, une contravention de presse qu'un délit de presse, voire l'introduction dans un lieu à usage collectif que celle dans le refuge naturel que constitue le domicile. Quant

¹ V. not., F. MATTATIA, « L'usurpation d'identité sur Internet dans tous ses états », *RSC*, 2014, p. 331.

² T. BESSE, *op. cit.*, n° 510, p. 438. Dans le même sens, v. A. LEPAGE, « Entre Code pénal et loi du 29 juillet 1881, la protection pénale de l'honneur », in *Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud*, Dalloz, 2017, p. 408. *Adde* : Cass. crim., 16 nov. 2016 ; CCE 2017, comm. 6, obs. A. LEPAGE ; TGI Paris, 24^{ème} ch. corr., 21 nov. 2014 ; CCE 2015, comm. 85, obs. E. CAPRIOLI.

³ J. FRANCILLON, « De quelques atteintes à la réputation des personnes : e-réputation, cyberharcèlement, usurpation d'identité numérique, menace de révélation diffamatoire... », *RSC*, 2016, p. 544.

⁴ Conseil d'État, « Internet et les réseaux numériques », *Rapp. annuel 1997*, Doc. fr., 1998, p. 190.

⁵ V. déjà, C. GODEBERGE, E. DAOUD, « La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? », *AJ Pénal*, 2014, p. 56, s'interrogeant sur la légitimité d'une différence de traitement entre l'animateur d'un blog djihadiste à très faible audience, concerné par la circonstance aggravante étudiée et « *le représentant notoire d'une organisation terroriste, s'exprimant sur une chaîne grand public* ».

à l'intégration du partage privé-public au stade de l'aggravation de la peine, on peut souligner qu'elle reste mesurée, les infractions concernées ne revêtant jamais une nature criminelle du fait des circonstances étudiées. Par ailleurs, la volonté d'accroître la sanction encourue par l'auteur d'une infraction est souvent couplée à celle d'exprimer, par la voie de la législation pénale, l'importance de certains intérêts à protéger, ce sur quoi l'on reviendra¹. Reste, pour lors, à s'intéresser au volet procédural et informationnel de la gradation permise par la dichotomie étudiée.

Section 2 : La gradation de la portée du procès pénal

385. Il s'agit ici d'observer que la loi pénale organise la gradation de la portée du procès pénal en conférant principalement aux juges et enquêteurs le pouvoir d'étendre ou de restreindre l'accès des justiciables aux informations concernant la procédure. Ce pouvoir discrétionnaire s'exprime, d'une part, à l'égard des audiences pénales qui ponctuent les différentes phases du procès pénal (§1) et concerne aussi, d'autre part, la possibilité de moduler le caractère privé ou public des communications portant sur ledit procès (§2).

§1. La portée graduée des audiences pénales

386. On le sait, les audiences pénales peuvent être analysées comme des réunions privées ou publiques². Toutefois, certaines audiences ne rentrent pas dans le champ de cette étude, dès lors qu'elles doivent impérativement être privées ou publiques. Dans ces hypothèses, on se situe dans le giron du secret ou de la transparence absolues, que l'on a exclues du champ de cette étude³. Il s'agit donc, d'abord, d'identifier les audiences concernées par une éventuelle gradation (A). On pourra s'interroger, ensuite, sur les possibilités offertes aux magistrats de diffuser les images d'une audience pénale ; autrement dit, sur la possible gradation entre une réunion publique et une communication publique (B).

¹ V. *infra* n° 450 et s.

² V. *supra* n° 212 et s.

³ V. *supra* n° 21.

A. La gradation entre les audiences privées ou publiques

387. La possibilité de choisir entre le caractère privé, non public ou public des audiences pénales n'est pas toujours la prérogative des seuls magistrats, pas plus qu'elle n'est réservée à la seule phase de jugement (1). Il convient toutefois de préciser que la modulation de l'accessibilité de l'audience ne concerne, dans la plupart des cas, qu'un moment particulier de celle-ci, à savoir les débats (2).

1. Les audiences concernées par la gradation

388. Les audiences de jugement. Les premières audiences concernées par la gradation sont les audiences de jugement. Il importe toutefois de distinguer selon que le mis en cause est majeur ou mineur. S'il est *majeur*, l'audience pourra se dérouler à huis clos, audience privée faisant son apparition en matière criminelle au début du XIX^e siècle¹. Les conditions du huis clos varient selon la juridiction concernée. Devant la Cour d'assises, on sait que les magistrats, qui peuvent être analysés comme les organisateurs de la réunion particulière qu'est l'audience², voient leur pouvoir concurrencé par les victimes parties civiles³, dès lors que le huis clos est de droit lorsque celles-ci le demandent dans des affaires de viol ou de tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles, de traite des êtres humains ou de proxénétisme aggravé⁴. Ces mêmes victimes disposent, par ailleurs, du pouvoir de s'opposer à la mise en place du huis clos dans les autres cas⁵, c'est-à-dire lorsque l'accusé le sollicite⁶ ou que la Cour décide de le mettre en œuvre. En matière correctionnelle, si le huis clos est également

¹ V. Cass. crim., 12 déc. 1823, *Bull. crim.* n° 162 ; Cass. crim., 22 janv. 1852, *Bull. crim.* n° 24, admettant la légalité du huis clos en combinant les dispositions de l'art. 87 du C. proc. civ. ancien, le prévoyant en matière civile « *si la discussion publique devait entraîner ou scandale ou des inconvénients graves* » avec celles de l'art. 64 de la charte constitutionnelle du 4 juin 1814, énonçant que les débats « *seront publics en matière criminelle, à moins que cette publicité ne soit dangereuse pour l'ordre et les mœurs ; et, dans ce cas, le tribunal le déclare par un jugement* ».

² C. proc. pén., art. 306, al. 1^{er}, précisant que si un motif pour prononcer le huis clos est caractérisé (v. *infra* n° 502 et s.), « *la cour le déclare* », et ce, par un arrêt rendu en audience publique. V. *supra* n° 219 pour des illustrations jurisprudentielles sur ce point et sur le pouvoir de police du président d'audience.

³ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 2412, p. 1242 : « *il faut être à la fois victime de l'infraction et s'être constituée partie civile* ». Par ailleurs, lorsque plusieurs parties civiles sont victimes de viol, chacune d'elles est en droit d'obtenir le prononcé du huis clos (Cass. crim., 23 oct. 2002, n° 02-80.369).

⁴ C. proc. pén., art. 306, al. 3. V. *infra* n° 506.

⁵ *Ibid.*

⁶ Cass. crim., 6 déc. 2000, *Bull. crim.* n° 364 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 41, obs. A. MARON, précisant que lorsque l'accusé d'un viol réclame le huis clos, l'absence d'opposition de la victime partie civile laisse à la cour l'entière liberté de décider de la publicité des débats.

envisageable¹, la victime ne dispose pas d'un pouvoir semblable. Il n'en demeure pas moins qu'en pratique, le huis clos est surtout prononcé dans des affaires d'agressions sexuelles, afin de préserver l'intimité de la victime². De façon plus anecdotique, la mesure peut également être décidée par les magistrats devant le tribunal de police³, devant la Cour de cassation⁴, voire à l'égard de l'audience d'homologation relative à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁵. En somme, dans ces hypothèses, les magistrats sont les acteurs principaux de la gradation entre huis clos et audience publique.

Si le mis en cause est jugé par une juridiction dédiée aux *mineurs*, toutes les audiences ne sont pas concernées par la possibilité d'une gradation. En effet, devant le juge des enfants, « *l'affaire est instruite et jugée en chambre du conseil* »⁶. En revanche, devant le tribunal de police, le tribunal pour enfants et la cour d'assises des mineurs, la publicité restreinte de l'audience est le principe⁷, mais les juges peuvent décider de rendre l'audience véritablement privée en prononçant le huis clos⁸. Surtout, le mis en cause, mineur au moment des faits, devenu majeur au jour de l'ouverture des débats, peut solliciter la publicité de l'audience⁹. Le prévenu est le seul à pouvoir formuler une telle demande devant le tribunal de police ou le tribunal pour enfants¹⁰. Quant à l'accusé, il partage cette prérogative avec le ministère public ou un autre

¹ C. pén., art. 400, mettant bien en avant que c'est « *le tribunal* » qui « *peut* » décider du huis clos. Pour la chambre des appels correctionnels, v. C. pén., art. 512, renvoyant implicitement à l'art. 400. On notera que le huis clos est possible même lorsque les débats portent uniquement sur les intérêts civils (Cass. crim., 28 mars 2018, n° 17-82.138 ; *Gaz. pal.* 2018, n° 27, p. 58 note F. FOURMENT). Sur la différence des motifs justifiant le huis clos par rapport à la matière criminelle, v. *infra* n° 502.

² En ce sens, F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd. 2015, p. 313.

³ C. pén., art. 535, renvoyant à l'art. 400.

⁴ C. proc. pén., art. 601, renvoyant de façon relativement imprécise aux « *règles concernant la publicité [...] des audiences* », ce qui peut renvoyer tant aux règles prévues par l'art. 306 que celles posées par l'art. 400. Pour une illustration ancienne d'un huis clos prononcé dans une affaire d'espionnage, v. Cass. crim., 24 sept. 1891, *Bull. crim.* n° 191.

⁵ À l'origine, cette audience devait être tenue en chambre du conseil. Toutefois, le Conseil constitutionnel a imposé la publicité en la matière (Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC ; *D.* 2004, p. 2756, obs. B. DE LAMY, § 118), exigence finalement posée par la loi (C. proc. pén., art. 495-9). Cette disposition ne prévoit toutefois pas la possibilité de prononcer un huis clos, ce qui n'est pas réhibitioire pour la circulaire du 2 septembre 2004 de présentation des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, aux termes de laquelle : « *Il résulte [...] clairement, tant de la décision du Conseil constitutionnel que de la nécessaire cohérence de notre procédure pénale, que le Procureur de la République pourra demander que la présentation devant le président ou le juge délégué ne soit pas publique dans des cas où, en application de l'article 400 du code de procédure pénale, l'audience devant le tribunal correctionnel aurait pu se tenir à huis clos, parce que la publicité serait dangereuse pour l'ordre ou pour les mœurs* ». On reviendra sur cette affirmation plus loin (v. *infra* n° 391).

⁶ CJPM, art. L. 513-1. Il en va de même devant la cour d'appel, quand bien même l'appel ne porterait que sur l'action civile (Cass. crim., 18 sept. 1996, *Bull. crim.* n° 323).

⁷ CJPM, art. L. 513-2. V. *supra* n° 283 pour la définition de la publicité restreinte.

⁸ Cass. crim., 26 févr. 1997, n° 96-81.042.

⁹ Sur l'origine de cette possibilité, v. *infra* n° 505.

¹⁰ CJPM, art. L. 513-3, al. 1^{er}. Le texte précise que la demande ne peut être soulevée « *s'il existe un autre prévenu qui est toujours mineur ou qui, mineur au moment des faits et devenu majeur au jour de l'audience, s'oppose à*

accusé devant la cour d'assises des mineurs¹ et les magistrats peuvent également décider de conférer à l'audience un caractère public². On constate donc que la plupart des audiences concernant le mineur sont susceptibles d'une accessibilité graduée, le mis en cause occupant une place centrale dans la mise en œuvre de cette gradation. Un constat semblable vaut pour les audiences au stade de l'instruction.

389. Les audiences lors de l'instruction. Devant la chambre de l'instruction, aux termes du premier alinéa de l'article 199 du Code de procédure pénale, « *les débats se déroulent et l'arrêt est rendu en chambre du conseil. Toutefois, si la personne majeure mise en examen ou son avocat le demande dès l'ouverture des débats, ceux-ci se déroulent et l'arrêt est rendu en séance publique, sauf si la publicité est de nature à entraver les investigations spécifiques nécessitées par l'instruction ou à nuire à la dignité de la personne ou aux intérêts d'un tiers* »³. Dans cette hypothèse générale, le mis en examen peut donc être à l'origine d'une accessibilité élargie de l'audience, mais pas la partie civile, ce qui a été contesté par voie de question prioritaire de constitutionnalité, sans succès⁴.

Le deuxième alinéa de l'article précité régit néanmoins de façon spécifique le contentieux de la *détention provisoire des majeurs* devant cette même juridiction. En cette matière, le principe est cette fois la publicité de l'audience, laquelle est donc de droit, la chambre du conseil étant l'exception et résultant d'une opposition formée par le ministère public, le mis en examen ou la partie civile ou leurs avocats, avant l'ouverture des débats⁵. Cette opposition peut être fondée sur trois motifs différents, à savoir l'entrave possible aux investigations, une atteinte à la présomption d'innocence, à la sérénité des débats, à la dignité de la personne aux intérêts d'un tiers, ou encore le fait que l'enquête porte sur des faits de criminalité et de

cette demande ». Par ailleurs, si les magistrats font droit à cette demande, « *les dispositions de l'article 400 du code de procédure pénale sont applicables devant le tribunal* ».

¹ *Ibid.*, art. L. 513-3, al. 2. Cette fois, la cour « *ne fait pas droit à cette demande lorsqu'il existe un autre accusé toujours mineur ou que la personnalité de l'accusé qui était mineur au moment des faits rend indispensable que, dans son intérêt, les débats ne soient pas publics* ».

² *Ibid.* : « *Dans les autres cas, la cour statue en prenant en considération les intérêts de la société, de l'accusé et de la partie civile, après avoir entendu le ministère public et les avocats des parties, par une décision spéciale et motivée qui n'est pas susceptible de recours* ». Sur l'origine de cette disposition, v. *infra* n° 505.

³ Sur l'origine des dispositions régissant l'accessibilité de l'audience au stade de l'instruction, v. *infra* n° 518 et s.

⁴ Cass. crim., 20 juill. 2011, n° 11-83.938, refusant de transmettre une question prioritaire arguant d'une discrimination dans l'aménagement de la publicité de l'audience étudiée entre la personne mise en examen et la partie civile, au détriment de celle-ci, dès lors que « *la personne mise en examen et la partie civile se trouvent placées dans des situations différentes au regard, notamment, de la présomption d'innocence et des appréciations portées par l'opinion publique, qui justifient une différence de traitement devant la chambre de l'instruction* ».

⁵ Cass. crim., 22 juin 2010, *Bull. crim.* n° 111, insistant sur le fait que, dès lors que la demande d'opposition a lieu avant l'ouverture des débats, les débats relatifs à celle-ci se déroulent en chambre du conseil.

délinquance organisées. La chambre de l'instruction statue sur la demande d'opposition, après un débat contradictoire, par un arrêt rendu en chambre du conseil. Logiquement, s'il est fait droit à cette demande ou si, tout simplement, le mis en examen est mineur, les débats ont lieu et l'arrêt est rendu en chambre du conseil. L'article 145 du Code de procédure pénale prévoit en son sixième alinéa un régime quasiment identique¹ pour ce même contentieux devant le juge de la liberté et de la détention. De même, l'article 221-3 du même Code régit de façon similaire, en son troisième alinéa, l'audience relative à l'examen de l'ensemble d'une procédure d'instruction concernant une personne majeure préalablement placée en détention provisoire. En résumé, pour ce qui a trait à la détention provisoire, toute modulation de l'accessibilité de l'audience est exclue pour les mis en examen mineurs, mais une gradation est envisageable pour les mis en examen majeurs.

Au surplus, l'article 706-122 du Code de procédure pénale, relatif à l'audience spéciale concernant les personnes susceptibles d'être pénalement irresponsables², énonce en son deuxième alinéa que les débats « *se déroulent et l'arrêt est rendu en audience publique, hors les cas de huis clos prévus par l'article 306* ». Une gradation entre audience privée et publique est donc bien envisageable. Reste à évoquer les hypothèses, rares, où la portée de l'audience peut être étendue lors de la phase post-sentencielle.

390. Les audiences lors de la phase post-sentencielle. La plupart des audiences ayant lieu lors de la phase post-sentencielle sont nécessairement privées, donc secrètes. La chambre du conseil est ainsi obligatoire pour les audiences relatives à l'aménagement des peines privatives de liberté prises par le juge d'application des peines³ comme par le tribunal d'application des peines⁴. Il en va de même pour les audiences traitant du contentieux relatif à l'aménagement des peines non privatives de liberté⁵, aux demandes de confusion totale ou partielle de peines

¹ Trois légères différences de rédaction peuvent être relevées. D'abord, la partie civile n'est pas concernée par l'art. 145. Ensuite, cette disposition ne précise pas que l'opposition doit avoir lieu « *avant l'ouverture des débats* », ce qui reste sous-entendu. Enfin, l'audience privée est désignée « *audience de cabinet* » à la place de la notion de « *chambre du conseil* » (sur ces notions et leur synonymie, v. *supra* n° 212). *Adde*, C. proc. pén., art. 137-1, al. 4 : « *Lorsque le juge des libertés et de la détention doit statuer en application de l'article 145, le juge d'instruction peut indiquer dans son ordonnance si la publicité de ce débat lui paraît devoir être écartée au regard d'une ou plusieurs des raisons mentionnées au sixième alinéa de cet article* ». Cette indication ne vaut toutefois pas opposition.

² C. proc. pén., art. 706-119 et s. Sur la critique de cette procédure, v. *infra* n° 519.

³ C. proc. pén., art. 712-6, D. 49-17-1 et D. 49-18. V. aussi, C. pén. art. 712-13 et D. 49-42 pour l'exigence de la chambre du conseil devant la chambre d'application des peines de la cour d'appel.

⁴ C. proc. pén., art. 712-7, précisant par ailleurs que si le condamné est détenu, le débat peut se dérouler au sein de l'établissement pénitentiaire, ce qui manifeste clairement le caractère inaccessible de l'audience.

⁵ C. proc. pén., art. 708, al. 2.

de même nature¹, ou encore à la demande en relèvement des interdictions, déchéances, incapacités ou mesures de publication². Il en est encore ainsi pour d'autres contentieux, comme celui de la modification ou levée de la mesure de sûreté ordonnée après une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental³, celui de la rectification du casier judiciaire après constat de la fausse identité d'une personne condamnée⁴ ou celui de l'interprétation d'une loi d'amnistie⁵.

Malgré tout, certaines audiences peuvent voir leur accessibilité graduée lors de cette phase. En matière de rétention de sûreté, l'article 706-35-15 du Code de procédure pénale dispose que la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté « *statue après un débat contradictoire et, si le condamné le demande, public* ». Il faut donc en déduire, *a contrario*, que le principe est un déroulement de l'audience en chambre du conseil. Si la demande de publicité n'est pas formulée, le débat se déroule en chambre du conseil et l'intéressé ne peut s'en plaindre⁶. On peut aussi évoquer l'article 713-43 du même Code, dont l'alinéa premier énonce qu'en l'absence d'accord du ministère public quant à la fin anticipée de la mesure de détention à domicile sous surveillance électronique, le juge d'application des peines « *statue à la suite d'un débat contradictoire public* », par dérogation à l'article 712-6 précité. Enfin, de manière encore plus incidente, le contentieux disciplinaire des détenus, en principe non concerné par la publicité de l'audience⁷, peut être porté devant le juge des référés administratif, si bien qu'il est susceptible d'être traité au cours d'une audience publique⁸.

Les audiences concernées par la possibilité d'une gradation étant identifiées, reste à délimiter le moment exact de l'audience où cette gradation peut être mise en œuvre.

¹ C. proc. pén., art. 710, al. 1^{er} et 711, al. 1^{er}. Pour des affirmations jurisprudentielles du caractère obligatoire de la tenue de l'audience en chambre du conseil, v. not., Cass. crim., 24 janv. 1963, *Bull. crim.* n° 46 ; Cass. crim., 16 janv. 1978, *Bull. crim.* n° 17 ; Cass. crim., 6 févr. 1991, *Bull. crim.* n° 61.

² C. pén., art. 703. Pour un rappel de l'exigence, v. Cass. crim., 31 janv. 1996, *Bull. crim.* n° 58.

³ C. pén., art. 706-137.

⁴ C. pén., art. 778.

⁵ C. pén., art. 778, dern. al. *Adde* : Cass. crim., 13 févr. 1963, *Bull. crim.*, n° 73, cassant un arrêt au motif qu'il avait été rendu publiquement.

⁶ Cass. crim., 31 janv. 2012, *Bull. crim.* n° 30.

⁷ V. CEDH, 28 juin 1984, n° 7819/77, 7878/77, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, § 8 : « *On imposerait aux autorités de l'État un fardeau disproportionné si l'on exigeait que les procédures disciplinaires relatives aux détenus condamnés aient lieu en public* ».

⁸ CJA, art. L. 522-1, al. 2.

2. Le moment de l'audience concerné par la gradation

391. La gradation limitée aux débats. S'il n'est pas inexact d'évoquer l'« audience » publique ou privée, il convient néanmoins de préciser la terminologie jusqu'ici employée. Comme le rappelle un auteur, l'audience, devant la cour d'assises, « commence dès lors que la cour est installée et qu'elle fait entrer l'accusé. Elle s'achève avec le dessaisissement de la juridiction qui résulte du prononcé de la décision »¹. À l'origine, la salle d'audience devait être accessible durant l'intégralité de ce processus². Toutefois, suite à l'introduction du huis clos par la Charte de 1814, la Cour de cassation a précisé le domaine de cette exception, en énonçant que si « la Charte permet de procéder à huis clos aux débats qui pourraient être dangereux pour l'ordre et les mœurs, cette exception ne peut pas être étendue au-delà de ses termes rigoureux, puisque la Charte, elle-même consacre le principe de la publicité »³. Dès lors, les débats ne sont qu'une composante de l'audience, dont l'article 305 du Code de procédure pénale précise qu'ils commencent dès que « le président déclare le jury définitivement constitué »⁴, et l'article 347 du même Code qu'ils s'achèvent « lorsque le président les déclare terminés »⁵. Seuls les débats, moment particulier de l'audience, peuvent donc être concernés par le huis clos, ce qui n'exclut pas que la cour ordonne cette mesure pour une partie des débats seulement⁶. Ces solutions valent pour les autres audiences de jugement concernées par la gradation étudiée⁷, quoiqu'on puisse s'interroger sur la réalité des débats dans le cadre de l'audience d'homologation d'une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité⁸. En revanche,

¹ A. PASCAL, *La justice pénale et les médias : approches juridique et sociologique*, th. dir. A. LEPAGE, Paris 2, 2016, n° 81, p. 60. V. déjà, Cass. crim., 12 déc. 1823 ; S. 1824, I, p. 181. Comp., P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, op. cit., p. 254, précisant que l'audience correctionnelle, quant à elle, « débute par l'appel de la cause par le tribunal. Elle se termine par le prononcé de la décision ».

² Cass. crim., 17 mai 1810, *Bull. crim.* n° 68.

³ Cass. crim., 30 août 1822, *Bull. crim.* n° 111. Dans le même sens, v. Cass. crim., 19 mars 1986, *Bull. crim.* n° 111.

⁴ Comp., C. des délits et des peines du 25 oct. 1795, art. 419, énonçant que les débats étaient « ouverts par la déposition du premier témoin inscrit sur la liste ».

⁵ V. déjà, C. des délits et des peines du 25 oct. 1795, art. 373 : « L'accusé n'ayant plus rien à dire pour sa défense, le président déclare que les débats sont terminés ».

⁶ Cass. crim., 1^{er} févr. 1839 ; D. 1839, I, p. 378. La mesure peut donc ne concerner que l'audition d'un seul témoin (Cass. crim., 19 févr. 1841, *Bull. crim.* n° 48) ou d'une seule victime (Cass. crim., 7 déc. 1988, *Bull. crim.* n° 414), ou encore l'évocation d'un seul chef d'accusation (Cass. crim., 25 août 1853, *Bull. crim.* n° 426). Toutefois, les magistrats doivent alors s'en tenir à la partie délimitée lors du prononcé du huis clos (Cass. crim., 22 janv. 1852, *Bull. crim.* n° 24).

⁷ En ce sens, pour les audiences correctionnelles et celles devant la Cour de cassation, v. P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, op. cit., p. 255 et 256.

⁸ *Ibid.* : « Évidemment, dès lors que la procédure [...] se caractérise par l'absence de débats, la question peut tout de même se poser de savoir sur quoi, exactement, va porter la restriction ? Il pourrait être soutenu qu'une fois l'affaire appelée en audience publique, la phase de vérification de "la réalité des faits" et de "leur qualification juridique" [...], fait partie des débats [...]. Cependant, il n'existe pas de jurisprudence sur ce point ».

pour les audiences au stade de l'instruction, on sait que la modulation de l'accessibilité peut jouer tant sur les débats que sur le rendu de la décision¹, si bien qu'elles font figure d'exception.

Quant à une éventuelle impossibilité du huis clos selon l'objet des débats, deux questions ont pu être soulevées. La première tenait au fait de savoir si cette mesure pouvait concerner l'audience sur les intérêts civils. La chambre criminelle y a répondu par la positive². La seconde avait trait aux arrêts portant sur les incidents contentieux³. Sur ce point, la Cour de cassation a d'abord estimé que « *la publicité de ces arrêts ne peut, dans aucun cas, être considérée comme dangereuse pour l'ordre ou les mœurs* »⁴, si bien qu'elle refusait d'admettre que le huis clos fût étendu à cette partie annexe des débats. Désormais, aux termes de la loi, une fois le huis clos ordonné, il s'applique « *au prononcé des arrêts qui peuvent intervenir sur les incidents contentieux visés à l'article 316* »⁵ ou « *qui peuvent intervenir sur des incidents ou exceptions ainsi qu'il est dit à l'article 459, alinéa 4* »⁶. On notera toutefois que les textes régissant les audiences des juridictions pour mineurs ne reprennent pas ces solutions. Dès lors, les arrêts incidents rendus par ces juridictions doivent l'être publiquement à peine de nullité⁷, sauf si le huis clos a été prononcé, auquel cas la solution précédemment exposée s'applique et l'arrêt peut être prononcé non publiquement⁸. L'étendue des débats étant identifiée, il est donc possible d'en tirer les conséquences sur le domaine de la gradation.

392. Les conséquences d'une limitation de la gradation aux débats. Dès lors que la possibilité d'une gradation est limitée aux débats, tout ce qui survient avant ou après ceux-ci relève soit d'une audience publique obligatoire, il est alors question de transparence ; soit d'une audience nécessairement privée, il est alors question de secret. En premier lieu, quant aux phases de l'audience *antérieures aux débats*, le constat est clair : « *Les actes judiciaires survenant à l'audience mais préalables à l'ouverture des débats de la Cour d'assises ne sont pas concernés par l'exception de huis clos, et sont placés sous une obligation absolue de*

¹ Par ex., C. pén., art. 199, évoquant les cas où « *les débats se déroulent et l'arrêt est rendu en chambre du conseil* » et ceux « *où les débats se déroulent et l'arrêt est rendu en audience publique* ».

² Cass. crim., 19 avr. 2000, *Bull. crim.* n° 156. Dans le même sens, pour les juridictions pour mineur, v. Cass. crim., 15 déc. 1965, *Bull. crim.* n° 277 ; Cass. crim., 23 juin 1999, n° 98-85057.

³ C. proc. pén., art. 316 et 459, al. 4.

⁴ Cass. crim., 16 juin 1853, *Bull. crim.* n° 212.

⁵ C. pén., art. 306, al. 4.

⁶ C. pén., art. 400, al. 3.

⁷ Cass. crim., 15 déc. 1965, *Bull. crim.* n° 624 ; Cass. crim., 11 mai 1988, *Bull. crim.* n° 210. En revanche, les arrêts relatifs à des incidents non contentieux peuvent être rendus en audience à publicité restreinte (Cass. crim., 23 déc. 1968, *Bull. crim.* n° 354 ; Cass. crim., 3 juill. 1974, *Bull. crim.* n° 248).

⁸ Cass. crim., 23 mars 1966, *Bull. crim.* n° 112 ; Cass. crim., 28 févr. 1973, *Bull. crim.* n° 103.

publicité »¹. Ce sont essentiellement les opérations relatives au jury qui exigent une telle publicité obligatoire, qu'il s'agisse de la formation ou du tirage au sort de celui-ci², de l'appel des jurés³ ou de leur serment⁴. On peut noter que tel n'a pas toujours été le cas, si bien que sous l'empire du Code d'instruction criminelle, alors qu'aucune obligation de publicité n'était exigée pour l'appel des jurés⁵, la doctrine soutenait qu'il s'agissait de ménager les susceptibilités des citoyens récusés⁶. Aujourd'hui, au contraire, il apparaît nécessaire de permettre « *le contrôle par le public d'une disposition traduisant le principe de souveraineté populaire* »⁷.

En second lieu, quant aux événements *postérieurs aux débats*, la quasi-totalité des actes réalisés à l'audience sont également soumis à une exigence absolue de publicité⁸. Cela vaut, en matière criminelle, pour la lecture des questions au jury⁹ et pour les réponses données à celles-ci¹⁰. En réalité, l'importance attachée au caractère public de l'audience concerne surtout le prononcé de la décision¹¹. On a ainsi pu écrire que le prononcé de la peine « *marque le moment où la répression prend corps, où, aux yeux du public comme à ceux de la victime, le droit est dit, la justice est faite. Au désordre engendré par le délit succède l'ordre restauré par le juge* »¹². Plus encore l' « *absence de visibilité de l'exécution de la peine a renforcé l'importance symbolique du prononcé de cette dernière* »¹³. En pratique, seul le dispositif de la décision est lu¹⁴. Par ailleurs, si la Cour européenne des droits de l'homme a pu écarter toute exception, même implicite¹⁵, à l'obligation que le jugement soit « *rendu publiquement* »¹⁶, elle a tout de même admis que cette publicité ne procède pas d'un prononcé public, mais soit réalisée

¹ P. PIOT, *op. cit.*, p. 251.

² C. proc. pén., art. 266, al. 1^{er} et 293, al. 2 ; Cass. crim., 4 mai 1977, *Bull. crim.* n° 154.

³ Cass. crim., 13 sept. 1894 ; *D.* 1899, I, p. 295.

⁴ Cass. crim., 8 août 1981, *Bull. crim.* n° 242, arrêt rendu devant une juridiction pour mineurs.

⁵ V. C. d'instruction criminelle de 1808, art. 399.

⁶ V. DALLOZ, *Jurisprudence générale du royaume en matière civile, commerciale et criminelle*, vol. 4, Smith, 1826, p. 328, cité par P. PIOT in *op. cit.*, p. 252.

⁷ P. PIOT, *op. cit.*, p. 253.

⁸ V. not., Cass. crim., 22 avr. 1820, *Bull. crim.* n° 56 ; Cass. crim., 13 nov. 1996, *Bull. crim.* n° 403.

⁹ Cass. crim., 7 févr. 1967, *Bull. crim.* n° 55 ; Cass. crim., 22 avr. 1977, *Bull. crim.* n° 128.

¹⁰ Cass. crim., 17 juin 1959, *Bull. crim.* n° 317.

¹¹ C. pén., art. 366, al. 1^{er}, pour la cour d'assises ; art. 400 al. 4 pour le tribunal correctionnel (auquel renvoient les art. 535 et 601 du même Code pour le tribunal de police et la Cour de cassation).

¹² J. LEBLOIS-HAPPE, « Le prononcé de la peine par le juge », in *Vers un nouveau procès pénal ?*, SLC, 2008, p. 201.

¹³ P. PIOT, *op. cit.*, p. 364. Et l'auteur de citer F. CLOSE, « Requérir la peine privative de liberté et son exécution », in *La durée et l'exécution des peines, Rapports de la journée du 22 avril 1988*, Jeune barreau de Liège, 1988, p. 33 : « *La peine est en effet connue telle qu'elle est prononcée publiquement, tandis que, restant secrète, son exécution ne pourra emporter un quelconque effet de prévention générale* ». Sur la substitution de ce prononcé public au châtement public antérieurement de mise, v. *infra* n° 522 et s.

¹⁴ C. proc. pén., art. 485, al. 4 ; Cass. crim., 9 janv. 1989, *Bull. crim.* n° 5. Sur les autres modalités de ce prononcé, v. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 429, p. 379.

¹⁵ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume Uni*, préc. § 90.

¹⁶ Conv. EDH, art. 6 § 1.

par un dépôt de la décision au greffe, à condition que le public puisse obtenir communication du document¹. Dans le même ordre d'idées, dans le cadre de la crise de la Covid-19, il était prévu que le président de diverses juridictions puisse ordonner que les jugements soient rendus en audience à publicité restreinte ou à huis clos, ce qui était compensé par l'affichage sans délai de la décision « *dans un lieu de la juridiction accessible au public* »². Si d'autres atténuations ont déjà pu être relevées, comme le prononcé potentiellement non public des arrêts rendus sur incidents³ ou durant l'instruction⁴, elles sont trop marginales pour constituer de véritables exceptions permettant d'identifier une possible gradation entre audiences privées et publiques.

La transparence liée aux étapes postérieures aux débats n'est toutefois pas totale. Au contraire, le *délibéré* se déroule forcément en audience privée⁵, au moins en matière criminelle⁶. L'article 355 du Code de procédure pénale dispose ainsi que les magistrats et les jurés « *se retirent dans la chambre des délibérations* »⁷ et l'article 354 du même Code précise que le président d'audience « *invite le chef du service d'ordre à faire garder les issues de la chambre des délibérations, dans laquelle nul ne pourra pénétrer, pour quelque cause que ce soit, sans l'autorisation du président* ». La Cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que les personnes

¹ CEDH, 8 déc. 1983, n° 7984/77, *Pretto c/ Italie*, § 26. Il s'agissait toutefois, en l'espèce, d'un contentieux de nature civile. Comp. CEDH, n° 8209/78, 22 févr. 1984, *Sutter c/ Suisse*, § 33, pour une solution similaire à l'égard de la procédure suivie devant un tribunal militaire.

² Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020, art. 7, al. 2. *Adde* : V.-O. DERVIEUX, « Justice pénale de l'essentiel », *AJ Pénal*, 2020, p. 179 : « *Notons que ce dispositif paraît vain au regard de la fermeture des juridictions, du nécessaire respect de la vie privée (affichage, oui, mais combien de temps ?) et des règles de confinement auxquelles est astreinte la population* ».

³ V. *supra* n° 391.

⁴ V. *supra* n° 389.

⁵ Cela n'a pas toujours été le cas. V., durant la Terreur, Décret du 26 juin 1793 : « *Les juges des tribunaux civils et criminels seront tenus d'opiner à haute voix, en public* » (v. *infra* n° 494).

⁶ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 2465, p. 1309, précisant qu'« *en matière correctionnelle et de police, la délibération peut avoir lieu sur le siège, auquel cas le prononcé suivra dans la foulée* ». En ce sens, Cass. crim., 29 avr. 2009, n° 08-86.861. Par ailleurs, dans le cadre de l'instruction, il a pu être jugé que la présence pendant plusieurs minutes d'un juge d'instruction dans le bureau du juge des libertés et de la détention en train de délibérer n'entraînait pas la nullité de la procédure sur le fondement de la violation du secret du délibéré (Cass. crim., 14 oct. 2009, n° 09-85069) ; en revanche, de tels faits peuvent constituer une violation du principe du contradictoire (Cass. crim., 4 juin 2009, *Bull. crim.* n° 113).

⁷ V. Cass. crim., 11 mai 1983, *Bull. crim.* n° 138, soulignant, *a contrario*, que lorsque la Cour délibère « *sur le siège* », la décision est forcément rendue en audience publique.

non habilitées à participer au délibéré en sont exclues¹. Ce caractère privé obligatoire du délibéré est cohérent au regard de l'importance que revêt le secret du délibéré en droit positif².

393. Bilan. En définitive, si la possibilité d'une gradation entre audiences privées est en principe cantonnée aux débats, elle reste tout de même bien présente. Elle concerne en effet de nombreuses audiences, tant au stade du jugement qu'au stade de l'instruction ou, de façon plus marginale, au stade de la phase post-sentencielle. Surtout, de nombreux acteurs du procès pénal peuvent opérer cette gradation, pour des raisons diverses. Au-delà des magistrats, « *c'est le cas du mis en examen soupesant, pendant la phase d'instruction, les avantages d'un débat public pour ses droits de la défense au regard de l'atteinte que cette même publicité pourrait porter à sa réputation. C'est le cas, encore, de la victime devant soupeser, elle aussi, l'avantage de voir reconnu publiquement son statut de victime et la réalité des faits au regard des possibles divulgations d'éléments relatifs à sa vie privée qu'elle aurait souhaité ne pas partager avec l'auditoire. C'est même, désormais, le choix offert à certains accusés ou prévenus, lors de l'audience de jugement, dès lors que, mineurs au moment des faits, ils bénéficient, devenus majeurs au jour de l'audience, de la possibilité de demander à être jugés publiquement* »³. Il n'en reste pas moins que la question de la portée de l'audience pénale ne se résume plus à la seule possibilité d'y accéder ou non ; l'heure est à la diffusion des images du procès.

¹ Cass. crim., 22 nov. 2000, 00-82.458, s'agissant d'une personne autorisée à assister au délibéré par le président. La nullité est également encourue lorsque est relevée la présence du ministère public (Cass. crim., 17 avr. 1985, n° 84-92.753, *Bull. crim.* n° 146) ou d'un greffier (Cass. crim., 20 oct. 1943, *Bull. crim.* n° 91). En revanche, le secret du délibéré n'est pas atteint par la présence d'auditeurs de justice (Cass. crim., 2 sept. 2008, n° 08-86.091) ou d'élèves avocats en stage de formation professionnelle (Cass. crim., 31 mars 2010, n° 10-80.153).

² J.-F. BURGELIN, « Les petits et grands secrets du délibéré », *D.* 2001, p. 2755 : « *Tout bien pesé, le secret des délibérés a vraiment tout son sens dans les affaires pénales [...]. Il est nécessaire que les juges soient protégés afin que leur liberté de décision reste entière, et la meilleure des protections réside bien dans l'impossibilité de savoir comment ils ont voté* ». V. aussi, CE, 17 nov. 1922, *Legillon, Lebon* 849 ; Cass. 3^e civ., 15 févr. 1995, *Bull. civ. III*, n° 48, érigeant le secret des délibérés au rang de principe général du droit. *Adde* : A. PASCAL, *La justice pénale et les médias*, *op. cit.*, n° 231, p. 144 constatant l'accroissement de la protection pénale du secret du délibéré à divers niveaux et concluant : « *Une telle déférence de leur part à l'égard de ce secret soulève une interrogation. Pourquoi les journalistes se montrent-ils plus respectueux du secret des délibérations que du secret de l'enquête et de l'instruction ? À croire que ce qui se trame à l'intérieur de la chambre des délibérations ne représente pas un intérêt aussi fort que ce qui se passe dans le cabinet d'un magistrat instructeur* ».

³ P. PIOT, *op. cit.*, p. 324.

B. La gradation entre la publicité de l'audience et sa diffusion

394. Il est indéniable que la diffusion d'images d'un procès confère bien plus de portée à la répression pénale que le simple accès à la salle d'audience¹, ou même que le compte rendu² et le dessin d'audience réalisé par un journaliste³. Pourtant, une telle diffusion, interdite aux tiers⁴, ne pouvait classiquement être mise en œuvre par l'institution judiciaire elle-même que dans certains cas particuliers (1). Cela étant, la possibilité d'une diffusion systématique des audiences a été récemment admise par le Parlement (2).

1. La diffusion classiquement limitée d'images d'audience

395. *La diffusion exceptionnelle d'images de « grands procès ».* La possibilité de diffuser l'image de certains procès découle d'une loi ayant initialement pour vocation d'améliorer la constitution d'archives judiciaires⁵. En effet, c'est dans une optique mémorielle que la loi n° 85-699 du 11 juillet 1985 a créé le dispositif présent, depuis 2004, au sein du Code du patrimoine⁶. Les conditions de diffusion, initialement très contraignantes, notamment quant aux délais conditionnant l'usage des images, ont toutefois été progressivement assouplies⁷, si bien que la loi précitée a « *changé de nature. Votée initialement à des fins d'archives historiques, c'est-à-dire selon une logique qui veut que les documents ne soient rendus publics qu'après une longue période de temps, ce texte permet, aujourd'hui, de diffuser des audiences pénales de manière quasi-contemporaine, dès lors que la décision est devenue définitive* »⁸. Il n'en demeure pas moins que ce dispositif reste une exception au principe de libre communicabilité des archives⁹.

¹ J.-B. THIERRY, « Filmer pour l'histoire : l'enregistrement pour la constitution d'archives historiques de la justice », *AJ Pénal*, 2020, p. 458 : « À cette forme passive de publicité [que constitue l'accessibilité de l'audience] répond, d'autre part, une publicité plus active qui consiste à diffuser le contenu du procès à l'extérieur des murs de l'enceinte judiciaire ».

² V. *supra* n° 331.

³ A. PASCAL, *op. cit.*, n° 49, p. 42 : « Les portes des salles d'audience sont ouvertes à tous, mais peu les franchissent. Le corollaire du principe de publicité se révèle alors déterminant. Il s'agit du droit pour les journalistes de rendre compte des procès dans les médias ».

⁴ Loi du 29 juillet 1881, art. 38 ter ; C. proc. pén., art. 308, al. 1^{er}.

⁵ P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal, op. cit.*, p. 451 et s.

⁶ C. patr., art. L. 221-1 et s., pour l'encadrement de l'enregistrement de l'audience ; art. L. 222-1 et s. pour le régime relatif à la diffusion des images captées.

⁷ C. patr., art. L. 221-1 ; v. P. PIOT, *op. cit.*, p. 452, pour le détail de ces évolutions.

⁸ P. PIOT, *op. cit.*, p. 457.

⁹ C. patr., art. L. 213-1.

En toute hypothèse, ces textes permettent, sous certaines conditions, une véritable gradation entre audience publique et diffusion des images de celle-ci puisque seules les audiences revêtant un caractère public sont concernées par la possibilité d'enregistrement¹. De plus, on retrouve ici un pouvoir discrétionnaire conféré aux magistrats. Plus précisément, dans un premier temps, il revient à certains présidents de juridictions² de décider, « *soit d'office, soit à la requête d'une des parties ou de ses représentants ou du ministère public* »³, d'autoriser l'enregistrement de l'audience⁴. Dans un second temps, l'autorisation de diffuser les images captées est donnée par le président du tribunal judiciaire de Paris ou par le juge qu'il délègue à cet effet, après que toute personne justifiant d'un intérêt pour agir a été mise en mesure de faire valoir ses droits⁵.

Véritable exception à la prohibition d'enregistrer et de capter des images d'audience, ce dispositif « *n'est pas une ouverture de la salle d'audience aux médias, mais le cadre d'une mise en image de la justice par l'institution judiciaire elle-même* »⁶. Toutefois, cette possible gradation de la portée du procès pénal, peine à être mise en œuvre régulièrement. En effet, malgré un champ d'application « *particulièrement large, puisque toutes les audiences administratives et civiles sont susceptibles de faire l'objet d'un enregistrement, ce ne sont que quelques "grands" procès qui ont été concernés pour le moment* »⁷. Un peu plus d'une dizaine d'audiences ont été concernées par le dispositif⁸, soit un maigre bilan pour une prérogative dont les juges disposent depuis 1985. Il est vrai que son application est conditionnée par « *l'existence d'un intérêt pour la constitution d'archives historiques de la justice* »⁹. Toutefois, ce critère, que l'on peut juger « *abscons* »¹⁰, est surtout « *tellement flou qu'il laisse place à des*

¹ C. patr., art. L. 221-1 ; Cass. crim., 3 févr. 2004, *Bull. crim.* n° 26, rappelant que seules les audiences publiques peuvent faire l'objet d'un enregistrement en vertu du texte précité et en déduisant que le huis clos ordonné devant la cour d'assises, en l'espèce, rendait sans objet la demande de l'accusé tendant à l'enregistrement des débats.

² C. patr., art. L. 221-2.

³ C. patr., art. L. 221-3, al. 1^{er}.

⁴ C. patr., art. L. 221-3, al. 3. V. aussi, Cass. crim., 17 févr. 2009, n° 09-80.558, estimant que la décision contestée n'est pas un acte juridictionnel et ne doit pas être soumis au débat contradictoire, même si l'autorité compétente est tenue de recueillir les observations des différents acteurs de l'audience (C. patr., art. L. 221-3, al. 2).

⁵ C. patr., art. L. 222-1.

⁶ P. PIOT, *op. cit.*, p. 455.

⁷ J.-B. THIERRY, « Filmer pour l'histoire », art. préc.

⁸ Ont ainsi été enregistrés et diffusés à la télévision les procès de Klaus Barbie (tenu en 1987, diffusé en 2000 et 2007), de Paul Touvier (tenu en 1994, diffusé en 2002) et de Maurice Papon (tenu en 1997 et 1998, diffusé 2005). Ont été, pour lors, simplement enregistrés, les procès dits du « *sang contaminé* » (tenu en 1993 et 1994), « *AZF* » (tenu en 2009), « *de la dictature chilienne* » (tenu en 2010), ainsi que, plus récemment, ceux de Pascal Simbikangwa (tenu en 2014 et 2016) Octavien Ngenzi et Tite Barahirwa (tenu en 2016), le procès des attaques de Charlie Hebdo et de l'Hyper Cacher (tenu en 2020) et celui des attentats du 13 novembre (débuté en 2021).

⁹ C. patr., art. L. 221-1.

¹⁰ W. AZOULAY, obs. ss. Cass. crim., 29 sept. 2017, n° 17-85.774, *Légipresse* 2017, p. 526

appréciations qui sont quasiment discrétionnaires »¹. En effet, le refus d'enregistrer le procès « Merah », en 2017, malgré l'incontestable retentissement de cette affaire², a pu surprendre.

La raison principale de cette application timorée tient sans doute à la prudence des juges, soucieux de ne pas porter atteinte à la sérénité des débats et aux droits des parties³, alors même qu'il est admis que les droits de la personnalité de la personne poursuivie ne sont pas atteints par la mise en œuvre des textes étudiés⁴ et que les enregistrements sont réalisés « *dans des conditions ne portant atteinte ni au bon déroulement des débats ni au libre exercice des droits de la défense. Ils sont réalisés à partir de points fixes* »⁵. Malgré cela, l'application du dispositif à des procès ordinaires ne risque pas d'advenir, le législateur ayant renforcé le lien formel entre sa mise en œuvre et les procès hors normes en prévoyant qu' « *en cas de procès pour crime contre l'humanité ou pour actes de terrorisme, l'enregistrement est de droit s'il est demandé par le ministère public* »⁶.

Cette limitation de la diffusion des images d'audience aux procès les plus médiatiques évoque un autre mécanisme, prévu par l'article L. 111-12 du Code de l'organisation judiciaire⁷, aux termes duquel les audiences judiciaires peuvent, « *par décision du président de la formation de jugement, d'office ou à la demande d'une partie, et avec le consentement de l'ensemble des parties* » – on retrouve l'idée d'une gradation potentielle – « *se dérouler dans plusieurs salles d'audience reliées directement par un moyen de télécommunication audiovisuelle garantissant la confidentialité de la transmission. L'une ou plusieurs de ces salles d'audience peuvent se trouver en dehors du ressort de la juridiction saisie* ». Surtout, le texte précise que pour la tenue des débats en audience publique, « *chacune des salles d'audience est ouverte au public* », tandis que pour les débats en chambre du conseil, « *il est procédé hors la présence du public dans chacune des salles d'audience* ». Concrètement, il s'agit, par exemple, de dresser un chapiteau en dehors de la salle d'audience pour permettre à plus de personnes d'assister à un procès fortement suivi, ce qui fut le cas à l'occasion du procès du tueur en série Michel Fourniret⁸. Que l'on songe aussi aux treize salles dédiées à la retransmission du procès hors norme des

¹ J.-B. THIERRY, art. préc.

² Cass. crim., 29 sept. 2017, n° 17-85.774 ; *Légipresse* 2017, p. 526, obs. J.-B. THIERRY.

³ En ce sens, J.-B. THIERRY, art. préc.

⁴ Cass. crim., 17 févr. 2009, préc., estimant que l'intérêt public lié à la constitution d'archives historiques prime sur l'éventuelle atteinte « *aux droits à la présomption d'innocence et à l'oubli* » allégués par les personnes poursuivies. V., aussi Cass. crim., 16 mars 1994, *Bull. crim.* n° 105, écartant une prétendue atteinte au droit à l'image.

⁵ C. patr., art. L. 221-4.

⁶ C. patr., art. L. 221-3, al. 3, introduit par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019.

⁷ Introduit par la loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 et modifié par la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011.

⁸ P. PIOT, *op. cit.*, p. 458.

attentats 13 novembre 2015¹. Toutefois, cette mesure n'est en l'occurrence qu'une extension de l'accessibilité de la salle d'audience, le texte précité étant clair sur le fait que les prises de vues et les prises de son « *ne peuvent faire l'objet d'aucun enregistrement ni d'aucune fixation, hors le cas prévu par les articles L. 221-1 et suivants du code du patrimoine* ».

396. La diffusion classiquement marginale d'images de procès ordinaires. Les procès ordinaires, à tout le moins ceux des cours d'assises, pourraient théoriquement faire l'objet d'une diffusion étendue, découlant de l'obligation d'enregistrer les audiences des procès criminels en appel². Le but de cet enregistrement est de permettre d'éclairer la décision de la cour l'ayant décidé, jusqu'au prononcé de l'arrêt, voire pendant le délibéré, mais aussi celles de la cour d'assises statuant en appel, de la cour de révision et de réexamen des condamnations pénales, ou encore de la juridiction de renvoi après cassation ou annulation sur demande de révision³. Autrement dit, il ne s'agit pas ici de permettre au public de contrôler la façon dont la justice est rendue, mais plutôt de donner aux magistrats et jurés les moyens de forger leur intime conviction⁴. Il n'en reste pas moins que « *ce matériel audiovisuel, même s'il n'a pas été créé pour cela, a vocation à devenir un jour des archives* »⁵, si bien qu'en vertu de l'article L. 213-2 du Code du patrimoine, les images de ces procès d'assises devraient en principe être communicables au bout de 75 ans. On conviendra que cette possibilité pour le public de visionner des images d'audience est des plus marginales.

Au vu des contraintes posées par les régimes existants, il n'est guère surprenant que la diffusion des images de procès ordinaires soit effectuée hors de tout cadre légal. En effet, plusieurs documentaires ont pu être réalisés depuis le début des années 2000, en vertu de simples autorisations données par des juridictions, ne reposant sur aucune base légale⁶. Réalisés consciencieusement et avec le consentement de toutes les personnes concernées, ces reportages

¹ France 24.fr, « Attentats du 13 novembre 2015 : les dessous d'un procès hors norme », 7 sept. 2021. On notera que pour des raisons de sécurité, seules les parties peuvent accéder à la salle d'audience installée dans la salle des pas-perdus de la Cour d'appel de Paris. La publicité de l'audience est donc essentiellement assurée par les retransmissions évoquées. Par ailleurs, le procès fait l'objet d'une diffusion non publique, limitée aux parties civiles qui ont accès à une webradio leur étant spécialement dédiée.

² C. proc. pén., art. 308, al. 2 à 6. L'enregistrement est une possibilité en première instance, le président pouvant y procéder d'office ou à la demande du ministère public ou des parties.

³ C. proc. pén., art. 308, al. 4.

⁴ Quant à l'articulation de cette procédure avec celle des art. 221-1 et s. du C. patr., il a été jugé que cette dernière procédure n'est pas opposable au président d'une cour d'assises souhaitant diffuser à l'audience l'enregistrement audiovisuel de témoignages enregistrés lors d'un précédent procès criminel (Cass. ass. plén., 11 juin 2004, n° 98-82.323 ; D. 2005, p. 684, obs. J. PRADEL).

⁵ P. PIOT, *op. cit.*, p. 463.

⁶ A. PASCAL, *La justice pénale et les médias, op. cit.*, p. 107 et s.

n'ont jamais conduit à des poursuites ou des annulations de procédure. Ils posent toutefois la question de la diffusion accrue de l'audience, dont le législateur s'est récemment saisi.

2. La diffusion accrue de l'audience récemment admise

397. La nécessité alléguée de la diffusion des audiences du quotidien. Le développement de documentaires sur la justice du quotidien, réalisés hors de tout cadre légal au début des années 2000, a conduit le gouvernement à s'interroger sur l'avenir de l'enregistrement et la diffusion d'images d'audiences, ce qui donné lieu à la publication, en 2005, d'un rapport du ministère de la justice. En substance, ce rapport confirmait l'illégalité des reportages évoqués¹, tout en soulignant le « *souci légitime des citoyens d'être mieux informés sur le fonctionnement du système judiciaire et sur son activité* »². Puis, il proposait une alternative entre deux régimes d'encadrement de cette pratique, le premier consistant en une « *liberté encadrée* », reposant sur la responsabilité des médias et un contrôle moindre de l'autorité judiciaire³ ; tandis que le second, le régime de « *l'autorisation préalable* », aurait supposé un véritable contrôle *a priori* de l'autorité judiciaire⁴. Le rapport concluait en se prononçant en faveur de la suppression de l'interdiction de filmer les débats et en préconisant « *la légalisation, sous certaines conditions, de l'enregistrement et de la diffusion des débats, par l'institution d'un régime d'autorisation préalable* »⁵.

Pendant longtemps, ce rapport n'a donné lieu à aucune évolution législative, le débat demeurant essentiellement doctrinal. D'un côté, les arguments en faveur de cette extension ne manquent pas. Sur le fond, au-delà de l'idéal de transparence induit par la médiatisation de l'audience⁶, sont également invoqués des arguments comparatistes, à savoir essentiellement la possibilité de filmer les audiences dans de nombreux pays⁷ et le fait que plusieurs juridictions

¹ Rapp. de la commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires, Doc. fr., 22 févr. 2005, p. 1 : « *Il existe donc une contradiction peu acceptable entre une situation de droit et une situation de fait, laquelle se caractérise par un manque de lisibilité, des inégalités de traitement et une réelle insécurité juridique* ».

² *Ibid.*

³ *Ibid.*, p. 31.

⁴ *Ibid.*, p. 11.

⁵ S. ROURE, « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public », *RFDC*, n° 68, 2006, p. 767.

⁶ A. PASCAL, *op. cit.*, n° 117, p. 115 : « *La médiatisation des audiences incarne une forme de "concrétisation" [du principe de publicité de l'audience] auquel elle confère une portée bien plus étendue que la seule présence du public dans le prétoire* ».

⁷ C'est le cas aux États-Unis depuis le début des années 1980 (v. not, M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, *op. cit.*, p. 124 et s.), mais aussi en Écosse, en Italie, en Finlande ou encore en Norvège.

internationales pratiquent une telle captation¹, de même que le Conseil constitutionnel². À cela s'ajouteraient des considérations pratiques sur le fait que, malgré le coût d'une telle mesure, celle-ci demeure tout à fait envisageable du fait de l'amélioration des dispositifs de captation et du développement croissant de la visioconférence, pourvoyant des équipements nécessaires à l'enregistrement des audiences³.

D'un autre côté, certains, dans la lignée du rapport de 2005 précité, insistent sur les revers d'une transparence totale, à savoir une éventuelle désincitation du public à se déplacer pour assister à l'audience⁴. Ils préconisent, dès lors, de n'autoriser que des reportages ponctuels et non une diffusion systématique des procès⁵. D'autres soulèvent aussi l'impact potentiel de la diffusion de l'audience sur l'acte de juger, la présence de caméras dans un prétoire n'étant pas anodine et pouvant influencer tant sur les comportements des acteurs du procès⁶ que sur la dimension symbolique de celui-ci⁷. Le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation ont, récemment, semblé faire pencher la balance du côté de ces arguments, en réaffirmant la

¹ Ainsi de la Cour pénale internationale ou de la Cour européenne des droits de l'homme.

² Ord. n° 58-1067 du 7 nov. 1958, art. 23-10, prévoyant que l'audience « *est publique* », l'art. 8 du règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité précisant : « *L'audience fait l'objet d'une retransmission audiovisuelle diffusée en direct dans une salle ouverte au public dans l'enceinte du Conseil constitutionnel* ».

³ En ce sens, P. PIOT, *op. cit.*, p. 465 : « *L'installation, déjà réalisée, et le développement qui s'annonce de la vidéo dans les palais de justice, et à toutes les étapes de la procédure, est sans doute le préliminaire à une nouvelle ère de la publicité de la justice : celle d'audiences filmées par l'institution judiciaire elle-même et diffusée par ses propres moyens* ».

⁴ Rapp. de la commission sur l'enregistrement et la diffusion des débats judiciaires, préc., p. 41 : « *la Justice n'a pas à se projeter pour prouver qu'elle n'a rien à cacher. C'est au citoyen de venir constater que la Justice ne lui cache rien [...]. La mise sur la place publique du procès est le contraire de la publicité de l'audience* ».

⁵ A. PASCAL, *op. cit.*, n° 180, p. 117 : « *L'enregistrement quotidien des audiences dans les juridictions sur l'ensemble du territoire national, en vue de les diffuser au public ne semble pas souhaitable [...]. Quelle en serait l'utilité ? Il est difficilement imaginable que la population y accorde un réel intérêt. En revanche, le législateur pourrait légaliser la situation de fait actuelle, uniquement dans le cadre de la réalisation de documentaires à vocation pédagogique* ».

⁶ S. SONTAG-KOENIG, « *Faites entrer les médias* », *AJ Pénal*, 2020, p. 510 : « *Ne doit-on pas redouter que les intervenants à l'audience (parties civiles, prévenus, témoins ou encore experts) adoptent des comportements susceptibles d'influencer ce public à distance, ou qu'au contraire ils ne soient inhibés par le fait de se savoir filmés (et vus possiblement ensuite par des millions de [télé]spectateurs) ?* » V. toutefois, B. ADER, « *Enfin on va pouvoir voir comment se rend notre justice !* », *Légipresse*, 2021, p. 185 : « *Comme l'ont démontré, depuis la loi Badinter du 11 juillet 1985, les procès présentant un caractère historique qui ont été filmés, les différents acteurs du débat judiciaire, plus occupés à exercer leur mission qu'à soigner la représentation de leur image, oublient très vite les caméras fixes* ».

⁷ *Ibid.* : « *Le risque est bien que le procès judiciaire se mue en procès d'opinion. Un écueil serait en effet que l'abolition de la distance entre le juge et le citoyen ne tende à "désacraliser" la fonction de juger [...]* ». Adde : A. GARAPON, « *La révolution invisible* », *LPA*, 9 nov. 1998, n° 134, p. 4, estimant que les images « *subvertissent toute mise en scène* » propre au rituel judiciaire et « *transforment l'auditoire en immense jury* ».

constitutionnalité¹ et la conventionnalité² des prohibitions de capter et diffuser des images d'audience. Pourtant, la diffusion des images d'audience a tout de même été admise par le Parlement.

398. L'admission récente de la diffusion des audiences du quotidien. Sans que l'on puisse véritablement s'y attendre, plus de quinze ans après le rapport du ministère de la justice de 2005, resté lettre morte, le garde des Sceaux actuel a fait part de sa volonté de permettre une diffusion des audiences du quotidien³. Cette volonté s'est immédiatement traduite dans la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire, à l'origine du nouvel article 38 *quater* de la loi du 29 juillet 1881. Aux termes de ce texte, par dérogation à la prohibition de capter les images d'une audience, « *l'enregistrement sonore ou audiovisuel d'une audience peut être autorisé, pour un motif d'intérêt public d'ordre pédagogique, informatif, culturel ou scientifique, en vue de sa diffusion* ». L'encadrement prévu par la suite de cette disposition évoque la diffusion d'images de grands procès à plusieurs égards⁴. Outre l'élargissement du motif pouvant permettre cette diffusion, deux différences notables peuvent être relevées, à savoir la possibilité de diffuser les images des audiences non publiques, sous réserve que les parties consentent à l'enregistrement⁵, ainsi que la possibilité de diffuser les images des audiences de la phase préparatoire du procès, étant précisé que pour les « *auditions, interrogatoires et confrontations, l'enregistrement est subordonné à l'accord préalable et écrit des personnes entendues et le juge d'instruction peut, à tout moment, suspendre ou arrêter l'enregistrement* ». Le Conseil constitutionnel n'a été, pour lors, uniquement saisi de la loi

¹ Cons. const., 6 déc. 2019, n° 2019-817 QPC, préc., § 7, estimant que le délit d'enregistrement des audiences est fondé sur la « *bonne administration de la justice* », que « *la diffusion des images ou des enregistrements issus des audiences pourrait porter au droit au respect de la vie privée des parties au procès et des personnes participant aux débats, à la sécurité des acteurs judiciaires et, en matière pénale, à la présomption d'innocence* ». Les Sages ajoutent que l'« *évolution des moyens de communication est susceptible de conférer à cette diffusion un retentissement important qui amplifie le risque qu'il soit porté atteinte aux intérêts précités* ».

² Cass. crim., 24 mars 2020, n° 19-80.909, préc.

³ E. DUPOND-MORETTI a ainsi déclaré, lors d'une interview en 2020 : « *Je veux que la justice soit filmée pour que l'on en voit justement la réalité, la quotidienneté, l'âpreté. Je veux tout sauf du trash : je veux de la pédagogie* ».

⁴ V. *supra* n° 395. Par ex., on retrouve la nécessité de l'autorisation préalable à l'enregistrement et à la diffusion délivrée par une autorité compétente, la nécessité que l'enregistrement ne porte pas atteinte au bon déroulement des débats, ou encore l'exigence que l'audience ait été définitivement jugée avant la diffusion (Loi du 29 juillet 1881, art. 38 *quater*, I.). De façon inédite, le texte ajoute : « *La diffusion est réalisée dans des conditions ne portant atteinte ni à la sécurité, ni au respect de la vie privée des personnes enregistrées, ni au respect de la présomption d'innocence. Cette diffusion est accompagnée d'éléments de description de l'audience et d'explications pédagogiques et accessibles sur le fonctionnement de la justice* ».

⁵ *Ibid.* : « *Lorsque l'audience n'est pas publique, l'enregistrement est subordonné à l'accord préalable et écrit des parties au litige* ». Aux termes de la suite du texte, lorsqu'une partie est un mineur ou un majeur protégé, son accord est exigé que l'audience soit « *publique ou non* ».

organique, mais il semble admettre la constitutionnalité de ce dispositif, inscrit dans la loi ordinaire¹. Néanmoins, nul doute que des questions prioritaires de constitutionnalité seront prochainement soulevées pour mettre à l'épreuve les garanties posées par ce texte, tant cette évolution représente un changement de paradigme. On peut notamment être surpris que des étapes de la procédure exclusives de la présence physique du public, conformément à la logique du secret qui imprègne l'enquête² – un interrogatoire ou une audition, par exemple –, deviennent accessibles à tous en différé. En toute hypothèse, les modalités pratiques de l'innovation restent à préciser, le texte renvoyant à un décret en Conseil d'État pour en déterminer les conditions d'application³.

399. Bilan. La gradation de la portée de la répression pénale concerne donc bien les audiences pénales à deux égards. D'une part, les débats peuvent se dérouler en audience publique ou à huis clos, voire en audience à publicité restreinte. D'autre part, l'audience publique, réunion publique particulière, peut faire l'objet d'une communication publique et voir sa diffusion considérablement accrue. Il convient à présent de s'intéresser aux communications d'informations relatives à l'enquête ou à la peine.

§2. La portée graduée de la communication autour du procès pénal

400. Tout au long de la procédure pénale, certaines informations sont susceptibles de faire l'objet d'une communication plus ou moins étendue de la part des autorités de poursuite ou de l'institution judiciaire. La communication peut ainsi être graduée dans la phase préparatoire du procès pénal (A) comme dans la phase sentencielle (B).

¹ Les Sages ont invalidé la possibilité d'enregistrer les audiences devant la Cour de justice de la République en vue de leur diffusion, dès lors que la loi organique se contentait d'énoncer que cet enregistrement était « *de droit* », sans préciser les conditions et modalités de l'enregistrement (Cons. const., 17 déc. 2021, n° 2021-829 DC, § 32). Cela semble suggérer, *a contrario*, que le régime posé par la loi ordinaire est, quant à lui, suffisamment étoffé.

² V. *infra* n° 489.

³ Loi du 29 juillet 1881, art. 38 *quater*, VI. *Adde*, B. ADER, art. préc. : « *Il conviendra donc de voir comment [ce décret] posera le cahier des charges qui sera soumis aux diffuseurs et cameramen pour que tous les intérêts ainsi rappelés dans la loi soient respectés, et que le texte ne pose pas trop d'exigences pouvant faire que l'interdiction reste de facto la règle* ».

A. La communication graduée dans la phase préparatoire

401. Marquée par le secret de l'enquête et de l'instruction¹, la phase préparatoire du procès pénal est tout de même concernée par la possibilité de moduler l'accessibilité de certaines informations. En effet, les enquêteurs ont ponctuellement l'opportunité de conférer à certaines informations une portée légèrement étendue (1). Leur communication peut même revêtir un caractère public dans certains cas², dont le plus emblématique est la fenêtre de publicité consentie au procureur de la République par le Code de procédure pénale (2).

1. La gradation entre certaines communications privées dans la phase préparatoire

402. *Les communications privées non concernées par la gradation.* Durant la phase préparatoire, on sait que les communications prévues par le Code de procédure pénale ont pour destinataires des personnes tenues au secret de l'enquête ou de l'instruction, ce qui amène à leur conférer un caractère privé sur le plan conceptuel³. Toutefois, dès lors que les enquêteurs sont tenus de communiquer certaines informations, il ne peut pas être question de gradation. En effet, la gradation étudiée dans ces lignes est liée à l'idée de flexibilité. Or, dès lors que l'on se situe dans le cadre d'obligations légales d'informations, il n'est plus question de gradation entre des communications privées ou publiques. Cette remarque est d'importance, car elle conduit à exclure ici tout ce qui a trait à l'accès au dossier de la procédure. En effet, il existe bien un enjeu d'accessibilité à l'information sur ce dernier point⁴, l'accès au dossier étant d'ailleurs plus

¹ V. *infra* n° 511 et s.

² Que l'on songe à la diffusion d'avis de recherche ou d'appels à témoins. Sur ce point, v. A. PASCAL, *La justice pénale et les médias*, *op. cit.*, n° 239, p. 148 : « *Les médias constituent un formidable outil de communication à l'échelle nationale lorsqu'il s'agit de diffuser un avis de recherche assorti d'un portrait-robot ou de procéder à un appel à témoin. Cette mesure doit être prise avec précaution puisqu'elle suscite systématiquement [...] de très nombreux témoignages qui risquent d'entraîner les enquêteurs sur de fausses pistes. En outre, il est évident que les enquêteurs ont davantage de chance de retrouver un suspect qui ignore être recherché par la police* ».

³ V. *supra* n° 249.

⁴ Sur l'accès au dossier durant la garde à vue, v. not., S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 853 et s. Sur cet accès au cours de l'instruction, v. *ibid.*, n° 2092 et s. Comp., par rapport aux informations devant obligatoirement être communiquées par le ministère public aux parties avant une audience, *ibid.*, n° 458 et s.

étendu aujourd'hui qu'hier¹, si bien que certains évoquent parfois une « *publicité interne* »² de la phase préparatoire. Toutefois, cet enjeu est essentiellement diachronique, au sens où il s'agit pour les justiciables de conquérir de nouvelles obligations de communication à travers des réformes législatives successives. Sur le plan synchronique, dès lors que l'avocat, par exemple, réclame l'accès aux éléments du dossier dont il est en droit d'obtenir communication³, l'autorité publique est tenue de s'y plier, ce qui exclut toute idée de gradation. En somme, plutôt que de « *publicité interne* », c'est de « *transparence interne* » dont il est question. Cela étant précisé, il devient possible d'identifier quelques communications dont l'accessibilité peut être modulée par les enquêteurs.

403. Les communications privées concernées par la gradation. Les communications pouvant potentiellement faire l'objet d'une diffusion étendue sont peu nombreuses mais méritent d'être évoquées, car elles montrent que le législateur est conscient que, pour diverses raisons, l'information ne peut pas rester cantonnée à un cercle du secret trop restreint, mais qu'elle ne saurait être, à ce stade, transmise au public. On retrouve donc l'idée d'une communication située entre la communication confidentielle et la communication publique. Par exemple, en vertu de l'article 706-25-2 du Code de procédure pénale le procureur de la République antiterroriste « *peut communiquer* » divers renseignements aux services spécialisés de renseignement, « *de sa propre initiative ou à la demande de ces services* », la communication ne pouvant avoir lieu « *qu'avec l'avis favorable du juge d'instruction* » si une information est ouverte. Dans la même logique, si les différents mandats pris par le juge d'instruction sont, pour la quasi-totalité d'entre eux, des communications devant obligatoirement être portées à la connaissance de la personne concernée, l'article 123 du Code précité dispose, en son sixième alinéa, que les mandats de recherche, d'amener et d'arrêt « *peuvent, en cas d'urgence être diffusés par tous moyens* ». La diffusion dont il est question ici doit, semble-t-il, s'entendre comme une diffusion interne à tous les services de police et non comme une diffusion au

¹ En effet au début du XIX^e siècle, le secret était total et aucune information n'était communiquée au mis en cause ou à son avocat (D. REBUT, « Le secret de l'enquête et de l'instruction, garantie du bon déroulement du procès pénal ? », *Légicom*, n° 50, 2013/2, p. 88 : « *On ne devait surtout pas révéler quoi que ce soit, car les individus auraient alors pu être informés... On craignait qu'il y ait subordination de témoins* ("ils vont s'entendre, ils vont fuir") »). Il faut attendre la loi Constans du 8 décembre 1897 pour que l'avocat puisse accéder au dossier durant l'instruction, puis la loi du 22 mars 1921 pour que cet accès soit consenti à l'avocat de la partie civile. Depuis la fin du XX^e siècle, sous la pression de Strasbourg, les possibilités d'accès au dossier se multiplient.

² H. MATSOPOULOU, « Le secret de l'enquête et de l'instruction », *JCP G*, n° 47, n° hors-série, 19 nov. 2012, 100010.

³ C. proc. pén., art. 63-4-1.

public¹. De même encore, l'article 11-2 du Code de procédure pénale permet au ministère public de communiquer des informations, dont la mise en examen, à une administration employant la personne concernée². En l'occurrence, le procureur ne peut, certes, « *procéder à cette information que s'il estime cette transmission nécessaire, en raison de la nature des faits ou des circonstances de leur commission, pour mettre fin ou prévenir un trouble à l'ordre public ou pour assurer la sécurité des personnes ou des biens* ». Il n'en reste pas moins que la portée éventuellement étendue de cette information dépend de sa volonté. Surtout, cette possibilité n'a été introduite que récemment, par la loi n° 2016-457 du 14 avril 2016, suite à de « *graves dysfonctionnements de communication entre la justice et l'éducation nationale dans les affaires de pédophilie* »³, ce qui montre bien que le secret de l'instruction devait être assoupli sur ce point.

Dans toutes les hypothèses évoquées, il s'agit donc d'accorder de la latitude aux enquêteurs pour communiquer certaines informations, dans l'optique d'assurer l'efficacité de la répression pénale. Dans un cas particulier, le ministère public peut même communiquer au public certaines informations.

2. La fenêtre de publicité consentie au procureur de la République

404. Le lien entre la fenêtre de publicité et la gradation. Malgré l'affirmation du secret de l'enquête et de l'instruction par l'article 11 du Code de procédure pénale, introduit dans le Code de procédure pénale en 1958, le ministère public n'a eu de cesse de communiquer au public des informations sur les investigations en cours⁴. Ces communications n'étaient certes pas dépourvues de tout fondement, dès lors qu'une circulaire du 27 novembre 1959 en admettait le principe⁵, mais il est apparu nécessaire au législateur d'encadrer cette pratique au tournant du siècle dernier. Ainsi, la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 a ajouté un troisième alinéa à l'article précité, aux termes duquel, « *afin d'éviter la propagation d'informations parcellaires ou inexactes ou pour mettre fin à un trouble à l'ordre public, le procureur de la République peut,*

¹ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 1044, p. 1923, précisant que l'intérêt de la diffusion du mandat d'arrêt est que « *toute personne qui fait l'objet d'un tel mandat pourra, à l'occasion d'un contrôle d'identité, être interpellée en tout point du territoire de la République aux fins de mise à exécution dudit mandat* ».

² V. *supra* n° 247. Comp., C. proc. pén., art. 138-2, pour des informations communicables par le juge des libertés et de la détention à des tiers intéressés.

³ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 394, p. 330.

⁴ P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, *op. cit.*, p. 388.

⁵ Aux termes de celle-ci : « *Le procureur peut, s'il l'estime nécessaire, fournir à la presse, notamment, un communiqué écrit concernant les faits ayant motivé la poursuite* ».

d'office et à la demande de la juridiction d'instruction ou des parties, rendre publics des éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues contre les personnes mises en cause ». On le constate, si les parties ou le juge d'instruction peuvent solliciter la publicité conférée à certaines informations, celle-ci est tributaire de la volonté du procureur de la République, si bien qu'il est bien question d'une possible gradation entre communication privée et communication publique.

405. Les modalités de la fenêtre de publicité. La circulaire du 27 novembre 1959 énonçait qu' « *il existe des procédés qui doivent être en tous cas écartés et des renseignements tenus absolument secrets. La pratique, parfois constatée jadis, de la conférence de presse au cours de l'enquête ou de l'information doit être rigoureusement proscrite* ». Le dispositif actuel s'inscrit pleinement en faux par rapport à ces préconisations passées. Quant au moyen de communication employé, la circulaire d'application du 4 décembre 2000 allait certes dans le même sens que celle de 1959, en estimant que « *la pratique des communiqués de presse devra [...] être préférée à celle des conférences de presse* », au vu du risque d'une « *surmédiatisation de la procédure* ». Pourtant, aujourd'hui, la conférence de presse est « *la règle, tandis que le communiqué est l'exception* »¹. Quant à l'accent mis sur le caractère secret ou non des informations transmises, cette considération était en effet au cœur du raisonnement avant 2000 pour déterminer si la publication d'informations par le ministère public était illégale ou tolérable². Le dispositif actuel ne prohibe que l' « *appréciation* » sur le bien-fondé des charges et n'exclut donc aucune information éventuellement secrète. Plus encore, la chambre criminelle a tout à la fois confirmé le renoncement à ce mode de raisonnement et la centralité du rôle du procureur de la République en estimant que la divulgation d'informations sur une enquête en cours par un officier de police judiciaire était illégale, quand bien même, pour la chambre de l'instruction, il était question de « *commentaires, et non d'informations couvertes par le secret de l'enquête et de l'instruction* », dès lors que « *seul le ministère public est investi du droit de communiquer sur une enquête en cours* »³. On reviendra plus loin sur le caractère critiquable du monopole dont dispose le ministère public en la matière⁴.

¹ P. PIOT, *op. cit.*, p. 394. V. aussi, A. PASCAL, *La justice pénale et les médias*, *op. cit.* n° 236, p. 146, précisant que la conférence de presse « *est le mode de communication qui tend désormais à s'imposer particulièrement dans les affaires les plus graves, notamment en cas d'attentats terroristes. Les conférences de presse se sont multipliées [...] en raison des attentats successifs survenus sur le territoire national* ».

² P. AUVRET, « Le journaliste, le juge et l'innocent. Fable relative à la présomption d'innocence, au secret de l'instruction et aux droits de la personne », *RSC*, 1996, p. 625.

³ Cass. crim., 24 mars 2020, n° 19-80.909 ; *RSC* 2020, p. 682, obs. P.-J. DELAGE.

⁴ V. *infra* n° 515.

406. La gradation entre communications privées et communications publiques est donc relativement marginale dans la phase préparatoire. Un constat semblable vaut pour la phase sentencielle.

B. La communication graduée dans la phase sentencielle

407. Malgré l'obligation d'un prononcé public de la peine à l'issue de l'audience pénale, la portée de celle-ci est très limitée en pratique¹. Toutefois, la possibilité d'une gradation n'est pas exclue et peut concerner tant la peine prononcée (1) que l'innocence constatée (2).

1. La communication autour de la peine prononcée

408. ***Les communications non concernées par une possible gradation.*** Comme le présente un auteur, la réprobation sociale « *qui s'attache à toute condamnation pénale est obtenue par la publicité qui entoure le prononcé de chaque décision et l'inscription des condamnations en résultant au casier judiciaire. Un tel résultat peut également être accentué grâce au prononcé des peines complémentaires d'affichage ou de diffusion de la décision de condamnation* »². On a déjà démontré que le prononcé public de la décision est marqué par une logique de transparence, exclusive de toute gradation entre un caractère privé et un caractère public³. Il s'agit à présent de constater que le casier judiciaire n'est, de même, pas compatible avec la logique de la gradation, du moins dans une perspective synchronique. En effet, tout comme pour l'accessibilité au dossier de la procédure dans le cadre de la phase préparatoire⁴, l'élargissement du cercle de personnes susceptibles d'accéder au casier judiciaire s'inscrit dans une perspective diachronique. Autrement dit, il n'est pas question pour un acteur de la procédure d'accroître, s'il le souhaite, la portée de la répression pénale ; c'est le législateur qui procède, au gré de réformes successives, à un élargissement ou rétrécissement des personnes pouvant accéder au casier judiciaire.

On peut ainsi noter qu'avant la création de cette institution, sous l'Ancien Régime, l'identification des récidivistes était rendue possible par les mutilations qui leur étaient infligées

¹ Sur le contraste avec l'exécution publique du châtement dans les législations antérieures, v. *infra* n° 522 et s.

² E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1279, p. 1002.

³ V. *supra* n° 392.

⁴ V. *supra* n° 402.

– essorillement, ablation du nez, crevaison des yeux, tonte, ablation de la langue ou encore marque au fer rouge¹ – si bien que tout un chacun pouvait avoir conscience d’interagir, le cas échéant, avec un récidiviste. La logique était donc celle de la transparence. Or, cette logique ne disparut pas dès la création du casier judiciaire au milieu du XIX^e siècle et sa généralisation par une circulaire du garde des Sceaux du 6 novembre 1850². Au contraire, jusqu’en 1876, « *le casier judiciaire était ouvert à tout le monde : l’institution était, dans la pensée de ses auteurs, destinée à renseigner tous les citoyens* »³. Depuis lors, pour pallier les excès d’une transparence excessive, en particulier au regard de l’impératif contemporain de réhabilitation du condamné⁴, le législateur a identifié avec précision les personnes pouvant accéder au casier judiciaire, à savoir essentiellement les autorités judiciaires, pour le bulletin n° 1⁵, certaines administrations ou personnes privées intéressées, pour le bulletin n° 2⁶, et le condamné lui-même, pour le bulletin n° 3⁷. En réalité, l’enjeu n’est pas tant, ici, celui de la portée possiblement conférée à la peine prononcée, puisque la fiche est nécessairement délivrée en cas de demande régulière,

¹ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 149, p. 307 : « *Dans les juridictions royales, cette marque est une fleur de Lys. La déclaration du 4 mars 1724 prescrivait de marquer les galériens avec les lettres “GAL” sur l’épaule, et de flétrir les voleurs avec un “V”(voleurs primaires) ou un “VV” (récidivistes)* ».

² P. MARCHAND, « Le casier judiciaire après la loi du 17 juillet 1970 », *JCP* 1971, I, 2398.

³ F. DUPORT, *La publicité des décisions pénales*, Mougin-Rusand, 1899, p. 159. Aux termes de la circulaire du 6 nov. 1850 : « *On m’a demandé dans quel esprit devait s’entendre la communication affaire au simple particulier des renseignements au contenu au casier judiciaire ; ma pensée est que la publicité doit être la règle, et que la communication doit être accordée chaque fois que le ministère public reconnaît que la demande qui en est faite s’appuie sur des motifs sérieux ou légitimes* ». V. aussi, Discours de M. BÉRENGER au Sénat, 8 déc. 1898, cité par F. DUPORT in op. cit., p. 163, évoquant une « *aggravation de peine s’ajoutant à la peine prononcée, une peine accessoire souvent plus terrible que la condamnation elle-même [...]. C’est la marque, une marque plus cruelle que celle qui se faisait avec le fer rouge sur l’épaule, car celle-là, au moins, se cachait sous l’habit, tandis que celle dont je parle, il faut la produire* ».

⁴ J.-C. COVIAUX, « Le secret des antécédents criminels », in Y. LASSOUARN et P. LAGARD (dir.), *L’information en droit privé. Travaux de la conférence d’agrégation*, LGDJ, 1978, p. 485, n° 2 : « *L’ancien délinquant suscite des sentiments de réserve, voire de rejet [...]. Il se heurte, en général, à l’hostilité ; devant un casier judiciaire chargé, les portes se ferment [...]. Le public a facilement tendance à ne voir dans l’infraction que la manifestation d’une nature mauvaise, qui survit à l’exécution de la peine* ».

⁵ C. proc. pén., art. 774, al. 2. Ce bulletin correspond au relevé intégral des fiches du casier. Cette limitation est logique car le rôle du casier judiciaire est, avant tout, de permettre une juste individualisation de la peine par le juge, voire de lui permettre de satisfaire à l’exigence de motivation de la décision pénale (En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1657, p. 1262).

⁶ Sur les inscriptions figurant sur ce bulletin n° 2, v. C. proc. pén., art. 775 et s. Quant aux administrations concernées, v., pour les personnes physiques, art. 776, évoquant par exemple les autorités militaires (2°) ou les autorités compétentes pour recevoir les déclarations de candidatures à une élection (7°) ; pour les personnes morales, art. 776-1, citant notamment l’Autorité des marchés financiers (4°). Comme le résume J.-C. COVIAUX (art. préc., n° 21) : « *L’administration peut en effet prendre connaissance de l’essentiel de son passé judiciaire, et les employeurs privés de ce qu’il comporte de plus grave* ».

⁷ C. proc. pén., art. 777, al. 7. Cet article recense également les condamnations susceptibles de figurer audit bulletin (al. 1^{er} à 6).

mais plutôt celui de la possible exclusion *ab initio* de certaines mentions¹, ou encore celui des contours du régime relatif au retrait de certaines fiches².

En toute hypothèse, cette analyse vaut également pour le répertoire des dossiers uniques de personnalité expérimenté depuis 2019 afin d'améliorer l'individualisation de la peine³ ainsi que, dans un registre voisin, pour les très nombreux fichiers de police⁴ relatifs aux antécédents judiciaires de personnes impliquées dans une procédure pénale à divers titres⁵.

Au surplus, on pourrait aussi être tenté de considérer que la diffusion de la jurisprudence pénale est, dans une certaine mesure, susceptible d'être concernée par une éventuelle gradation ; que l'on songe à la portée particulière que la chambre criminelle confère à certains de ses arrêts en les publiant au bulletin⁶. Plus encore, l'heure est à l'*open data* des décisions de justice, y compris pénales⁷. Toutefois, du fait de l'anonymisation croissante des décisions concernées⁸, à tout le moins à l'égard du mis en cause, l'objectif des juridictions est moins d'accroître la portée de la peine infligée à une personne déterminée que de renseigner le justiciable sur la façon dont la justice pénale est rendue, dans une logique de transparence des plus classiques⁹.

On l'aura compris, en droit positif, la peine de publication de la condamnation constitue la seule véritable hypothèse où une gradation de la portée d'une communication est à la discrétion du juge.

409. La gradation permise par la peine d'affichage ou de diffusion de la condamnation.

On le verra, l'importance de l'exécution publique du châtement a progressivement cédé la place au secret entourant l'exécution de la peine¹⁰. Le législateur se focalise donc, depuis le début du

¹ V. not., C. proc. pén., art. 775-1.

² V. not., C. proc. pén., art. 769.

³ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, art. 73, limitant notamment l'accessibilité à ce répertoire aux personnes impliquées dans la procédure d'exécution des peines.

⁴ E. DREYER, *op. cit.*, n° 1063, p. 1360 : « *Il en existerait plus d'une cinquantaine ! Cette multiplication participe d'une volonté prométhéenne de maîtriser le "risque" pénal* ».

⁵ Par ex., C. proc. pén. art. 230-10, limitant l'accès aux fichiers d'antécédents, en substance, aux seuls enquêteurs ; C. proc. pén., art. 706-53-7, réservant le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles violentes aux enquêteurs mais aussi aux administrations susceptibles de recruter l'intéressé ; C. proc. pén., art. 706-25-9, prévoyant de même pour le fichier des auteurs d'infractions terroristes.

⁶ V. P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, *op. cit.*, p. 427 et s.

⁷ V. not, V. RIVOLLIÉ, « L'*open data* des décisions de justice : pas tout, pas tout de suite », *D.* 2020, p. 1626 ; T. PERROUD, « L'*open data* des décisions de justice », *D.* 2021, p. 344.

⁸ V. not. CNIL, délib. n° 01-057, 29 nov. 2001 ; E. LESUEUR DE GIVRY, Rapp. C. cass. 2000, Doc. fr., 2001, p. 93 ; N. BLANC et P.-Y. GAUTIER, « Contre "l'anonymisation" des arrêts publiés : décadence des références de jurisprudence », *D.* 2019, p. 1648.

⁹ V. *supra* n° 21.

¹⁰ V. *infra* n° 522 et s.

XIX^e siècle¹, sur le « *pilori immatériel* »² que constitue la peine d' « *affichage ou de diffusion* »³ de la condamnation⁴. Si l'ancien Code pénal ne prévoyait cette peine que dans de rares hypothèses⁵, le nouveau Code pénal va accroître de façon significative le nombre d'infractions pouvant donner lieu à son prononcé⁶. La liberté du juge à l'égard de cette mesure, révélatrice de la logique de gradation étudiée dans ces lignes, tient au fait qu'il s'agit d'une peine complémentaire facultative⁷. De plus, la peine évoquée ne peut plus constituer une peine accessoire⁸ et le Conseil constitutionnel tend à censurer les dispositions en dehors du Code pénal lui conférant un caractère obligatoire⁹. Si la peine peut, il est vrai, être prononcée à titre de peine principale en matière correctionnelle¹⁰ ou à l'égard des personnes morales en matière

¹ P. PIOT, *op. cit.*, p. 377, précisant que la peine de publication ou d'affichage est, dès le début du XIX^e siècle, souvent comminée « *dans des domaines spécifiques, en lien avec la confiance publique, comme la protection du commerce ou celle de la santé publique* », et de citer une circulaire du 4 juin 1857 demandant aux parquets de privilégier la peine étudiée en ces matières. La sanction peut toutefois concerner d'autres domaines (par ex., Loi du 28 mars 1882 sur l'enseignement primaire obligatoire, art. 13, prévoyant une peine d'affichage pour sanctionner le parent fautif de ne pas honorer son devoir de scolarisation). Le Code pénal finit même par consacrer deux articles au régime général de la peine d'affichage et de publication (C. pén., ancien art. 51 et 51-1).

² V.-O. DERVIEUX, « "Name and Shame" : publication et affichage, l'impossible droit à l'oubli ? », *Gaz. Pal.*, 1^{er} mars 2016, p. 29. Le caractère infamant de la peine ne saurait faire de doute, mais son efficacité est débattue (v. *infra* n° 531).

³ C. pén., art. 131-35 pour les personnes physiques et 131-39, 9°, pour les personnes morales. Sur l'acceptation du terme « *diffusion* » retenue par ces dispositions, v. *supra* n° 118.

⁴ Cette peine doit donc être prévue par la loi, exigence rappelée de façon constante par la jurisprudence (v. not., Cass. crim., 17 août 1860, *Bull. crim.* n° 195 ; Cass. crim., 28 mai 2013, n° 12-84281 ; Cass. crim., 12 sept. 2000, *Bull. crim.* n° 268). Cela étant, elle peut être prononcée à titre de réparation par une juridiction pénale statuant sur l'action civile sans qu'un texte ne le prévoie expressément (v. not., Cass. crim., 15 janv. 1991 ; *Gaz. Pal.* 1991, 2, p. 549, obs. J.-P. DOUCET ; Cass. crim., 4 avr. 2006, *Bull. crim.* n° 100). *Adde* : V.-O. DERVIEUX, art. préc., observant que « *la décision civile de publication – qui a les mêmes effets que la peine de publication – n'est bornée que par les principes du dispositif et de la réparation intégrale [...]. La réparation civile ne parvient-elle pas ainsi à contourner le principe de légalité des peines ?* » L'auteur suggère alors de supprimer cette possibilité et de ne préserver que la dimension punitive de la peine de publication.

⁵ C. pén., art. 187-3 et 416-2 anciens, relatifs à diverses discriminations. La peine étudiée était donc surtout fulminée en dehors du Code pénal, ce qui est toujours le cas. *Adde* : D. THOMAS, « Fasc. 20 : Affichage ou diffusion de la décision prononcée », *J.-Cl. Pénal Code*, 2016 (màj. 2017), n° 18 : « *C'est certainement en droit pénal du travail que la peine d'affichage et de publication est le plus souvent prononcée* ».

⁶ Au sein dudit Code, une vingtaine d'infractions sont concernées pour les personnes physiques, une cinquantaine pour les personnes morales (pour une liste exhaustive, v. P. PIOT, *op. cit.*, p. 374 et s.).

⁷ En ce sens, D. THOMAS, *op. cit.*, n° 11. L'observation des textes justifie une telle analyse : C. pén., art. 131-10, listant la peine étudiée parmi les peines complémentaires ; C. pén., art. 131-35, al. 2, énonçant que la juridiction « *peut* » ordonner l'affichage ou la diffusion.

⁸ V. not. C. pén. 1810 (version d'origine), art. 36, prévoyant que les arrêts criminels « *seront imprimés par extrait* ». Les peines accessoires sont aujourd'hui prohibées dans leur principe (C. pén., art. 132-17).

⁹ Cons. const., 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82 QPC ; *Dr. pén.* 2011, comm. n° 23, note J.-H. ROBERT, § 5, censurant l'ancienne formulation de l'art. 1741 du Code général des impôts. V. toutefois, Cons. const., 29 sept. 2010, n° 2010-41 QPC ; *JCP* 2010, doct., 1149, obs. A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, validant la peine de publication obligatoire prévue par l'ancien art. L. 121-4 du C. conso., au motif que le juge pouvait « *en faire varier l'importance et la durée* » et n'était dès lors pas « *privé du pouvoir d'individualiser la peine* », ce qui n'a pas empêché le législateur de modifier la rédaction dudit texte en supprimant ce caractère obligatoire (Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, art. 130). Comme le résume D. THOMAS (*op. cit.*, n° 19), « *on constate désormais la disparition de cette critiquable spécificité et, soit un renvoi systématique au droit commun de l'article 131-35 du Code pénal soit, sans renvoi, une modification du texte concerné afin d'affirmer le caractère désormais facultatif de la peine* ».

¹⁰ C. pén., art. 131-11.

tant correctionnelle que criminelle¹, le juge demeure libre de privilégier cette peine aux autres sanctions prévues, le cas échéant. Tout au plus, la peine est-elle exclue en matière de contraventions² et à l'égard des mineurs³.

Le régime de la peine étudié traduit également la flexibilité dont dispose le juge. Ainsi, ce dernier peut opter pour la publication intégrale ou partielle de la décision, voire d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celle-ci⁴. L'affichage ou la diffusion peuvent par ailleurs être ordonnées cumulativement⁵, ce qui n'a pas toujours été le cas⁶. Il revient aussi au juge d'indiquer les lieux et la durée de l'affichage⁷, laquelle ne peut excéder deux mois⁸, ainsi que, plus largement, toutes les autres modalités de cette mesure⁹. La juridiction choisit également les publications de presse ou les services de communication au public par voie électronique chargés de diffuser la peine¹⁰, les éditeurs concernés n'ayant pas la possibilité de s'opposer à cette diffusion¹¹.

¹ C. pén., art. 131-37.

² Ce qui n'était pas le cas avant 1992 (v. C. pén., art. 471 ancien). V. cependant, Cass. crim., 7 nov. 2006 ; *Dr. pén.* 2007, comm. 10, note J.-H. ROBERT, admettant qu'en cas de cumul réel du délit de tromperie et d'une contravention, l'affichage intégral de la condamnation puisse faire référence aux deux déclarations de culpabilité.

³ CJPM, art. L. 121-1, 4^o.

⁴ C. pén., art. 131-15, al. 2. V. Cass. crim., 3 avr. 1996, n^o 95-81.857, *Bull. crim.* 1996, n^o 152, précisant que l'omission de déterminer les extraits à afficher en cas d'affichage partiel relève du contentieux de l'exécution (C. proc. pén., art. 710 et 711).

⁵ C. pén., art. 131-35, al. 6.

⁶ Cette possibilité a été introduite par la loi n^o 2011-525 du 17 mai 2011. Auparavant, un contentieux important s'était développé tenant à la contestation du prononcé cumulatif des deux mesures (v., par. ex., Cass. crim., 5 oct. 2004, n^o 04-81.024, *Bull. crim.* n^o 236 ; Cass. crim., 7 févr. 2006 ; *Dr. pén.* 2006, comm. 100, note M. VÉRON). *Adde* : D. THOMAS, *op. cit.*, n^o 32 : « *Sous couvert de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, les nouvelles dispositions se traduisent par une aggravation du mécanisme répressif. Ainsi, les textes extérieurs au Code pénal qui renvoient de plus en plus souvent à l'article 135-35, ne protégeant plus le condamné du cumul, mais vont, au contraire, permettre au juge d'ajouter le prononcé des deux mesures* ».

⁷ C. pén., art. 131-35, al. 4. Si le pouvoir du juge quant à la détermination du lieu de l'affichage n'est pas formellement limité par cette disposition, le texte extérieur au Code pénal qui indique expressément les lieux concernés doit être interprété strictement. Par ex : Cass. crim., 19 mai 1983, n^o 82-93.433, *Bull. crim.* n^o 150, interprétant strictement la référence à l'« *établissement professionnel* » formulée par l'art. 1741 du CGI dans sa rédaction antérieure à la loi n^o 2010-1658 du 29 décembre 2010 et refusant, par suite, de considérer comme tel un local universitaire dans lequel un enseignant exerçait ses activités.

⁸ Cass. crim., 20 juin 2006, n^o 05-85.255, *Bull. crim.* n^o 188, censurant un arrêt ayant ordonné un affichage pour une durée de trois mois. V. aussi, Cass. crim., 20 avr. 2017, n^o 16-82.375, cassant un arrêt n'ayant pas fixé la durée de l'affichage ordonné.

⁹ Par ex., la fixation des caractères typographiques de l'affichage (Cass. crim., 3 nov. 1993, n^o 92-81.014, *Bull. crim.* n^o 323). V. aussi, D. THOMAS, *op. cit.*, n^o 37, regrettant que l'art. 131-35 du C. pén. « *n'exige pas d'autres précisions concernant par exemple la réalisation matérielle des affiches* ».

¹⁰ C. pén., art. 131-35, al. 5. On notera qu'un texte particulier qui précise les modes de publication doit être interprété strictement (v. Cass. crim., 3 nov. 2004, *Bull. crim.* 2004, n^o 269 ; *Dr. pén.* 2005, comm. 41, note J.-H. ROBERT, estimant que la référence faite par l'art. L. 480-5, al. 2 du Code de l'urbanisme aux « *deux journaux régionaux ou locaux diffusés dans tout le département* » exclut une diffusion par un quotidien national.

¹¹ Cass. crim., 6 mars 2001, n^o 00-82.842, *Bull. crim.* n^o 57 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 83, note M. VÉRON ; *ibid.*, comm. 90, note J.-H. ROBERT.

Malgré tout, le régime de cette peine est aussi marqué par une certaine rigidité, ce qui amène un auteur à la qualifier de peine « *peu souple* »¹. Ainsi, quant au contenu de la publication, elle « *ne peut comporter l'identité de la victime qu'avec son accord ou celui de son représentant légal ou de ses ayants droit* »². De plus, si le coût de la mesure est à la charge du condamné³, les frais d'affichage ou de diffusion « *recouverts contre ce dernier ne peuvent toutefois excéder le maximum de l'amende encourue* »⁴, ce qui n'était pas le cas sous l'empire de l'ancien Code pénal. Comme le souligne la doctrine : « *Prenant en compte les coûts particulièrement élevés des insertions dans les publications de presse et de diffusion dans les services de communication audiovisuelle, le législateur a voulu éviter une "surpénalisation" du condamné* »⁵. Cela étant, les juges doivent seulement veiller à ne pas dépasser ce plafond et n'ont pas à préciser le coût de la mesure⁶. De surcroît, quant aux modalités d'exécution de la peine, celle-ci ne peut faire l'objet d'un sursis simple⁷ et le relèvement immédiat, qui permettrait d'y mettre fin de façon anticipée, est exclu⁸.

En somme, la gradation de la communication autour de la peine reste limitée à une hypothèse particulière et strictement encadrée, si bien qu'il n'est guère surprenant qu'elle ne satisfasse pas nécessairement les exigences punitives de la société, sur lesquelles on reviendra⁹. Pour lors, on peut évoquer la gradation de la communication relative à l'innocence constatée.

2. La communication relative à l'innocence constatée

410. Les hypothèses de publications relatives à l'innocence constatée. La réparation de l'atteinte à l'honneur engendrée par une poursuite pénale, conclue par la constatation de

¹ V.-O. DERVIEUX, « "Name and Shame" », art. préc.

² C. pén., art. 131-35, al. 3. *Adde* : D. THOMAS, *op. cit.*, n° 30 : « *On conçoit en effet que la personne lésée par une infraction puisse préférer la discrétion et l'oubli à une publicité qui dévoilerait aux yeux des tiers ses souffrances les plus personnelles et les plus intimes* ».

³ Plus précisément, ces frais ne sont pas des frais de justice (C. proc. pén., art. 800 et R. 92), ils ne sont donc pas à la charge de l'État comme ces derniers doivent l'être (C. proc. pén., art. 800-1). En ce sens, v. Cass. crim., 12 oct. 1995, n° 94-80.186, *Bull. crim.* n° 306 ; *JCP G* 1996, IV, 165.

⁴ C. pén., art. 131-35, al. 1^{er}.

⁵ D. THOMAS, *op. cit.*, n° 25.

⁶ V. not., Cass. crim., 10 sept. 2003, *Bull. crim.* n° 157 ; *Dr. pén.* 2003, comm. 126, note. J.-H. ROBERT ; *RSC* 2004, p. 655, obs. H. MATSOPOULOU.

⁷ C. pén., art. 132-31.

⁸ C. pén., art. 132-21. V. not., Cass. crim., 21 sept. 2005, n° 05-81.671, affirmant que « *la procédure de relèvement immédiat prévue par [l'article précité] ne s'applique qu'aux peines qu'il énumère limitativement* ».

⁹ V. *infra* n° 528 et s.

l'innocence d'une personne, est généralement pécuniaire¹. Toutefois, la nécessité d'accroître la portée du constat d'innocence afin de permettre à l'intéressé d'éviter toute stigmatisation a été suggérée dès le XVIII^e siècle², sans pour autant que la législation française n'admette la possibilité de délivrer un certificat d'innocence, à l'instar de législations étrangères³. En droit positif, le rétablissement de l'honneur de l'individu poursuivi à tort peut prendre deux voies.

La première façon de rétablir l'honneur d'une personne innocentée consiste à publier les jugements de révision ou de réexamen reconnaissant l'innocence d'une personne antérieurement condamnée. Ainsi, aux termes du cinquième alinéa de l'article 626-1 du Code de procédure pénale : « *Si le demandeur le requiert, l'arrêt ou le jugement d'où résulte l'innocence du condamné est affiché dans la ville où a été prononcée la condamnation, dans la commune du lieu où le crime ou le délit a été commis, dans celle du domicile du demandeur, dans celles du lieu de naissance et du dernier domicile du condamné, s'il est décédé ou déclaré absent ; dans les mêmes conditions, il est ordonné qu'il soit inséré au Journal officiel et publié par extraits dans cinq journaux au choix de la juridiction qui a prononcé la décision* ». L'alinéa suivant précise que les frais de publicité sont à la charge du Trésor. On peut ainsi observer un parallélisme certain avec la peine d'affichage ou de diffusion de la condamnation⁴. Toutefois, la logique est ici inversée, puisque la gradation est, cette fois, tributaire de la volonté de l'innocenté et qu'il revient à l'État, non au condamné, d'assumer les frais évoqués. De plus, le texte ne prévoit pas une diffusion par la voie de la communication au public par voie électronique, si ce n'est par l'intermédiaire du *Journal officiel*, aujourd'hui publié en ligne⁵. On peut s'interroger sur la légitimité d'une telle limitation des possibilités de diffusion.

Le second mécanisme permettant un rétablissement de l'honneur d'une personne, sinon condamnée, au moins mise en examen dans le cadre d'une procédure pénale – si bien qu'il est

¹ Par ex. : C. proc. pén., art. 149, pour la réparation du préjudice de la personne innocentée ayant fait l'objet d'une détention provisoire ; C. proc. pén., art. 626-1, al. 6, pour le condamné reconnu innocent suite à la révision ou au réexamen de sa condamnation.

² J. BRISSOT DE WARVILLE, *Le sang versé innocent vengé, ou Discours sur les réparations dues aux accusés*, Desauges, 1781, p. 60, cité par P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, op. cit., p. 382, évoquant « l'obligation de détruire les soupçons, d'effacer la note d'infamie, de rétablir dans tout son lustre cette réputation perdue par une imprudence rigoureuse [...]. La société [...] doit donner à sa justification, et au jugement qui lave sa réputation, la publicité la plus éclatante ». V. aussi, un demi-siècle plus tard, J.-B. TARGET, « Observations sur le projet de code criminel », in *Études de législations comparées*, Durand, 1852, p. 11 : « C'est une pensée noble et belle que d'accorder aux innocents soumis aux rigueurs d'une procédure criminelle, et acquittés, un témoignage public d'honneur », lequel aurait consisté « en une médaille ou pièce d'argent de la valeur de 4 fr. 50 cent. portant la légende : *Innocence reconnue par la loi* ».

³ M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire c'est punir*, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2005, p. 265, évoquant la possible délivrance d'un tel certificat aux États-Unis.

⁴ V. *supra* n° 409.

⁵ V. *supra* n° 118.

alors surtout question d'un retour à l'innocence pleinement présumée –, est la publication ou la diffusion des décisions de non-lieu. L'article 177-1 du Code de procédure pénale énonce ainsi que le juge d'instruction « *peut ordonner, sur la demande de la personne concernée ou, avec l'accord de cette personne, d'office ou à la demande du ministère public, soit la publication intégrale ou partielle de sa décision de non-lieu, soit l'insertion d'un communiqué informant le public des motifs et du dispositif de celle-ci, dans un ou plusieurs journaux, écrits périodiques ou services de communication au public par voie électronique qu'il désigne* ». L'article 212-1 du même Code prévoit une disposition semblable pour les arrêts de non-lieu rendus par la chambre de l'instruction. En l'occurrence, la décision finale de communiquer publiquement – la possible gradation – est l'apanage du juge et non des parties¹, ce qui est logique dans la mesure où la mise en examen n'équivaut pas à une déclaration de culpabilité, quoique le risque de ternir la réputation de la personne qui en fait l'objet soit indéniable. Cette mainmise du magistrat instructeur transparaît des termes de la loi². On ajoutera que, si la diffusion en ligne ou par la voie de l'Internet est possible, l'affichage n'est pas prévu, de même que la publication au *Journal officiel*, vraisemblablement non inclus dans la référence aux « *services de communication au public par voie électronique* ».

411. Les limites des publications relatives à l'innocence constatée. Comme le relève un auteur, les publications judiciaires évoquées sont doublement limitées. D'une part, « *les journaux insèrent les publications judiciaires dans les pages d'annonces légales selon les formes d'usage, c'est-à-dire sans gros titre, sans illustration et sans appel à lire, ce qui est de nature à réduire leur publicité effective par rapport à un article rédactionnel traitant du même sujet* »³. D'autre part, « *si une publication judiciaire peut être ordonnée en cas de révision ou de non-lieu, il n'est pas de même en cas de relaxe ou d'acquittement* »⁴. Au total, la communication judiciaire relative à l'innocence constatée, peu mise en œuvre en pratique, n'apparaît pas constituer, en l'état du droit positif, une réparation véritablement satisfaisante. Cela contribue à alimenter le constat selon lequel l'infamie infligée à un coupable ou le

¹ V. Cass. crim., 6 mars 2007, *Bull. crim.* n° 68, précisant, sur le fondement de ce texte, que seul le mis en examen peut solliciter la publication judiciaire étudiée, le témoin assisté ne pouvant dès lors formuler une telle demande.

² C. proc. pén., art. 177-1, al. 3 : « *Si le juge ne fait pas droit à la demande de la personne concernée, il doit rendre une ordonnance motivée, qui est susceptible d'appel devant la chambre de l'instruction* ». V., de même, C. pén., art. 212-1, al. 3, pour la chambre de l'instruction, sa décision n'étant toutefois, en l'occurrence, pas susceptible de recours.

³ P. PIOT, *op. cit.*, p. 386.

⁴ *Ibid.*

rétablissement de l'honneur d'un innocent passent surtout par les campagnes menées dans les médias et sur les réseaux sociaux, ce sur quoi il faudra revenir¹.

412. Conclusion de section. La portée du procès pénal peut donc varier à toutes les phases de la procédure. Les magistrats sont les principaux concernés par la possibilité de choisir entre le caractère privé ou public d'une audience ou d'une communication, qu'il s'agisse du *ministère public* et de la possibilité de rendre publics des éléments de la procédure au stade de la phase préparatoire, des *magistrats instructeurs* pouvant décider de moduler l'accessibilité de certaines audiences ou de communiquer leurs décisions de non-lieu, ou encore des *juges du siège*, compétents pour décider du caractère privé ou public de l'audience de jugement et pour prononcer une peine d'affichage ou de diffusion de la condamnation pénale. Quant aux *parties privées*, elles ne peuvent parfois que solliciter une gradation, ce qui est le cas, par exemple, quand un mis en cause mineur demande la publicité de l'audience de jugement le concernant, ou lorsqu'une personne ayant fait l'objet d'une mise en examen sollicite la publication d'une décision de non-lieu. Dans certains cas, ces parties sont toutefois véritablement à l'origine de la gradation, que l'on songe au huis clos de droit pouvant être requis par la victime partie civile, à la publicité de droit de l'audience de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté lorsque le condamné en fait la demande, ou à la publication de droit des jugements de révision ou de réexamen ayant reconnu l'innocence d'une personne, là encore obligatoire si l'intéressé s'en prévaut.

413. Conclusion de chapitre. La gradation permise par l'opposition privé-public, qu'elle s'opère sur le plan substantiel ou procédural, est apparue autant liée à l'idée d'un accroissement de la répression pénale qu'à une juste mesure de celle-ci. Ainsi, *en droit pénal de fond*, il a certes été question de punir plus sévèrement certains comportements du fait du caractère privé ou public les imprégnant, cette répression vigoureuse découlant, en particulier, des diverses circonstances aggravantes évoquées. Il n'en demeure pas moins que la volonté du législateur est aussi, dans certains cas, de mesurer la sanction encourue pour certains comportements, que l'on songe aux contraventions de presse ou à l'introduction irrégulière dans un musée, moins sévèrement réprimées que les délits de presse ou la violation de domicile.

¹ V. *infra* n° 532.

Sur le plan *procédural*, la sévérité de la répression pénale est certainement inhérente à la majorité des mécanismes étudiés, le caractère public de l'audience ou de la peine prononcée frappant d'infamie le mis en cause et jouant un rôle pédagogique à l'égard du public présent ou visé. Dans le même temps, il a aussi été question de la protection de l'intimité de la partie civile ou des intérêts du mineur dans certaines hypothèses ; de même, les publications relatives à l'innocence d'une personne ne redorent en rien le blason de l'institution judiciaire. Ces constats méritent d'être approfondis, dès lors qu'ils révèlent, en creux, une volonté de transaction du législateur entre la volonté de savoir des justiciables et la préservation de l'efficacité de la répression pénale.

414. Conclusion de titre. L'observation du droit positif aura permis d'identifier les différents atours dont l'opposition privé-public se pare pour apporter de la flexibilité au droit pénal. L'omniprésence de ce clivage en droit pénal est par ailleurs apparue de façon éclatante.

Au stade de la *qualification de l'infraction*, le caractère privé ou public d'un lieu, d'une réunion ou d'une communication peut participer de la définition des éléments constitutifs de l'infraction et, dans certains cas, permettre de résoudre des conflits de qualification quand un même comportement est réprimé de façon différente selon qu'il revête, ou non, une publicité. Ces caractères participent aussi à la définition de certaines circonstances aggravantes.

Au stade de *l'enquête et de l'instruction*, les investigations des enquêteurs sont affectées par le caractère privé ou public de certains lieux et communications, lesquels engendrent un renforcement des contraintes procédurales. Par ailleurs, enquêteurs ou magistrats peuvent être amenés à communiquer de façon plus ou moins étendue certaines informations et l'accessibilité des audiences tenues au cours de l'instruction peut être graduée.

Au stade du *jugement*, il est essentiellement question de la gradation entre audiences privées et publiques, voire de la diffusion d'images d'audience.

Au stade de *la fixation et de l'exécution de la peine*, enfin, la peine d'affichage ou de diffusion de la condamnation pénale et l'accessibilité de certaines audiences relatives à l'application des peines sont concernées par l'opposition étudiée. Son omniprésence n'est évidemment pas anodine et il convient à présent de réaliser qu'elle traduit la volonté du législateur de garantir au droit pénal un certain équilibre.

TITRE 2 : L'ÉQUILIBRE DU DROIT PÉNAL GARANTI PAR L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC

415. Il convient, ici encore, de rappeler que la présente étude est centrée sur ce qui est a été analysé comme conception transversale de l'opposition privé-public¹, c'est-à-dire sur l'analyse des termes « *privé* » et « *public* » sous l'angle de l'*accessibilité*. Toutefois, de même que, sur le plan *conceptuel*, les différentes significations des termes étudiés contribuaient à la définition des caractères privé, public ou commun², ces différentes acceptions influent également sur l'analyse *juridique* de ces caractères. En effet, lorsque le législateur s'intéresse à l'*accessibilité* d'un lieu, d'une communication ou d'une réunion, il vise à arbitrer, dans certains domaines du droit pénal, les rapports conflictuels entre les intérêts de l'État et ceux du citoyen – ce qui renvoie à la conception verticale de l'opposition privé-public³ – ou entre la société et le particulier – ce qui renvoie à la conception horizontale de ce partage⁴. Pour ne prendre qu'un exemple, lequel sera développé par la suite, le domicile s'analyse comme un lieu privé, inaccessible, protégé contre les ingérences de l'autorité étatique comme contre celles des tiers, l'inaccessibilité venant donc en renfort de la protection de la vie privée ou de la sûreté, mais dans une hypothèse spécifique. C'est dire que le rôle de la dichotomie étudiée est aussi de concrétiser le célèbre idéal exprimé par la doctrine néo-classique au XIX^e siècle : punir « *ni plus qu'il n'est juste, ni plus qu'il n'est utile* ». Cela manifeste une logique de transaction entre liberté et répression dont il s'agit d'approfondir les ressorts (Chapitre 1).

D'un autre côté, on sait aussi que les adjectifs « *privé* » et « *public* » peuvent renvoyer à la distinction entre le secret et la transparence et, plus largement, à la connaissance ou à l'ignorance de certaines informations⁵. Après avoir identifié la gradation entre les audiences et communications publiques ou privées durant le procès pénal⁶, il convient à présent d'inscrire cette gradation dans son contexte, à savoir la tension entre, d'une part, le droit du public à l'information, lequel appelle la transparence et la publicité et, d'autre part, l'efficacité de la justice pénale, laquelle s'accommode souvent du secret et de l'inaccessibilité (Chapitre 2).

¹ V. *supra* n° 19 et s.

² V. *supra* n° 238 et s., 264 et s.

³ V. *supra* n° 4 et s.

⁴ V. *supra* n° 9 et s.

⁵ V. *supra* n° 20.

⁶ V. *supra* n° 385 et s.

Chapitre 1 : L'équilibre entre la préservation des libertés et la répression pénale

416. Si les rapports entre répression pénale et liberté ont toujours été aussi étroits que constants, il est admis, aujourd'hui, que la première doit normalement primer sur la seconde. En effet, « *les pays libéraux ont de la matière pénale une conception qui fait la part belle à l'ineffectivité, conçue comme une rançon du respect des libertés individuelles [...]. Cette autolimitation du droit pénal le voue à une certaine ineffectivité voulue ou, du moins, acceptée [...]. Bien plus, son ambition véritable est de ne s'appliquer jamais, la répression étant conçue comme un pis-aller* »¹. Ce constat, exprimé à propos du phénomène de l'ineffectivité, vaut bien entendu pour la flexibilité introduite en droit pénal par l'opposition privé-public, identifiée plus haut. Cette flexibilité est donc à rattacher au « *principe de faveur* »² qui irrigue le droit pénal – ou du moins qui devrait l'irriguer –, dont les ressorts sont divers³ mais dont l'essence est la préservation de la liberté. Il est donc certain que l'opposition étudiée joue un rôle déterminant à l'égard de la conciliation délicate entre liberté et répression, ce qui est logique puisque la « *fondamentalisation du droit est un puissant moteur de non-droit (chaque liberté et droit fondamental ouvre au sujet une bulle dans laquelle il n'est soumis à aucune pression juridique), mais bardé de beaucoup de droit (il faut fixer les frontières de la bulle et les armer contre autrui)* »⁴.

Toutefois, toutes les libertés fondamentales ne sont pas concernées ici. Si l'on s'en tient à la présentation de la Convention européenne des droits de l'homme, ne seront pas évoqués les principes indérogeables que sont le droit à la vie⁵, l'interdiction de la torture⁶, ou encore

¹ P. CONTE, « "Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "surefficacité"... : variations pour droit pénal », in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 125. V. aussi, M.-A. FRISON-ROCHE, « La constitution d'un droit répressif ad hoc entre système juridique et système économique et financier », in *La justice pénale face à la délinquance économique et financière*, Dalloz, 2001, p. 19, évoquant, à propos du droit pénal, « *le soin par lequel il entretient ses propres lacunes* ».

² E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 109 et s.

³ J. CARBONNIER, « Le double visage du droit pénal aux lueurs de sa triple genèse », art. préc., p. 923 : « *Longtemps, l'inspiration dominante a été religieuse [...]. Depuis, cependant, la sécularisation a opéré, et maintenant ce sont surtout les valeurs humaines, voire humanitaires, qui sont invoquées comme ressorts psychologiques de la non-répression* ».

⁴ D. FENOUILLET, « Jean Carbonnier, *Flexible droit* : le non-droit, une invitation à lire et à relire Carbonnier », art. préc. L'auteur ajoute : « *Quant au non-droit intellectuel, il pourrait bien s'épanouir dans le domaine des grandes libertés : la liberté de conscience, la liberté de pensée, la liberté de l'Histoire, la liberté de la recherche, et plus généralement toutes les libertés fondamentales qui ouvrent au sujet des espaces d'autonomie. Le doyen le suggérait sur les questions de vie privée, qui lui semblaient appeler naturellement une politique de non-droit* ».

⁵ Conv. EDH, art. 2.

⁶ Conv. EDH, art. 3.

l'interdiction de l'esclavage et du travail forcé¹. En effet, dans les domaines où le législateur n'a que peu de marge de manœuvre au regard de l'importance de la valeur sociale protégée par une incrimination, l'opposition privé-public ne joue qu'un rôle marginal ou inexistant ; que l'on songe au meurtre², au viol³ ou encore au vol⁴. En revanche, sans grande surprise, les lieux, réunions et communications privés ou publics entretiennent des liens étroits avec le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance⁵, la liberté de conscience⁶, la liberté d'expression⁷ ou la liberté de réunion⁸. Or, tous ces « *droits-libertés* »⁹ ont pour point commun d'être consacrés par la convention précitée dans un paragraphe premier avant qu'un paragraphe second n'autorise les États signataires à y apporter des restrictions exceptionnelles et conditionnées.

Le principe d'atteintes ponctuelles et délimitées à ces libertés par des dispositions pénales est donc admis. On précisera toutefois que le recours aux caractères privé ou public, s'il peut permettre de légitimer un temps de telles atteintes, n'enlève rien au fait que la compartimentation de la liberté induit par ces caractères puisse être perçue défavorablement¹⁰. Plus encore, la garantie d'un équilibre répressif par l'opposition privé-public se révèle surtout à travers une approche diachronique du droit pénal. En effet, on peut rappeler que, d'une manière générale, le consensus sur lequel repose théoriquement l'édiction de toute norme juridique, fruit de la rencontre des « *forces créatrices du droit* »¹¹, est le plus souvent fragile en

¹ Conv. EDH, art. 4.

² Sur la présomption de légitime défense dans un lieu habité, v. *supra* n° 333.

³ V. *infra* n° 459.

⁴ Sur l'aggravation d'atteintes aux biens commises dans un lieu privé, v. *supra* n° 377.

⁵ Conv. EDH, art. 8.

⁶ Conv. EDH, art. 9, évoquant notamment « *la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites* ». Adde, CEDH, 13 déc. 2001, n° 4571/09, *Église métropolitaine de Bessarabie et autres c/ Moldova*, § 114 : « *Si la liberté religieuse relève d'abord du for intérieur, elle "implique" de surcroît, notamment, celle de "manifester sa religion" individuellement et en privé, ou de manière collective, en public et dans le cercle de ceux dont on partage la foi* ».

⁷ Conv. EDH, art. 10.

⁸ Conv. EDH, art. 11.

⁹ L. FAVOREU, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 7^e éd., 2015, p. 504 et s. Ces « *droits-libertés* » se distingueraient ainsi, notamment, des « *droits-participation* », des « *droits-créances* » ou encore des « *droits-garanties* ».

¹⁰ R. HANICOTTE, « Espace public, impasse des libertés », art. préc., n° 27 : « *La liberté [...] régresse, rétrogradée à la condition de l'exception spatiale, vouée à subir le sort de la "peau de chagrin". Évoquer "le domaine" de la liberté, c'est déjà vouloir la borner* ».

¹¹ G. RIPERT, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955, spéc. p. 72 et s. V. aussi, J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », art. préc. : « *Entre la conception purement "objectiviste" [...] et la vision "volontariste" d'un "législateur rationnel", édictant la norme en fonction des seules règles de la Raison et exigences du Bien commun, un moyen terme existe : la norme juridique est en effet le produit aléatoire de l'ensemble des déterminations pesant sur le champ social dans lequel elle s'inscrit ; résultat d'un arbitrage entre demandes sociales antagoniques, elle est aussi la traduction d'un certain rapport de forces entre groupes sociaux* ». Adde : J.-H. ROBERT, « La politique pénale : ressorts et évolution », *Pouvoirs*, n° 128, 2009, p. 103.

matière pénale, du fait de la réaction nécessairement épidermique du corps social à l'atteinte à la liberté que constitue, par essence, la norme pénale¹. Les déçus d'un processus législatif ont rarement dit leur dernier mot une fois la nouvelle norme entrée en vigueur². Comme le relève un auteur, deux réponses s'offrent alors au législateur lorsqu'une évolution juridique est réclamée : le *durcissement* de l'ordre juridique en vigueur ou une *régénération* de celui-ci³. Or, lorsque le législateur pénal introduit l'opposition privé-public dans un domaine particulier ou, au contraire, y renonce, il exprime précisément la volonté de choisir entre une sévérité accrue ou une liberté renouvelée. Schématiquement, sur le plan du droit pénal de fond, un comportement hier totalement illicite, qu'il soit commis en privé ou en public, peut être aujourd'hui licite en privé ou en public, pour être totalement autorisé demain ; dans ce cas, l'opposition privé-public aura accompagné la régénération de l'ordre juridique. À l'inverse, il se peut que la répression ait vocation à se durcir, si bien qu'un comportement, hier totalement autorisé, aujourd'hui licite en privé ou en public, sera prohibé demain qu'il soit effectué en privé ou en public. La logique est presque identique sur le plan procédural, si ce n'est que l'encadrement d'un acte de police suppose une protection accrue de la liberté, là où l'absence d'encadrement facilite la tâche des enquêteurs et atteste d'une répression sévère⁴.

Il s'agit donc ici d'étudier ce double processus évolutif et d'en comprendre les raisons, lesquelles seront distinctes selon les domaines considérés et les libertés à préserver. Dès lors, on analysera, dans un premier temps, la façon dont l'opposition privé-public permet de garantir⁵ une pénalisation équilibrée de la liberté d'expression. Dans ce domaine, c'est surtout dans l'optique de préserver la possibilité d'une expression privée que la condition de publicité du propos est introduite à l'égard de certains abus de la liberté d'expression. En d'autres termes,

¹ J. CARBONNIER, « La nature des règles définissant les cas de déviance ou de délinquance et la signification de leur application », art. préc., p. 891 : « *Le droit pénal d'État est mis dans l'embarras : où est le consensus dont il se réclamait ? on ne voit que des conflits* ».

² J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », art. préc. : « *L'ordre juridique est aussi un ordre de domination, transcrivant un rapport de forces au sein du groupe : les attentes sociales ne correspondant pas à cette logique sont impitoyablement refoulées comme hétérodoxes, déviantes, et donc inadmissibles. Cependant, ces attentes ne disparaissent pas : cristallisées en représentations et en attitudes structurées, elles subsistent à la périphérie de l'ordre juridique comme un facteur de désordre, de dissonance. Au cas où ce bruit devient plus insistant et la pression plus forte, l'ordre juridique se trouve menacé sur le double plan de sa cohésion interne et de son efficacité sociale* ». Adde : A. DARSONVILLE, « L'élaboration de la loi pénale sous l'influence des citoyens », in *Politique(s) criminelle(s) – Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 157.

³ *Ibid.* : « *la persistance de la crise peut entraîner un véritable changement de structure, traduit par l'émergence d'un nouvel ordre, fondé sur une logique différente* ».

⁴ V. *supra* n° 336 et s.

⁵ V. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Garantie », sens II, définissant la « *garantie des droits* » comme l'ensemble des « *dispositions et procédés [...] qui tendent à empêcher par des interdictions ou d'une manière générale par un système quelconque de limitation du pouvoir la violation des droits de l'homme par les gouvernants* ».

le législateur vise tant à protéger la communication privée qu'à réprimer une communication publique (section 1). À l'inverse, dans d'autres domaines, c'est précisément le caractère privé ou public du lieu ou de la réunion où se déroule le comportement qui focalise l'attention du législateur et légitime son intervention ; on retrouve ici le lien entre l'opposition privé-public et la condition préalable de l'infraction¹. Par exemple, l'ordre public doit être protégé dans les lieux publics, la vie privée dans les lieux privés. Le partage privé-public s'analyse alors comme la garantie d'une protection ciblée de certains intérêts (section 2).

Section 1 : La garantie d'une pénalisation mesurée des abus de la liberté d'expression

417. Si le législateur ne devrait, en toutes circonstances, légiférer « *qu'en tremblant* »², la prudence est d'autant plus de mise lorsqu'il s'agit de pénaliser un abus de la liberté d'expression. Comme le relève VITU, « *permettre à chacun d'exprimer ses opinions mais, dans le même temps, vouloir empêcher les abus toujours possibles constitue une vraie quadrature du cercle* »³. Cette assertion met bien en exergue la distinction entre la liberté abusée et l'intérêt pénalement protégé. On le sait, les communications dont il est question dans cette étude s'intègrent, dans l'écrasante majorité des cas, à l'élément matériel de l'infraction et non à la condition préalable de celle-ci⁴. Partant, la valeur sociale protégée par les incriminations concernées n'est en aucun cas la liberté d'expression mais plutôt, par exemple, l'honneur dans le cadre de la diffamation ou l'injure, ou encore les droits d'auteur dans le cadre de la contrefaçon. Toutefois, aussi importantes que soient ces valeurs sociales, la pénalisation des abus de la liberté d'expression suppose que des mécanismes compensent la limitation de cette liberté inhérente au processus d'incrimination. Or, la condition de publicité suppose une limitation substantielle de la répression pénale puisqu'elle laisse en dehors du champ de la répression pénale les communications privées. En ce sens, elle constitue précisément une garantie d'une pénalisation équilibrée de la liberté d'expression, garantie parmi d'autres pour

¹ V. *supra* n° 315.

² J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 50.

³ A. VITU, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, t. 1., n° 1527, p. 1203. Dans le même sens, P. ROLLAND, « Du délit d'opinion dans la démocratie française », in *Liberté et pouvoir, Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 663 : « *toucher à l'opinion c'est toucher à la fondation même de la démocratie* ».

⁴ V. *supra* n° 317 et s.

les délits de presse (§1), garantie centrale mais fragile pour les communications litigieuses incriminées en dehors de la loi du 29 juillet 1881 (§2).

§1. La condition de publicité, garantie parmi d'autres en droit de la presse

418. La condition de publicité, dès lors qu'elle suppose une liberté de s'exprimer en privé, est en partie liée à la distinction entre la liberté d'opinion et la liberté d'expression. Si ces deux libertés sont souvent consacrées ensemble¹, on a pu écrire que « *la liberté d'opinion constitue la sœur, voire le préalable de la liberté d'expression : en effet, la première féconde dans l'intimité ce que la seconde accouche dans la publicité* »². Dès lors, il est certain que le droit pénal ne peut s'intéresser qu'à la pensée extériorisée et non à la pure opinion, conçue dans le for interne de l'individu³. Plus encore, au-delà de l'extériorisation d'une opinion, c'est en principe l'expression publique de celle-ci qui est seule saisie par la norme pénale⁴. Comme le souligne un auteur, si certaines idéologies dangereuses « *n'engendrent aucun risque lorsqu'elles sont exprimées dans une simple conversation privée, leur diffusion peut avoir des conséquences telles qu'il est du devoir du droit pénal d'intervenir pour assurer la protection des valeurs sociales* »⁵. Ce constat vaut aussi, plus largement, pour les délits de presse qui n'ont pas trait à l'expression d'une opinion ; les délits de diffusion de fausses nouvelles⁶ ou de

¹ V. not., PIDCP, art. 19 ; Conv. EDH, art. 10. De même, si la Déclaration de 1789 proclame dans deux articles distincts que nul « *ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses* » (art. 10) avant de consacrer la « *libre circulation des opinions* » (art. 11), ces deux dispositions traitent de l'expression de ces opinions, la première évoquant « *leur manifestation* », la seconde mentionnant la possibilité de « *parler, écrire, imprimer librement* ». Adde : B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal.*, op. cit., n° 26, p. 10 : « *la revendication de la liberté d'opinion s'est confondue aux XVIII^e et XIX^e siècles avec la réclamation de la liberté de la presse* ».

² T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, op. cit., n° 9, p. 14.

³ P. CONTE, « Droits de l'homme et droit pénal : l'exemple du droit à la dignité et de la répression du racisme », *RIDC* 1994, p. 65, n° 13 : « *l'ordre public ne peut être touché qu'au moment où une idée se manifeste extérieurement et devient, ainsi, un fait social* », ce dont l'auteur déduit que l'adhésion à l'idéologie raciste « *n'intéresse pas le droit pénal, qui s'arrête au seuil des consciences* ». Dans le même sens, v. T. GRELLET-DUMAZEAU, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, Joubert, 1847, p. 95, n° 118 : « *la pensée ne crée une responsabilité à charge de celui qui l'émet, ne devient justiciable de la loi, que lorsqu'elle s'est manifestée, car alors seulement elle peut exercer une influence sur la société* » ; J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, op. cit., p. 31 : « *la pensée ne tombe sous la juridiction de la loi qu'autant qu'elle est transformée en action, soit par la parole, soit par l'écriture, soit par l'impression* ».

⁴ P.-J.-É FABREGUETTES, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1, op. cit., n° 710, p. 269 : « *on ne devient comptable envers la Société de ses pensées ou de ses opinions que si on les publie, c'est-à-dire si on les communique à des tiers* ».

⁵ F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, op. cit., n° 182, p. 133.

⁶ Loi du 29 juillet 1881, art. 27.

diffusion de l'image d'une personne menottée¹, par exemple. S'il est davantage question d'informations que d'opinions dans ces cas de figure, c'est avant tout le caractère public de la communication qui en fait une menace pour le corps social. En d'autres termes, « à la différence des autres délits qui ont besoin de l'ombre et du mystère, [le délit de presse] cherche au contraire le grand jour, et c'est à la face du soleil qu'il attaque la société »². Cela étant précisé, on s'appesantira sur la crainte du délit d'opinion, dès lors que celle-ci justifie de manière emblématique que seule la communication publique de certaines idées soit incriminée (A). Que l'infraction de presse réprime la diffusion d'une opinion ou d'une information, la condition de publicité n'est toutefois qu'une garantie parmi d'autres au sein de la loi du 29 juillet 1881 (B).

A. Une garantie nécessaire pour apaiser la crainte du délit d'opinion

419. Si le concept de délit d'opinion est régulièrement invoqué dans le débat public pour exprimer la crainte d'une atteinte excessive à la liberté d'expression, ce vocable n'a pas de réelle consistance juridique. Il a pu être avancé que « dans les sociétés libérales le délit d'opinion s'est confondu en pratique avec les délits de presse »³. Un auteur a toutefois pu relever qu'ainsi entendu, le délit d'opinion était mal nommé, puisque, en toute rigueur, « le délit d'opinion serait celui qui réprime la simple possibilité d'avoir une opinion, alors que le “délit d'expression” serait celui qui permet la sanction de l'expression d'une idéologie »⁴. Quoiqu'il en soit, on admettra que le délit d'opinion « repose sur l'idée que des opinions peuvent être dangereuses pour la société ou le régime politique au point de les conduire à la destruction »⁵. Or, précisément, le délit d'opinion est souvent invoqué dans les débats autour de la pénalisation du discours de haine, atteignant la société (1), ainsi que dans ceux relatifs à la pénalisation de propos antiétatiques, visant le régime politique (2), la nécessité de garantir une pénalisation équilibrée étant patente dans ces domaines.

¹ Loi du 29 juillet 1881, art. 35 *ter* I.

² J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, *op. cit.* p. 32

³ P. ROLLAND, « Du délit d'opinion dans la démocratie française », art. préc., p. 649.

⁴ F. SAFI, *op. cit.*, note 235, p. 178.

⁵ P. ROLLAND, art. préc., p. 656.

1. La nécessité d'une pénalisation prudente du discours de haine

420. Les contours du discours de haine. Les contours des discours de haine ne sont pas aisés à tracer. « Si les formulations juridiques et les conceptualisations philosophiques varient, et se contredisent parfois, ce terme désigne généralement les actes expressifs qui dénigrent certains individus en groupes ou en raison d'un trait identitaire qui leur est assigné »¹. On retiendra donc que les opinions haineuses que le législateur aspire à réprimer sont celles qui visent des groupes déterminés². La pénalisation de ces discours n'en reste pas moins très délicate et indéniablement controversée. Le dilemme est bien connu : d'un côté, ne pas pénaliser revient à laisser les idéologies néfastes se propager dans le corps social, au risque que la dimension performative³ de ces propos n'engendre des passages à l'acte ; d'un autre côté, pénaliser maladroitement risque d'être perçu comme l'instauration d'une « police de la pensée », de renforcer la radicalisation des destinataires de ces messages⁴, le droit pénal devant ici céder la place à l'éducation⁵. Il est donc logique que la condition de publicité intervienne ici pour garantir une pénalisation équilibrée, la nécessité d'une diffusion amplifiée des propos étant particulièrement mise en évidence par les juges européens⁶.

¹ E. BLEICH et C. GIRARD, « Que faire des discours de haine en démocratie ? », *Esprit*, 2015, n° 418, p. 5.

² En ce sens, Recommandation n° R(97)20 du Comité des Ministres aux États membres sur le « discours de haine », adoptée le 30 oct. 1996, sp. « Champ d'application », énonçant que les discours de haine renvoient à « toutes formes d'expression qui propagent, incitent à, promeuvent ou justifient la haine raciale, la xénophobie, l'antisémitisme ou d'autres formes de haine fondées sur l'intolérance, y compris l'intolérance qui s'exprime sous forme de nationalisme agressif et d'ethnocentrisme, de discrimination et d'hostilité à l'encontre des minorités, des immigrés et des personnes issues de l'immigration ».

³ N. THIRION, « Discours de haine et police du langage », *Revue de philosophie politique de l'ULg*, n° 3, 2010, p. 100 : « Bref, les discours de haine sont de véritables performatifs en ce qu'ils influent radicalement sur la réalité non-verbale ».

⁴ M.-A. DILHAC, « Tolérer les extrêmes », *Esprit*, 2015, n° 418, p. 30 : « Condamnez au silence un intolérant, il sera convaincu que vous n'avez sur lui aucune supériorité morale et que seule la force de votre côté fait droit, pour l'instant. Faites taire un antisémite, il ne doutera plus que vous êtes à la solde des juifs qui contrôlent tout ».

⁵ Sur l'importance de ce point de vue aux États-Unis, v. T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, *op. cit.*, n° 140, p. 123.

⁶ F. TULKENS, « When to say is to do, Freedom of expression and hate speech in the case-law of the European Court of Human Rights », *Séminaire sur les droits de l'Homme pour les formateurs judiciaires européens*, 2012, p. 12. Pour la magistrate, parmi les différents critères dégagés par la jurisprudence de la Cour européenne sur le discours de haine, à savoir le statut du locuteur, le contexte, l'intention, la forme et l'impact du discours, les deux derniers sont assurément prépondérants. En effet, « la Cour attache une importance particulière au support utilisé et au contexte dans lequel les propos incriminés ont été diffusés en l'espèce, et par conséquent à leur impact potentiel sur l'ordre public et la cohésion du groupe social » (CEDH, 16 juillet 2009, n° 15615/07, *Feret c/ Belgique*, § 75), la juridiction strasbourgeoise distinguant par suite entre les moyens de communication publique, en estimant que « les médias audiovisuels ont des effets souvent beaucoup plus immédiats et puissants que la presse écrite » (CEDH, 23 sept. 1994, n° 15890/89, *Jersild c/ Danemark*, § 31). Pour T. BESSE (*op. cit.*, n° 234, p. 203), ces critères strasbourgeois montrent que « l'opportunité d'une répression de l'expression haineuse est moins subordonnée à son contenu qu'à son contexte et aux paramètres de sa diffusion ».

Plus fondamentalement, c'est l'approche conséquentialiste du discours de haine¹, c'est-à-dire la pénalisation fondée sur la prévention d'un résultat redouté précisément identifié, qui confère à la pénalisation du discours de haine sa légitimité. Or, il convient ici de distinguer. D'un côté, les provocations, diffamations et injures haineuses sont véritablement tournées vers l'avenir ou, à tout le moins, inscrites dans le présent, dès lors que, par hypothèse, les personnes injuriées ou diffamées sont encore vivantes au moment où le propos est exprimé. Partant, cette pénalisation est suffisamment consensuelle, aux yeux du législateur, pour qu'il réprime également ces infractions sous leur forme non publique ; on étudiera donc ces infractions plus loin². D'un autre côté, certaines infractions sont davantage tournées vers le passé, ce qui les éloigne de la logique conséquentialiste évoquée et rend d'autant plus nécessaire que leur répression soit conditionnée par une exigence de publicité. Il s'agit des délits d'apologie et de négationnisme.

421. La nécessité de la condition de publicité en matière d'apologie. Dans une perspective diachronique, on peut relever que, si le lien entre les contenus apologétiques et la condition de publicité a toujours été prégnant, le rattachement de ces contenus au discours de haine est relativement récent. En effet, une mutation progressive de la valeur sociale protégée par les textes a été opérée en la matière, quoique la formulation des dispositions ait toujours été relativement neutre. À l'origine, la pénalisation de l'apologie visait à réprimer l'expression d'idéologies antiétatiques. La première incrimination³ de l'apologie date ainsi de la loi du 9 septembre 1835, dont l'article 8 punissait sobrement « toute apologie de faits qualifiés de crimes et de délits par la loi pénale ». Or, cette prescription légale fut édictée après que le roi Louis-Philippe eut été visé par un attentat, dont des journaux avaient pu faire l'apologie ; ceux-ci furent poursuivis sur le fondement du nouveau délit⁴. Il s'agissait donc d'endiguer tout esprit de révolte au sein de la population française⁵. L'esprit libéral qui animait les rédacteurs de la loi du 29 juillet 1881 les fit logiquement renoncer à cette pénalisation, précisément car

¹ G. CALVÈS, « Les discours de haine et les normes internationales », *Esprit*, 2015, n° 418, p. 58 : « le discours de haine n'est pas illicite parce qu'il est haineux, mais parce qu'il est dangereux ».

² V. *infra* n° 433.

³ V. toutefois, P.-J.-É. FABREGUETTE, *De la complicité intellectuelle et des délits d'opinion, de la provocation et de l'apologie criminelles, de la propagande anarchiste*, Marescq aîné, 1894-95, p. 62, rappelant que « l'apologie est la complicité par approbation et louange de notre Ancien Droit ».

⁴ J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, *op. cit.*, p. 314.

⁵ Le rapporteur à la Chambre des députés justifiait l'infraction par le constat suivant : « ne voit-on pas les journaux établir que la révolte est légitime ; que chacun, en vertu de mille sophismes, a le droit de se révolter sans cesse ; que chacun peut descendre dans la rue les armes à la main, tirer sur la milice civique ou l'armée, tirer sur la loi vivante » (N.-A. DE SALVANDY, séance du 27 août 1835, cité in J. P. CHASSAN, *op. cit.* p. 313).

« l'absence d'un lien de causalité rattachant le propos apologétique à la commission hypothétique d'une infraction en faisait trop facilement le prétexte de procès de tendance »¹. Le délit refit néanmoins son apparition avec les fameuses lois dites « scélérates » adoptées les 12 et 13 décembre 1893, cette fois après un attentat perpétré contre des députés et imputé aux mouvements anarchistes². L'objectif était donc, là encore, de réprimer la diffusion d'idéologies antiétatiques³, quoique les termes de l'article 24 de la loi sur la presse fussent toujours très génériques, seules des infractions de droit commun étant visées et aucun mobile anarchique n'étant par ailleurs exigé.

La dimension antiétatique de l'infraction s'est progressivement estompée à partir du XX^e siècle⁴, celle-ci étant mise au service de la pénalisation du discours de haine à partir de la fin de la Seconde Guerre mondiale. La loi n° 51-58 du 5 janvier 1951 instaura un dispositif de répression des « activités antinationales » dont résulta l'incrimination des apologies de « crimes de guerre ou délits de collaboration avec l'ennemi ». Or, une activité « antinationale » est plus large qu'une activité antiétatique et, plus fondamentalement, il s'agissait évidemment de prohiber la réactivation du souvenir douloureux de la propagation de l'antisémitisme, indissociable de la collaboration avec l'occupant⁵. La jurisprudence rendue en application de ce dispositif confirme que c'est bien cette période qui était visée à titre principal⁶.

Par la suite, l'apologie de « crime contre l'humanité » fut incriminée par la loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 et fit l'objet d'applications essentiellement en rapport avec la Shoah⁷, le lien

¹ T. BESSE, *op. cit.*, n° 78, p. 71.

² Cet attentat est parfois attribué aux forces de l'ordre, lesquelles auraient eu la volonté de légitimer la répression entourant le mouvement anarchiste (en ce sens, v. H. LECLERC, intervention au colloque « Y'a-t-il des abus licites de la liberté d'expression ? », *Légicom*, 2015/1, n° 54, p. 84).

³ Exposé des motifs de la loi des 12 et 13 déc. 1893, *D.* 1894, 4, p. 9, mettant en avant la nécessité de lutter contre la « glorification de ces prétendus héros de l'anarchie ».

⁴ La répression des apologies anarchistes, hier centrale (par ex. : Cass. crim., 22 août 1912 ; *D.* 1914, 1 p. 75 ; CA Toulouse, 19 janv. 1894 ; *D.* 1894, 2, p. 80), est aujourd'hui marginale (v. toutefois, TGI Paris, 4 juill. 1997 ; *Légipresse* 1998, I, p. 97).

⁵ En ce sens, E. DREYER, *Droit de la communication, op. cit.*, n° 1059, p. 576.

⁶ V. not., pour l'apologie de crime d'intelligence avec l'ennemi : Cass. crim., 11 févr. 1954, *Bull. crim.* n° 71 ; Cass. crim., 16 nov. 1993, n° 90-83.128 ; pour l'apologie de crimes de guerre : Cass. crim., 14 janv. 1971, *Bull. crim.* n° 14. V. toutefois, Cass. crim., 7 déc. 2004, *Bull. crim.* n° 310, estimant que constitue une apologie de crime de guerre l'ouvrage justifiant les exactions commises par des soldats français pendant la guerre d'Algérie.

⁷ Par ex. : Trib. corr. Paris, 13 déc. 1999 ; *Légipresse* 2000, n° 169, I, p. 19 ; Cass. crim., 7 mai 2018, n° 17-82.656.

avec le discours de haine étant prégnant en l'occurrence¹. Or, ce dispositif est celui qui a connu le plus d'extensions au cours des dernières années².

Quel que soit l'objet du message considéré, la dimension temporelle de l'apologie est ambivalente. D'un côté, il est évident que le propos apologétique, à savoir, en droit pénal, celui consistant à « *décrire, présenter ou commenter une infraction en invitant à porter, sur elle, un jugement moral favorable* »³ intervient généralement après qu'un acte a été commis, l'apologie étant alors tournée vers le passé⁴. En ce sens, « *l'apologie demeure, à l'inverse de la provocation qui consiste en une exhortation, l'expression d'une opinion* »⁵. Une telle conception permet d'éviter de confondre apologie et provocation⁶. D'un autre côté, il est vrai que la valorisation d'un comportement est susceptible d'engendrer d'autres passages à l'acte⁷. C'est donc assurément la logique même de l'apologie, jurant au moins partiellement avec l'approche causaliste au fondement de la répression des discours de haine, qui engendre la méfiance à l'égard de la pénalisation de ce type de message⁸. Au surplus, on peut noter que la

¹ F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, op. cit., n° 292, p. 205 : « *S'agissant de l'apologiste des crimes contre l'humanité, il semble possible d'affirmer qu'il est nécessairement animé par une idéologie raciste, si bien que l'infraction relève bien d'une politique de lutte contre le racisme* ». V. aussi, B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, op. cit., p. 352 et s.

² Sur le plan procédural, le fait que l'action civile soit à l'origine réservée aux associations ayant pour objet la défense des intérêts moraux et de l'honneur de la Résistance ou des déportés fut jugé inconstitutionnel (Cons. const., 16 oct. 2015, n° 2015-492 QPC ; CCE 2015, comm. 100, obs. A. LEPAGE). Plus largement, suite aux critiques formulées par rapport à l'impossibilité de réprimer des crimes ne correspondant pas à la définition précise des crimes contre l'humanité (C. pén., art. 211-1 et s.), en particulier l'esclavage et, notamment, la traite négrière (Cass. crim., 5 févr. 2013, *Bull. crim.* n° 38), la loi dite « *égalité et citoyenneté* » du 27 janvier 2017 a complété l'al. 5 de l'art. 24, lequel évoque à présent l'apologie « *des crimes de réduction en esclavage ou d'exploitation d'une personne réduite en esclavage* » et précise que ces apologies sont punissables « *y compris si ces crimes n'ont pas donné lieu à la condamnation de leurs auteurs* » (v. E. DREYER, op. cit., n° 1061, p. 578, pour qui cet ajout « *donne le sentiment de vouloir empêcher le débat sur des faits anciens à l'égard desquels la vérité n'aurait pas été entièrement faite* »).

³ J.-H. ROBERT, « Fasc. 3170 : Apologies et provocations de crimes et délits », *J.-Cl. Communication*, 2015, n° 25.

⁴ Cette dimension passée ressort de la définition courante de l'apologie : « *Discours ou écrit ayant pour objet de défendre, de justifier, et le cas échéant faire l'éloge d'une personnalité ou d'une cause contre des attaques publiques* » (CNTRL, v° « Apologie », sens B).

⁵ T. BESSE, op. cit. n° 87, p. 80. V. aussi, P. AUVRET, « La répression de l'apologie dans le cadre de l'article 24 de la loi sur la presse », in N. DROIN, W. JEAN-BAPTISTE (dir.), *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : une nécessité ?*, LGDJ, 2017, p. 95.

⁶ E. DREYER, op. cit. n° 1062, p. 579. Soulevant la question de savoir si l'acte dont il est fait l'apologie doit avoir eu lieu, interprétation permise par le texte d'incrimination, l'auteur relève la difficulté tenant alors à distinguer l'apologie de la provocation et s'inquiète de l'inconventionnalité d'une telle interprétation, avant de conclure : « *Il est sans doute préférable de limiter l'apologie à la glorification des faits du passé* ».

⁷ G. LE POITTEVIN, *Traité de la presse*, op. cit., n° 578, p. 51 : « *Proclamer qu'un acte criminel est méritoire, couvrir d'éloges et exalter la conduite de celui qui l'a commis, n'est-ce pas là un moyen assuré d'égarer certains hommes, de jeter le trouble dans leur conscience et de les inciter à renouveler ce crime ?* »

⁸ Pour y remédier, les juges de Strasbourg ont cru bon de prendre en compte le « *recul du temps* » (CEDH, 23 sept. 1998, n° 24662/94, *Lehideux et Isorni c/ France* ; RSC 2005, p. 583, obs. A. LEPAGE, § 55 ; CEDH, 15 janv. 2009, n° 20985/05, *Orban et autres c/ France* ; RSC 2009, p. 663, obs. D. ROETS, § 52), considération empêchant de condamner l'apologie de faits trop anciens. Ce critère a néanmoins été critiqué en ce qu'il irait à l'encontre de la

méfiance à l'égard de cette pénalisation est alimentée par la façon dont la jurisprudence apprécie l'apologie¹.

Au regard de toutes ces considérations, on comprend que l'apologie, lorsqu'elle concerne le discours de haine, soit exclusivement punie quand elle revêt un caractère public. Il en va de même en matière de négationnisme.

422. La nécessité de la condition de publicité en matière de négationnisme. La pénalisation des discours négationnistes fut initiée tardivement, ce qui ne saurait en réalité surprendre si l'on veut bien se rappeler à quel point la société française eut besoin de temps pour parvenir à faire face aux heures sombres de son histoire². Il fallut ainsi attendre la loi dite « Gayssot » du 13 juillet 1990, consécutive à l'émoi suscité par la profanation d'un cimetière juif, pour que l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 fasse son apparition. Le négationnisme a en commun avec l'apologie d'être tourné vers le passé, ce qui met à mal, là encore, la logique causaliste au fondement de la pénalisation du discours de haine. La particularité de ce discours est toutefois de nier la véracité historique de faits pourtant établis, ce qui explique que des inquiétudes aient

volonté des victimes « *de ne pas oublier* » (G. COHEN-JONATHAN, « L'apologie de Pétain devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 1999, p. 366) et qu'il méconnaîtrait la marge d'appréciation de l'État français, dépossédé de la possibilité de déterminer « *dans quelle mesure un texte historique [peut] encore offenser une partie de la collectivité nationale* » (H. MOUTOUH, « Le droit de défendre la mémoire d'un chef d'Etat », *JCP*, 1999, II, 10119).

¹ Celle-ci oscille entre deux approches. Un courant jurisprudentiel, exigeant, considère que l'apologie suppose la justification de l'infraction, au sens où un « *jugement favorable* » (v. not., Cass. crim., 12 avr. 2005, *Bull. crim.* n° 128 ; *RSC* 2005, p. 583, note A. LEPAGE ; Cass. crim., 28 avr. 2009, *Bull. crim.* n° 79 ; *CCE* 2009, comm. 81, obs. A. LEPAGE) doit être porté sur celle-ci, ce qui suppose notamment de s'intéresser à l'effet potentiel de l'apologie sur le destinataire du message (Cass. crim., 4 juin 2019, n° 18-85.042, *Bull. crim.* n° 102). Parfois, la jurisprudence, plus souplesment, entend l'apologie comme la glorification ou l'éloge d'un crime ou d'un délit déterminé. Or, s'il est indéniable que la glorification explicite d'une infraction caractérise une apologie punissable (Cass. crim., 2 nov. 1978, *Bull. crim.* n° 294), l'admission de la glorification implicite par quelques arrêts appelle plus de réserve (Cass. crim., 17 mars 2015, *Bull. crim.* n° 56, préc., jugeant que le fait, pour un enfant de porter un maillot portant les inscriptions « *je suis une bombe* » et « *Jihad, né le 11 septembre* » a été jugé révélateur d'une volonté « *de présenter sous un jour favorable* » les attentats commis aux États-Unis à cette date ; les juges de Strasbourg n'ont pas jugé cette condamnation disproportionnée : CEDH, 2 sept. 2021, n° 46883/15, *Z.B. c/ France* ; *CCE* 2021, comm. 74, note A. LEPAGE, § 67) de même que les décisions sanctionnant l'apologie du criminel davantage que ses crimes (Cass. crim., 16 nov. 1993, *Bull. crim.* n° 341 ; Cass. crim., 25 avr. 2017, n° 16-83.331).

² La prolifération des lois mémorielles à compter de la fin du XX^e siècle, lesquelles ont pour objet des faits commis des dizaines d'années auparavant, ne saurait occulter le lent processus ayant conduit à l'émergence du devoir de mémoire. En ce sens, J.-P. PINAULT, « Le camp de la Lande », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ? : Les lois mémorielles et l'histoire*, L'éclat, 2014, p. 147 : « *Les camps, dans une acception souvent confuse quant à leur spécificité, c'était, dans l'opinion commune, l'affaire de l'Allemagne. Étudier les camps d'internement en France, c'était donc briser un tabou, une omerta* ». L'auteur rappelle qu'il fallut d'ailleurs les travaux de l'historien américain Robert PAXTON dans les années 70 pour que les historiens français se décident à « *faire sauter les verrous de la mémoire* » (p. 150). Les procès de Maurice Papon, Klaus Barbie ou Paul Touvier ont également contribué à faire ressurgir le passé douloureux de la France et, notamment, la reconnaissance par Jacques Chirac de la responsabilité du pays dans la rafle du Vel d'Hiv en 1995.

été émises quant à l'impact de cette incrimination sur le débat historique. Au-delà de l'invocation de la figure du délit d'opinion¹, c'est donc avant tout l'inquiétude quant à l'atteinte potentielle à la liberté de la recherche historique² qui fut mise en exergue³, en ce que le délit risquait de conduire à l'instauration d'une « vérité officielle »⁴. Il n'est donc guère surprenant que l'abrogation du texte et, d'une manière générale, du dispositif des lois mémorielles, ait souvent été sollicitée par des historiens⁵. Pour d'autres, ce grief serait exagéré en ce qu'il s'agit essentiellement de protéger l'autorité de la justice, plus précisément l'autorité de la chose jugée résultant des décisions rendues par des juridictions d'exception⁶. Cet argument a néanmoins pu être discuté d'un point de vue technique⁷. Il ne saurait occulter, au demeurant, la volonté du législateur d'endiguer la propagation des discours de haine⁸. Cette volonté transparaît notamment de la jurisprudence européenne qui refuse d'accorder aux discours révisionnistes la protection de l'article 17 de la Convention européenne⁹, solution qui a pu être jugée excessive¹⁰.

¹ J. ROBERT et J. DUFFAR, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Montchrestien, 8^e éd., 2009, p. 741, n° 706 : « Il faut tout laisser attaquer afin qu'on puisse tout défendre. Attention à ne pas – même pour les meilleures causes – laisser resurgir le “délit d'opinion” ».

² Cette liberté n'est pas consacrée par les textes mais entretient des liens étroits avec la liberté d'expression. V. not., CEDH, 29 juin 2004, n° 64915/01, *Chauvy et autres c/ France*, § 69 : « la recherche de la vérité historique fait partie intégrante de la liberté d'expression ».

³ O. TOURNAFOND, « Quelques questions à propos de la “démocratie” », in *Le monde du droit, Écrits rédigés en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p. 1010.

⁴ D. DE BELLECIZE, « L'histoire, otage de la loi du 29 juillet 1881 ? », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 1273 ; J.-B. PERRIER et E. RASCHEL, « Le négationnisme face aux droits et libertés garantis par la Constitution », *D.* 2016, p. 521. V. aussi M. REBÉRIOUX, « Contre la loi Gayssot », *Le Monde*, 21 mai 1996. Pour l'historien, la loi Gayssot confie « au juge chargé de son application la charge de dire la vérité en histoire alors que la vérité historique refuse toute autorité officielle ».

⁵ Par ex., P. NORA et F. CHANDERNAGOR, *Liberté pour l'histoire*, CNRS éd., 2008.

⁶ P. CONTE, « L'Histoire et les juges », *Dr. pén.*, 2016, repère 3 : « Nier cette ignominie revient donc toujours à contester un juge, et pas seulement le crime : la valeur protégée par l'incrimination est aussi l'autorité de la justice, non une vulgate officielle de l'Histoire ». Pour l'auteur, le rattachement de la loi Gayssot aux lois mémorielles est donc abusif. Dans le même sens, v. P. WACHSMANN, « Liberté d'expression et négationnisme », *RTDH*, 2001, p. 589.

⁷ Cass. crim., 23 févr. 1993, n° 92-83.478, refusant de considérer que l'absence de publication du jugement du Tribunal militaire international au *Journal officiel* engendrait l'inapplication de la disposition, dès lors que le statut de la juridiction *ad hoc*, d'après lequel la décision « sera définitive et non susceptible de révision », a été, lui, régulièrement publié audit *Journal*.

⁸ Cons. const., 8 janv. 2016, n° 2015-512 QPC, § 6, estimant que les propos incriminés « incitent au racisme et à l'antisémitisme » ; V. aussi, D. SALAS, « Le droit peut-il contribuer au travail de mémoire ? », in *La lutte contre le négationnisme*, Doc. fr., 2003, p. 42 : « ce qui compte est de dévoiler, derrière les masques de l'historien, une manifestation de propagande antisémite ». La Cour de cassation, quant à elle, fonde pourtant la légitimité de l'incrimination sur l'art. 10 § 2 de la ConvEDH, en se référant à la nécessité de protéger les droits d'autrui et la morale (Cass. crim., 20 déc. 1994, *Bull. crim.* n° 424) ainsi que l'ordre public (Cass. crim., 12 sept. 2000 ; *Dr. pén.* 2001, comm. 4, obs. M. VÉRON).

⁹ CEDH, 23 sept. 1998, *Lehideux et Isorni c/ France*, préc., § 58 ; CEDH, 24 juin 2003, n° 65831/01, *Garaudy c/ France* ; *D.* 2004, p. 239, note D. ROETS.

¹⁰ T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, *op. cit.*, n° 243, p. 209, pour qui la solution « conduit à établir une distinction entre les discours de haine qui peuvent faire l'objet d'un débat contradictoire, et ceux qui doivent être automatiquement perçus comme ne pouvant procéder de la liberté d'expression [...]. Il peut en effet

Il est difficile de mesurer l'impact concret d'une telle législation sur le débat public. Certains estiment que les véritables historiens n'ont jamais été inquiétés en application de cette disposition visant les « faussaires de l'histoire »¹. Plus encore, la méconnaissance croissante de l'histoire par les nouvelles générations², conjuguée à la disparition des derniers témoins directs des événements la rendraient d'autant plus nécessaire. D'autres, au contraire, pointent le potentiel effet pervers des condamnations prononcées sur ce fondement, à savoir la création de martyrs de la liberté d'expression se voyant offrir une tribune pour s'exprimer lors des débats judiciaires³ et se trouvant confortés dans leur sentiment d'être victimes d'une répression abusive par la sanction prononcée⁴.

La difficulté qu'a eue le législateur à étendre le domaine des propos négationnistes réprimés illustre également la défiance dont cette pénalisation fait l'objet. En 2017, après de multiples péripéties législatives et prétoriennes⁵, le législateur procédait à l'extension du délit en incriminant la minoration ou banalisation outrancière d'autres crimes, sous réserve que ceux-ci soient définis tant par le Code pénal que par le statut de Rome et qu'ils aient, par ailleurs, fait l'objet d'une condamnation⁶. Le législateur ajoutait néanmoins une autre condition,

être craint qu'une "banalisation" de la clause d'abus ne transforme sa vocation initiale de défense du modèle démocratique en véritable instrument de régulation des discours impopulaires ». Dans le même sens, F. SUDRE, « L'interdiction de l'abus de droit de l'article 17 de la CEDH, et les délits de presse », in N. DROIN, W. JEAN-BAPTISTE (dir.), *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : une nécessité ?*, op. cit., p. 166.

¹ B. BEIGNIER, « "De la langue perfide, délivre moi..." », réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite "Loi Gayssot" », in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 497. Dans le même sens, A. WIEVIORKA, « L'abrogation des lois mémorielles est-elle une solution ? », in M. BIENENSTOCK (dir.), *Devoir de mémoire ?*, op. cit., p. 180.

² C. BOUTON, « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », in M. BIENENSTOCK (dir.), op. cit., p. 68, rappelant que « 21% des jeunes allemands de 18-29 ans ignorent qu'Auschwitz était un camp d'extermination, soit 19% de l'ensemble de la population. En France [...], 67% des 15-17 ans, 60% des 18-24 ans, et 57% des 25-34 ans répondent "non" à la question : "avez-vous déjà entendu parler de la rafle du Vél d'Hiv ?" ».

³ D. SALAS, « Le droit peut-il contribuer au travail de mémoire ? », art préc.

⁴ M. TROPER, « La loi Gayssot et la Constitution », *Annales HSS*, 1999, p. 1240.

⁵ À l'origine, la disposition étudiée ne permettait de réprimer, en substance, que la négation des crimes commis pendant la Seconde Guerre mondiale, ce qui soulevait de nombreuses critiques (v. F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, op. cit., n° 309 et s). Le législateur a cru nécessaire de devoir incriminer la négation du génocide arménien. La France avait certes officiellement reconnu ce génocide en 2001 à travers une loi proprement mémorielle (Loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001), mais les juges ne pouvaient pas condamner les individus qui en contestaient la réalité (TGI Paris, 17^{ème} ch. corr., 18 nov. 1994, cité in B. BEIGNIER, art. préc.). Une loi du 23 janvier 2012 voulut y remédier en dédiant un article 24 *ter* à cette répression au sein de la loi sur la presse. La disposition fut déclarée inconstitutionnelle (Cons. const., 28 févr. 2012, n° 2012-647 DC, § 6 ; comp., CEDH, gr. ch., 15 oct. 2015, n° 27510/08, *Perinçek c/ Suisse*, § 122). Par la suite, les Sages écartèrent le grief d'atteinte au principe d'égalité soulevé à l'encontre de l'article 24 *bis* (Cons. const., 8 janv. 2016, n° 2015-512 QPC, préc., § 12) ; autrement dit, les Sages ne jugeaient pas indispensable que le domaine de l'infraction soit étendu. C'est pourtant à une telle extension qu'a procédé le législateur avec la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017.

⁶ Loi du 29 juillet 1881, art. 24 bis al. 2. *Adde* : Cass. crim., 24 mars 2020, n° 19-80.783, pour un exemple de minoration. *Adde* : E. DREYER, *Droit de la communication*, n° 1068, p. 584 : « Grâce à ce cumul d'exigence, il n'y a pas à craindre que le juge saisi de l'infraction de presse soit amené à "dire l'histoire" ». L'auteur ajoute :

à savoir que « *la négation, la minoration ou la banalisation de ce crime constitue une incitation à la violence ou à la haine* ». Il était évident que cette disposition rendait illusoire toute distinction entre le négationnisme et les provocations à caractère raciste¹. Cela n'a pas échappé au Conseil constitutionnel, qui censura cette condition². Mais, précisément, la maladresse du législateur ne mettait-elle pas pleinement en évidence la frontière éminemment poreuse entre tous les délits visant à réprimer le discours de haine ?³.

Si l'article 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 n'a pas vocation à disparaître, la pénalisation du discours de haine reste source de multiples débats et tensions, si bien que la condition de publicité a indéniablement un rôle à jouer pour rassurer les tenants d'une approche libérale de cette matière. La nécessité de cette condition est également patente en matière d'idéologies antiétatiques.

2. La nécessité d'une pénalisation modérée de propos antiétatiques

423. La nécessité passée de la condition de publicité pour les délits d'offense. Les idéologies antiétatiques s'expriment de façons diverses, ce qui est bien entendu la conséquence de la nature juridique particulière de l'État, personne morale s'incarnant plus ou moins abstraitement à travers des institutions, des symboles ou des représentants. Une première catégorie de propos antiétatiques comprend ainsi ceux visant à atteindre l'honneur d'un représentant du pouvoir. Or, immanquablement, la pénalisation de l'outrage – *lato sensu*⁴ – envers le souverain ravive le souvenir du crime de lèse-majesté, infraction aux contours flous ayant traversé bien des âges et prenant parfois la forme d'une communication publique. Si, dans la Rome Antique, ce crime ne concernait originellement que des actes⁵, les empereurs romains

« Plus que jamais, on cherche à réprimer une atteinte à l'autorité de la justice en étendant l'autorité de la chose jugée, au-delà des parties, à tous ceux qui contestent les faits à l'origine de certaines condamnations » (*ibid.*, n° 1063, p. 580).

¹ Sur celles-ci, v. *infra* n° 433.

² Cons. const., 26 janv. 2017, n° 2016-745 DC, § 194.

³ N. MALLET-POUJOL, « La répression du négationnisme ou l'impasse de l'article 24 bis de la loi de 1881 », *Légipresse*, 2017, n° 348, p. 197, estimant que la répression du négationnisme est superflue par essence.

⁴ Si les textes évoquent parfois les « offenses », ou les « injures » il est acquis que le propos reste du même ordre. V. not., B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, préf. J. FOYER, LGDJ, 1995, p. 290 : « on outrage son semblable, on offense son supérieur. Qualifier d'offense l'outrage au Président de la République, ce n'est guère, en quelque sorte, qu'introduire le protocole dans la loi pénale ».

⁵ TACITE, *Annales*, I, LXXII, 2-4 : « les actes étaient mis en cause, les paroles restaient impunies ».

vont peu à peu condamner les propos outrageants ou infamants ayant pu les viser¹. À compter du Moyen Âge, des infractions religieuses comme le blasphème ou l'hérésie sont également invoquées pour condamner de tels propos². Le caractère politique du délit de blasphème est en effet certain³. Dès lors que le monarque représente Dieu sur terre, l'insulter revient à blasphémer⁴. Tant la notion de lèse-majesté que celle de blasphème furent âprement critiquées par les philosophes des Lumières⁵, quoique les incriminations correspondantes fussent en réalité très peu appliquées⁶, et qu'elles disparurent des dispositions pénales à la Révolution⁷, du moins en France⁸. Il n'est toutefois pas inutile de rappeler cette propension quasi-intemporelle des législations à réprimer les propos portant atteinte à un pouvoir sacralisé pour asseoir la légitimité de celui-ci, car certaines infractions contemporaines sont parfois désignées comme perpétratrices de cet héritage⁹.

¹ *Ibid.* : « Auguste le premier se couvrit de cette loi pour engager une instruction sur les libelles scandaleux, indigné par la licence de Cassius Severus qui, s'en prenant à des hommes et à des femmes de rang illustre, les avait diffamés dans des écrits insolents ; puis Tibère, consulté par le préteur Pompeius Macer sur la recevabilité des accusations pour lèse-majesté, répondit que les lois devaient être appliquées. Lui aussi avait été exaspéré par des vers anonymes qui couraient sur sa cruauté, son orgueil et sa mésintelligence avec sa mère ».

² J. HOAREAU-DODINAU, « Dieu et le Roi – La répression du blasphème et de l'injure au roi à la fin du Moyen Âge », *Cahiers de l'Institut d'Anthropologie Juridique*, n° 8, PULIM 2002, p. 23.

³ C. LEVELEUX-TEXEIRA, « Injure à Dieu, outrage au roi. Le blasphème à la fin du Moyen Âge et au début de l'époque moderne : un crime limite », in É. DESMONS et M.-A. PAVEAUD (dir.), *Outrages, insultes, blasphèmes et injures : Violences du langage et polices du discours*, L'Harmattan, 2008, p. 31 : « En France, comme dans d'autres pays d'Europe, le témoignage de la chronologie suffit à établir la dimension politique de cette répression. De manière significative, en effet, l'émergence d'un corpus édictal important et relativement homogène sur la question fut indissociable de la reconquête de l'autorité monarchique, de l'unification territoriale et de la reconstruction du pouvoir normatif, au tournant des XII^e XIII^e siècles ». L'auteur évoque 80 textes adoptés sur le blasphème de 1254 à 1789.

⁴ É. DESMONS « Du blasphème considéré comme une infraction politique (sur la protection juridique du communautarisme) » in É. DESMONS et M.-A. PAVEAUD (dir.), *op. cit.*, p. 56 : « La condamnation juridique du blasphème [...] indique en effet le moment politique des religions. Car ce type de répression ne prend toute son intensité et tout son sens qu'en théocratie, là où la religion et la politique ne font qu'un [...]. Outrager la divinité, c'est, par transitivité, outrager un pouvoir, sinon divinisé, à tout le moins obligé par elle : c'est offenser celui qui est le lieutenant de Dieu sur terre pour gouverner les hommes, et par là, s'en prendre à l'ordre social tout entier dont il est le garant ». Dans le même sens, C. LEVELEUX-TEXEIRA, art. préc., p. 32 : « La lutte contre le blasphème devint ainsi l'une des constantes de la législation royale ».

⁵ V. not, MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Flammarion, 1979 (1748), Livre XII, Chapitre VII, p. 335 : « C'est assez que le crime de lèse-majesté soit vague pour que le gouvernement dégénère en despotisme ».

⁶ C. LEVELEUX-TEXEIRA, art. préc., p. 39.

⁷ À tout le moins les formes verbales du crime de lèse-majesté. En 1810 était encore sévèrement sanctionné l'attentat ou le complot contre la personne de l'Empereur ; le crime évoqué ne disparut donc totalement qu'en 1832 (v. B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, *op. cit.*, p. 284).

⁸ É. DESMONS, art. préc., p. 56, évoquant le cas du journal marocain *Nichane*, lequel avait publié, en 2006, des histoires drôles sur la religion et la sexualité, prenant à partie le roi, ce qui valut à son directeur d'être poursuivi pour « atteinte à l'Islam, au respect dû à sa Majesté le roi et aux bonnes mœurs ».

⁹ On notera que, lors de l'élaboration de la loi du 29 juillet 1881, certains parlementaires avaient réclamé un délit d' « outrage à la République ». Sur ce point, v. H. CELLIEZ, C. LE SENNE, *Loi de 1881 sur la presse accompagnée des travaux de rédaction*, Marescq Aîné, 1882, p. 370. Sur les outrages aux symboles de l'État, v. *infra* n° 441.

Il n'est donc guère surprenant que la figure du crime de lèse-majesté ait été invoquée pour fonder la critique des délits d'offense aux chefs d'État¹. Cette analogie était en effet tentante puisque la loi du 17 mai 1819 incriminait notamment les « *offenses envers la personne du Roi* »² – incrimination étendue par la loi du 9 septembre 1835³ –, ainsi que l'offense « *envers la personne des souverains ou envers celle des chefs de gouvernement étrangers* »⁴. Ces deux délits devinrent en 1881 l'« *offense au Président de la République* »⁵ ainsi que l'offense commise « *envers les chefs d'État étrangers* »⁶. Ils furent peu appliqués sous la III^e et la IV^e République⁷. Sous la V^e République, en revanche, le délit d'offense au président de la République fut à l'origine de nombreuses affaires au cours des mandats de Charles de Gaulle, entre 1958 et 1969⁸. À cette occasion, la Cour de cassation définit l'offense comme « *toute expression offensante ou de mépris [...], toute imputation diffamatoire qui, à l'occasion tant de l'exercice de la première magistrature de l'État que de la vie privée du Président de la République, est de nature à l'atteindre dans son honneur ou dans sa dignité* »⁹. En d'autres termes, des propos critiques vis-à-vis de l'exercice des prérogatives présidentielles, pourtant plus étendues sous la V^e République qu'elles ne l'étaient auparavant, pouvaient entraîner une condamnation¹⁰. La légitimité du délit était donc en tension¹¹, ce que confirma son inapplication de 1973 à 2008, après que Valérie Giscard d'Estaing eut fait part de son souhait de ne plus y avoir recours¹². Dans cet intervalle, c'est alors le second délit évoqué qui connut ses premières

¹ Par ex., v. proposition de loi n° 97 du 19 nov. 2008 « *visant à abroger le délit d'offense au Président de la République* », présentée au Sénat par J.-L. Mélenchon.

² Loi du 18 mai 1819, art. 9 ; v. aussi art. 10, incriminant l'offense « *envers les membres de la famille royale* ».

³ Loi du 9 sept. 1835, art. 2, qualifiant d'attentat à la sûreté de l'État l'« *offense au roi [...] lorsqu'elle a pour but d'exciter à la haine ou au mépris de sa personne ou de son autorité constitutionnelle* ». V. aussi art. 4, punissant quiconque « *fera remonter au roi le blâme ou la responsabilité des actes de son gouvernement* ».

⁴ Loi du 18 mai 1819, art. 12.

⁵ Loi du 29 juillet 1881, art. 26.

⁶ Loi du 29 juillet 1881, art. 36.

⁷ B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, op. cit., p. 288, faisant état de quatre utilisations d'offense au Président de la République sous la III^e République, pour deux utilisations sous la IV^e République. Quant second délit, il ne fut jamais appliqué avant 1970.

⁸ *Libération*, « La justice européenne a confirmé le droit de satire, entretien avec Nicolas Hervieu », 15 mars 2013, p. 12, évoquant « *cent à trois-cents procès* » entre 1958 et 1969.

⁹ Cass. crim., 31 mai 1965, *Bull. crim.* n° 146, précisant que « *l'offense adressée à l'occasion des actes politiques atteint nécessairement la personne* » du Président. Comp., Cass. crim., 21 déc. 1966, *Bull. crim.* n° 300, ajoutant la formule « *ou de sa vie publique antérieure à son élection* ».

¹⁰ Par ex. : Cass. crim., 12 avr. 1967, *Bull. crim.* n° 117.

¹¹ B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, op. cit., p. 289, recensant trois propositions de loi visant à supprimer ou modifier le délit entre 1963 et 1965.

¹² T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, op. cit. note 1631, p. 341 : « *Ce renoncement public [...] était en réalité dénué de toute portée juridique, dans la mesure où l'article 48 de [la loi sur la presse] réservait l'initiative des poursuites au seul ministère public [...] ; aussi, cette déclaration peut être perçue comme une consigne verbale à l'attention des parquets* ».

applications¹. Si l'article 36 de la loi du 29 juillet 1881 fut d'abord jugé conforme aux exigences conventionnelles par la Cour de cassation², la nécessité du délit fut questionnée par les juges du fond³ avant que la Cour européenne n'en sonne indirectement le glas en condamnant la France en 2002. Les juges européens estimèrent que l'absence de possibilité d'invoquer l'*exceptio veritatis* en la matière conférerait « *aux chefs d'États étrangers un privilège exorbitant qui ne saurait se concilier avec la pratique et les conceptions politiques d'aujourd'hui* »⁴. La condamnation portait certes sur un point technique, mais la nécessité du délit était explicitement mise en doute par cette dernière formule. Le législateur français abrogea donc l'infraction avec la loi dite « *Perben II* » du 9 mars 2004.

L'article 26 de la loi du 29 juillet 1881 subit le même sort quelques années plus tard. Là encore, la Cour européenne, sans se prononcer sur la légitimité même du délit⁵, condamna son application concrète dans la célèbre affaire *Eon c/ France*⁶, à laquelle le législateur français réagit en abrogeant le délit par loi du 5 août 2013⁷. Cette même loi aligna la protection du chef de l'État contre les expressions injurieuses ou diffamatoires sur celles des autres serviteurs de l'État⁸, ce qui entraîna un double rétrécissement de la protection, l'exception de vérité pouvant être invoquée et la diffamation ou l'injure ayant trait à un élément de la vie privée du président étant celles de droit commun⁹.

En somme, l'abrogation des délits d'offense témoigne du fait que l'opposition privé-public accompagne souvent des infractions en tension, pouvant être amenées à

¹ TGI Paris, 20 mars 1970 ; *D.* 1970, p. 487, note F. CHABAS ; TGI Paris, 17^e ch. corr., 21 nov. 1995 ; *Légipresse* n° 130, avr. 1996, I, p. 39.

² V. not. Cass. crim., 22 juin 1999, n° 97-85.707.

³ TGI Paris, 17^e ch. corr., 25 avr. 2001 ; *Légipresse* 2001, n° 182, III, p. 108, note M.-N. LOUVET.

⁴ CEDH, 25 juin 2002, n° 51279/99, *Colombani et autres c/ France*, § 68.

⁵ D. ROETS, « Le délit d'offense au Président de la République (étrangement) sauvé des eaux strasbourgeoises », *RSC*, 2013, p. 670.

⁶ CEDH, 5^e sect., 14 mars 2013, n° 26118/10, *Eon c/ France* ; CCE 2013, comm. 72, obs. A. LEPAGE ; *D.* 2013, p. 968, note O. BEAUD ; *RPDP* 2013, p. 370, obs. P. CONTE, § 55 : « *il n'y a pas lieu en l'espèce d'apprécier la compatibilité avec la Convention de la qualification pénale retenue, fût-elle considérée comme présentant un caractère exorbitant, dès lors qu'elle n'a produit aucun effet particulier ni conféré de privilège au chef d'État concerné vis-à-vis du droit d'informer d'exprimer des opinions à son sujet* ».

⁷ Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, art. 21. La loi précisait dans son exposé des motifs que son objectif était de « *tirer les conséquences de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme du 14 mars 2013 dans l'affaire Eon c/ France* ».

⁸ Loi du 29 juillet 1881, art. 30 et 31. V. toutefois, N. DROIN, « Le traitement de l'offense au chef de l'État dans le cadre créé depuis l'abrogation de l'article 26 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 », in N. DROIN, W. JEAN-BAPTISTE (dir.), *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : une nécessité ?*, op. cit., p. 130, soulignant notamment, la possibilité qu'a le chef de l'État de se constituer partie civile (Loi du 29 juillet 1881, art. 48), ce qui entraîne le cumul de « *sa position de partie au procès avec sa fonction constitutionnelle d'autorité de nomination des magistrats [...]* ». *Adde* : E. CLÉMENT, « L'abrogation du délit d'offense au président de la République au regard des exigences de la Cour européenne des droits de l'homme », *Dr. pén.*, 2013, étude 19, n° 10 et s.

⁹ En ce sens, E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 1623, p. 704.

disparaître. Cela étant, la condition de publicité est toujours d'actualité pour les provocations antiétatiques.

424. La nécessité actuelle de la condition de publicité pour les provocations antiétatiques.
Si l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 réprime aujourd'hui sobrement en son alinéa 4 les provocations non suivies d'effet à « *l'un des crimes et délits portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation prévus par le titre I^{er} du livre IV du code pénal* », l'origine des provocations publiques antiétatiques¹ révèle leur parenté avec le délit d'opinion. En effet, la législation révolutionnaire réaffirma à plusieurs reprises la prohibition de telles provocations, en vue de lutter contre l'influence de la presse royaliste². Par la suite, si, en 1819 et en 1881, le législateur usa de termes neutres pour définir les provocations publiques illégales – ce qui n'empêche pas de déceler encore aujourd'hui la logique sous-jacente de cette pénalisation³ – la loi du 28 juillet 1894 sur les menées anarchistes rétablit le lien entre les délits étudiés et la crainte du pouvoir en place à l'égard d'idées antiétatiques⁴, lien qui ne disparut qu'avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal.

Cette crainte des idéologies hostiles aux institutions de l'État transparait également du délit voisin de *cris et chants séditieux*, toujours réprimé à l'article 24 alinéa 6 de la loi du 29 juillet 1881. Sans grande surprise, ce délit accompagna lui aussi les changements de régimes successifs à compter de 1789. Le décret du 18 juillet 1791, contre la sédition, énonçait en son article 3 que tout « *cri contre la garde nationale, la force publique en fonctions, tendant à lui faire baisser ou déposer ses armes, est un cri de sédition* ». Plus explicite, l'article 3 de la loi du 11 novembre 1815, loi consécutive à l'avènement de la Restauration, proclamait que « *seront punies de la déportation toutes personnes qui feront entendre des cris séditieux dans les palais*

¹ F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, op. cit., n° 332, p. 230, évoquant des infractions réprimant une « *idéologie hostile à l'État* ».

² Décret du 18 juillet 1791, contre la sédition, art. 1^{er} et 2) ; Constitution du 3 sept. 1791, art. 17 ; Loi du 27 Germinal, an IV (16 avr. 1796), portant des peines contre toute espèce de provocation à commettre un attentat contre la sûreté de l'État, art. 9.

³ Il est en effet frappant de constater que seul le « *titre Ier du livre IV du code pénal* » est évoqué par l'art. 24 de la loi du 29 juillet 1881, ce qui en substance renvoie à la trahison et à l'espionnage, aux atteintes aux institutions de la République ou à l'intégrité du territoire national – c'est-à-dire, notamment, l'attentat, le complot ou le mouvement insurrectionnel – et l'atteinte à la défense nationale. Si tant est que l'on puisse identifier une logique dans le domaine des infractions choisies, c'est bien celle de la protection de l'État contre des provocations visant à en déstabiliser la structure même.

⁴ Aux termes de l'article premier de ladite loi : « *Les infractions prévues par les art. 24, paragraphes 1 et 3, et 25 de la loi du 29 juillet 1881, modifiés par la loi du 12 décembre 1893, sont déférées aux tribunaux de police correctionnelle lorsque ces infractions ont pour but un acte de propagande anarchiste* ».

du roi, ou sur son passage »¹. L'abrogation de ce délit par la loi du 17 mai 1819 n'empêcha pas sa réintroduction avec une formulation plus neutre par la loi du 15 mars 1822. Cette formulation fut reprise en 1881, non sans débats. En effet, plusieurs députés virent alors en cette infraction un authentique délit d'opinion². Si le délit fut tout de même consacré par le législateur, la dénonciation de cette infraction comme constitutive d'un délit d'opinion est régulièrement réitérée par la doctrine contemporaine³. Il est assez probable qu'il peinerait à obtenir un sceau de conventionnalité ou de constitutionnalité ; encore faudrait-il toutefois qu'il soit appliqué⁴, la désuétude de ce délit attestant par elle-même de l'absence de consensus qui l'entoure.

À titre surabondant, on peut évoquer, dans un registre proche, la polémique récente autour de la loi n° 2021-646 du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés. L'article 24 initial de cette loi visait à introduire un article 35 *quinquies* à la loi du 29 juillet 1881, lequel aurait réprimé la diffusion de « *l'image du visage ou tout autre élément d'identification d'un fonctionnaire de la police nationale ou d'un militaire de la gendarmerie nationale lorsqu'il agit dans le cadre d'une opération de police* » et ce, « *dans le but qu'il soit porté atteinte à son intégrité physique ou psychique* ». On retrouvait donc indirectement la logique de la provocation antiétatique, même si seule l'institution policière était ici concernée, la provocation apparaissant en l'occurrence sous la forme d'un dol spécial. La doctrine a bien mis en évidence la légitimité discutable d'une telle infraction au regard de la liberté d'expression ou encore la difficulté technique que pose la démonstration d'un tel dol spécial⁵. Au-delà des critiques doctrinales, de nombreuses manifestations furent organisées pour contester la disposition projetée, le texte ayant d'ailleurs dû être complètement réécrit pour

¹ L'art. 5 de ladite loi précisait que les cris sont séditieux toutes les fois que par ces cris, « *on a tenté d'affaiblir, par des calomnies ou des injures, le respect dû à la personne ou à l'autorité du roi, ou à la personne des membres de sa famille, ou que l'on aura invoqué le nom de "l'usurpateur", ou d'un individu de sa famille, ou de tout autre chef de rébellion* », ou qu'on aura « *excité à désobéir au roi et à la charte constitutionnelle* ».

² Pour le député CUNÉO D'ORNANO, « *l'histoire nous montre que le cri qui est séditieux à certains moments, devient louable à une autre époque, et que le cri qui aura été inoffensif à une date deviendra, plus tard, séditieux, c'est-à-dire dangereux* ». Pour le député GATINEAU, « *il est certain que le cri séditieux, en lui-même, qui n'entraîne aucune espèce de conséquence, ne doit pas être considéré comme un désordre social suffisant pour mériter une répression pénale* ». À l'inverse, le député LISBONNE justifiait le texte en considérant que « *proférer des cris séditieux, c'est faire un acte, c'est agir, c'est inférer un dommage à la sécurité publique* » (interventions citées par G. BARBIER, *Code expliqué de la presse*, op. cit., p. 302).

³ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, op. cit., p. 237, n° 397. : « *ce texte est un véritable délit d'opinion puisqu'il vise une opinion en tant que telle : l'opinion séditieuse* ». Dans le même sens, F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, op. cit., n° 331, p. 229.

⁴ Les dernières applications du délit datent du début du XX^e siècle. Par ex. : Cass. crim., 17 juin 1909, *Bull. crim.* n° 306, réprimant le cri « *Vive le roi ! à bas la République* » et considérant que ces cris étaient séditieux en ce qu'ils revêtaient le « *sens d'une attaque contre le gouvernement établi* ».

⁵ V. not., E. RASCHEL, « *Pénalisation de la diffusion d'images des forces de l'ordre : une proposition de loi inutile et dangereuse* », *D.* 2020, p. 2298.

sanctionner, dans sa mouture finale, une provocation « à l'identification »¹, par ailleurs non conditionnée à l'exigence d'une quelconque publicité du propos ; le Conseil constitutionnel censura la disposition².

Si l'on s'en tient aux exemples évoqués, il semble donc qu'une provocation antiétatique doive obligatoirement être accompagnée de la condition de publicité pour que sa sanction soit légitime, cette condition ne suffisant d'ailleurs pas forcément pour légitimer des délits désuets ou critiquables en leur principe. Toutefois, on verra plus loin que de nombreuses provocations de ce type ont été incriminées en dehors du Code pénal, avec ou sans cette condition³. Celle-ci ne présente donc une actualité certaine que pour les provocations présentes dans la loi sur la presse. Or, cette loi prévoit de multiples garanties qu'il convient à présent d'évoquer, dès lors qu'elle relativise l'importance de la condition de publicité pour garantir une pénalisation équilibrée en ce domaine.

B. Une garantie éclipsée par d'autres mécanismes protecteurs

425. Les faits justificatifs spéciaux. On trouve en matière d'infractions de presse plusieurs faits justificatifs spéciaux⁴, la diffamation étant particulièrement concernée⁵, ce qui constitue une des nombreuses contreparties à la pénalisation d'abus de la liberté d'expression. Si la loi du 29 juillet 1881 met à l'honneur l'*exceptio veritatis*, prévu par l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881, ce mécanisme⁶, extrêmement contraignant sur le plan procédural⁷, est très peu invoqué en pratique⁸. Les juges se sont reportés sur le fait justificatif de la « bonne foi »⁹ créé

¹ Le texte prévoyait d'incriminer, au sein du Code pénal, la provocation « dans le but manifeste qu'il soit porté atteinte à son intégrité physique ou psychique, à l'identification d'un agent de la police nationale, d'un militaire de la gendarmerie nationale ou d'un agent de la police municipale lorsque ces personnels agissent dans le cadre d'une opération de police ».

² Cons. const., 20 mai 2021, n° 2021-817 DC, § 158 et s.

³ V. *infra* n° 441 et 444.

⁴ On n'évoquera pas ici l'excuse absolutoire de provocation, prévue en matière d'injure contre les particuliers dès lors qu'il ne s'agit pas, techniquement, d'un fait justificatif (Loi du 29 juillet 1881, art. 33 al. 2). Quant aux immunités judiciaires et parlementaires, v. *supra* n° 331.

⁵ B. HAHN DE BYKHOVETZ, *Les faits justificatifs de la diffamation*, th. dir. A. LEPAGE, Paris 2, 2018.

⁶ Sur l'élargissement progressif de ce fait justificatif, consécutif à la suppression des limites à son invocation, v. E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 1161 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 551, p. 637.

⁷ B. HAHN DE BYKHOVETZ, *op. cit.*, p. 127 et s.

⁸ M. DOMINGO, « Atteintes à la réputation : la protection judiciaire pénale », *Gaz. pal.* 1994, 2, doctr., p. 1002 : « cette manœuvre de sauvetage, même correctement amorcée, n'aboutit presque jamais, tant les juridictions répugnent à proclamer comme fondée en droit l'exactitude d'une imputation déshonorante ».

⁹ Le rattachement de ce mécanisme à la théorie de la justification est discuté (v. A. DEJEAN DE LA BÂTIE, *Les faits justificatifs spéciaux*, préf. A. LEPAGE, LGDJ, 2020, n° 442 et s.). Il est néanmoins certain qu'il ne s'agit pas d'un

par eux-mêmes, étant précisé que lorsque les magistrats procèdent de la sorte – ce qui est loin d’être inédit¹ –, ils sont bien entendu animés par une volonté de clémence. Ce fait justificatif, propre lui aussi à la diffamation, repose sur quatre critères, à savoir la légitimité du but poursuivi, l’absence d’animosité personnelle, la prudence et la mesure dans l’expression, ainsi que la fiabilité de l’enquête². En l’occurrence, la logique de préservation de la liberté d’expression est bien présente : « *Il s’agit de laisser un espace à la liberté de communication, d’accepter le risque d’erreur dès lors que la démarche est irréprochable, d’instaurer tout simplement une “soupape de sécurité” dans un système répressif dont l’intransigeance serait, à défaut, insupportable* »³.

Par ailleurs, du fait justificatif de la bonne foi a émergé la notion de « *débat d’intérêt général* »⁴. En effet, à la fin du siècle dernier, les juges de Strasbourg ont commencé à invoquer ce vocable pour neutraliser l’application d’incriminations pénales⁵. Séduits par la flexibilité de cette approche, les juges du quai de l’Horloge firent de même pour la première fois en 2008

élément d’appréciation de l’élément moral de la diffamation – malgré l’homonymie avec la « *bonne foi* » entendue comme la connaissance du fait, laquelle doit être doublée de la volonté du comportement et du résultat –, quoique la jurisprudence ne soit pas toujours très rigoureuse sur ce point (*ibid.*).

¹ L’exemple le plus classique est celui de l’état de nécessité (C. pén., art. 122-7 ; *Adde* : B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 436, p. 377). On peut relever que ce fait justificatif a été appliqué pour neutraliser la contravention d’embarras de la voie publique (C. pén., art. R. 644 ; CA Paris 28 mai 2009, cité par P. PONCELA, « La pénalisation des comportements dans l’espace public », art. préc., refusant en l’espèce de sanctionner l’installation de tentes dans la rue par une association défendant le droit au logement). Les *droits de la défense* constituent un autre exemple de fait justificatif prétorien. Or, lorsque l’enregistrement d’une conversation privée est produit en justice par un particulier, les délits d’espionnage auditif (C. pén., art. 226-1) ou de violation du secret des correspondances (C. pén., art. 226-15) ne peuvent être appliqués, ce que l’on peut expliquer en considérant que ces infractions sont, précisément, justifiées par les droits de la défense (en ce sens, v., J.-C. SAINT-PAU, « L’enregistrement clandestin d’une conversation », art. préc. n° 14 et s.).

² V. not., Cass. crim., 3 juin 1975, n° 73-93.645, *Bull. crim.* n° 142 ; Cass. crim., 27 févr. 2001, n° 00-82.557, *Bull. crim.* n° 48 ; Cass. 2° civ., 27 mars 2003, n° 00-20.46.

³ E. DREYER, *op. cit.*, n° 1224, p. 682. On notera que, pour certains, le médium particulier que représente l’Internet avait renouvelé l’appréciation de ce fait justificatif : le simple blogueur ne serait ainsi pas « *tenu d’avoir procédé préalablement à une enquête sérieuse empreinte d’un effort d’objectivité, telle qu’elle est attendue d’un journaliste professionnel participant à l’information du public* » (CA Paris, 11^{ème} ch., sect. B, 6 avr. 2006 ; CCE 2007, comm. 11, obs. A. LEPAGE) et la concision d’un *tweet* rendrait tout simplement délicate l’application de la bonne foi (P. SERGEANT et L. BURKARD, « Pratique contentieuse. La diffamation et l’injure sur Twitter : particularités de ce contentieux de “presse” », CCE 2021, prat. 11). Cette évolution a toutefois pu être relativisée, le particulier ayant toujours été traité moins sévèrement que le journaliste professionnel, la diffusion par voie électronique ayant simplement remplacé le tractage (T. BESSE, *La pénalisation de l’expression publique*, *op. cit.*, n° 500, p. 427).

⁴ Pour une définition récente, v. Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} mars 2017, n° 15-22.946 : « *ont trait à l’intérêt général les questions qui touchent le public dans une mesure telle qu’il peut légitimement s’y intéresser, qui éveillent son attention ou le préoccupent sensiblement, notamment parce qu’elles concernent le bien-être des citoyens ou la vie en collectivité* ».

⁵ V. not., CEDH, 8 juill. 1986, n° 9815/82, *Lingens c/ Autriche*, § 43 ; CEDH, 24 févr. 1997, n° 19983/92, *De Haes et Gijssels c/ Belgique*, § 37. *Adde* : L. FRANÇOIS, « Le débat d’intérêt général dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (1^{ère} partie) », *Légipresse*, 2014, n° 317, p. 339.

dans une affaire de diffamation publique envers un particulier¹. Si certaines espèces ont pu laisser penser que le débat d'intérêt général serait un fait justificatif spécial à part entière², la question de son autonomie n'est pas tranchée³ et il se peut qu'il soit simplement question d'une approche plus souple du fait justificatif de la bonne foi, focalisée sur le critère de la légitimité du but poursuivi⁴. En toute hypothèse, le débat d'intérêt général amène le juge à renoncer à une analyse juridique classique consistant à confronter une situation de fait à des critères stables et établis, ce qui en ferait le « *pivot du principe de proportionnalité* »⁵. Heurtant frontalement le principe de légalité pénale, cette évolution suscite de vives critiques doctrinales⁶. Les juges ne sont néanmoins pas sourds aux critiques : leur appréciation du débat d'intérêt général tend à se faire plus exigeante, celui-ci devant être complété par le critère de la « *base factuelle suffisante* »⁷, lequel n'est pas sans évoquer la fiabilité de l'enquête en matière de bonne foi.

Cet infléchissement de l'appréciation du débat d'intérêt général ne saurait occulter le fait que son domaine s'étend au-delà de la seule diffamation à laquelle sont cantonnés les faits justificatifs classiques précédemment évoqués. Il a ainsi pu être au cœur du raisonnement des juges en matière d'injure publique⁸, de provocation haineuse⁹ ou de publication d'actes issus d'une procédure pénale en cours¹⁰. Plus encore, il a fini par déborder le cadre de la loi du 29 Juillet 1881 pour être appliqué à des infractions de droit commun. Certaines sont inscrites dans

¹ Cass. crim., 11 mars 2008, *Bull. crim.* n° 59 ; *Dr. pén.* 2008, comm. 869, note P. CONTE ; *D.* 2008, p. 2256, obs. J. LAPOUSTERLE, jugeant que « *l'article incriminé, traitant d'un sujet d'intérêt général [...] ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression au sens de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme* ».

² V. not., Cass. crim., 12 mai 2009, *Bull. crim.* n° 88 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 120, obs. M. VÉRON ; CCE 2009, comm. 82, obs. A. LEPAGE ; Cass. crim., 7 juin 2011, n° 10-85.179 ; CCE 2011, comm. 79, obs. A. LEPAGE. Pour A. LEPAGE (comm. préc.), « *la bonne foi et le sujet d'intérêt général paraissent donc plutôt destinés non pas à s'articuler entre eux [...] mais à coexister sur des plans différents. Il devrait donc s'agir de deux faits justificatifs distincts* ». Dans le même sens, L. FRANÇOIS, « *La réception du critère européen de "débat d'intérêt général" en droit français de la diffamation* », *D.* 2018, p. 636.

³ V. A. DEJEAN DE LA BÂTIE, *op. cit.*, n° 400 et s.

⁴ T. BESSE, *op. cit.*, n° 424, p. 362, pour qui il « *tendrait alors à "absorber" l'examen d'autres critères classiques de la bonne foi au regard des circonstances de l'espèce* »

⁵ C. BIGOT, « *L'utilisation du critère de l'intérêt général en droit interne : éléments pour un bilan* », *Légipresse*, 2015, n° 323, p. 31.

⁶ Les reproches principaux qui lui sont adressés tiennent à l'impossibilité de le définir, à l'insécurité juridique qu'il engendre (J. LAPOUSTERLE, obs. préc.) – dont le corollaire est l'arbitraire du juge (P. CONTE, *Dr. pén.*, 2016, comm. 173) – à la prise en compte du mobile, traditionnellement indifférent en droit pénal (la volonté d'informer du journaliste) –, ou encore à la transformation de la Cour de cassation en troisième degré de juridiction.

⁷ CEDH, 22 déc. 2005, n° 54968/00, *Paturel c/ France*, § 38 ; CEDH, 11 avr. 2006 préc., n° 71343/01, *Brasilier c/ France*, § 38. En droit interne, v. not. Cass. crim., 12 nov. 2014, n° 13-84.144 ; Cass. crim., 29 nov. 2016, n° 15-80.511.

⁸ Cass. crim., 2 mai 2007, n° 06-84.710, *Bull. crim.* n° 115 ; Cass. crim., 19 févr. 2019, n° 18-82.745.

⁹ Cass. crim., 7 juin 2011, n° 10-85.179.

¹⁰ L'invocation du débat d'intérêt général a en l'occurrence pu neutraliser la répression pénale (Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2014, n° 12-29.419, P+B, arrêt rendu dans l'affaire du Médiateur) ou échouer à obtenir un tel résultat (CEDH, 1^{er} juin 2017, n° 68974/11, 2395/12 et 76324/13, *Giesbert et a. c/ France*, § 103).

le cadre de cette étude, comme l'atteinte à la vie privée¹ ou l'exhibition sexuelle². D'autres y sont étrangères, comme le vol³, l'escroquerie⁴ ou encore le tapage injurieux⁵.

La rupture avec la loi du 29 juillet 1881 est d'autant plus consommée que les journalistes sont loin d'être les seuls à pouvoir se prévaloir de la logique du contrôle de proportionnalité. En effet, la liberté d'expression, dépouillée de toute référence au débat d'intérêt général, tend à être brandie comme un fait justificatif autonome⁶ par les humoristes⁷, les caricaturistes⁸, les artistes⁹, les militants politiques¹⁰, voire les simple bloggeurs¹¹. On peut donc légitimement se

¹ Si le juge civil l'a en l'occurrence explicitement écarté en la matière dans la célèbre affaire dite « *Bettencourt* » (v. not., Cass. 1^{re} civ., 2 juill. 2014, n° 13-21.929, *Bull. civ. I*, n° 122 ; CCE 2014, comm. 80, obs. A. LEPAGE, estimant que la commission de cette infraction « *constitue un trouble manifestement illicite, que ne sauraient justifier la liberté de la presse ou sa contribution alléguée à un débat d'intérêt général [...]* » ; approche validée par CEDH, 14 janv. 2021, n° 281/15 et 34445/15, *Sté éditrice Médiapart et a. c/ France*, § 82), le juge pénal a pu l'admettre dans cette même affaire (Trib. corr. Bordeaux, 12 janv. 2016, cité in A. LEPAGE, CCE 2016, comm. 103, faisant référence à des « *débats d'intérêt général et sociétal* » pour relaxer les journalistes et le directeur de la publication poursuivis pour avoir diffusé des enregistrements clandestins), quoique la portée de cette solution soit incertaine (v. A. LEPAGE, obs. préc. : « *le doute subsiste, en raison d'une réaction un peu confuse du jugement, sur le point de savoir si les juges entendaient faire procéder cette relaxe d'une justification de l'infraction ou d'une absence de caractérisation de celle-ci dans tous ses éléments constitutifs* »).

² Cass. crim., 26 févr. 2020, n° 19-81.827 ; *Dr. pén.* 2020, comm. 69, obs. P. CONTE ; CCE 2020, comm. 34, obs. A. LEPAGE. En l'espèce, l'exhibition avait été commise par une militante « *fémén* » dans un musée. Pour la Cour de cassation, les juges du fond ont confondu mobile et intention en jugeant que le délit n'était pas constitué puisque l'exhibition avait pour but la manifestation d'une opinion politique, mais l'arrêt n'est pas cassé dès lors que « *le comportement de la prévenue s'inscrit dans une démarche de protestation politique, et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression* ». Comp. Cass. crim., 9 janv. 2019, n° 17-81.618 ; *D.* 2019, p. 738, note L. SAENKO ; *RSC* 2019, p. 91, obs. Y. MAYAUD, validant cette fois la condamnation d'une militante « *fémén* » ayant simulé, dénudée, un avortement dans une église, dès lors que la liberté d'expression « *doit se concilier avec le droit pour autrui, reconnu par l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, de ne pas être troublé dans la pratique de sa religion* ».

³ Cass. crim., 22 sept. 2021, n° 20-85434 ; CCE 2021, comm. 82, note A. LEPAGE. Il s'agissait en l'espèce des « *décrocheurs* » du portrait du président de la République, dont l'action avait pour motivation la dénonciation de l'inaction climatique du gouvernement.

⁴ Cass. crim., 26 oct. 2016, n° 15-83.774 ; *RSC* 2016, p. 767, obs. H. MATSOPOULOU ; CCE 2016, comm. 103, obs. A. LEPAGE.

⁵ Cass. crim., 3 nov. 2020, n° 19-87.418, F-D ; *Dr. pén.* 2021, comm. 3, obs. P. CONTE.

⁶ A. CAPPELLO, « *La liberté d'expression, un nouveau fait justificatif ?* », *AJ Pénal*, 2020, p. 339 ; H. LECLERC, « *Une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale* », *AJ pénal*, 2021, p. 507.

⁷ Cass. crim., 7 juin 2017, n° 16-85.574 ; *Légipresse* 2017, n° 351, p. 365. *Adde* : V. TESNIÈRE, « *Injure et liberté d'expression : Entre droit à l'humour, polémique politique et respect de la dignité* », *Légipresse*, 2016, n° 344, p. 666, pour qui les juges semblent « *considérer que les contextes de la polémique politique et de la satire sont de nature à ôter au délit d'injure son caractère punissable, à la manière d'un véritable fait justificatif, voire d'une exception d'origine prétorienne* ».

⁸ Cass. ass. plén., 25 oct. 2019, n° 17-86.605 ; CCE 2020, n° 2, étude 4, note E. RASCHEL. Pour l'annotateur, au regard de la formulation de cet arrêt, « *la liberté d'expression est bien une véritable cause autonome de justification, laquelle vient s'ajouter à celles propres au droit de la presse* ».

⁹ V. la jurisprudence dite « *Orelsan* », du nom du rappeur poursuivi pour deux chansons distinctes. Il fut relaxé à deux reprises (T. corr. Paris, 17^e ch., 12 juin 2012 ; *Légipresse* 2012, n° 296 ; CA Versailles, 8^e ch., 18 févr. 2016 ; *Légipresse*, 2016, n° 337, obs. J. ENGLEBERT). *Adde* : N. DROIN, « *Le juge et le rap* », *RD publ.* 2016, n° 5, p. 1385.

¹⁰ CEDH, 20 nov. 2018, n° 26922/14, *Toranzo Gomez c/ Espagne*, § 67. Sur la jurisprudence dite « *fémén* », v. plus haut.

¹¹ Cass. crim., 8 janv. 2019, n° 17-81.396.

demander quelle sera la limite de cette évolution¹. En toute hypothèse, il serait plus conforme aux principes du droit pénal que le juge, confronté à une infraction constituée dans tous ses éléments, prononce la culpabilité du prévenu, quitte à ne prononcer qu'une peine éminemment symbolique², voire une dispense de peine, les outils pénaux ne manquant pas au niveau sentenciel pour manifester une certaine clémence tout en marquant la réprobation sociale qui s'attache au comportement incriminé.

De ce qui précède, on retiendra que les faits justificatifs spéciaux prévus par la loi sur la presse ne semblent pas suffisants pour préserver la liberté d'expression, dès lors que le juge s'en désintéresse pour créer ses propres faits justificatifs et les appliquer en dehors du droit de la presse. Plus encore, la possibilité de neutraliser l'infraction sur le seul fondement de la liberté d'expression semble focaliser l'attention des juges comme de la doctrine et relativise l'importance de la condition de publicité quant à la préservation de cette liberté. La procédure dérogatoire existant en matière d'infractions de presse accentue cette relativisation.

426. La procédure dérogatoire. Les infractions de presse se définissent en grande partie par rapport au régime procédural de faveur qui leur est associé. Le lien entre la forme et le fond est des plus prégnants en l'occurrence³, le caractère dérogatoire des délits de presse étant emblématique de la volonté de clémence du législateur à l'égard de la « *délinquance de plume* »⁴. Que l'on songe au formalisme particulièrement rigoureux de la citation⁵, ou encore

¹ P. CONTE, note ss. Cass. crim., 26 févr. 2020, n° 19-81.827, préc. : « la solution [...] pourrait porter fort loin : incendier la façade d'une banque, diffuser sur les réseaux sociaux les images sexuelles d'un tiers non consentant, autant d'actes qui ont été revendiqués comme des "performances" artistiques ». Il est permis de penser – d'espérer ? – que les infractions sous-entendues par l'éminent auteur sont toutes d'une gravité trop importante, en ce qu'elles portent atteinte à la propriété privée, l'intégrité physique ou l'intégrité morale de la personne, pour être neutralisées par la liberté d'expression en l'état actuel de la jurisprudence (v. toutefois CEDH, 29 juin 2010, n° 48629/08, *Hubert Caron et a. c/ France*, § 2, admettant à demi-mot que l'action des « faucheurs d'OGM » pourrait être justifiée par la liberté d'expression).

² Que l'on songe aux condamnations légères prononcées contre des militants écologistes s'introduisant dans des centrales nucléaires (v. not. *L'express.fr*, « Intrusion à Cattenom : peines allégées en appel pour 8 militants de Greenpeace », 15 juin 2021).

³ E. DERIEUX, « Responsabilité civile des médias. Exclusion de l'application de l'article 1382 du Code civil aux faits constitutifs d'infraction à la loi du 29 juillet 1881 », *CCE*, 2006, étude n° 4 : « les procès en la matière se gagnent ou se perdent essentiellement sur le terrain de la procédure ». V. toutefois, J.-B. THIERRY, « La déspecialisation de la procédure pénale applicable aux infractions de presse », *AJ pénal*, 2021, p. 504.

⁴ En d'autres termes, v. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 240, p. 210 : « Cette complexité technique du procès de presse permet de dissuader le harcèlement judiciaire des responsables éditoriaux [...]. Les règles de forme et de fond régissant cette catégorie d'infractions constituaient un régime protecteur nécessaire à l'affermissement de la III^e République ». Sur le rattachement des délits de presse aux catégories des délits politiques, voire pour certains d'entre eux aux délits privés, v. *supra* n° 7 et 16.

⁵ Loi du 29 juillet 1881, art. 53, exigeant notamment une qualification précise du fait reproché ainsi que l'indication du texte de loi applicable à la poursuite. Le non-respect de ce formalisme entraîne la nullité de la poursuite, les juges ne pouvant requalifier les faits que dans des hypothèses bien particulières (E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 1495, p. 819).

aux contraintes imposées en enquêteurs : outre le régime strict des perquisitions dans les entreprises de presse¹, le juge d'instruction ne peut saisir que quatre exemplaires de « *l'écrit, du journal ou du dessin incriminé* »².

L'illustration la plus emblématique de la volonté protectrice du législateur est toutefois la durée « *brévissime* »³ du délai de prescription abrégé prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 : trois mois seulement. Les rédacteurs la loi du 26 mai 1819 étaient déjà animés par la volonté de protéger la liberté d'expression à l'heure d'instaurer un délai qui était alors de six mois⁴. La Cour de cassation a confirmé récemment qu'il s'agissait bien là du fondement de cette courte durée⁵, laquelle, au demeurant, ne porterait pas atteinte au droit à un procès équitable⁶, quoiqu'elle fasse échouer bon nombre d'actions en pratique⁷. On retrouve ce délai en matière de non-insertion d'un droit de réponse⁸ et d'atteintes à la présomption d'innocence. En revanche, le législateur a prévu un délai d'un an pour certaines infractions. Initialement, seuls les propos négationnistes ou ségrégationnistes étaient concernés par ce délai atypique⁹, mais il a été récemment étendu à tous les délits prévus par l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881¹⁰, ce qui laisse perplexe quant à la cohérence de l'ensemble et interroge quant à l'avenir de la prescription trimestrielle.

¹ C. proc. pén., art. 56-2. V. *infra* n° 483.

² Loi du 29 juillet 1881, art. 51. Un retour au droit commun est néanmoins prévu dans deux cas, le premier concernant les supports ayant permis la diffusion de provocations publiques non suivie d'effets ou d'une apologie publique, le second ayant trait aux affiches et tracts sur lesquels figuraient des provocations, diffamations et injures haineuses. Par ailleurs, l'art. 52 interdit le placement en détention provisoire du mis en examen qui dispose d'un domicile en France, sauf si une provocation publique et directe suivie ou non d'effet est concernée, l'intéressé bénéficiant alors d'un régime de détention plus favorable (C. proc. pén., art. D. 490).

³ B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, *op. cit.*, 180. L'auteur précise qu'il s'agit du délai le « *plus court de toute l'Europe* ».

⁴ Pour M. DE SERRES, garde des Sceaux de l'époque : « *Elle serait tyrannique la loi qui, après un long intervalle, punirait une publication à raison de tous ses effets possibles les plus éloignés [...]. Il a donc paru convenable d'abréger de beaucoup le temps de la prescription* », cité in P.-J.-É. FABREGUETTES, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 2, 1884, Marescq Ainé, n° 2140, p. 400.

⁵ Cass. 2^e civ., 14 déc. 2000, *Bull.* II 2000 n° 173, affirmant que « *la courte prescription [...] a pour objet de garantir la liberté d'expression* ». Sur les autres fondements invoqués et leurs insuffisances, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 1389, p. 769.

⁶ Cass. crim., 2 oct. 2001 ; CCE 2002, comm. 66, obs. A. LEPAGE.

⁷ V. déjà, A. CHAVANNE, note in *JCP G* 1969, II, 15841, cité in E. DREYER, *op. cit.*, note 4, p. 767, affirmant que la mise en œuvre de ce délai « *aboutit bien souvent à des dénis de justice* », les plaideurs étant souvent pris de court par la brièveté de la durée leur étant allouée pour agir.

⁸ En ce sens, E. DREYER, *op. cit.*, n° 1387, p. 767.

⁹ C. proc. pén., art. 65-3, issu de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004. L'allongement du délai de prescription quant en matière de discours sexistes ou homophobes a été opéré par la loi n° 2014-56 du 27 janvier 2014. *Adde* : E. DREYER, *op. cit.*, n° 1390, p. 770 : « *S'il fallait déroger à la prescription trimestrielle [...], c'était pour revenir au droit commun et non pour adopter une solution intermédiaire qui finit par rendre le dispositif pénal illisible* ».

¹⁰ Extension opérée par la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021. *Adde* : E. RASCHEL, « *Quelques remarques sur la prescription de l'action publique des infractions de presse* », *AJ Pénal*, 2021, p. 513.

S'agissant de l'écoulement du délai de prescription, c'est aussi la liberté d'expression, plus que toute autre considération, qui explique certaines solutions¹. Si les effets de la prescription acquise n'ont rien d'original², on sait qu'au regard du point de départ du délai, la préservation de la liberté d'expression passe par le rattachement des infractions de presse à la catégorie des infractions permanentes³.

427. La moindre sévérité des peines. Enfin, les peines encourues en matière d'infractions de presse s'inscrivent également dans une logique de moindre sévérité⁴. La disparition de la plupart des peines d'emprisonnement en la matière est emblématique de cette logique⁵. Là où les mis en cause pouvaient encourir jusqu'à vingt ans d'emprisonnement auparavant, seules de courtes peines d'emprisonnement peuvent aujourd'hui être prononcées, pour certaines infractions seulement, ces peines étant si rarement appliquées qu'« *on peut croire une véritable indulgence du Parlement à l'égard des médias* »⁶. Ce sentiment est « *renforcé par l'insuffisante prise en compte de la récidive alors qu'il existe ici des coupables d'habitude et que certains périodiques se font une spécialité de cette "délinquance de plume"* »⁷. Quant aux peines complémentaires, leur manque de variété, voire leur absence pour certaines infractions, ont pu

¹ Si les règles de computation du délai sont des plus classiques, dès lors que le jour de la commission de l'infraction n'est pas pris en compte (Cass. crim., 10 mai 2017, n° 16-82.846 ; CCE 2017, comm. 74, obs. A. LEPAGE) et que le délai « *se calcule de quantième à quantième et expire le dernier jour à minuit* » (Cass. crim., 12 nov. 2014, *Bull. crim.* n° 236 ; CCE 2015, comm. A. LEPAGE ; comp. Cass. crim., 9 janv. 2018, n° 16-86.735 ; RSC 2018, p. 131, obs. P.-J. DELAGE), celles relatives à l'altération du délai sont plus exigeantes qu'en droit commun. En effet, là où la chambre criminelle prend traditionnellement des libertés avec l'appréciation des actes interruptifs de prescription (v. récemment, Cass. crim., 1^{er} sept. 2020, n° 19-87.157), « *les règles tendant à conférer un caractère interruptif aux actes du justiciable ont été considérablement durcies par la jurisprudence en droit de la presse, dans l'intérêt du droit à la liberté d'expression* » (T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique, op. cit.*, n° 464, p. 395, v. la jurisprudence citée en notes). Seule, la protection du droit à l'honneur justifie que le délai de prescription puisse courir à nouveau en cas de diffamation, solution défavorable aux publicateurs (Loi du 29 juillet 1881, art. 65-2).

² L'action publique est alors éteinte, cette « *exception péremptoire d'ordre public* » (Cass. crim., 14 févr. 1995, *Bull. crim.* n° 66) pouvant être relevée d'office par les juges à tous les stades de la procédure (v. not., Cass. crim., 7 avr. 2009 ; *Dr. pén.* 2009, comm. 90, obs. M. VÉRON), la prescription opérant *in rem* et bénéficiant, dès lors, tant à l'auteur de l'infraction qu'à son complice (Cass. crim., 8 janv. 1991, *Bull. crim.* n° 13).

³ V. *supra* n° 324.

⁴ Ce à quoi on pourrait ajouter l'ineffectivité de la répression en la matière, due au faible nombre de poursuites.

⁵ La loi n° 200-516 du 15 juin 2000 a ainsi supprimé de nombreuses peines d'emprisonnement en la matière.

⁶ E. DREYER, *op. cit.*, n° 1584, p. 859.

⁷ *Ibid.*, *loc. cit.*

être relevées¹. On peut encore ajouter à ce panorama de dérogations l'interdiction de cumul des peines en cas de pluralité d'infractions de presse commises².

428. En réalité, ce régime de faveur engendre deux effets d'incidences qui amènent la doctrine à plaider en faveur d'un rééquilibrage du droit pénal des médias. D'une part, le juge, ne disposant pas d'un pouvoir de sanction satisfaisant sur le plan pénal, tend à se rabattre aujourd'hui sur le prononcé de peines privées, à savoir l'amende civile et les dommages-intérêts punitifs³. D'autre part, le législateur, quant à lui, tend à exfiltrer des infractions en dehors du carcan que représente la loi sur la presse, voire à incriminer directement de nouveaux délits d'expression au sein du Code pénal, ce qui renforce l'importance de la condition de publicité quand celle-ci se trouve maintenue, comme il convient de l'étudier à présent.

§2. La condition de publicité, mécanisme protecteur fragile en dehors du droit de la presse

429. Lorsque le législateur incrimine des abus de la liberté d'expression en dehors de la loi du 29 juillet 1881, alors que ceux-ci pourraient légitimement y figurer, il soustrait mécaniquement ces abus au régime de faveur associé aux infractions de presse, si bien que cet « amenuisement »⁴ de la protection de la liberté d'expression n'est pas toujours bien perçu⁵. Plus précisément, l'incrimination de propos litigieux en droit commun connaît deux voies, dont le point commun tient au fait que le législateur estime l'opinion publique prête à réprimer plus

¹ *Ibid.*, n° 1585, p. 860. Ainsi, les mesures de confiscation de destruction ne concernent-elles que quelques infractions (Loi du 29 juillet 1881, art. 38 *ter*, al. 3 et 61), de même que la publication de la décision pénale (par ex., Loi du 29 juillet 1881, art. 32, avant-dernier al ; sur l'intérêt de cette peine, v. *infra* n° 531). Quant à la peine d'interdiction temporaire d'exercice professionnel, elle ne peut être prononcée ni comme peine alternative (C. pén., art. 131-6, 11°), ni comme peine complémentaire (C. pén., art. 131-27, al. 3), alors qu'elle pourrait présenter un intérêt en la matière.

² Loi du 29 juillet 1881, art. 63.

³ E. DREYER, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G*, 2008, I, 201.

⁴ F. SAFI, « L'amenuisement du régime de faveur de la loi de 1881 », art. préc., p. 37.

⁵ J. FRANCILLON, « Médias et droit pénal, bilan et perspectives », art. préc., évoquant « *les effets pervers d'une méthode qui, en "vidant" la loi de 1881 d'une partie de sa substance, et en opérant un glissement vers le droit commun rompt l'équilibre entre une liberté constitutionnellement protégée et la limitation des abus de cette liberté* ». V., dans des termes proches CNCDH, Ass. Plén., « Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », 25 sept. 2014, p. 11, n° 13, estimant « *que le mouvement de sortie de la loi du 29 juillet 1881 d'un certain nombre d'infractions [...] vide cette grande loi de sa substance en lui faisant perdre sa cohérence, au risque de la marginaliser et de la voir disparaître à terme* ».

sévèrement des abus de la liberté d'expression¹. La première passe par la « *déspécialisation* »² des infractions de presse, consistant à transférer des infractions initialement présentes dans la loi du 29 juillet 1881 au sein du Code pénal (A). La seconde voie consiste à introduire la nouvelle incrimination directement dans le Code pénal, voire dans certaines lois spéciales, phénomène que l'on qualifiera de *codification* (B).

A. La déspecialisation des infractions de presse et la condition de publicité

430. La déspecialisation des infractions de presse, c'est-à-dire leur transfert dans le Code pénal, se présente sous deux formes distinctes. La première peut être décrite comme une déspecialisation *partielle*, dès lors que l'infraction sera présente à la fois dans la loi du 29 juillet 1881 et dans le Code pénal. Cela renvoie au cas particulier des « *contraventions de presse* »³, pour lesquelles la disparition de la condition de publicité est compensée par un alignement du régime de ces contraventions sur celui des délits de presse (1). La seconde forme constitue la déspecialisation *totale*, l'infraction étant pleinement soustraite au régime favorable de la loi du 29 juillet 1881. La condition de publicité joue alors un rôle central, si tant est qu'elle soit maintenue. En effet, cela n'est pas toujours le cas, d'où la fragilité de cette garantie (2).

1. Le cas particulier de la déspecialisation partielle des contraventions de presse

431. Les contraventions de presse ont connu une « *histoire mouvementée* »⁴, qu'il faut mettre en perspective avec l'histoire ancienne de la pénalisation de l'expression infamante, puis celle

¹ A. LEPAGE, « Les limites de la liberté d'expression dans le Code pénal : l'étoffement des incriminations », in *Études en l'honneur du professeur Jérôme Huet*, op. cit., p. 249 : « À ce stade, il appartient encore au législateur de choisir ce qu'il veut faire de cette infraction, une infraction de presse ou une infraction de droit commun [...] Nul déterminisme à cet égard, mais un choix souvent lourd de considérations politiques au sens le plus large du terme ».

² P. GUERDER, « Les infractions de presse », *Legipresse*, 2015, n° 325, p. 186.

³ Sur cette expression et sur le constat de la gradation permise par la distinction entre ces contraventions et les délits de presse, v. *supra* n° 366 et s. Par ailleurs, l'on n'évoquera pas ici la question de la sévérité consubstantielle à gradation entre les outrages réprimés dans le Code pénal et les délits de presse, cas éminemment particulier (v. *supra* n° 369 et s.). On peut tout au plus souligner que, malgré la critique envisageable d'une répression excessive, les délits de presse concernés ont été validés dans leur principe, tant par les juges de Strasbourg (CEDH, 14 févr. 2008 n° 20893/03, *July et Sarl Libération c/ France*, § 53 et 54), que par les juridictions internes (Cass. crim., 6 mai 2014, n° 14-81.189 ; Cass. QPC, 16 juill. 2010 ; CCE 2010, comm. 114, obs. A. LEPAGE). Quant aux outrages, v. Cass. crim., 19 juin 2018, n° 17-84.153 ; *Dr. pén.* 2018, comm. 174, obs. P. CONTE, estimant qu'un propos outrageant « *n'entre pas dans le champ de l'article 10, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme* », refusant ainsi tout contrôle de proportionnalité susceptible de neutraliser l'application du délit, assertion manifestant une sévérité certaine et étonnante (v. les obs. préc.).

⁴ E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 1101, p. 604.

plus récente du discours de haine, dans sa dimension conséquentialiste¹. Ces deux types d'abus de la liberté d'expression appellent en effet une répression sévère, ce qui explique que le législateur ait opéré une désécialisation que l'on pourrait décrire comme partielle, dès lors que les infractions de diffamations, d'injures ou de provocations concernées sont à la fois réprimées dans la loi du 29 juillet 1881 et en dehors de celle-ci. Tout l'enjeu est alors la compensation de la disparition de la condition de publicité par d'autres garanties.

432. La sévérité inhérente à la répression des propos infamants. Quant à la permanence de la pénalisation de l'expression infamante, le constat est sans appel : « *Partout où l'empire des lois a régné les attaques contre la réputation d'autrui ont été réprimées* »², si bien que l'on pourrait être tenté de rattacher les infractions y relatives à la catégorie – discutée³ – des infractions naturelles⁴. Toutefois, la sévérité associée à la répression de l'infraction a pu varier selon l'importance accordée à la réputation, puis à l'honneur. En droit romain, la distinction entre l'injure et la diffamation n'était pas de mise, l'outrage commis contre la *fama*, le *contumelia*⁵, n'était donc qu'une composante de l'*injuria*, laquelle incluait tant des voies de fait que des propos litigieux⁶. Cet outrage était désigné *convicium*⁷ ou *maledictum* lorsqu'il était prononcé oralement. Or, cette distinction impliquait déjà un traitement différent entre l'expression privée et l'expression publique. Ainsi, pour ULPYEN, « *le convicium, au contraire du maledictum qui devait s'entendre d'une injure verbale prononcée à voix basse ou dans le cadre d'échanges privés, était commis cum vociferatione, à haute et forte voix* »⁸. Dès lors, le *maledictum* n'ouvrait pas nécessairement droit à une action⁹. Par ailleurs, l'injure, qui pouvait être légère (*leves*) ou atroce (*atrox*), était notamment jugée *atrox ex loco* « *si elle était commise en public, sur le forum ou en présence du préteur, ce qui s'apparente aux distinctions*

¹ Sur la pénalisation des discours haineux tournés vers le passé, v. *supra* n° 433.

² J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, op. cit., p. 321, I.

³ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 173, p. 159.

⁴ Après tout, le huitième commandement enjoignait déjà : « *Tu ne porteras pas de faux témoignage contre ton prochain* » (Exode 20 : 16).

⁵ G.-A. PETIT, *Étude sur les injures et la diffamation en Droit Romain*, Marescq, 1868, p. 8 ; J. DORMAND, *Des injures et du libelle diffamatoire en Droit Romain, de la diffamation envers les particuliers en droit français*, thèse, Paris, 1857, p. 12.

⁶ T. GRELLET-DUMAZEAU, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, op. cit., p. 2 : « *l'étude de la pratique de diverses époques nous apprend que l'injure a constamment tendu à se resserrer dans les limites de l'offense par parole ou par écrit* ».

⁷ V. *supra* n° 127.

⁸ T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, op. cit., n° 351, p. 307. V. aussi, G.-A. PETIT, op. cit., p. 42 et s. ; J.-P. CHASSAN, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*, op. cit., p. 323.

⁹ D. 47, 10, 15, § 44.

aujourd'hui opérées par notre droit entre expression privée et expression publique »¹. De surcroît, l'outrage était désigné *libellum famosum* lorsqu'il prenait la forme de l'écrit². Là encore, le caractère public de la distribution était pris en considération, l'injure devenant automatiquement *atrox ex facto*³ dans cette hypothèse. En somme, la « *conception extensive de l'injuria en Droit Romain témoigne de l'importance accordée à la protection de l'honneur et de la considération au sein de la société d'alors* »⁴. En effet, la répression attachée à ce délit fut parfois particulièrement sévère, les injures écrites ayant pu être punissables de la peine capitale⁵.

Si la répression de l'expression infamante n'est pas au cœur des lois barbares, quoiqu'une certaine continuité avec le droit romain ait pu être établie⁶, la sévérité attachée à cette répression s'accrut progressivement, atteignant son apogée sous l'Ancien Régime. Cela s'explique par l'importance accordée au « *péché de langue* » (*peccato linguae*) par les moralistes des XII^e et XIII^e siècles⁷, puis, bien entendu, par la centralité grandissante de l'honneur à cette époque, considéré comme le bien le plus précieux du citoyen comme du Souverain⁸. Si l'injure reste aussi largement définie qu'en droit romain, une typologie des atteintes à l'honneur commence à émerger. Le vocable de « *diffamation* » fait une apparition discrète au XVI^e siècle⁹, mais ce sont surtout la « *calomnie* » et la « *médiance* »¹⁰ qui sont mises en avant. Le régime de l'injure était également fortement inspiré de la législation romaine,

¹ T. BESSE, *op. cit.*, n° 352, p. 308 : « *L'injure était atrox ex tempore si elle était commise en plein jour* ».

² G.-A. PETIT, *op. cit.*, p. 50.

³ T. BESSE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ *Ibid.*, n° 353, p. 330.

⁵ Et ce, d'abord sous le règne des empereurs Valentinien et Valens, soit entre 321 et 378. V. toutefois, J.-P. CHASSAN, *op. cit.*, p. 324, mettant en doute l'interprétation des termes *capitali poenâ* et estimant qu'ils renvoyaient peut-être à la déchéance civile totale ou à une déportation ou un exil. L'ambiguïté ne semblait pas de mise avec le Code théodosien de 439, lequel punissait de mort les libelles diffamatoires, peine que Justinien aurait refusé d'intégrer au *Digeste* (J. DORMAND, *op. cit.*, p. 40).

⁶ J. DORMAND, *op. cit.*, p. 45 et s.

⁷ V. les auteurs cités par T. BESSE, *op. cit.*, n° 342, p. 302 et s.

⁸ F. DAREAU, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire*, *op. cit.*, p. vii. V. aussi, M. NASSIET, « L'honneur au XVI^e siècle : un capital collectif », in H. DRÉVILLON, D. VENTURINO, *Penser et vivre l'honneur à l'époque moderne*, P.U. Rennes, 2011, p. 72.

⁹ V. F. DAREAU, *op. cit.*, p. 37, évoquant l'art. 10 de la Déclaration du 16 avril 1571 sur les « *libelles, placards et portraits diffamatoires* », ainsi que l'art. 14 de l'édit de septembre 1577 punissant les « *libelles, livres peints et portraits diffamatoires* ».

¹⁰ A. VITU, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 1947, p. 1575 : « *Si la médiance consiste en la révélation de fautes ou des défauts d'autrui, faite sans raison suffisante ou dans l'intention de nuire, la calomnie est plus grave puisqu'elle suppose l'imputation de faits faux ou de fautes qui n'ont pas été commises, en vue de blesser l'honneur de la personne visée* ».

si bien que, malgré la fixation arbitraire de la peine par le juge à cette époque, l'on semble retrouver une répression plus sévère selon le degré de diffusion du propos¹.

La législation révolutionnaire n'accorda pas une place centrale à l'honneur, la Nation primant alors sur la réputation du citoyen². En revanche, dès l'avènement de l'Empire, la protection de cette valeur sociale particulière fut à nouveau jugée essentielle³. C'est ainsi que le Code pénal de 1810 incrimina la calomnie⁴ et l'injure, en distinguant, pour cette dernière, selon le degré de publicité du propos. Si le propos était public, l'injure était punie d'une amende de seize francs à cinq cents francs, aux termes de l'article 375 du Code précité. En revanche, l'article suivant énonçait que les « *injures ou expressions outrageantes qui n'auront pas eu ce double caractère de gravité et de publicité, ne donneront lieu qu'à des peines de simple police* ». Par la suite, les rédacteurs de la loi du 26 mai 1819, conscients des inconvénients de désigner sous le vocable « *calomnie* » des faits qui pouvaient s'apparenter à de la médisance⁵, lui substituèrent celui de « *diffamation* ».

Le diptyque constitué de l'injure et de la diffamation publique était donc consacré⁶. Toutefois, le législateur d'alors ne jugea pas nécessaire de consacrer la diffamation non publique, l'article 20 de la loi du 17 mai 1819 se contentant de reprendre les dispositions de

¹ En ce sens, T. BESSE, *op. cit.*, n° 361, p. 314. L'auteur évoque ainsi, notamment, la Déclaration du 17 janvier 1561, punissant de la mort les imprimeurs, semeurs et vendeurs de placards et libelles diffamatoires récidivistes, ou encore l'édit de janvier 1626, prévoyant cette même peine pour « *tous ceux qui se verront avoir attaché ou semé des placards et libelles diffamatoires* ». V. aussi J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, n° 204, p. 403, rappelant que le fait d'imputer injustement des délits, *en public*, à une personne innocente, délit appelé *ledenge criminelle* en droit normand, « *donnait lieu à une amende honorable très humiliante* ».

² P.-J.-É. FABREGUETTES, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, t. 1., *op. cit.*, p. XIV.

³ B. DABSOVILLE, « Les métamorphoses de la diffamation - Petite histoire de la diffamation de 1819 à nos jours », *RPDP*, 2016, n° 3, p. 527, n° 2 : « *Dans ce pays où le corps social estimait plus important de défendre la réputation d'un homme que de révéler des événements dont la connaissance était utile au bon fonctionnement des institutions, le législateur adopta longtemps une politique pénale très répressive à l'égard des diffamateurs* ».

⁴ C. pén. 1810 (version d'origine), art. 367, définissant les faits calomnieux comme ceux qui, « *s'ils existaient, exposeraient celui contre lequel ils sont articulés à des poursuites criminelles ou correctionnelles, ou même l'exposeraient seulement au mépris ou à la haine des citoyens* ».

⁵ Pour M. DE SERRES, garde des Sceaux de l'époque (cité in P.-J.-É. FABREGUETTES, *op. cit.*, n° 1041, p. 385 : « *Le terme de calomnie, dans son sens vulgaire qu'il est impossible d'effacer dans l'esprit des hommes, emporte avec soi l'idée de la fausseté des faits imputés [...]. La substitution du mot diffamation au mot calomnie fait disparaître, du moins en partie, cet embarras* ».

⁶ On rappellera que la distinction posée par l'art. 29 de la loi sur la presse entre l'« *allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération* », constitutive de la diffamation, et l'« *expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait* », caractéristique de l'injure, peut ponctuellement s'avérer délicate. Le critère central, consacré par la jurisprudence, tient au fait que la diffamation, contrairement à l'injure, suppose « *une articulation précise de faits imputables au plaignant de nature à être, sans difficulté, l'objet d'une preuve et d'un débat contradictoire* » (Cass. crim., 13 avr. 2010, *Bull. crim.* n° 70, *JCP G* 2010, 1258, obs. B. DE LAMY ; *CCE* 2010, comm. 76, obs. A. LEPAGE). Toutefois, ce critère n'est pas infaillible, si bien que, quand injure et diffamation apparaissent indivisibles, la seconde absorbe la première (v. not., Cass. crim., 18 janv. 1994, n° 92-80.717 ; Cass. crim., 23 juin 2009, *Bull. crim.* n° 133).

l'ancien article 376 du Code pénal et de renvoyer implicitement à l'article 471 du même Code pour la pénalité. La loi du 29 juillet 1881 explicita ce renvoi à l'alinéa 3 de son article 33 initial. Ce renvoi à la peine encourue permit à la jurisprudence de considérer que le régime de la loi sur la presse était applicable à la contravention d'injure non publique¹. En d'autres termes, pour les juges, une *spécialisation* avait été opérée pour cette infraction, prélude à sa déspecialisation contemporaine. En effet, ce rattachement formel fut fragilisé à partir de l'inclusion des contraventions dans le domaine réglementaire en 1958, la loi de 1881 renvoyant alors à l'article R. 26, 11° du Code pénal, lequel, en plus de prévoir la peine encourue pour l'injure non publique, définissait classiquement le comportement incriminé. « *Cet écartement de l'injure non publique entre le Code pénal pour la détermination de la peine, et la loi de 1881 pour ses éléments constitutifs et les règles de procédure applicables, vouait cette infraction à une profonde ambiguïté* »². Le lien formel fut définitivement rompu par la loi du 1^{er} juillet 1972. Au cours des travaux parlementaires, le gouvernement avait en effet déposé un amendement ayant « *pour objet de supprimer comme contraires aux articles 34 à 37 de la Constitution les dispositions prévoyant la répression de l'injure non publique de peines contraventionnelles* ». Si cette suppression était logique, le législateur n'en avait sans doute pas mesuré les conséquences³. Quant à la diffamation non publique, elle ne fit l'objet d'une incrimination autonome qu'avec l'introduction du nouveau Code pénal. Pendant environ un siècle, ce comportement a néanmoins été réprimé par le juge pénal, lequel, au mépris du principe d'interprétation stricte de la loi pénale⁴, avait considéré qu'injures et diffamations non publiques pouvaient être assimilées⁵.

En toute hypothèse, la pénalisation de l'expression infamante ne semble plus appeler autant de sévérité qu'au début du XX^e siècle. En effet, l'honneur et la considération⁶ ne sont plus, aujourd'hui, des valeurs sociales aussi centrales qu'hier⁷. Pour certains, il faudrait ainsi

¹ Cass. crim., 28 févr. 1889 ; *DP* 1890, I, p. 186 ; Cass. crim., 6 avr. 1898 ; *Gaz. pal.* 1898, I, p. 530.

² A. LEPAGE, « La diffamation et l'injure non publiques, entre infractions de droit commun et infractions de presse », art. préc., n° 8.

³ V. *infra* n° 434.

⁴ V. toutefois, G. BARBIER, *Code expliqué de la presse*, op. cit., n° 442 : « *comme la diffamation n'est, en définitive, qu'une injure d'une gravité particulière [...], la doctrine et la jurisprudence ont toujours admis que la diffamation non publique était passible des peines prononcées par l'article 471 du Code pénal contre l'injure non publique* ».

⁵ Cass. civ., 20 déc. 1899 ; *D.* 1900, 1, p. 157, estimant « *que la diffamation non publique est assimilée à l'injure réprimée, aux termes de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881, par l'article 471, § 11 du Code pénal* ». Dans le même sens, v. not., Cass. crim., 18 mai 1954, *Bull. crim.* n° 187 ; Cass. crim., 26 janv. 1993, *Bull. crim.*, n° 190.

⁶ Sur la distinction sémantique entre ces deux termes, sans réelle incidence juridique, v. E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 948 et s.

⁷ Que l'on songe à l'évolution des rapports entre l'infidélité et l'honneur. Si, jadis, la victime d'une telle infidélité pouvait avoir recours au duel pour laver son honneur entaché (J.-N. JEANNENEY, *Le Duel, une passion française*

réactualiser la terminologie en évoquant des atteintes à la « *dignité* »¹. La préconisation de dépenaliser la matière des propos infamants, soumise par une commission parlementaire en 2008², est symptomatique de l'évolution des mentalités à leur égard. S'il est peu probable qu'une telle évolution survienne, il est certain que la répression de la diffamation et de l'injure s'est adoucie, que l'on songe à la désuétude des peines d'emprisonnement prévues en la matière par le passé, à leur abrogation logique par la loi du 15 juin 2000³, ou encore aux faits justificatifs spéciaux ayant proliféré dans ce domaine⁴. Il est donc cohérent, au regard de ces évolutions, que, pour les juges européens, « *on ne saurait considérer qu'une réponse pénale à des faits de diffamation est, en tant que telle disproportionnée au but poursuivi* »⁵ et que les questions prioritaires de constitutionnalité relatives à ces infractions ne prospèrent pas⁶. Cependant, au regard de ce constat, on peut légitimement s'interroger sur l'avenir des contraventions d'injure et de diffamation non publiques. En effet, dès lors qu'il n'est plus question de renforcer la sévérité répressive en la matière, on pourrait penser que leur disparition serait une évolution naturelle ; seule l'expression infamante publique demeurerait alors punissable. Pour autant, une telle proposition n'a, semble-t-il, jamais été soulevée. Il y a sans doute deux raisons à cela. La première tient au fait que le contentieux relatif à ces contraventions est loin d'être extrêmement fourni, *de minimis* oblige, ce qui tempère l'inquiétude d'une ingérence excessive dans la liberté d'expression. Comme le doyen CARBONNIER a pu le souligner avec humour, « *la contravention d'injure non publique se commet vraisemblablement plusieurs millions de fois chaque année. En regard, combien peu d'injuriés portent leurs griefs en justice ? C'est le plus colossal (et le moins dramatique) des chiffres noirs de la délinquance* »⁷. La seconde raison a trait à la

(1789-1914), Seuil, 2004), la jurisprudence semble écarter tous liens entre ces deux éléments. V. not., Cass. 1^{re} civ., 17 déc. 2015, n° 14-29.549, estimant que les juges du fond pouvaient considérer à bon droit que « *l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettent plus de considérer que l'imputation d'infidélité conjugale serait à elle seule de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération* » ; solution confirmée par la suite : Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2016, n° 15-24.879 ; CCE 2017, comm. 15, obs. A. LEPAGE.

¹ E. DREYER, *op. cit.*, *loc. cit.* C'est en effet cette terminologie que le législateur emploie dans des dispositions récentes (par ex. : Loi du 29 juillet 1881, art. 35 *quater*).

² S. GUINCHARD, « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », *D.* 2008, p. 1748. V. aussi, Conseil de l'Europe, « Vers une dépenalisation de la diffamation », rapp. n° 11305 du 25 juin 2007 : « *si les législations anti-diffamation peuvent poursuivre des buts légitimes, les sanctions pénales peuvent être porteuses d'un "chilling effect" (effet dissuasif) et restreindre le débat libre* ».

³ V. *supra* n° 427.

⁴ V. *supra* n° 425 et s.

⁵ CEDH, 22 oct. 2007, n° 21279/02, n° 36448/02, *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c/ France*, § 59. V. aussi, CEDH, 19 juill. 2016, n° 49132/11, *Dorota Kania c/ Pologne*, § 35 ; CEDH, 18 sept. 2008, n° 35916/04, *Chalabi c/ France*, préc., § 38.

⁶ Cass. crim., 6 mai 2014, n° 14-81.189 QPC ; Cass. crim., 7 mai 2019, n° 19-81.629 QPC ; Cass. crim., 15 sept. 2020, n° 19-82.124 QPC.

⁷ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, *op. cit.*, p. 83.

proportionnalité du dispositif mis en œuvre. Non seulement les peines sont d'ordre contraventionnel, mais surtout, les garanties de la loi du 29 juillet 1881 ont été étendues à ces contraventions. Avant d'approfondir ce constat, il convient toutefois de s'intéresser à la sévérité inhérente à la répression de propos haineux, à l'origine des contraventions de presse les plus récentes.

433. La sévérité inhérente à la répression des propos haineux. L'histoire de la pénalisation des propos haineux, dans leur versant conséquentialiste¹, est celle d'une extension aussi récente² que croissante du dispositif répressif. Seuls les discours racistes exprimés publiquement furent à l'origine concernés. À l'aube de la Seconde Guerre mondiale, le décret-loi dit « *Marchendeau* » du 21 avril 1939, introduisit au sein des articles 32 et 33 de la loi du 29 juillet 1881 la diffamation et l'injure publiques « *envers un groupe de personnes appartenant, par leur origine, à une race ou à une religion déterminée lorsqu'elles auront eu pour but d'exciter à la haine entre les citoyens ou habitants* ». L'objectif était alors d'endiguer l'antisémitisme au cœur de la propagande nazie. Abrogées en 1940 lors de l'occupation allemande, les dispositions furent réintégrées après la Libération, mais demeurèrent inappliquées en raison des défaillances du dispositif, lequel mêlait trop étroitement la logique de la diffamation avec celle de la provocation³, ce qui rendait les infractions difficilement applicables. Afin de remédier à ces inconvénients et pour se conformer aux exigences conventionnelles de la France en la matière⁴, la loi dite « *Pleven* » du 1^{er} juillet 1972 distingua clairement les provocations⁵ des diffamations⁶ et injures⁷ racistes ou sectaires, ou plus exactement celles commises à l'égard ou 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* ». Comme le souligne un auteur, « *la noblesse de l'objectif poursuivi permet d'imposer à la presse un texte dont le flou aurait, en d'autres*

¹ V. *supra* n° 433 pour les propos haineux tournés vers le passé.

² Si l'art. 8 de la loi du 9 septembre 1835 réprimait « *toute provocation à la haine entre les diverses classes de la société* », le législateur de 1881 s'était désintéressé de la question. En effet, « *cette préoccupation échappait à tout le droit pénal de l'époque* » (E. DREYER, *op. cit.*, n° 1284, p. 713).

³ La référence au dol spécial tenant au « *but d'exciter à la haine entre les citoyens ou habitants* » évoquait indéniablement la logique de la provocation. *Adde* : X. AGOSTINELLI, « Diffamation, injure et provocation à la discrimination raciale », *Légicom*, 2002/3, n° 28, p. 47.

⁴ Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, 21 déc. 1965, ratifiée le 10 nov. 1991, art. 4.

⁵ Loi du 29 juillet 1881, art. 24, al. 7.

⁶ Loi du 29 juillet 1881, art. 33, al. 2.

⁷ Loi du 29 juillet 1881, art. 33, al. 3.

circonstances, soulevé la plus vive opposition »¹. Au moment de la réforme du Code pénal, le législateur crut bon² d'introduire des contraventions non publiques réprimant de tels propos³. La pénalisation du discours de haine a ensuite été étoffée dès le début du XXI^e siècle avec l'incrimination des discours sexistes, homophobes ou handiphobes⁴.

Cette extension de la pénalisation, visant à combler des lacunes de la législation antérieure⁵, manifeste donc une sévérité certaine du législateur contemporain à l'égard des discours de haine, que rien ne semble pouvoir endiguer. Pourtant, la pénalisation de tels discours peut soulever des inquiétudes⁶. En effet, quoique les propos provocants soient tournés vers l'avenir, la logique conséquentialiste n'est que partielle, pour plusieurs raisons. D'abord, les provocations non suivies d'effet, infractions formelles⁷, sont parfois critiquées en ce qu'elles préviendraient moins la survenance d'un résultat redouté qu'elles ne sanctionneraient l'expression d'une opinion. Cette tendance serait renforcée par le caractère « *indirect* » de ces provocations⁸, lequel découle tant de l'appréciation souple du message par la jurisprudence⁹,

¹ E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., n° 1012, p. 552.

² F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, op. cit. n° 394, p. 271, estimant qu'eu égard aux provocations non publiques, « *la volonté première du législateur est de combattre l'acte de conversion lui-même, et non la seule diffusion de l'idéologie en tant que telle* » ; c'est pourquoi il « *réprime la conversion qui se produit aussi bien dans un cadre public que dans un cadre privé* ».

³ C. pén., art. R. 625-7, al. 1^{er}, pour les provocations racistes ; C. pén., art. R. 624-3, devenu art. R. 625-8, al. 1^{er}, pour les diffamations racistes ; C. pén., art. R. 624-4, devenu art. R. 625-8-1, al. 1^{er} pour les injures racistes. Si, auparavant, les injures et diffamations racistes pouvaient être réprimées lorsqu'elles étaient commises non publiquement, quoique les poursuites sur ce fondement semblaient rares (v., pour un arrêt isolé retenant cette qualification, Cass. crim., 7 mai 1975, 73-93.522, *Bull. crim.* n° 119, la poursuite échouant en l'espèce sur des questions procédurales), ce n'était pas le cas des provocations.

⁴ Furent d'abord incriminées, par la loi n° 2004-1486 du 30 décembre 2004, par voie de « *cavalier législatif* », méthode législative ayant pu être critiquée (Y. PADOVA, « Liberté d'expression versus répression du sexisme et de l'homophobie », *Gaz. Pal.*, 17 mars 2005, p. 2.) les diffamations, injures et provocations commises envers une personne ou un groupe de personnes « *à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap* » (Loi du 29 juillet 1881, art. 32, al. 3 ; art. 33, al. 4 ; art. 24, al. 8.). Dans la foulée, avec le décret n° 2005-284 du 25 mars 2005, l'expression non publique de ces messages fut incriminée dans le Code pénal (v. aujourd'hui, C. pén., art. R. 625-7, al. 2, pour les provocations ; art. R. 625-8, al. 2, pour les diffamations ; art. R. 625-8-1, al. 2, pour les injures). Le législateur inclut ensuite l'« *identité sexuelle* » dans la liste précitée (loi n° 2012-954 du 6 août 2012), laquelle céda la place à l'« *identité de genre* » (Loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017). La « *précarité sociale* » faillit également être intégrée à cette liste (Proposition de loi n° 378, enregistrée à la présidence du Sénat le 31 mars 2015).

⁵ V. Cass. crim., 30 janv. 2001, n° 00-81.292, rejetant le pourvoi d'une association de lutte contre les discriminations envers les homosexuels dans une affaire où des affiches homophobes avaient été placardées dans les rues de Lyon, au motif que « *les faits dénoncés n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 24, alinéa [7], de la loi du 29 juillet 1881* ».

⁶ E. BLEICH et C. GIRARD, « Que faire des discours de haine en démocratie ? », art. préc.

⁷ D. ROETS, « Fasc. 20 : Classifications des infractions », *J.-Cl. Pénal Code*, 2010, n° 43. V. aussi, N. JOFFROY, *La provocation en droit pénal*, th. dir. R. BERNARDINI, Nice, 2000, p. 242, n° 231 : « *les infractions de provocation illustrent parfaitement l'intégration de l'état dangereux dans la législation* ».

⁸ E. DREYER, op. cit., p. 551 et s.

⁹ Ainsi, le message litigieux peut-il se borner « *à susciter un sentiment d'hostilité ou de rejet envers un groupe de personnes à raison d'une origine ou d'une religion déterminée* » (Cass. crim., 14 mai 2002, n° 01-85.482 ;

que de la définition éminemment floue du résultat redouté par les textes¹. Ensuite, les provocations, comme, cette fois, les injures ou les diffamations haineuses, sont désignées par certains comme relevant du délit d'opinion pour des raisons tenant à la définition des composantes communes de ces incriminations, certaines ayant trait à leur matérialité², d'autres à leur élément moral³. Enfin, le débat se place parfois moins sur l'analyse juridique de ces infractions que sur le plan de leur légitimité, ce qui est particulièrement le cas concernant la pénalisation des discours sexistes, *lato sensu*⁴. La discussion n'est donc assurément pas close

Cass. crim., 20 sept. 2016, n° 15-83.070). Cette approche a pour objectif d'assurer une répression effective des idéologies racistes (X. AGOSTINELLI, art. préc., p. 54). Le risque est néanmoins de réprimer des provocations qui n'en sont pas réellement (D. ROETS, « La provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence à raison de l'origine ou de l'appartenance ou de la non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée : une incrimination insaisissable », in *Humanisme et Justice : mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage*, Dalloz, 2016, p. 648), de juger davantage en opportunité que guidé par la rigueur juridique (B. ADER, « La loi Pleven a quarante ans ! », *Légipresse*, 2012, n° 297, p. 467) et d'engendrer l'autocensure de ceux qui souhaiteraient aborder sérieusement des questions sensibles (M.-C. DUCOMTE, « Pour une répression enfin loyale de l'intolérance », *Gaz. Pal.*, 28 mai 1988, doct., p. 303). En réalité, l'impact de ces infractions sur le débat public n'est pas simple à évaluer. Certaines études statistiques montrent que les juges ne sanctionnent pas un type de discours en particulier (E. BLEICH, « Deux poids, deux mesures ? La justice française face aux discours islamophobes », *Esprit*, 2015, n° 418, p. 33). Par ailleurs, d'autres soulignent que toutes les infractions de presse, même les plus classiques, sont appréciées de cette manière (E. DREYER, *op. cit.*, n° 1018, p. 554). Malgré ces considérations, le dispositif étudié continuera sans doute à attirer la méfiance d'une partie de la doctrine.

¹ Est incriminé le fait de provoquer « à la discrimination, à la haine ou à la violence ». Or, « le principe de légalité veut que seuls des actes pouvant faire l'objet d'une définition juridique, et étant la marque de l'extériorisation non équivoque d'un état d'esprit, soient incriminés. Il faudrait que la France devienne un pays totalitaire pour que haïr et mentir puissent être punissables » (J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, *op. cit.*, n° 31, p. 47). Si la référence à la violence est le plus souvent épargnée par la critique doctrinale, quoiqu'elle ne renvoie pas explicitement aux infractions éponymes du Code pénal, la doctrine est ainsi unanime (v. not. F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, *op. cit.*, n° 415, p. 282,) pour décrier le fait que le législateur ne renvoie pas, pour les provocations racistes, à la définition des actes de discrimination donnée par le Code pénal (C. pén., art. 225-2 et 432-7 ; comp., en matière de provocation sexiste ou homophobe, Loi du 29 juillet 1881, art. 24, al. 8, effectuant un tel renvoi). Quant à la haine, le fait qu'elle soit difficilement assimilable à un acte a pu être relevé (F. SAFI, *op. cit.*, *loc. cit.*), ainsi que son manque d'autonomie, celle-ci étant généralement évoquée avec la violence par les juges (par. ex. : Cass. crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-84.511).

² Ces infractions doivent viser « une personne » ou « un groupe de personnes », ce qui peut rendre délicate la distinction classique entre la libre critique des idées ou des entités abstraites – comme les religions ou une politique commerciale – et le propos visant une victime déterminée. Plus le groupe est envisagé largement, moins il est possible d'identifier précisément les victimes dont l'honneur est atteint ou qui risquent de subir la haine, la violence, ou la discrimination. Ces considérations rapprochent les délits de la figure du délit d'opinion. (E. DREYER, *op. cit.*, n° 1032 et n° 1291). Ce constat rejaillit sur la difficulté que peuvent rencontrer les juges à distinguer les provocations des injures ou diffamations haineuses, dès lors que, quelle que soit la qualification retenue, l'opinion risque d'être sanctionnée indépendamment de ses effets concrets. Si certains juges du second degré tentent de trouver un critère de distinction (v. la motivation de la Cour d'appel reprise par Cass. crim., 30 oct. 2012, n° 11-88.562), la plupart des poursuites sont en réalité intentées sur le fondement combiné de la provocation et de la diffamation ou de l'injure (X. AGOSTINELLI, « Diffamation, injure et provocation à la discrimination raciale », art. préc., p. 54).

³ Les délits exigent la démonstration d'un « mobile ségrégationniste » (J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 495, p. 361). Le risque est ici que ce dol spécial soit analysé par les juges à titre quasi-exclusif, au détriment de la volonté de provoquer ou de diffamer, dols généraux davantage en lien avec un résultat redouté (v. cependant, E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.* n° 1036, p. 563).

⁴ Cette pénalisation serait porteuse d'un ordre moral nouveau (P. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité*, *op. cit.*, p. 142. V. aussi, M. LE POURHIET, « La

sur ce dispositif, dont la conventionnalité n'a été que partiellement¹ et indirectement² validée, et la constitutionnalité jamais discutée. À l'inverse, malgré les critiques doctrinales évoquées, les infractions réprimant un discours raciste ont obtenu l'approbation des cours suprêmes³. Plus encore, le consensus quant à la nécessité de réprimer sévèrement les discours racistes est tel que des voix se font régulièrement entendre pour réclamer la sortie des délits étudiés du cadre protecteur de la loi du 29 juillet 1881⁴, c'est-à-dire d'opérer une déspecialisation totale de ces infractions, au prétexte que « *le racisme n'est pas une opinion mais un délit* »⁵. On verra néanmoins qu'une telle déspecialisation a pu advenir pour certaines provocations⁶.

En définitive, l'avenir de la gradation entre discours haineux public ou non public est incertain. D'un côté, la pénalisation des discours sexistes semble trop peu consensuelle pour qu'une déspecialisation totale de ce dispositif ait lieu, ce qui n'empêche pas certains de présager

prolifération des délits d'opinion en droit pénal français », *LPA*, 25 févr. 2015, p. 8) ou engendrerait du communautarisme (B. MATHIEU, « Le délit d'homophobie ou la violation de la constitution par consensus », *AJDA*, 2005, p. 113 ; C. BIGOT, « Sexisme, Homophobie et liberté d'expression », *Légipresse*, 2004, n° 209, p. 35), ce sur quoi les avis divergent (E. DREYER, *op. cit.* n° 1298, p. 721). Plus fondamentalement, le fait que d'autres infractions puissent permettre de réprimer les discours visés (N. DROIN, « Outrage aux femmes et propos sexistes (misogynes) à l'épreuve de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 », *RSC*, 2017, p. 481, évoquant l'injure aux particuliers et la provocation au crime de viol) a également pu être invoqué pour mettre en doute la nécessité de ces incriminations et considérer que le législateur aurait abusé de la fonction expressive de la loi pénale (J.-Y. MONFORT, « Les nouveaux délits de presse introduits par la loi du 30 décembre 2004, au regard de la liberté d'expression et des droits de l'homme », *Légicom*, n° 35, 2006/1, p. 127).

¹ V. Cass. crim., 12 nov. 2008, *Bull. crim.* n° 229 ; *RSC* 2009, p. 129, obs. J. FRANCILLON, rejetant un moyen soulevant l'inconventionnalité des injures homophobes, tout en considérant qu'en l'espèce, les propos ne dépassaient pas les limites de la liberté d'expression puisqu'ils ne visaient pas une personne en particulier. Toutefois, pour lors, ni les propos handiphobes, ni les propos sexistes n'ont fait l'objet d'une telle validation sur le plan de la conventionnalité.

² CEDH, 9 févr. 2012, n° 1813/07, *Vejdeland et autres c/ Suède*, § 60, validant le délit d'incitation à la haine suédois, ce qui laisse préjuger de la conformité des délits français. V. déjà, CEDH, 27 sept. 1999, *Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*, § 90.

³ Pour une validation sur le plan de la conventionnalité, v. Cass. crim., 20 juin 2006, *Bull. crim.* n° 187 ; *CCE* 2007, comm. 100 obs. A. LEPAGE ; CEDH, 10 juillet 2008, n° 15948/03, *Soulas c./ France*, § 47. V. aussi, CEDH, 25 nov. 1996, n° 17419/9, *Wingrove c/ Royaume-Uni*, § 52. Pour des refus de transmettre des questions prioritaires de constitutionnalité, v. Cass. crim., 16 avr. 2013, n° 13-90.008 ; Cass. crim., 30 mars 2016, n° 15-84.511.

⁴ Ainsi, en 1996, suite aux déclarations d'un homme politique d'extrême droite quant à une prétendue inégalité des races, un projet de loi visait-il à rassembler les provocations et diffamations racistes en un seul délit de diffusion de messages à caractère raciste ou xénophobe. Le projet, victime collatérale de la dissolution de l'Assemblée nationale en 1997, ne put finalement aboutir. L'idée refit néanmoins surface en 2015, lorsque le président de la République, à l'occasion de la commémoration de la libération du camp d'Auschwitz-Birkenau, dans le contexte troublé des attentats ayant endeuillé la France en janvier, annonça l'introduction d'une réforme du Code pénal visant à intégrer les délits étudiés dans le droit commun. Critiqué par la doctrine (C. BIGOT, « La sortie annoncée de la loi de 1881 des infractions relatives aux discours racistes » *Légicom*, 2016/2, n° 57, p. 28 ; B. ADER, « Le dépaysement des propos racistes dans le Code pénal : une fausse bonne idée ! », *Légipresse*, 2015, n° 325, p. 135), ce projet n'a pas abouti. *Adde* : E. DREYER, *op. cit.* n° 1298, p. 721, pour qui l'avenir des incriminations étudiées « *est sans doute à leur transfert dans le Code pénal, au sein d'un chapitre prétendant enfin lutter efficacement contre les discriminations* » ; « Cent avocats des victimes du racisme demandent que le racisme puisse intégrer le Code pénal », *Légipresse*, 2015, n° 328.

⁵ Slogan évidemment dénué de toute portée juridique (J.-Y. MONFORT, « Le racisme, le sexisme et l'homophobie ne sont pas des "opinions" », *Légicom*, 2015, n° 54, p. 77).

⁶ V. *infra* n° 441 et 444.

une telle évolution¹. D'un autre côté, on a constaté que la tentation d'accroître la sévérité répressive en matière de discours racistes, notamment par une sortie de ces infractions concernées de la loi sur la presse, est récurrente. Dès lors, si les diffamations et injures classiques en sont actuellement au même stade que les diffamations, injures et provocations discriminatoires, il n'est pas certain qu'elles évoluent dans le même sens à l'avenir. Quoi qu'il en soit, à l'heure actuelle, toutes les contraventions de presse étudiées sont concernées par le régime de la loi sur la presse.

434. La disparition de la condition de publicité, compensée par d'autres garanties. La déspecialisation partielle étudiée implique, on l'a vu², une gradation entre délits de presse et contraventions de presse, sur le plan de la pénalité. Toutefois, dès lors que tout lien formel a disparu entre la loi du 29 juillet 1881 et les contraventions étudiées, celles-ci sont mécaniquement devenues des infractions de droit commun, soustraites au régime de faveur de la loi du 29 juillet 1881³. Dès lors, les peines encourues fussent-elles légères, la répression de ces infractions pouvait apparaître, *in globo*, plus sévère que celle des délits de presse. Cette incohérence n'a évidemment pas échappé à la doctrine de l'époque⁴. La chambre criminelle, éteignant le départ de feu, affirma rapidement que « *si la loi du 1^{er} juillet 1972 concernant la lutte contre le racisme, a écarté de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 les dispositions qui étaient relatives à la répression de l'injure non publique, elle n'a pas, pour autant, exclu cette contravention du domaine d'application des règles particulières de procédure dictées par la loi sur la presse ; [...] qu'en outre l'incrimination d'injure touche, dans tous les cas, à la liberté*

¹ E. DREYER, *op. cit.*, n° 1298, p. 722, soulignant « *la modération de ces incriminations qui restent dans le cadre et les limites de la loi de 1881. Ce qui fait à la fois leur force et leur faiblesse. L'avenir est sans doute à leur transfert dans le Code pénal* ».

² V. *supra* n° 368.

³ A. LEPAGE, « La diffamation et l'injure non publiques, entre infractions de droit commun et infractions de presse », art. préc., n° 3 : « *Cette forme de dégénérescence liée à une rétrogradation dans la classification tripartite des infractions devrait s'accompagner, en toute rigueur, d'un basculement du droit spécial vers le droit pénal commun* »

⁴ G. LEVASSEUR, obs. ss. Cass. crim., 22 mai 1974, RSC 1974, p. 877, évoquant un véritable « *imbroglio juridique* », dès lors que « *la durée de prescription de l'action publique aurait été portée à un an (donc quadruple de celle concernant les délits de diffamation publique ou d'injures publiques), que le degré de l'élément moral devenait douteux, que le délai du pourvoi en cassation se trouvait modifié (cinq jours francs au lieu de trois jours non francs), que la contrainte par corps était applicable, et enfin que les conditions de saisine de la juridiction de jugement devenaient celles du droit commun (au point que l'on a pu se demander si l'ordonnance pénale ne devenait pas applicable)* ». V. aussi, H. BLIN, « Une conséquence inattendue de la loi du 1^{er} juillet 1972 sur la lutte contre le racisme : la perte de son caractère d'infraction de presse de la contravention d'injure non publique », *JCP*, 1973, I, 2546, n° 11, soulignant qu'« *on arrive à cette anomalie que la durée de la prescription est plus brève pour la diffamation et l'injure publiques, qui sont des délits, que pour la diffamation et l'injure non publiques, qui ne sont que des contraventions, et, parmi celles-ci, les moins graves* ».

d'expression telle que la règlemente cette loi ; que dès lors, [...] il n'importe, au regard des règles de procédure applicables, que les infractions prévues par la loi du 29 juillet 1881 soient réprimées par d'autres textes »¹. Au gré des années, la jurisprudence et, ponctuellement, le législateur ont tiré toutes les conséquences de cette affirmation, effectuant un véritable « décalque »² du régime des délits de presse, et ce, à tous les niveaux.

Quant au régime procédural de ces contraventions³, la jurisprudence a étendu le formalisme prévu par la loi sur la presse propre à la citation directe devant le tribunal de police⁴, ainsi que celui relatif à l'acte introductif d'instance⁵, ce qui exclut que le ministère public ait recours à la procédure simplifiée régie par les articles 524 et suivants du Code de procédure pénale. De même, le délai pour se pourvoir en cassation a été transposé⁶, ainsi, surtout, que le délai de prescription trimestriel⁷ pour les injures et diffamations non publiques classiques. Pour leurs versions discriminatoires, la Cour de cassation ayant refusé d'étendre le délai d'un an prévu pour les délits correspondants⁸, le législateur a lui-même procédé à cette extension en 2017⁹, rétablissant par la même occasion un lien formel entre la loi sur la presse et le Code pénal. Enfin, les solutions exposées plus haut quant à la détermination de la compétence territoriale en matière d'infractions de presse¹⁰ sont également appliquées, aux contraventions étudiées¹¹.

Sur le plan substantiel, mises à part les différences majeures avec les délits de presse que constituent l'absence de condition de publicité, la différence de pénalités et, pour les

¹ Cass. crim., 22 mai 1974 ; *JCP* 1975, II, 18019, note H. BLIN ; *RSC* 1974, p. 877, obs. G. LEVASSEUR.

² E. DREYER, *op. cit.*, n° 1099, p. 604.

³ On notera que l'extension des règles procédurales des délits de presse aux infractions de correspondances circulant à découvert prévues par la loi du 11 juin 1887 avait été effectuée par le législateur lui-même (art. 2 de la loi précitée).

⁴ Cass. crim., 15 janv. 1988, *Bull. crim.* n° 305. Comp., Cass. crim., 11 avr. 2012, *Bull. crim.* n° 89 ; *JCP G* 2012, 1318, obs. B. DE LAMY, estimant, à l'égard d'une citation qualifiant des faits de diffamation non publique, que le « visa erroné, mais surabondant, de l'article 23 n'a pas eu pour conséquence de créer une incertitude dans l'esprit du prévenu quant à la nature de l'infraction dont il avait à répondre et à la peine encourue ». Cela peut paraître critiquable, dès lors que la condition de publicité, définie par l'article en question, est précisément ce qui distingue les deux diffamations.

⁵ Cass. crim., 7 mai 1975, *Bull. crim.* n° 119, pour l'injure non publique ; Cass. 1^{re} civ., 2 avr. 2009 ; *CCE* 2009, comm. 69, obs. A. LEPAGE, pour la diffamation non publique.

⁶ Cass. crim., 17 mai 1988, *Bull. crim.* n° 214, arrêt rendu en matière d'injure non publique.

⁷ Cass. crim., 11 mars 2003, *Bull. crim.* n° 62 ; Cass. crim., 21 janv. 2009, n° 08-80.825.

⁸ Cass. crim., 23 mai 2006, *Bull. crim.* n° 144.

⁹ Loi n° 2017-86 du 27 janv. 2017, art. 170, introduisant l'art. 65-4 de la loi du 29 juillet 1881.

¹⁰ V. *supra* n° 325 et s. On a vu, toutefois, que le nouvel art. 113-2-1 du C. pén., relatif à la détermination de la compétence pour les messages diffusés sur Internet, ne concernait que les délits, excluant mécaniquement les contraventions de presse de son champ d'application.

¹¹ Des juges ont ainsi pu prendre en compte le lieu de réception du message pour justifier la compétence du tribunal de police du ressort de la victime (Cass. crim., 28 janv. 1960 ; *D.* 1960, jurispr., p. 315 ; Cass. crim., 3 août 1937 ; *Gaz. Pal.*, 1937, 2, p. 556). V. aussi, pour une solution semblable en matière d'infractions de correspondances circulant à découvert, Cass. crim., 28 janv. 1960 ; *D.* 1960, jurispr., p. 315.

diffamations et injures, l'absence de distinctions quant aux personnes visées par le propos¹, le régime substantiel de ces délits est aussi appliqué aux contraventions de presse. Ainsi, la responsabilité des personnes morales a été exclue par la chambre criminelle à leur égard², alors qu'une interprétation stricte de la loi devrait imposer la solution contraire³. De plus, alors que les contraventions sont, par principe, dénuées d'élément moral, la Cour de cassation a jugé que la diffamation et l'injure non publiques doivent être commises avec une intention coupable⁴, allant même jusqu'à exiger, « *faussement* »⁵, une intention de nuire⁶, laquelle est présumée⁷. On ajoutera que le législateur a lui-même étendu l'application de l'exception de vérité à la diffamation non publique⁸ et l'excuse de provocation à l'injure non publique⁹. Au surplus, le refus de réprimer et de poursuivre les abus de la liberté d'expression sur le fondement de l'article 1240 du Code civil¹⁰ a également été exprimé à l'égard des contraventions étudiées¹¹.

¹ Là où les art. 30 à 33 de la loi du 29 juillet 1881 distinguent selon que la victime de l'infraction est un représentant de l'État ou un particulier, ce qui entraîne des différences de régimes, il n'en est rien en matière de contraventions de presse. *Adde* : E. DREYER, « Fasc. 20 : Diffamation et injure non publiques avec, ou sans, caractère discriminatoire », *op. cit.*, n° 35 : « *Exceptionnellement, sous cet aspect, il n'est donc pas pertinent de faire référence ici aux dispositions de la loi sur la presse [...]. En pratique, la diffamation non publique est toutefois dénoncée essentiellement par des particuliers. L'infraction de diffamation non publique envers un serviteur de l'État semble en effet absorbée par les deux formes d'outrage incriminées dans le Code pénal. Les serviteurs de l'État renoncent donc à l'invoquer. Il en va a fortiori de même des institutions de l'État qui n'ont, de surcroît, pas toutes la personnalité morale (armées, cours et tribunaux, certains corps constitués), ce qui – en l'absence de texte spécial – les empêche définitivement d'agir* ».

² Cass. crim., 10 sept. 2013, *Bull. crim.* n° 178 ; *Dr. pén.* 2013, comm. 169, obs. M. VÉRON ; *Gaz. Pal.* 5-6 févr. 2014, p. 16, obs. F. FOURMENT, rendu en matière de diffamation non publique.

³ V. C. pén., art. R. 625-8-2, al. 7.

⁴ Cass. crim., 7 févr. 1945 ; *D.* 1945, jursipr., p. 254.

⁵ E. DREYER, *op. cit.*, n° 1103, p. 606.

⁶ V. not., Cass. crim., 19 nov. 1930 ; *Gaz. Pal.* 1931, I, p. 40 ; Cass. crim., 8 août 1949, *Bull. crim.* n° 283.

⁷ Cass. crim., 1^{er} déc. 1987, *Bull. crim.* n° 440.

⁸ C. pén., art. R. 621-1, al. 2.

⁹ C. pén., art. R. 621-2.

¹⁰ À la fin du XX^e siècle, les parties privilégiaient les outils du juge civil en matière de publications diffamatoires ou injurieuses (E. DREYER, « La perversion du référé en matière de presse », *JCP G* 2007, I, 171), si bien que celui-ci fut targué de se transformer « *redresseurs de torts* » (J.-F. BURGELIN, « Le point sur l'application de la loi du 29 juillet 1881 devant les juridictions civiles », in J.-Y. DUPEUX, A. LACABARATS, *Liberté de la presse et droits de la personne*, Dalloz, 1997, p. 52). Certains auteurs purent alors craindre une « *désertion par les plaideurs de la loi du 29 juillet 1881 et du droit de la presse* » (C. BIGOT, « Le champ d'application de l'article 1382 du Code civil en matière de presse », in J.-Y. DUPEUX, A. LACABARATS, *op. cit.*, p. 63), crainte entendue par la Cour de cassation qui finit par décider, de façon radicale, d'évincer les règles de droit civil en la matière (Cass. ass. plén., 12 juill. 2000 [4 arrêts] ; *CCE* 2000, comm. n° 108, obs. A. LEPAGE). Cette décision, abondamment commentée et critiquée depuis plus de vingt ans en ce qu'elle confère potentiellement une impunité aux auteurs d'abus de la liberté d'expression ne correspondant pas forcément à la définition des infractions de presse (v. not., G. LÉCUYER, « La place de l'article 1382 du Code civil parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d'expression », *D.* 2006, p. 768, n° 6 ; J. TRAUILLÉ, « Exclusivisme de la loi du 29 juillet 1881 : la fin justifie-t-elle encore les moyens ? », *D.* 2020, p. 1368), continue d'interroger sur sa portée (v., récemment, Cass., mixte, 30 nov. 2018, n° 17-16.047, estimant que les instructions données à des manifestants par le président d'une fédération de syndicats d'exploitation agricoles étaient constitutives, non pas d'un abus de la liberté d'expression, mais d'une complicité par provocation aux actes illicites commis pendant la manifestation).

¹¹ Cass. 2^e civ., 10 mars 2004 ; *CCE* 2004, comm. 80, obs. A. LEPAGE.

Comme le résume un auteur : « Dans le doute, la question a été arbitrée en faveur de ceux qui s'expriment, même non publiquement, au détriment de ceux dont l'honneur est bafoué »¹. L'équilibre répressif au cœur de la déspecialisation partielle que représente la gradation entre délits et contraventions de presse explique donc l'application du régime spécial du droit de la presse à des contraventions de droit commun. Toutefois, si cette transposition n'appelle guère de critique lorsqu'elle est le fait du législateur lui-même – que l'on songe à l'article 65-4 de la loi sur la presse ou aux renvois à l'*exceptio veritatis* et à l'excuse de provocation par les articles R. 621-1 et R. 621-2 du Code pénal –, elle heurte frontalement le principe de légalité dans les hypothèses – nombreuses – où le juge y procède de sa propre initiative. Si l'on comprend le souci de cohérence animant le juge², et si sa volonté de préserver la liberté d'expression est louable, l'on sent poindre la critique de l'arbitraire du juge³, notamment en ce qui concerne la prescription trimestrielle⁴. En effet, il convient à présent d'observer que, lorsqu'une déspecialisation totale est opérée, le régime protecteur de la loi sur la presse n'est pas appliqué au délit transféré, si bien que la liberté d'expression n'est plus préservée que par la condition de publicité, lorsque, du moins, cette condition est maintenue.

2. L'avenir variable de la condition de publicité après une déspecialisation totale

435. Il s'agit de montrer ici que l'avenir de la condition de publicité, en cas de déspecialisation totale d'infractions de presse, peut prendre trois voies. Les plus évidentes sont le *maintien* de cette condition ou sa *disparition*. Une voie médiane consiste à maintenir en apparence la condition de publicité mais à incriminer, dans le même temps, un nombre si important d'actes périphériques à la communication publique que l'on peut avoir le sentiment que la garantie fait l'objet d'un *contournement*.

436. *Le maintien de la condition de publicité pour l'apologie du terrorisme.* On sait que les apologies publiques, réprimées par la loi sur la presse, à l'origine centrées sur les propos

¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 116, p. 97.

² A. LEPAGE, art. préc., n° 15 : « Il faut mettre ici au crédit du juge le souci d'une certaine cohérence qui généralement ne hante pas le législateur lorsqu'il intervient en droit de la communication ».

³ V. déjà, J.-P. DOUCET, *Gaz. pal.*, 1999, 2, doct., p. 428 (cité par E. DREYER, *Droit de la communication*, op. cit., p. 797) : « on peut se demander s'il est légitime de faire bénéficier d'un régime procédural privilégié le malotru qui profère un chapelet d'injures ne correspondant en rien à l'expression d'une pensée ».

⁴ A. LEPAGE, art. préc., n° 13 : « Pourquoi alors la jurisprudence n'étendrait-elle pas l'application de l'article 65 de la loi de 1881 aux infractions du Code pénal qui, nombreuses, ont trait à la communication, souvent même publique ? Tel n'est pas le cas, alors même que la liberté d'expression est aussi en jeu ».

antiétatiques se sont progressivement focalisées sur le discours de haine¹. Or, l'apologie du terrorisme opère la synthèse entre la pénalisation d'idéologies antiétatiques et celle du discours de haine, puisque le terrorisme contemporain vise tant à déstabiliser les structures étatiques qu'à nuire aux personnes qui incarnent un modèle de vie décrié, le plus souvent le mode de vie occidental². Plus fondamentalement, dès lors que la législation antiterroriste vise à préserver la sécurité nationale et à apaiser les craintes du corps social à l'égard d'une criminalité « *particulièrement odieuse* »³, rien ne semble pouvoir endiguer sa prolifération constante depuis la fin du XX^e siècle⁴. Dès lors, la légitimité de la répression de ce contenu apologétique, conjointement à celles des provocations aux actes de terrorisme, ne fut guère contestée lorsque la loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986 incrimina de tels propos au sein de la loi sur la presse⁵. En l'occurrence, les juges de Strasbourg validèrent sans peine une condamnation rendue sur ce fondement, la proximité temporelle des propos tenus avec les actes terroristes commis semblant renforcer leur illégalité⁶. Plus encore, l'assimilation du « *dire terroriste* » au « *faire terroriste* »⁷ se fit de plus en plus pressante au début du XXI^e siècle, d'aucuns en tirant la conclusion d'une déspecialisation nécessaire des infractions évoquées⁸. C'est sur la base du rapprochement du provocateur et de l'apologue au terroriste⁹ que, suite à l'émotion suscitée par un attentat commis au Musée juif de Bruxelles le 24 mai 2014, le législateur opéra dans l'urgence¹⁰ une telle

¹ V. *supra* n° 421.

² V. toutefois, dressant une parenté étroite entre les apologies antiétatiques originales et l'apologie du terrorisme moderne : F. GRAS, « Des lois scélérates aux premières applications par les tribunaux du délit d'apologie du terrorisme », *Légicom*, 2016, n° 57, p. 59. Dans le même sens, v. T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, op. cit. n° 82, p. 76 : « Ainsi, c'est à la faveur d'une actualité funeste que le délit d'apologie, en passe de ne devenir qu'un délit d'opinion destiné à ménager un pays accablé par son passé, se réconcilie avec les raisons qui, jadis, l'avaient vu apparaître : l'urgence d'une modération des passions face à une menace quasi permanente pour la sécurité des citoyens et du territoire français ».

³ Y. MAYAUD, « La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente », *AJ Pénal*, 2013, p. 442.

⁴ R. OLLARD, O. DESAULNAY, « La réforme de la législation anti-terroriste ou le règne de l'exception pérenne », *Dr. pén.*, 2015, étude 1.

⁵ Loi du 29 juillet 1881, art. 24, al. 6 ancien.

⁶ CEDH, 2 oct. 2008, n° 36109/03, *Leroy c/ France*, § 45.

⁷ J. PIERET, « Liberté d'expression et lutte contre le terrorisme : limites et dérives du performatif juridique », *Revue de l'Université libre de Bruxelles*, 2007-1, vol. 35, p. 197 : « autrement dit, le terrorisme serait performatif : s'en revendiquer discursivement revient à le pratiquer concrètement ».

⁸ Y. MAYAUD, art. préc., estimant qu' « une certaine contrariété naît de la rencontre du droit de la presse et de la réaction au terrorisme, pour situer cette dernière à l'opposé de la finalité du premier [...]. C'est bien dire que le terrorisme n'est pas adapté à la loi sur la presse, et que les réalités qu'il traverse par Internet méritent des solutions hors de son champ, voire des qualifications spécifiques [...] ».

⁹ Projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, étude d'impact, p. 45, avançant qu' « il ne s'agit pas en l'espèce de réprimer des abus de la liberté d'expression, mais de sanctionner des faits qui sont directement à l'origine des actes terroristes ».

¹⁰ La procédure accélérée fut suivie et le texte fut voté moins de cinq mois après son dépôt, ce qui fut critiqué (CNCDH, Ass. Plén., Avis sur le projet de loi renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, 25 sept. 2014, p. 2, n° 3).

désécialisation avec la loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014¹, faisant ainsi sortir les délits d'apologie et de provocation évoqués de la loi sur la presse pour les intégrer à l'article 421-2-5 du Code pénal.

L'objectif majeur du législateur était, bien entendu, « *d'améliorer l'efficacité de la répression de la propagande terroriste, en permettant que ces actes soient soumis aux règles de procédure de droit commun et à certaines des règles prévues en matière de terrorisme* »², les contraintes procédurales de la loi sur la presse étant jugées « *de nature à entraver ou à rendre moins efficace l'action des services d'enquête et des autorités judiciaires dans un contexte de lutte contre le terrorisme* »³. Certains soulevèrent le danger de cette évolution pour la liberté d'expression⁴, la désécialisation de l'apologie du terrorisme étant particulièrement critiquée⁵, davantage que celle des provocations⁶. Pour d'autres, néanmoins, « *le danger – que ces “sentinelles de la liberté” entendent dénoncer – n'est pourtant pas si prégnant* »⁷, dès lors que ces propos n'auraient jamais eu leur place dans le cadre protecteur de la loi de 1881⁸ et, surtout, dans la mesure où les infractions concernées n'ont pas été brutalement soumises au régime des infractions terroristes, l'un des régimes les plus rigoureux de l'arsenal pénal français. En ce sens, le Conseil constitutionnel, dans sa décision validant le dispositif étudié, affirmait que « *le législateur n'a pas expressément qualifié cette infraction d'acte de terrorisme* »⁹, quoique la ligne de partage entre les actes de terrorisme *stricto sensu* et les actes périphériques à ces derniers ne soit pas si simple à tracer¹⁰. En pratique, le rattachement du délit étudié aux infractions terroristes, au-delà de son placement au sein du chapitre du Code pénal

¹ On notera qu'une première tentative de désécialisation avait été initiée en 2012 (v. A. LEPAGE, « Projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme », *CCE*, 2012, comm. 70), mais le projet échoua devant la commission des lois du Sénat.

² Projet de loi n° 2110 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme, préc., p. 45. Sur le régime procédural de faveur mis en place par la loi du 29 juillet 1881, v. *supra* n° 425 et s.

³ *Ibid.*, p. 44.

⁴ C. LAZERGES, « La lutte contre le terrorisme peut-elle mettre en danger la liberté d'expression ? », *Légipresse*, 2014, p. 579 ; E. DERIEUX, « Lutte contre le terrorisme et droit de la communication », *Légipresse*, 2014, p. 691 ; C. GODEBERGE, E. DAOUD, « La loi du 13 novembre 2014 constitue-t-elle une atteinte à la liberté d'expression ? », art. préc. ; N. DROIN, « La répression des excès d'Internet », *RPDP*, 2016, p. 77.

⁵ CNCDH, Ass. Plén., 25 sept. 2014, préc., p. 12, n° 25, estimant qu'en tant qu'abus de la liberté d'expression, l'apologie « *doit continuer à relever des dispositions spécifiques du droit de la presse* ».

⁶ V. *infra*, n° 437.

⁷ D. DASSA-LE DEIST, « Le délit de provocation et d'apologie des actes de terrorisme : grandeur et servitude d'un délit d'opinion ? », *Gaz. Pal.*, 24 févr. 2015, p. 8.

⁸ En ce sens, E. DREYER, « L'opportunité d'une sortie des infractions de presse de la loi du 29 juillet 1881 au regard d'un exemple précis : le cas du délit d'apologie du terrorisme et de provocation aux actes de terrorisme », in N. DROIN, W. JEAN-BAPTISTE (dir.), *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : une nécessité ?*, *op. cit.*, p. 44.

⁹ Cons. const., 18 mai 2018, n° 2018-706 QPC, § 16.

¹⁰ Y. MAYAUD, « L'apologie du terrorisme, un “acte de terrorisme” qui n'en est pas un... », *D.* 2018, p. 1233.

consacré aux actes de terrorisme, se limite à la compétence du tribunal judiciaire de Paris en matière terroriste, à l'anonymat des officiers de police judiciaire procédant aux investigations¹, à la mise en œuvre de techniques d'enquêtes intrusives² et au possible recours à la procédure de comparution immédiate et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité³. En revanche, le délai de prescription de vingt ans applicable aux infractions terroristes est écarté pour le délit étudié⁴, qui sera toutefois soumis au délai de droit commun de six ans, bien plus long que la prescription trimestrielle du droit de la presse. Dans la même logique, la prolongation de la garde à vue pour une durée de quatre-vingt-seize heures et les perquisitions de nuit sont aussi exclues⁵, ainsi que les dispositions relatives au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions terroristes⁶.

Au-delà de ces conséquences procédurales, il convient d'insister sur le fait que, pour l'apologie du terrorisme, la condition de publicité a été maintenue dès lors que celle-ci doit être commise « *publiquement* ». On sait toutefois que l'enjeu est ici l'incertitude quant à l'applicabilité du critère de la communauté d'intérêts, traditionnellement associé aux infractions de presse⁷. Il n'en demeure pas moins que cette condition de publicité, aussi incertaine soit-elle dans sa définition, apparaît comme une garantie centrale, en ce qu'elle représente la seule survivance du régime de faveur associé à la loi du 29 juillet 1881 ; d'autant qu'elle n'a pas été maintenue en matière de provocation aux actes terroristes.

Avant de le constater, on peut ajouter que le contournement de l'exigence de publicité, en l'occurrence par l'incrimination des actes du récepteur de la communication, n'a pas été admis par le Conseil constitutionnel. Dans un premier temps, en 2016, fut incriminée la consultation habituelle des sites internet de terrorisme⁸. Les Sages considérèrent néanmoins ce texte contraire à la Constitution en ce qu'il portait une atteinte à l'exercice de la liberté de

¹ C. proc. pén., art. 706-24.

² V. *infra*, n° 483.

³ V. T. BESSE, *op. cit.*, n° 98, p. 86, se demandant, à juste titre, si ce mécanisme « *est véritablement adapté à des délits d'expression, a fortiori s'agissant du délit d'apologie pour lequel la matérialité des faits implique un examen approfondi de la part du juge* ». Pourtant, depuis la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, une procédure de comparution immédiate exceptionnelle est prévue pour les provocations à la haine et à la discrimination, le négationnisme et les injures racistes ou discriminatoires (C. proc. pén., art. 397-6, al. 2 ; *adde* : M. BRENAUT, « Extension (excessive) du domaine (répressif) de la lutte (contre le "séparatisme") », *Dr. pén.*, 2021, étude 19, n° 14.

⁴ C. proc. pén., art. 8 al. 4.

⁵ C. proc. pén., art. 706-24-1.

⁶ C. proc. pén., art. 706-25-4.

⁷ V. *supra* n° 160.

⁸ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, créant l'art. 421-2-5-2 du C. pén.

communication qui n'était pas nécessaire, adaptée et proportionnée¹. L'incrimination fut réintroduite en 2017², le texte conditionnant cette fois la répression à une « *manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service* ». C'était ne prendre en compte que partiellement la censure précédente, puisque le juge de la constitutionnalité avait également considéré que la volonté de commettre des actes de terrorisme devait être caractérisée pour que le dispositif puisse être jugé conforme à la Constitution. Dès lors, celui-ci censura à nouveau le texte³. Dans un second temps, les juges du quai de l'Horloge se sont alors rabattus sur la qualification de recel-détention de fichiers issus du délit d'apologie publique du terrorisme⁴, ce qui a pu être perçu comme un mépris de l'autorité de la chose jugée attachée aux décisions du Conseil constitutionnel⁵. Certes, la consultation et la détention d'un fichier sont deux actes de natures différentes, mais il est évident que le juge cherchait à contourner l'abrogation du délit énoncé. En mettant l'accent sur l'absence de contrariété de la condamnation avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que pouvait être caractérisée une « *adhésion à l'idéologie exprimée* »⁶, la chambre criminelle faisait écho au critère exigé par le Conseil constitutionnel à l'égard du délit de consultation abrogé⁷. Ce rapprochement n'a pas échappé aux Sages qui, interrogés sur la constitutionnalité de l'interprétation de la Cour de cassation, l'ont jugée inconstitutionnelle pour les mêmes raisons qu'ils avaient pu invoquer en 2017⁸.

437. La disparition de la condition de publicité pour certaines provocations. La disparition de la condition de publicité pour la provocation aux actes de terrorisme, alors que cette condition était maintenue pour l'apologie, peut *a priori* surprendre. Toutefois, deux raisons peuvent justifier cette différence de traitement. D'une part, la majorité des délits de provocation incriminés au sein du Code pénal, « *bien que pouvant être commis par voie de presse, touchent*

¹ Cons. const., 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC ; CCE 2017, comm. 35, obs. A. LEPAGE, § 14 : « *les dispositions contestées n'imposent pas que l'auteur de la consultation habituelle des services de communication au public en ligne concernés ait la volonté de commettre des actes terroristes ni même la preuve que cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ces services* ».

² Loi n° 2017-258 du 28 février 2017.

³ Cons. const., 15 déc. 2017, n° 2017-682 QPC ; Dr. pén. 2018, comm. 22 obs. P. CONTE.

⁴ Cass. crim., 7 janv. 2020, n° 19-80.136 ; CCE 2020, comm. 26, obs. A. LEPAGE ; Dr. pén. 2020, comm. 48, obs. P. CONTE.

⁵ En ce sens, P. CONTE, comm. préc.

⁶ Ce qui, au demeurant, s'analysait comme l'ajout d'un dol spécial non prévu par le délit de recel, au mépris du principe de légalité (en ce sens, F. SAFI, *Lexbase*, mars 2020, n° N2501BYB).

⁷ P. CONTE, comm. préc. : « *L'arrêt reconstruit ainsi la substance de l'incrimination abrogée, non seulement en faisant fi des critiques du Conseil constitutionnel, mais aussi en contournant ses prohibitions* ».

⁸ Cons. const., 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC ; CCE 2020, comm. 73, obs. A. LEPAGE ; Dr. pén., 2020, comm. 153, obs. P. CONTE, § 26.

à la sécurité publique ainsi qu'à la sûreté de l'État et de la nation »¹ ; autrement dit, les valeurs sociales protégées sont suffisamment importantes pour que l'abus de la liberté d'expression puisse être puni même lorsqu'il est commis non publiquement. D'autre part, « *il s'agit moins pour le provocateur d'exprimer une pensée que de chercher à obtenir de son public la commission d'actes pénalement répréhensibles. Il apparaît dès lors logique que le délit de provocation directe – publique ou non – à des actes terroristes, en ce qu'il exprime moins une opinion qu'une injonction, soit réprimé sous le régime du droit commun* »². On l'aura compris, la logique conséquentialiste inhérente à la provocation, combinée à la gravité du résultat redouté, a entraîné la disparition de la condition de publicité. En pratique, il s'agit « *d'appréhender notamment les prêches tenus dans des lieux de culte clandestins, ou encore des propos tenus sur les réseaux sociaux lorsque l'accès aux propos est restreint aux destinataires agréés avec lesquels l'émetteur forme une "communauté d'intérêts"* »³.

En toute hypothèse, la provocation aux actes terroristes n'a pas été la première infraction de provocation à faire l'objet d'une déspecialisation. En effet, la provocation de militaires à la désobéissance, auparavant réprimée par l'article 25 de la loi du 29 juillet 1881, est désormais incriminée à l'article 413-3 du Code pénal. Reste à évoquer la sortie de l'outrage public aux bonnes mœurs de la loi du 29 juillet 1881 et la mutation consécutive de cette infraction, révélatrice du possible contournement de la condition de publicité par le législateur.

438. Le contournement de la condition de publicité pour les contenus sexuels. La diffusion de contenus à caractère sexuel a connu une évolution complexe, liée à la mutation des bonnes mœurs, que l'on exposera plus loin⁴. Il est toutefois certain que la diffusion de tels contenus suscite une réprobation sociale moindre qu'il y a deux siècles, ce qu'atteste le remplacement de l'outrage public aux bonnes mœurs, sanctionnant toute publication licencieuse, par les infractions contemporaines, ne réprimant que la diffusion de contenus sexuels que dans des cas particuliers. Quant à l'outrage aux bonnes mœurs, un auteur a pu souligner « *l'importance politique de l'infraction, puisque c'est toujours à des moments essentiels de la vie du pays que*

¹ T. BESSE, *op. cit.*, n° 99, p. 88.

² *Ibid.*

³ J. ALIX, « La répression de l'incitation au terrorisme », *Gaz. Pal.*, 24 févr. 2015, p. 11. V. aussi, E. DREYER, « L'opportunité d'une sortie des infractions de presse de la loi du 29 juillet 1881 au regard d'un exemple précis », art. préc., p. 40, précisant qu'en cas de conflit de qualification entre le délit de provocation et l'infraction réprimant les offres, promesses, dons, présents ou avantages quelconques, menaces ou pressions en vue de commettre un acte terroriste (C. pén., art. 421-2-4), l'existence de pressions et la proximité entre le provocateur et le provoqué devraient permettre de résoudre le conflit en faveur de la seconde infraction.

⁴ V. *infra* n° 459.

les textes répressifs y faisant référence furent modifiés »¹. En effet, la légitimation d'un régime politique nouveau s'accompagne souvent d'un renforcement de l'ordre moral². Introduite initialement au sein du Code pénal de 1810, l'exposition ou la distribution de messages contraires aux bonnes mœurs allait devenir l'« outrage à la morale publique et religieuse ou aux bonnes mœurs » avec la loi du 17 mai 1819. C'est sous cette qualification que Baudelaire fut condamné pour la publication des *Fleurs du mal* en 1857³. La référence à la morale publique et religieuse fut supprimée par la loi du 29 juillet 1881, fidèle à son inspiration libérale, mais celle-ci continua de réprimer la diffusion de ces contenus en son article 28 originel. Le délit fut par la suite la première infraction de presse à connaître une déspecialisation, en étant réprimé, non plus par la loi sur la presse, mais par le décret-loi du 29 juillet 1939, dit « Code de la famille ». Avec la loi n° 57-309 du 15 mars 1957, le dispositif réintégra le Code pénal, presque un siècle et demi après l'avoir quitté⁴. Or, à s'en tenir aux termes de l'article 283 de l'ancien Code pénal, la condition de publicité avait partiellement disparu à ce stade, dès lors qu'était réprimé le fait de « vendre, louer, mettre en vente ou en location, même non publiquement » ou « d'offrir, même à titre gratuit et de façon non publique » le message litigieux⁵ ; seul semblait alors licite l'affichage non public⁶.

Le nouveau Code pénal modifia de façon significative l'appréhension pénale de ces publications en introduisant deux dispositions aux logiques distinctes, mais ayant pour point commun de réhabiliter, en apparence, la condition de publicité. En effet, avant d'aborder le particularisme de chaque délit, on peut relever que les articles 227-23 et 227-24 du Code pénal répriment tous deux le fait de « diffuser » un contenu, ce qui laisse préjuger que la simple communication privée dudit contenu est licite, dès lors que les textes ne font plus référence aux termes « non publiquement » comme par le passé. Toutefois, les deux dispositions incriminent également de nombreux comportements périphériques à cette diffusion. Pour rappel, conceptuellement, la communication publique consiste à mettre à disposition du public un

¹ B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF, 2005, p. 6.

² V., le constatant déjà à Rome, P. VEYNE, « L'Empire romain », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée*, op. cit., t. 1, p. 155 : « les crises d'ordre moral avaient [...] pour but principal de prouver à chacun que l'empereur régnant était bien un maître puisque, non content de faire régner l'ordre public, que les vices privés ne menaçaient guère, il prétendait gouverner la conscience morale de chacun ; une fois que chacun était pénétré de cette idée, la loi révolutionnaire cessait d'être appliquée et était oubliée sous le règne suivant ».

³ Le jugement sera révisé le 31 mai 1949 par la Cour de cassation.

⁴ C. pén., art. 283 et s. anciens.

⁵ C. pén., art. 283 ancien, al. 5 et 6.

⁶ Comp. B. LAVAUD-LEGENDRE, op. cit., p. 39 : « le seul moyen de posséder légalement un document pornographique était, sous l'ancien Code pénal, de se l'être fabriqué soi-même, à moins de l'avoir trouvé abandonné ou encore de l'avoir volé ».

contenu, ce qui exclut donc que l'on y intègre les actes préparatoires¹ de cette communication ou encore que l'on s'intéresse aux actes effectués par le récepteur de celle-ci. Or, le législateur appréhende parfois ces deux séries d'actes de façon autonome. D'une part, l'article 227-23 du Code pénal réprime le fait « *d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser* » une image pédopornographique², le fait, « *en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre* » l'image litigieuse³ – ce qui rend poreuse la frontière entre ce délit et la corruption de mineurs⁴ – ou encore de l'importer ou de l'exporter, voire de la « *faire importer* » ou « *faire exporter* ». Dans la même logique, l'article 227-24 du Code pénal réprime non seulement le fait de « *diffuser* » et de « *faire commerce* »⁵ de messages inappropriés pour des mineurs, mais aussi de les « *fabriquer* » ou « *transporter* ». D'autre part, en matière de pédopornographie, sont

¹ Lorsque l'art. 23 de la loi du 29 juillet 1881 évoque la « *mise en vente* », il est possible, en mettant l'accent sur l'appréciation subjective de la publication, de se satisfaire d'une faible matérialité quant à l'acte de distribution, lequel devient alors litigieux dès ses prémices (v. *supra* n° 141). Il n'en demeure pas moins que les actes purement préparatoires restent en dehors du champ de cette disposition matérielle. Classiquement, « *l'achat de livres en gros, par des libraires détaillants, s'il peut révéler chez ceux-ci l'intention de les mettre en vente, n'est pas cependant par lui-même un fait de publication* » (Cass. crim., 5 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 4). Dans un autre domaine, le simple fait d'enregistrer une marque pour le compte d'un fabricant de tabac, alors qu'aucun acte de publicité n'est encore décidé à ce stade, ne peut constituer une complicité punissable du délit de publicité en faveur du tabac (Cass. crim., 7 janv. 2014 ; *Dr. pén.* 2014, comm. 41, obs. J.-H. ROBERT).

² V. M.-L. RASSAT, « Fasc. 20 : mise en péril des mineurs », *op. cit.*, n° 19, pour qui le terme « *offre* » permet d'inclure les communications privées dans le champ de cette disposition, « *le législateur ayant voulu atteindre les commerces clandestins des objets interdits* » (*ibid.*, n° 20). Toutefois, cela reste à confirmer par la jurisprudence, d'autant que l'envoi d'une telle image par correspondance à un seul destinataire devrait théoriquement échapper à la répression. Quant au fait de « *rendre disponible* », il est probable que le législateur ait simplement voulu s'assurer que les hyperliens puissent être qualifiés de diffusion (*ibid.*, n° 19). Sur ces hyperliens, v. *supra* n° 145.

³ Quant à la répression de la *fixation* et de l'*enregistrement* de l'image, cela revient à faire du producteur du contenu un responsable à titre principal, là où celui-ci est généralement un auteur à titre accessoire (v. *supra* n° 320). La *transmission*, elle, « *semble impliquer qu'il faut faire une distinction entre une forme de transmission licite parce qu'elle ne se ferait pas en vue de la diffusion et une forme de transmission illicite parce qu'elle serait faite dans ce but de diffusion* » (M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 16). Si la distinction entre ces deux cas de figure se conçoit (elle pourrait se déduire de la qualité du destinataire du contenu si celui-ci est connu pour diffuser les images concernées ; il s'agirait alors d'un rapporteur nécessaire), elle demeure toutefois extrêmement délicate à opérer en pratique, ce qui explique sans doute l'inexistence de la jurisprudence sur ce point. En toute hypothèse, on observe que la communication publique est ici présente, de façon originale, sous la forme d'un *dol spécial*, révélé notamment par la conclusion d'un contrat avec l'entreprise devant assurer la diffusion des images (Cass. crim., 4 févr. 2004, *Bull. crim.* n° 32) ou encore par la possession par le prévenu d'un logiciel d'échange et de partage (Cass. crim., 29 mars 2006, n° 05-85.857, préc.), mais non par le simple renvoi du contenu à son expéditeur (CA Paris, 8 déc. 2004, n° 04/04301).

⁴ M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 17 : « *la simple réalisation avec des mineurs d'images pornographiques destinées ou non à être diffusées, constitue le délit de corruption de mineurs [...]* ». La confusion entre la volonté de protéger le mineur et celle de réprimer la diffusion d'un contenu répréhensible est renforcée lorsqu'il est question de l'image ou de la représentation d'un mineur de quinze ans, les actes étudiés étant punissables « *même s'ils n'ont pas été commis en vue de [leur] diffusion* » (*ibid.*, n° 18 : « *On a, une fois de plus, rangé n'importe quoi n'importe où* »).

⁵ *Ibid.*, n° 45, estimant que la formulation « *permet d'atteindre tous ceux qui, en amont, auront financé les fabrications et, en aval, perçoivent les produits de l'exploitation même s'ils ne sont à aucun moment intervenus dans l'activité matérielle elle-même* ».

incriminés le fait de « *détenir* »¹ une image ou de « *consulter* » un site pédopornographique². On peut légitimement se demander si la condition de publicité n'est pas contournée, dès lors que de nombreux comportements sont réprimés en plus de la seule diffusion d'un contenu. Certes, d'un point de vue théorique, on peut toujours affirmer que la loi, « *ayant pour but de réprimer la distribution, laisse nécessairement en dehors de ses prévisions une lettre adressée à une seule personne, qui a le caractère de correspondance personnelle* »³. Cependant, dès que la lettre est reçue, son destinataire sera coupable du fait de la détention des images, ce qui tempère grandement l'affirmation précédente.

Comment expliquer une telle sévérité à l'égard de la diffusion de contenus à caractère sexuel, alors même que la tolérance du corps social à l'égard de ces contenus s'est accrue ? Un élément de réponse tient aux particularités des deux infractions étudiées. En premier lieu, la réflexion sur la *ratio legis* du délit de pédopornographie révèle une tension entre des objectifs différents. D'un côté, c'est sous l'impulsion de textes internationaux relatifs à la lutte contre l'exploitation sexuelle des mineurs⁴ que l'article 227-23 du Code pénal ne cesse d'être modifié⁵ ; l'importance de cet objectif justifierait alors une indifférence à la publicité de la communication. D'un autre côté, « *l'objectif principal de protéger le mineur d'une exploitation sexuelle semble avoir été largement dépassé par la démarche consistant à dépister une sexualité déviante. Or, lorsque le but principal est de protéger davantage une conception normative de la sexualité que les intérêts particuliers, les infractions s'inscrivent ipso facto*

¹ Ce comportement a été incriminé par la loi n° 2002-305 du 4 mars 2002. Auparavant, la qualification de recel-détention était appliquée à l'individu trouvé en possession d'images litigieuses (Cass. crim., 9 juin 1999, n° 98-80.052, *Bull. crim.* n° 133), soit par hypothèse le destinataire de celles-ci (le producteur de contenu, auteur de l'infraction principale, ne peut être poursuivi pour recel). L'innovation évoquée a été appliquée dans des hypothèses de téléchargements d'images sur un ordinateur (CA Douai, 2 mai 2007, n° 06/03680 ; CA Douai, 10 oct. 2007, n° 07/01165). Encore faut-il, toutefois, que l'intéressé ait conscience de détenir l'image (CA Bordeaux, 7 févr. 2007, n° 06/01196, relaxant le prévenu dès lors que les images provenaient d'un téléchargement automatique). Le plus souvent, cette qualification accompagne les autres comportements incriminés (CA Grenoble, 11 mars 2009, n° 08/00699).

² A d'abord été incriminée la consultation habituelle d'un tel site (Loi n° 2007-293 du 5 mars 2007), puis la consultation en contrepartie d'un paiement (Loi n° 2013-711 du 5 août 2013, incriminant par ailleurs le fait « *d'acquérir* » une image, ce qui n'était pas nécessaire puisque cet acte pouvait être inclus dans la qualification de détention : en ce sens, M.-L. RASSAT, *op. cit.*, *loc. cit.*). Avant ces lois, des poursuites étaient intentées, sans succès, sur le fondement de la détention (par ex. : Cass. crim., 5 janv. 2005, *Bull. crim.* n° 9). On peut s'interroger sur la différence de traitement entre le récepteur de l'image pédopornographique et le récepteur du contenu terroriste. Pour les Sages, c'est notamment la profusion de normes déjà applicables qui rendrait disproportionnée la pénalisation du récepteur en matière de contenu terroriste (v. *supra* n° 436). Or, le dispositif répressif en matière de pédopornographie est lui aussi très conséquent. La diabolisation contemporaine du pédophile l'emporterait-elle sur celle du terroriste ?

³ M.-L. RASSAT, « Fasc. 20 : mise en péril des mineurs », *op. cit.*, n° 20.

⁴ V. not. : Cons. UE, déc. 2000/375/JAI, 29 mai 2000 ; Cons. UE, décision-cadre 2004/68/JAI, 22 déc. 2003.

⁵ F. CABALLERO, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, n° 30, évoquant une « *croisade anti-pédophile* ».

dans une logique de protection des bonnes mœurs »¹, lesquelles entretiennent un lien étroit avec la publicité². Cette dernière analyse est confortée par le fait que le texte traite non seulement de l'image d'un mineur mais aussi de la « représentation » de celui-ci³. De plus, des juges du fond ont pu souligner que « de tels actes sont sanctionnés par le législateur parce qu'il s'agit notamment de la transgression d'interdits comportant une possibilité, même s'il ne s'agit que d'une probabilité statistique, de dériver vers des atteintes plus graves »⁴. C'est donc en raison du stimulus sexuel que représentent ces images pour certains que le législateur vise à endiguer leur circulation.

Quant à l'article 227-24 du Code pénal, il s'agit, d'un côté, d'une disposition moins sévère que l'ancien article 283 du Code pénal, dès lors que le message doit être accessible à un mineur⁵. D'un autre côté, le législateur a brouillé les cartes en incriminant non seulement la diffusion de messages pornographiques, mais également les messages violents ou de nature à porter atteinte à la dignité humaine, le législateur ayant ajouté à la liste les messages incitant des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger⁶ ou incitant au terrorisme⁷. Ces ajouts mettent à mal la cohérence de l'incrimination, car la jurisprudence se

¹ C. COURTAIGNE-DESLANDES, « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », art. préc.

² V. *infra* n° 458.

³ V. aussi, C. pén., art. 227-23, dern. al. Une question prioritaire, arguant de l'imprécision de la référence à l'aspect physique et du fait que cette disposition introduirait une présomption de culpabilité, a été soulevée devant la Cour de cassation, laquelle a écarté ce double grief (Cass. crim., 6 juin 2012, n° 12-90.016 ; *Gaz. Pal.* 2012, 2, p. 3021, obs. DREYER). La solution est répressive, du moins si l'on considère que le texte vise exclusivement à protéger des mineurs de toute exploitation sexuelle (E. DREYER, obs. préc. : « Si on estime qu'elle a pour but de protéger la moralité publique qui ne peut supporter que l'image pornographique d'un mineur soit diffusée, on admettra sans doute le raisonnement tenu, qui s'avère pragmatique. Si on estime au contraire que l'incrimination a pour but d'empêcher l'utilisation de mineurs aux fins de réaliser des images pornographiques, on tiendra ce raisonnement pour excessif »).

⁴ CA Rouen, ch. corr., 7 nov. 2012, n° 775, 12/00255, cité par A. LEPAGE in *Dr. pén.* 2013, chron. 11.

⁵ Sur la question de savoir s'il est question, ou non, d'un public particulier, v. *supra* n° 256. En toute hypothèse, cette moindre sévérité a justifié l'application du principe de rétroactivité *in mitius* à l'égard du nouveau dispositif (Cass. crim., 5 avr. 1995, n° 94-82.457, *Bull. crim.* n° 15). On notera que la Cour de cassation a refusé de transmettre une question prioritaire sur ce texte (Cass. crim., 12 janv. 2016, n° 15-90.020 QPC) et que sa conformité aux exigences conventionnelles a pu être affirmée par des juges du fond (CA Paris, 13^e ch. corr., sect. A, 2 avr. 2002, n° 01/03637 ; CCE 2002, comm. 111, obs. A. LEPAGE). V. aussi, B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, *op. cit.*, p. 51 : « Disparaît désormais toute logique exclusive de sauvegarde de la moralité publique ; ce sont des personnes que la loi protège ». V. toutefois, S. DETRAZ, « Fasc. 72 : Diffusion de messages nocifs pour les mineurs », *J.-Cl. Communication*, 2015 (màj. 2021), n° 1, soulignant qu'« en se contentant d'une simple possibilité de perception du message par "un mineur", le texte d'incrimination risque d'empêcher radicalement quiconque – les majeurs également, donc – d'y avoir accès, en forme de censure déguisée ». *Adde* : O. WANG, « Repenser l'article 227-24 du code pénal, une nécessité pour la création artistique », *Légipresse*, 2021, p. 172.

⁶ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011. *Adde* : CA Rennes, 11^e ch. corr., 2 sept. 2015, refusant de sanctionner la diffusion, réalisée avant l'entrée en vigueur de cette loi, d'un message incitant à la pratique du jeu du foulard.

⁷ Loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014. *Adde* : CA Riom, 3 mai 2018, n° 17/01113, jugeant le délit de l'article 227-24 du Code pénal caractérisé lorsque est diffusée la photographie d'un adulte brandissant une arme de type

focalisait auparavant sur le message pornographique, lequel se faisait à l'occasion violent et attentatoire à la dignité humaine¹. Ils permettent toutefois d'expliquer pourquoi, au regard de l'importance des valeurs sociales atteintes par ces messages, la condition de publicité est aussi contournée en l'occurrence².

439. En définitive, la condition de publicité n'a été véritablement maintenue que dans une hypothèse suite à la déspecialisation des infractions de presse dans l'histoire, celle de l'apologie publique des actes de terrorisme, ce qui en fait une garantie fragile quant à la pénalisation des abus de la liberté d'expression. Cette impression est renforcée par l'étude de la codification de certains abus de la liberté d'expression.

B. La codification d'abus de la liberté d'expression et la condition de publicité

440. Lorsque le législateur incrimine des abus de la liberté d'expression directement dans le Code pénal, il accompagne parfois le délit nouveau d'une exigence de publicité du propos, étant précisé que la publicité n'est pas nécessairement définie comme en matière de presse (1). Toutefois, dès lors que nulle parenté historique ne relie les nouvelles incriminations à la loi du 29 juillet 1881, le législateur se désintéresse le plus souvent de la condition de publicité (2).

1. Le recours à la condition de publicité

441. *Les propos hostiles à l'institution de la justice.* De même que certains délits de presse, sanctionnant des propos antiétatiques, supposaient la publicité de la communication pour préserver la liberté d'expression³, certains délits de droit commun exigent qu'un propos antiétatique revête un caractère public pour être punissable. L'illustration la plus probante tient à la création, par l'ordonnance n° 58-1298 du 23 décembre 1958, des délits de discrédit sur une décision de justice⁴ et de pressions ou de commentaires en vue d'influencer les déclarations des

kalachnikov avec le poing levé devant son fils âgé de 2 ans et demi, celui-ci imitant son père en levant le poing face à lui. V. toutefois TJ Nanterre, 14^e ch. corr., 4 mai 2021, n° 16021000282, refusant de réprimer la diffusion d'images d'exactions commises par l'État islamique, par des personnalités politiques d'extrême droite, du fait du caractère disproportionné de l'atteinte à la liberté d'expression qu'aurait entraînée une condamnation.

¹ TGI Nîmes, ch. corr., 4 févr. 2014 ; CCE 2014, comm. 66, obs. A. LEPAGE, pour des images de zoophilie.

² En ce sens, S. DETRAZ, *op. cit.*, *loc. cit.*

³ V. *supra* n° 424.

⁴ C. pén., ancien, art. 226 ; devenu C. pén., art. 434-25.

témoins ou la décision des juridictions d'instruction ou de jugement¹, exigeant tous deux que la communication soit publique. Ces incriminations font suite au scandale causé par des indiscretions médiatiques dans l'affaire *Dominici*². Or, les rédacteurs de ces dispositions n'ont nullement caché que leur intention était de soustraire ces délits aux « *astuces procédurales* » de la loi du 29 juillet 1881³, leur but étant aussi d'éviter que la presse jusque-là réputée sérieuse n'adopte les méthodes de la presse à scandale naissante⁴. La doctrine de l'époque fut donc très sévère à l'égard de ces incriminations, les suspectant de vouloir bâillonner la critique judiciaire⁵. Les réformateurs du Code pénal n'estimèrent pas nécessaire de renoncer à ces deux délits et en modifièrent simplement la présentation en plaçant le délit de discrédit sur la justice dans une section consacrée aux « *atteintes à l'autorité de la justice* » et le délit de pressions sur témoins dans une section traitant des « *entraves à l'exercice de la justice* ». Pour autant, on a pu écrire à propos du premier délit que cette « *amélioration de la présentation ne suffira pas à [lui] donner l'autorité et l'efficacité qui lui ont manqué depuis son origine. Les journaux n'ont jamais cessé, après comme avant 1958, de se repaître de scandales judiciaires et de rendre eux-mêmes la justice* »⁶. De façon symptomatique, ses rares applications « *sont le plus souvent dirigées contre des feuilles anarchistes confidentielles* »⁷. On retrouve donc la préservation des institutions étatiques contre des propos visant à les déstabiliser. La Cour de cassation a néanmoins jugé le délit compatible avec la Convention européenne des droits de l'homme⁸ et a jugé non-sérieuse une question prioritaire de constitutionnalité soulevée contre ce texte⁹, ce qui n'enlève rien au fait que « *cet article ne fait pas très bonne figure dans le droit pénal*

¹ C. pén., ancien, art. 227 ; devenu C. pén., art. 434-16.

² Au cours de ce procès pour un triple meurtre mystérieux, ayant entraîné la condamnation à mort d'un individu sans que ne soit jamais établie la preuve de sa culpabilité, un tournoi de belote organisé le 27 novembre 1954 avait particulièrement fait scandale en ce qu'il avait réuni des avocats de la défense et de la partie civile, policiers, journalistes, jurés et témoins qui avaient parlé sans retenue du procès en cours.

³ Sur ce régime favorable, v. *supra* n° 425 et s.

⁴ P. MIMIN, « Offense à la justice », *Rev. pol. et parl.* 1959, p. 226 ; J. BOUCHERON, « Prosper Mérimée et l'article 226 du Code pénal », *Rec. dr. pén.*, 1959, p. 173.

⁵ R. BOCHIN, « Atteinte à la presse, atteinte à l'opinion », *Rev. pol. et parl.* 1959, p. 321 ; M. HAMBURGER, « Il faut sauver la critique judiciaire », *La vie judiciaire*, 6-11 avr. 1959 ; J.-B. HERZOG, « La publicité donnée aux actes criminels et aux procédures pénales en droit français », *RIDP*, 1959, p. 549. ; J. LÉAUTÉ, « Pour une interprétation prudente des nouveaux textes relatifs à la presse », *ibid.*, p. 541.

⁶ J.-H. ROBERT, « Fasc. 20 : Discrédit sur une décision juridictionnelle », *op. cit.*, n° 2, précisant par ailleurs que l'échec de cette pénalisation a notamment une cause politique : « *Le modèle dont on s'est servi en 1958 était le célèbre contempt of court ("mépris de tribunal") du droit anglais. Or, en Grande-Bretagne, le pouvoir judiciaire est fondé sur des principes vieux comme le Royaume et n'a jamais connu l'abaissement dans lequel la Révolution française a jeté les juges, ni souffert de la désinvolture avec laquelle plusieurs régimes ont traité notre magistrature* ».

⁷ *Ibid.*

⁸ Cass. crim., 11 mars 1997, *Bull. crim.* n° 96 ; *Dr. pén.* 1997, comm. 106, note M. VÉRON.

⁹ Cass. crim., 9 déc. 2014, n° 14-90.041.

contemporain »¹ et qu'il s'avère d'ailleurs particulièrement difficile à distinguer des diffamations visant les cours et les tribunaux², elles-mêmes très peu sanctionnées.

Quant au délit de l'article 434-16 du Code pénal, il a sans doute trop longtemps été jugé indissociable du délit de l'article 434-25 du même Code, si bien que les critiques portées à l'encontre du second ont rejailli sur le premier et qu'aucune condamnation n'a jamais été prononcée sur ce fondement³. Pourtant, aujourd'hui, ce délit semble tout à fait compatible avec les exigences européennes⁴, d'autant qu'il est tout autant question de protéger l'institution judiciaire que des personnes privées impliquées dans le processus judiciaire, à savoir les témoins ou les jurés. Quoi qu'il en soit, la remise en cause de la condition de publicité prévue par les deux délits évoqués ne semble pas d'actualité.

442. Les provocations publiques antiétatiques. On peut ajouter à ce panorama toutes les provocations publiques incriminées au sein ou en dehors du Code pénal. Par exemple, les provocations antiétatiques émises par les ministres du culte sont réprimées par l'article 35 de la loi du 9 décembre 1905. Quant à leur origine, les révolutionnaires, se méfiant du pouvoir de l'Église, incriminèrent spécifiquement ces provocations en 1795⁵. Ces infractions furent ensuite intégrées dans le Code pénal, au sein de deux paragraphes visant les « *critiques censures ou provocations dirigées contre l'autorité publique* » dans un « *discours pastoral prononcé publiquement* »⁶ ou dans un « *écrit pastoral* »⁷, avant d'être déplacées au sein de l'article 35 de précité⁸. Quoique l'on peine à trouver une quelconque application jurisprudentielle récente de

¹ J.-H. ROBERT, « Fasc. 20 : Discrédit sur une décision juridictionnelle », *op. cit.*, n° 4.

² Loi du 29 juillet 1881, art. 30 ; v. J.-H. ROBERT, *op. cit.*, n° 9 : « il s'agirait donc d'une forme aggravée de "la diffamation envers les cours [et] les tribunaux", déjà prévue et réprimée, faiblement, par l'article 30 de la loi du 29 juillet 1881 ». V. toutefois, E. DREYER, *Droit de la communication*, *op. cit.*, n° 1249, p. 698 : « en droit de la presse, le propos doit atteindre directement une juridiction alors que, en droit commun, le propos concerne les jugements et arrêts à venir ou déjà rendus ».

³ J.-H. ROBERT, « Fasc. 3405 : Publication en vue d'influencer les décisions juridictionnelles », *op. cit.*, 2014, n° 4 : « La presse jouit donc encore de l'impunité qui désolait le Premier président Mimin ».

⁴ Sur celles-ci, v. *ibid.*, n° 3. Et l'auteur de conclure : « Les critiques qui ont accueilli, en 1958, la disposition de l'actuel article 434-16 étaient donc bien exagérées [...] ».

⁵ Décret du 7 Vendémiaire an IV (29 sept. 1795) sur l'exercice et la police extérieure des cultes, art. 23, punissant le ministre du culte « si, par ledit écrit ou discours, il a provoqué au rétablissement de la royauté en France, ou à l'anéantissement de la République, ou à la dissolution de la représentation nationale ; Ou s'il a provoqué au meurtre, ou a excité les défenseurs de la patrie à déserrer leurs drapeaux, ou leurs pères et mères à les rappeler ; Ou s'il a blâmé ceux qui voudraient prendre les armes pour le maintien de la constitution républicaine, et la défense de la liberté ; Ou s'il a invité des individus à abattre les arbres consacrés à la liberté, à en déposer ou avilir les signes et couleurs ; Ou enfin, s'il a exhorté ou encouragé des personnes quelconques à la trahison ou à la rébellion contre le gouvernement ».

⁶ C. pén. de 1810 (version d'origine), art. 201 à 203.

⁷ *Ibid.*, art. 204 à 206.

⁸ Ce transfert s'est accompagné d'un adoucissement de la répression, seules les provocations suivies d'effet étant alors sanctionnées.

ce délit¹, le législateur a récemment rehaussé les sanctions encourues pour un tel comportement². Le Conseil d'État avait pourtant suggéré d'abroger ce délit en soulignant qu'il ne serait « *pas souhaitable de multiplier les particularités de la règle pénale en prévoyant, pour des infractions identiques, des sanctions différentes selon la situation de l'auteur de l'infraction* »³.

Dans une logique proche, on peut aussi songer au délit de provocation publique et directe à un attroupement armé⁴, introduit par la loi du 7 juin 1848⁵, après la « *révolution de Février* » et les sanglantes « *Journées de juin* », en vue de consolider l'instauration de la Deuxième République. Au sein du Code pénal, on peut encore évoquer le délit de provocation à la rébellion⁶. En dehors dudit Code, peuvent être citées les provocations à refuser ou à retarder le paiement de l'impôt⁷, à retirer des fonds de caisse publique ou à vendre des effets publics⁸ ou encore à commettre des infractions douanières⁹.

443. Les outrages aux symboles républicains. Sont également concernés par l'exigence de publicité, quoique de façon particulière, les outrages aux symboles républicains¹⁰. En l'occurrence, s'il n'est pas toujours question de publier un contenu, la volonté de préserver la liberté d'expression en ne sanctionnant un comportement expressif que s'il s'inscrit dans un cadre public est certaine. Cette pénalisation, initiée en France en 2003, existait déjà ailleurs¹¹,

¹ Pour des illustrations anciennes, concernant des ministres du culte catholique, v. G. CALVÈS, « La liberté de parole des ministres du culte. Remarques sur le projet de loi "séparatisme" », *Le blog de Jus Politicum*, 6 avr. 2021. Comme le relève l'auteur : « *De nos jours, chacun a bien compris que ce ne sont pas les prêtres catholiques qui sont visés par le débat autour d'une éventuelle résurrection de l'article 35 de la loi de 1905, mais les imams* ».

² Depuis la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, le délit fait encourir cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende, alors qu'auparavant, seule une peine maximale de deux ans d'emprisonnement était encourue.

³ CE, avis du 3 déc. 2020, n° 401549, n° 97. Comme le relève G. CALVÈS (art. préc.), il ne va pas de soi d'assimiler un délit marqué par la spécificité du discours pastoral aux délits de presse classiques.

⁴ C. pén., art. 431-6.

⁵ C. pén., ancien, art. 107.

⁶ C. pén., art. 433-10, introduit par le nouveau Code pénal. Dans une circulaire du 14 mai 1993, la chancellerie présentait le délit en ces termes : « *Il permettra de réprimer des comportements qui rendent particulièrement difficile la mission des représentants de la force publique [...]. L'intérêt pratique de cette incrimination nouvelle est de permettre la répression même si la provocation n'a pas été suivie d'effet. Ces faits sont toutefois punis moins sévèrement que la rébellion elle-même* ». Il ne semble toutefois jamais avoir été appliqué.

⁷ CGI, art. 1741.

⁸ Loi du 18 août 1936 portant abrogation de la loi du 12 février 1924 et réprimant les atteintes au crédit de la nation, art. 2.

⁹ C. douanes, art. 459.

¹⁰ Ne seront pas évoquées ici l'imitation ou l'usurpation de signes réservées à l'autorité publique (C. pén., art. 433-14, 433-15 et R. 643-1). Ces infractions font moins débat puisqu'il s'agit aussi de s'assurer que les citoyens puissent identifier les membres de celle-ci et pas seulement de protéger le respect dû à ces symboles. Elles n'en restent pas moins conditionnées par une exigence de publicité.

¹¹ M. SEGONDS, « Fasc. 20 : Outrage à l'hymne national ou au drapeau tricolore », *J.-Cl. Pénal Code*, 2017, n° 4, citant les exemples de l'Italie, l'Espagne et l'Allemagne.

sans pour autant toujours faire consensus¹. En France, l'outrage au drapeau ou à l'armée était déjà réprimé lorsqu'il était commis par un militaire², mais c'est en réaction au fait que la Marseillaise soit sifflée dans les stades de football que l'article 433-5-1 du Code pénal fut introduit par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003. Le texte réprime tant l'outrage au drapeau que l'outrage à l'hymne national. Cette infraction a suscité de vives critiques, émanant tant de parlementaires³ que d'historiens⁴ ou de juristes⁵, d'aucuns y voyant un véritable « *blasphème républicain* »⁶. Saisi *a priori* pour se prononcer sur la constitutionnalité du texte, le Conseil constitutionnel n'osa pas désavouer frontalement le gouvernement⁷, ce qui lui fut reproché⁸. Les Sages émirent toutefois une réserve d'interprétation, aux termes de laquelle « *sont exclus du champ d'application du délit les œuvres de l'esprit, les propos tenus dans un cercle privé, ainsi que les actes accomplis lors de manifestations non organisées par les autorités publiques ou non réglementées par elles* ». En excluant l'application de ce délit dans le cadre de manifestations politiques, littéraires ou artistiques pour le cantonner aux commémorations, aux événements sportifs ou aux rassemblements sportifs, le Conseil a concrètement neutralisé

¹ Aux États-Unis, l'application d'une disposition étatique réprimant l'outrage au drapeau (« *flag desecration* ») fut jugée inconstitutionnelle en 1989 (*Texas v. Johnson*, 21 juin 1989, 491 U.S. 397). Si le congrès tenta de contrer cette décision l'année suivante en instaurant, avec le *Flag protection Act*, une infraction fédérale d'atteinte à l'intégrité du drapeau, la Cour suprême réitéra sa position, jugeant inconstitutionnelle l'application de cette infraction (*United States v. Eichman*, 496 U.S. 310). V. aussi, M.-A. PAVEAUD, « "J'irai cracher sur ta France". Discours d'outrage aux emblèmes et symboles d'État », in É. DESMONS et M.-A. PAVEAUD (dir.), *op. cit.* p. 113 : « *C'est donc une situation particulière : le Flag protection Act ainsi que de nombreuses lois étatiques sanctionnant l'outrage au drapeau n'ont pas été retirées de l'arsenal législatif, mais elles ne peuvent servir de fondement à une quelconque poursuite puisqu'elles sont inconstitutionnelles* ». En Allemagne, la Cour constitutionnelle a interprété les textes d'une manière très restrictive en excluant les œuvres littéraires ou artistiques du champ répressif (Cour const. fédérale allemande, 7 mars 1990, cité par L. PECH, *CCE*, 2003, chron. 13, n° 10). Le Conseil constitutionnel s'est vraisemblablement inspiré de cette solution en 2003.

² C. justice militaire, art. L. 322-17.

³ Un sénateur voyait dans le délit « *un aveu supplémentaire de l'incapacité de l'État d'affirmer son autorité par d'autres voies que l'extension indéfinie de mesures pénales* » (JORF Sénat, 14 févr. 2003, p. 880).

⁴ M.-A. PAVEAUD, art. préc., p. 114, citant une tribune d'un groupe d'historiens intitulée « *pour le droit d'outrage, contre l'interdiction d'outrage au drapeau tricolore* » : « *Cette adhésion forcée au symbole de la nation rappelle de tristes souvenirs. Le respect se mérite. Il ne s'impose pas* ».

⁵ V. not., L. PECH, art. préc. V. néanmoins, approuvant le délit au regard de la nécessité d'assurer la sécurité et le bon ordre des manifestations sportives : J.-P. VIAL, « Les violences dans les stades et la répression des auteurs de trouble », *Tourisme et Droit*, 2004, n° 60, p. 12 ; J.-P. KARAKUILLO, « L'hymne national sifflé dans les stades de football », *D.* 2008, p. 2776.

⁶ M.-A. PAVEAUD, art. préc., p. 110, affirmant que le drapeau tricolore est « *une sorte de cristallisateur de la sacralité républicaine* ». Dans le même sens, É. DESMONS, « Du blasphème considéré comme une infraction politique (sur la protection juridique du communautarisme) », art. préc., p. 56 : « *le blasphème peut aussi exister dans un État laïc pratiquant une forme plus ou moins avérée de religion civile : c'est ce qui semble être le cas de la France depuis la loi du 18 mars 2003, qui récrimine l'outrage public au drapeau ou à l'hymne national* ».

⁷ Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, préc.

⁸ V. not., B. BEIGNIER, B. DE LAMY, E. DREYER (dir.), *Traité de droit de la presse et des médias*, *op. cit.*, n° 129, p. 96 : « *le Conseil constitutionnel a préféré adopter une stratégie de non-confrontation ouverte avec la majorité politique du moment en adoptant une réserve d'interprétation "neutralisante"* ». V. aussi, L. PECH, art. préc., n° 15, qualifiant la réponse du Conseil constitutionnel d'« *indigente* », en ce qu'il « *laisse persister une disposition pénale éminemment contestable tout en la rendant de facto inapplicable* ».

l'application de ce délit, lequel n'engendra par suite des condamnations que dans un nombre infime d'occasions¹.

Précisément, suite à la relaxe d'un individu qui, à l'occasion d'un concours de photographie, avait soumis un cliché représentant un homme en train d'utiliser le drapeau tricolore comme papier hygiénique – cliché qui fut analysé par les juges comme une œuvre de l'esprit échappant à la répression pénale –, des voix s'élevèrent pour réclamer un renforcement de la pénalisation en la matière². Le gouvernement revint donc à la charge en 2010 en promulguant à l'article R. 645-15 du Code pénal une contravention d'outrage au drapeau³. Ce texte élargit la pénalisation en ce qu'il réprime non seulement le fait de détériorer ou d'utiliser de manière dégradante le drapeau dans un lieu public – et non plus seulement dans une enceinte réglementée par l'autorité publique –, mais aussi la diffusion d'un outrage « *même commis dans un lieu privé* »⁴. L'absence de référence aux œuvres de l'esprit laissait entendre que celles-ci n'étaient en l'occurrence pas exclues du champ répressif. Le Conseil d'État, saisi pour juger de la légalité du texte, ne l'entendit pas ainsi et, à l'instar de l'institution dont il partage les locaux, a estimé que la disposition « *n'a pas pour objet de réprimer les actes [...] qui reposeraient sur la volonté de communiquer [...] des idées politiques ou philosophiques ou feraient œuvre de création artistique, sauf à ce que ce mode d'expression ne puisse, sous le contrôle du juge pénal, être regardé comme une œuvre de l'esprit* »⁵. En somme, le fait divers à l'origine de ce texte n'aurait sans doute pas été réprimé sur ce fondement. La contravention a par ailleurs été écartée en 2010, dans une espèce où un artiste avait revêtu une burqa tricolore lors d'un spectacle de rue afin de protester contre la pénalisation de la dissimulation du visage dans l'espace public⁶. En toute hypothèse, si le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État ont validé les dispositions étudiées dans leur principe, la doctrine émet des doutes quant à leur capacité à obtenir un brevet de conventionnalité⁷ au regard, notamment, d'une décision en défaveur d'une

¹ Le ministère de la justice indiquait en 2012 que seules « *quatre condamnations ont été inscrites au casier judiciaire national* » du chef du délit d'outrage à l'hymne national ou au drapeau (cité par T. BESSE, *La pénalisation de l'expression publique*, op. cit. note 505, p. 103).

² De nombreux députés interpellèrent le gouvernement en ce sens (v. *ibid.*, note 471, p. 106).

³ Là encore, l'accueil de cette disposition par la doctrine fut des plus mitigés : D. ROETS, « L'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore : opus 2 ! » *Gaz. Pal.*, 19 août 2010, p. 15 ; C. CLAVERIE-ROUSSET, « La légalité criminelle », *Dr. pén.*, 2011, étude 16 ; J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Précisions sur le champ d'application de la contravention d'outrage au drapeau tricolore », *AJDA*, 2011, p. 2136.

⁴ Sur le concours réel d'infractions lorsque la diffusion porte sur un outrage commis dans un lieu public et la possibilité de cumuler, dans cette hypothèse, les peines des deux contraventions v. D. ROETS, art. préc.

⁵ CE, 9^e et 10^e sous-sect. réun., 19 juill. 2011 ; *D.* 2011, p. 2320, note C. SALCEDO.

⁶ *Le Point*, « Un artiste relaxé après avoir porté une burqa tricolore », 25 nov. 2011.

⁷ Pour le délit v. not. F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, op. cit., n° 559, p. 378. Pour la contravention, v. not. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, art. préc.

telle pénalisation rendue dans une affaire concernant l'Espagne¹. Surtout, il serait impensable que soit incriminée la seule commission de l'outrage dans un lieu privé. La condition de publicité est donc ici une garantie certaine de la liberté d'expression.

444. Les contenus attentatoires à la société. Certaines infractions visent à réprimer des diffusions nocives pour le corps social, sans qu'il soit toujours possible d'identifier avec précision la valeur sociale protégée par l'infraction, dès lors qu'il est souvent question de morale sociale². Ainsi, on trouve ici la pénalisation la plus vigoureuse d'un propos ayant trait au discours de haine, à savoir la *provocation publique au génocide*³, punie de la réclusion criminelle si elle a été suivie d'effet et de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende si elle n'a pas été suivie d'effet. La gravité du résultat redouté explique sans doute l'incrimination de cette provocation en dehors de la loi sur la presse. Toutefois, comme le relève un auteur, celle-ci n'a « pas été perdue de vue au moment de la création de [cette disposition]. Elle fut largement évoquée, mais nullement au regard du principe même de l'introduction de la nouvelle infraction dans le Code pénal »⁴. En effet, les parlementaires ont surtout constaté que les articles 23 et 24 de ladite loi permettaient déjà de réprimer un tel abus de la liberté d'expression⁵. En toute hypothèse, étant assimilée à un crime contre l'humanité, l'infraction est imprescriptible et les peines encourues sont bien plus élevées que celles des infractions de presse traditionnelles.

Par ailleurs, la condition de publicité peut concerner des infractions touchant aux rapports complexes que la société entretient avec la vie et la mort, plus précisément, avec la question de l'avortement et du suicide. L'évolution législative relative à la première problématique est peut-être une des meilleures illustrations du caractère fluctuant de la morale sociale et de son rapport avec l'opposition privé-public. En effet, là où la propagande

¹ CEDH, 13 mars 2018, n° 51168/15 et 51186/15, *Taulats et Capellera c/ Espagne*, § 42 jugeant disproportionnée la condamnation de personnes ayant mis le feu à une photographie du couple royal.

² Sur le concept d'ordre public immatériel, v. *infra* n° 458.

³ C. pén., art. 211-2, introduit par la loi n° 2010-930 du 9 août 2010 portant adaptation du droit pénal à l'institution de la Cour pénale internationale. En réalité, la répression de « l'incitation directe et publique à commettre le génocide » était déjà une obligation conventionnelle de la France depuis 1948 (Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide du 9 décembre 1948, art. III, c)).

⁴ A. LEPAGE, « Les limites de la liberté d'expression dans le Code pénal : l'étoffement des incriminations », art. préc., p. 251.

⁵ *Ibid.* : « L'affirmation est piquante que celle d'un législateur qui déclare d'emblée que les faits qu'il entend ériger en une nouvelle infraction peuvent déjà être réprimés sur le fondement d'incriminations existantes – analyse qui, au demeurant, appelle la nuance », notamment car l'art. 23 n'incrimine que la provocation au génocide lorsqu'elle est suivie d'effet et dans la mesure où l'art. 24 ne semble pas viser la qualification de génocide lorsqu'il incrimine la provocation non suivie d'effet à certaines infractions du livre 2 du Code pénal.

anticonceptionnelle était réprimée au début du siècle dernier¹, c'est l'entrave à l'IVG qui est réprimée depuis 2017² lorsqu'elle est commise, notamment, « *par la diffusion [...] d'allégations ou d'indications de nature à induire intentionnellement en erreur, dans un but dissuasif, sur les caractéristiques ou les conséquences médicales d'une interruption volontaire de grossesse* »³. Cette modification d'un article déjà dense, visant surtout jusque-là à réprimer le fait d'empêcher l'accès à un établissement de santé, « *traduit la volonté du législateur de contrecarrer l'influence de sites Internet dénoncés comme colporteurs d'informations mensongères destinées à dissuader les femmes de recourir à une IVG* »⁴. Saisi *a priori* pour examiner la constitutionnalité de la loi sur ce point, le Conseil constitutionnel a drastiquement réduit la portée de l'innovation en estimant que « *la seule diffusion d'informations à destination d'un public indéterminé sur tout support, notamment sur un site de communication au public en ligne, ne [peut] être regardée comme constitutive de pressions* »⁵, ce qui implique que des pressions individualisées soient réalisées en plus d'une telle diffusion pour que le comportement soit répréhensible. Finalement, le retour de la condition de publicité n'a pas véritablement vu le jour, la référence à la diffusion dans le texte évoqué étant vidée de toute substance.

Enfin, la condition de publicité semble accompagner la « *propagande ou la publicité [...], en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort* »⁶. On peut noter qu'est réprimée ici la complicité d'un fait principal qui n'est plus punissable depuis 1810. On ajoutera que la provocation au suicide n'est, quant à elle, pas conditionnée par le caractère public du propos⁷, l'importance de la vie humaine justifiant que cet abus de la liberté d'expression soit réprimé même lorsque la communication aura revêtu un caractère privé⁸. Il n'en demeure pas moins que le législateur est bien conscient que la

¹ Loi du 31 juillet 1920 réprimant la provocation à l'avortement et à la propagande anticonceptionnelle.

² Loi n° 2017-347 du 20 mars 2017.

³ CSP, art. L. 2223-2.

⁴ A. LEPAGE, « Réflexions sur la nouvelle extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse », *Dr. pén.*, 2017, n° 6, étude 15, n° 2.

⁵ Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-747 DC, § 14 ; v. aussi « Commentaire officiel de la décision du Conseil », p. 17 : « *la simple diffusion d'informations, par exemple sur un site Internet, quand bien même seraient-elles orientées ou tronquées, ne saurait suffire à caractériser l'infraction* ».

⁶ C. pén., art. 223-14.

⁷ C. pén., art. 223-13.

⁸ En ce sens, A. LEPAGE, « Le droit pénal à l'ère de la souveraineté individuelle - De la contribution de l'individualisme à certaines évolutions contemporaines du droit pénal spécial », *Revue de droit d'Assas*, 2015, n° 10, p. 44 : « *C'est une réticence persistante de la société à l'égard du suicide qui apparaît ainsi en filigrane de cette incrimination. Le législateur fait ici d'une pierre deux coups, car dans le même temps que cette incrimination œuvre à soustraire la liberté de se suicider à toute pression des tiers, elle contribue à la protection de la vie* ».

provocation est la plus nocive lorsqu'elle est publiée, puisqu'il étend à cette infraction comme à la précédente les règles d'imputation prévues en matière de presse¹.

445. Au total, on constate que lorsque le législateur recourt à la condition de publicité, il s'agit essentiellement de préserver des intérêts publics², dès lors que les infractions évoquées sont attentatoires aux intérêts de l'État et à ceux de la société. Autrement dit, les valeurs sociales en jeu n'apparaissent pas suffisamment importantes pour que le législateur se dispense de la protection de la liberté d'expression inhérente à la condition de publicité. En effet, dans toutes les hypothèses évoquées, la condition de publicité ne peut pas être contournée par le juge, si bien que l'expression privée demeure libre. Dans d'autres cas, le législateur se désintéresse de cette exigence.

2. Le désintérêt pour la condition de publicité

446. **L'absence de la condition de publicité.** Le désintérêt le plus évident du législateur pour la condition de publicité tient à son absence dans les textes définissant des abus de la liberté d'expression se commettant pourtant publiquement en pratique³. Le lien de ces infractions avec la communication publique transparaît d'ailleurs souvent de l'extension à celles-ci des règles d'imputation en matière d'infractions de presse⁴. Ces règles sont notamment étendues par l'article L. 3421-4 du Code de la santé publique⁵ à la provocation à l'usage de stupéfiants ou au trafic de stupéfiants et à la présentation de ces infractions sous un jour favorable, alors que le texte n'exige pas que le message litigieux revête un caractère public⁶. L'enjeu est donc jugé

¹ C. pén., art. 223-15. Sur ces règles d'imputation, v. *supra* n° 320 et s.

² La rencontre de la condition de publicité et de la préservation d'un intérêt privé est ainsi marginale. V. not., C. pén., art. 222-33-3, sanctionnant la « diffusion » d'images de violences infligées à autrui préalablement enregistrées ; C. pén., art. 226-8, réprimant le fait de « publier » le montage réalisé avec les paroles ou l'image d'une personne sans son consentement. Sur ce dernier texte, v. G. LEVASSEUR, « La protection pénale de la vie privée », art. préc., n° 22, évoquant précisément, au nombre des lacunes du dispositif pénal de la protection de la vie privée, « le fait que l'envoi individuel d'un montage [...] ne paraît pas susceptible de poursuites alors que le document, par hypothèse fabriqué et mensonger, peut être de nature à produire un dommage particulièrement grave. Sans doute eut-il été possible d'incriminer le cas où un envoi a eu lieu dans un but malveillant ».

³ Il ne sera donc pas question ici des infractions réprimant une « divulgation » ou une « révélation ». Sur celles-ci, v. *supra* n° 21. En revanche, v. C. pén., art. 223-1-1, introduit par la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, réprimant le fait de « de diffuser ou de transmettre, par quelque moyen que ce soit, des informations relatives à la vie privée, familiale ou professionnelle d'une personne permettant de l'identifier ou de la localiser aux fins de l'exposer ou d'exposer les membres de sa famille à un risque direct d'atteinte à la personne ou aux biens que l'auteur ne pouvait ignorer ».

⁴ V. *supra* n° 320 et s.

⁵ Loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970.

⁶ B. DE LAMY, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, op. cit., p. 334, n° 526.

suffisamment important pour que le message soit réprimé même lorsqu'il est émis en privé. Pourtant, le texte est critiqué par rapport à sa généralité, en ce que tout propos favorable à la dépénalisation de l'usage du cannabis peut être jugé délictueux sur ce fondement¹.

Dans le même esprit, le caractère public de la communication n'a jamais été exigé pour la provocation à s'armer contre l'autorité de l'État ou contre une partie de la population², la provocation à un rassemblement d'insurgés³, la provocation à l'insoumission⁴, la participation à une entreprise de démoralisation⁵ ou encore pour le délit de divulgation d'informations aux fins d'exposition à un risque introduit en 2021 suite à l'assassinat de Samuel Paty⁶. On précisera tout de même que parmi ces infractions, seules la première et les deux dernières sont concernées par les règles d'imputation de la loi sur la presse, sans que l'on puisse identifier une quelconque logique dans l'action du législateur à cet égard.

Par ailleurs, quoique ces règles d'imputation soient étendues au délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée prévu par l'article 226-2 du Code pénal, ce texte exclut la condition de publicité, en incriminant le fait de « *laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers* »⁷ un enregistrement obtenu par une immixtion préalable dans la vie privée. Dans tous les cas, ce délit est une infraction de conséquence, indissociable de l'article 226-1 du Code pénal, lequel est étranger à la logique de la publication⁸. De surcroît, l'article étudié met « *sur le même plan la diffusion et d'autres actes, des actes qui pourraient éventuellement être qualifiés de*

¹ F. CABALLERO et Y. BISIQU, *Droit de la drogue*, Dalloz, 2^e éd., 2000, p. 614, n° 502. V. sur ce point, Cass. crim., 25 mars 2020, n° 19-86.572 ; *Dr. pén.* 2020, comm. 112, obs. P. CONTE ; *CCE* 2020, comm. 57, obs. A. LEPAGE, refusant de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité soulevant l'atteinte excessive que porterait la disposition évoquée à la liberté d'expression, mais assouplissant néanmoins sa position à cette occasion. En effet, les juges estiment que le délit « *suppose, notamment en ce qu'il incrimine la provocation à l'usage illicite de stupéfiants, une intention corruptrice de sorte que les idées et opinions exprimées, à propos du seul usage du cannabis [...] ne sont pas susceptibles de tomber sous le coup de la loi* ». Cela n'empêche pas la Cour de considérer, par ailleurs, que « *l'atteinte qui serait portée à la liberté d'expression et de communication par les dispositions contestées est justifiée par les impératifs de protection de la santé et de la sécurité publiques et est nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi en la matière par le législateur* ».

² C. pén., art. 412-8.

³ C. pén., art. 412-4.

⁴ C. du service national, art. L. 129.

⁵ C. pén., art. 413-4.

⁶ C. pén., art. 223-1-1, introduit par la loi n° 2021-1109 du 24 août 2021, réprimant le fait de « *de diffuser ou de transmettre, par quelque moyen que ce soit, des informations relatives à la vie privée, familiale ou professionnelle d'une personne permettant de l'identifier ou de la localiser aux fins de l'exposer ou d'exposer les membres de sa famille à un risque direct d'atteinte à la personne ou aux biens que l'auteur ne pouvait ignorer* ». Adde : E. RASCHEL, « À propos du nouvel article 223-1-1 du Code pénal », *Légipresse*, 2021, p. 528.

⁷ La référence au fait de « *laisser porter* » à la connaissance du public peut sembler faire double emploi avec l'extension des règles d'imputation lorsque la communication est publique, puisque c'est précisément ce que l'on reproche à l'auteur légal de l'infraction de presse. À la différence des infractions de presse, la responsabilité des personnes morales est néanmoins de mise ici (v. CA Aix-en-Provence, 25 mars 2002, n° 429M2001).

⁸ V. *infra* n° 474.

reel en l'absence de cette incrimination spécifique »¹, comme la conservation, par exemple, si bien que la condition de publicité serait, en toute hypothèse, contournée ici, quand bien même elle fût exigée. L'article 226-2-1 du Code pénal, visant à sanctionner la pratique dite du « *revenge porn* »², est plus ambigu dans sa formulation. D'une part, le premier alinéa de cet article aggrave les délits d'atteinte à l'intimité de la vie privée classiques³ lorsque l'image ou les propos captés sans le consentement de la personne revêtent un « *caractère sexuel* »⁴. Dans cette hypothèse, les remarques faites à propos de l'article 226-2 du Code pénal sont transposables⁵. En revanche, d'autre part, le texte définit en son second alinéa une infraction autonome consistant, là encore, à porter à la connaissance « *du public ou d'un tiers* » de tels contenus même lorsque leur captation ou leur enregistrement a été consenti, le texte ajoutant toutefois que la personne concernée ne doit pas avoir consenti à la « *diffusion* ». Si cette référence à la diffusion ne contrecarre sans doute pas la référence précitée au « *tiers* », il est probable que les juges seront plus enclins à sanctionner dans les cas où le contenu aura été publié⁶. Cela étant, « *cette infraction ne saurait, évidemment, prendre place dans la loi du 29 juillet 1881 où elle serait déconnectée, au détriment de toute cohérence, du bloc d'infractions auquel il appartient* »⁷.

Enfin, l'absence de la condition de publicité peut exceptionnellement résulter d'un abandon de celle-ci, que l'on songe à la mutation de l'ancien délit de « *publicité mensongère* », rebaptisé en « *pratique commerciale trompeuse* »⁸ avec la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008. Depuis lors, « *rien ne s'oppose [...] à ce qu'une telle pratique puisse consister en un acte*

¹ A. LEPAGE, « Les limites de la liberté d'expression dans le Code pénal : l'étoffement des incriminations », art. préc., p. 248.

² On notera que, de façon intéressante, la sanction d'une diffusion de contenus à caractère sexuel n'est pas sanctionnée ici parce que l'étalage de la nudité d'autrui serait immorale en soi, mais bien parce que le consentement de la personne concernée n'a pas été respecté, illustrant ainsi que la morale sexuelle contemporaine gravite moins autour des intérêts de la société qu'elle ne vise à préserver ceux de l'individu.

³ C. pén., art. 226-1 et 226-2.

⁴ Sur les incertitudes liées à cette qualification, v. A. LEPAGE, « L'article 226-2-1 du Code pénal. Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée », CCE, 2017, étude 1, n° 4 et 5. V. aussi, J.-C. SAINT-PAU, « L'incrimination des atteintes à l'intimité sexuelle par l'article 226-2-1 », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, Éditions universitaires de Lorraine, 2018, p. 343 : « *faut-il juger comme en matière d'exhibition sexuelle que c'est la nudité qui fixe le seuil de la répression ou bien doit-on tenir compte de la signification sexuelle de l'image ?* » Les Sages ont estimé qu'il n'y avait pas de difficulté sur ce point (Cons. const., 30 sept. 2021, n° 2021-933 QPC ; D. 2021, p. 2028, obs. S. DETRAZ ; CCE 2021, comm. 95, obs. A. LEPAGE, § 5).

⁵ En ce sens A. LEPAGE, art. préc., p. 249 : « *Bien qu'elles reposent sur un acte de communication, ces infractions n'exigeant aucune publicité pour leur commission ne pourraient donc être incriminées à l'identique dans la loi de 1881* », ce qui serait heureux car, « *même non publique, la communication d'informations du type de celles plus haut mentionnées est nocive* ».

⁶ On notera néanmoins que, sans que l'on puisse l'expliquer, les règles d'imputation des infractions de presse ne sont pas transposées ici.

⁷ A. LEPAGE, art. préc., p. 248.

⁸ C. conso., art. L. 121-2.

s'adressant à une seule personne déterminée »¹, si bien que des courriers adressés à plusieurs reprises à la même personne² ou un contrat comportant des mentions litigieuses adressé à un client déterminé³ peuvent constituer une telle pratique. Classiquement, la volonté d'accroître la sévérité de la répression a engendré une disparition de l'exigence de publicité. Reste à évoquer les hypothèses où celle-ci est contournée.

447. Le contournement de la condition de publicité. Pour rappel, il y a contournement de l'exigence de publicité lorsqu'une infraction réprime un acte de publication parmi d'autres actes, si bien que la liberté de communiquer en privé s'en trouve relativisée⁴. Ainsi, les différents délits de *contrefaçon* sont-ils également concernés par la pénalisation des actes préparatoires de la communication publique⁵. Si l'on s'en tient à la contrefaçon d'œuvres littéraires et artistiques⁶, au-delà de la répression de la « *représentation* », du « *débit* » et de la « *diffusion* », termes renvoyant à la communication publique de l'œuvre⁷, sont réprimés l'« *édition* » ou la « *reproduction* » de telles œuvres, les vocables étant synonymes⁸, ainsi que « *l'exportation, l'importation [ou] le transbordement* » d'œuvres contrefaites. Il s'agit alors de

¹ S. FOURNIER, « Fasc. 20 : Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2016 (màj. 2020), n° 13.

² Cass. crim., 20 nov. 2012, n° 11-89.090.

³ Cass. crim., 13 janv. 2016, n° 14-84.07 ; *JCP G* 2016, 381, n° 15, obs. S. DETRAZ.

⁴ V. *supra* n° 438 pour le constat d'un tel contournement en matière de diffusion de contenus sexuels.

⁵ V. not., pour la contrefaçon de monnaie, C. pén., art. 442-2, réprimant, en plus de la « *mise en circulation* », « *le transport* » ou la « *détention en vue de la mise en circulation* » des signes monétaires contrefaits ou falsifiés. Comp., CPI, art. L. 335-3-1, pénalisant le fait de procurer à autrui des applications technologiques permettant de contourner des mesures de sécurité en les « *détenant en vue de la vente, du prêt ou de la location* » (2°) ou en « *commandant, concevant, organisant, reproduisant, distribuant ou diffusant une publicité* » en faveur d'une telle application (4°). Dans ce dernier exemple, seules la distribution et la diffusion constituent la communication publique *stricto sensu*.

⁶ CPI, art. L. 335-2, L. 335-3 et L. 335-4.

⁷ V. *supra* n° 120.

⁸ En ce sens, E. DREYER, « Fasc. 20 : Contrefaçons et fraudes en matière littéraire et artistique », *op. cit.*, n° 14. Pour la jurisprudence, « *le seul fait de l'enregistrement sur disque d'une composition musicale constitue une édition* » (Cass. crim., 28 févr. 1956 ; *RIDA* juill. 1956, p. 112), si bien que « *la reproduction en un seul exemplaire peut donc constituer une contrefaçon* » (CA Lyon, ch. corr., 7 nov. 1958 ; *RIDA* juill. 1959) et que « *le mot "édition" [est] à prendre au sens matériel de fabrication et non au sens commercial de reproduction en nombre en vue de la diffusion dans le public* » (CA Grenoble, 1^{re} ch. corr., 18 janv. 2001 ; *CCE*. 2001, comm. 59, obs. C. CARON). En l'absence de dol spécial comparable à celui exigé en matière d'images pédopornographiques (v. *supra* n° 438), la fabrication de la contrefaçon serait donc répréhensible indépendamment de toute volonté de diffusion. Toutefois, la reproduction doit s'articuler avec l'exception de *copie privée* (CPI, art. L. 122-5, 2°) lorsqu'elle est réalisée à partir d'une source licite. Or, cette exception suppose que les copies ne soient pas « *destinées à une utilisation collective* ». Lorsque la source est licite, on peut donc estimer que le juge devra démontrer un dol spécial d'utilisation collective, ce qui sous-entend la communication publique de l'œuvre. Sur ce point, v. E. DREYER, *op. cit.*, n° 117, estimant que lorsque la reproduction est effectuée en nombre, « *la preuve d'une mise à disposition n'est pas requise, car l'intention de communiquer l'œuvre contrefaisante au public se laisse présumer* » ; à l'inverse, lorsque l'œuvre n'est reproduite qu'en un seul exemplaire, « *la preuve de sa transmission à un tiers, personne différente du copiste, apparaît nécessaire pour que l'acte puisse être considéré comme répréhensible* ».

réprimer l'action de ceux qui préparent la diffusion de l'œuvre sans avoir eux-mêmes participé à la fabrication de la contrefaçon¹. Quant à la pénalisation des actes du récepteur, on peut observer que, si le recel-détention est réservé à une hypothèse particulière, visant plutôt les participants à la diffusion que le récepteur, invoquer le recel-profit pourrait permettre de sanctionner « *le simple particulier utilisant l'exemplaire illicite* »² ou encore le « *particulier téléchargeant en connaissance de cause une œuvre musicale, à partir d'un site pirate* »³. Pour autant, cela engendrerait « *une pénalisation généralisée peu en phase avec l'évolution des mœurs contemporaines* »⁴. Cette objection semble donc exclure que la répression s'abatte sur le récepteur en cette matière⁵. De plus, pour pallier les difficultés liées à l'application du délit de recel⁶, les textes évoquent, depuis la loi du 11 mars 2014, « *la détention, aux fins précitées* », d'œuvres contrefaites⁷.

Là encore, le contournement de la condition de publicité s'explique par l'ampleur des enjeux en cause. Il est certes vrai que la contrefaçon d'œuvres, contrairement aux autres hypothèses de contrefaçon, ne vise pas à protéger les consommateurs de produits

¹ On peut relever que la référence à l'importation permet de saisir sous la qualification de contrefaçon le simple transit d'œuvres contrefaites sur le territoire français, même si elles n'ont pas vocation y rester (Cass. crim., 7 oct. 1985 : *RIDA* oct. 1986, p. 137 ; Cass. crim., 26 avr. 1990, n° 88-83.762, *Bull. crim.* n° 160). Si cette solution semble condamnée par les juges de Luxembourg, à tout le moins pour les marchandises transitant entre différents États membres de l'Union européenne (CJCE, 26 sept. 2000, aff. C-23/99, *Comm. c/Rép. Française*, point 49), le législateur français a refusé d'en prendre acte. En effet, « *désireux de provoquer une évolution du droit de l'Union sur ce point, [il] a pris l'initiative de le contredire en toute connaissance de cause* » (E. DREYER, *op. cit.*, n° 49), avec la loi n° 2014-315 du 11 mars 2014, laquelle introduit la référence au transbordement. Cette opération renvoie très largement à l'étape du transit consistant à faire passer l'œuvre d'un moyen de transport à un autre.

² N. QUOY, *La contrefaçon par reproduction en droit d'auteur français et en droit comparé*, th. dir. A. FRANÇON, Paris 2, 1998, n° 1246, p. 573.

³ *Ibid.*, n° 1248, p. 574.

⁴ E. DREYER, *op. cit.*, n° 47.

⁵ Tout au plus, celui-ci sera-t-il visé par la « *réponse graduée* » instaurée par la loi Hadopi (CPI, art. L. 331-25) et n'aboutissant jamais, en pratique, à une condamnation pénale du simple particulier n'étant pas un « *pirate* » notoire (*Le Monde.fr*, « Hadopi : beaucoup d'avertissements mais peu de condamnations », 14 août 2018).

⁶ C. pén., art. 321-1. La double difficulté tenait à la nécessité de démontrer la connaissance de l'origine illicite de l'exemplaire de l'œuvre, ainsi qu'à la réticence de la jurisprudence à admettre qu'une information puisse être recelée (v. not., Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 93-81.569, préc.). V., cependant, pour une application de cette qualification à l'égard de la copie d'un logiciel informatique dissimulé : CA Paris, 4^e ch., 18 mai 1998, n° 97/06668.

⁷ Cette formule n'est pas dénuée d'ambiguïté, étant donné qu'elle est insérée dans des alinéas ne mentionnant pas tous les actes de contrefaçon précédemment évoqués. Or, si l'on considère que tous les actes sont concernés par cette qualification, notamment la simple reproduction de l'œuvre, « *une étendue considérable lui est donnée : la simple détention par un particulier d'un exemplaire contrefaisant en connaissance de cause mais pour sa satisfaction personnelle devient punissable, ce qui peut paraître exagéré* » (E. DREYER, *op. cit.*, n° 46). Il est donc plus sage de considérer que la disposition ne vise que les actes de détention en vue du débit, de l'exportation, de l'importation ou du transbordement d'exemplaires contrefaisants. En réalité, on retrouverait alors surtout un dol spécial ciblé de mise en vente pour le débit. Quant à la détention en vue des autres fins, elle se conçoit difficilement : peut-on vraiment détenir une œuvre que l'on a pas encore importé ? Sur la référence au transbordement, v. J.-C. GALLOUX, « Les lois n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon et n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation », *RTD com.*, 2014, p. 579 : « *Détenir en vue d'un transbordement, ne signifie pas grand-chose de précis* ».

potentiellement dangereux, susceptibles de porter atteinte à leur intégrité physique¹. En revanche, elle affecte « *la société, dans la mesure où elle nuit à l'innovation et à la création : entreprises et créateurs hésitent à innover devant l'ampleur du pillage* »². On peut dès lors voir dans l'accroissement contemporain de la répression – accroissement relatif, en réalité³ –, une volonté de moraliser les comportements des consommateurs, cette fois, dans le but de préserver les intérêts d'une industrie dont la plupart des acteurs sont relativement vulnérables⁴. On ne saurait par ailleurs occulter les pertes fiscales subies par l'État lui-même du fait de cette délinquance particulière.

448. L'occultation de la condition de publicité. Le contournement de la condition de publicité ne se limite pas à l'incrimination d'actes périphériques de la communication publique. Il se manifeste en effet, dans certains cas, par le désintéret – au sens fort – du législateur ou du juge à l'encontre de cette condition, laquelle cesse d'être le centre de gravité de l'infraction ; elle est donc occultée. C'est le cas en matière de *publicité illégale en faveur du tabac ou de l'alcool*. Pour rappel, le caractère public de la communication s'inscrit surtout au stade de la justification de l'infraction⁵. En effet, le juge autorise certaines communications publiques davantage qu'il ne met l'accent sur l'illicéité de communiquer de telles informations sur certains supports, comme la radio, la télévision et l'Internet. Cela explique déjà en grande partie le désintéret du juge pour la condition de publicité. Surtout, les textes amènent le juge à

¹ C. LE GOFFIC et M. WAGNER, « La pénalisation de la contrefaçon », *Dr. pén.*, 2009, étude 26, p. 14, n° 5 et n° 7 : « *Qui n'a jamais entendu parler de produits contrefaisants dangereux tels que jouets inflammables ou toxiques, pièces détachées automobiles défectueuses, lunettes de soleil sans filtres ultra-violettes, appareils électriques ou informatiques risquant d'imploser, ou encore faux médicaments ? [...] La répression de la contrefaçon [en matière littéraire et artistique] n'est donc pas justifiée par les seules retombées dangereuses qu'elle peut engendrer pour les personnes* ».

² *Ibid.*, n° 7.

³ Comme le constatait récemment le délégué général de l'Association de lutte contre la piraterie audiovisuelle, les actions pénales pour lutter contre la contrefaçon sur Internet « *sont généralement complexes et lourdes à mener. Elles sont de moins en moins suivies par les services de l'État police/gendarmerie en raison des moyens humains et techniques nécessaires pour les mener à bien dans des délais "raisonnables" pour les ayants droit. La contrefaçon portant atteinte à des droits de propriété sur Internet n'a jamais été une priorité des services de l'État* » (CCE 2020, n° 10, entretien 9.). V. aussi C. LE GOFFIC et M. WAGNER, « La pénalisation de la contrefaçon », art. préc., n° 14 et s. mettant en lumière le décalage entre la sévérité affichée par les textes et leur application concrète. En effet, si les contrefacteurs ne sont plus condamnés, comme sous l'ancien droit, à avoir le poignet coupé ou à subir l'humiliation publique du carcan, entourés des produits contrefaisants, une série de lois a accru la répression à bien des égards dans les années 2000, en créant de nouveaux délits, en augmentant les peines encourues ou en développant des sanctions alternatives, comme la peine de suspension de l'accès à Internet. Pour autant, ce dispositif est très peu appliqué et c'est vers le juge civil que se tournent les ayants droits, lequel a, notamment, le pouvoir de prononcer des dommages-intérêts punitifs.

⁴ Rapp. sur le projet de loi de lutte contre la contrefaçon, Sénat, 26 juill. 2007, n° 420, p. 12, rappelant que l'OCDE évalue à 30 000 par an le nombre d'emplois affectés par cette délinquance.

⁵ V. *supra* n° 331.

s'intéresser au *contenu* de la publicité davantage qu'à son support de diffusion, surtout en matière de publicité en faveur de boissons alcooliques¹, mais aussi, pour l'alcool comme pour le tabac, du fait de la centralité de la « *publicité indirecte* » dans les textes². L'important contentieux autour de cette notion³ révèle la résistance des entreprises concernées par la réglementation, souvent perçue comme un « *hygiénisme normatif* »⁴.

À cet égard, on peut rappeler que la pénalisation de ces publicités n'est pas des plus consensuelles au regard des différents intérêts en présence⁵. Les dispositions de la loi du 9 juillet 1976, dite « *loi Veil* », encadrant la publicité en faveur des produits du tabac, en vue de lutter tant contre les décès dus à la consommation directe de tabac qu'à ceux causés par le tabagisme passif⁶, firent l'objet de nombreux contournements⁷. Une intensification de la répression fut donc mise en place avec la loi « *Barzac* » du 13 janvier 1989, laquelle mettait précisément l'accent sur la répression de la publicité indirecte en faveur du tabac. Le dispositif présentait néanmoins toujours des lacunes⁸. C'est alors que la fameuse loi « *Évin* » du 10 janvier 1991 vit le jour⁹. La publicité envers les boissons alcooliques se voyait également réglementée de façon

¹ CSP, art. L. 3323-3-1, énonçant, en substance, que ne sont pas considérés comme une publicité ou une propagande les contenus relatifs au terroir viticole français ; art. L. 3323-4, listant les mentions autorisées dans la publicité et admettant, là encore, des références audit terroir. Ces textes rendent délicates la distinction entre l'information autour d'une boisson alcoolique et sa valorisation.

² CSP, art. L. 3323-3, al. 1^{er} : « *Est considérée comme propagande ou publicité indirecte la propagande ou publicité en faveur d'un organisme, d'un service, d'une activité, d'un produit ou d'un article autre qu'une boisson alcoolique qui, par son graphisme, sa présentation, l'utilisation d'une dénomination, d'une marque, d'un emblème publicitaire ou d'un autre signe distinctif, rappelle une boisson alcoolique* ». V. CSP, art. L. 3512-5, pour une définition semblable en matière de publicité pour le tabac.

³ Parmi de très nombreux exemples, v. Cass. crim., 3 mai 2006, n° 05-85.089, jugeant que les décorations figurant sur des paquets de cigarettes qui associent le tabac aux voyages, aux loisirs et à la jeunesse et qui suscitent le désir d'acquérir une marque particulière de cigarettes de manière à compléter une série d'images différentes constituent une publicité indirecte illicite ; Cass. crim., 21 janv. 2014, n° 12-87.689, pour des expressions faisant référence au plaisir. V. toutefois, Cass. crim., 21 févr. 2017, n° 15-87.688, estimant que le seul fait de montrer une personne dans une émission en train de fumer ne constitue pas une publicité prohibée.

⁴ J.-M. BRUGUIÈRE, « Cachez cette cigarette que je ne saurais voir ! », *Légipresse*, 2012, n° 297, p. 501.

⁵ Ce qui révèle la tension inhérente à cette législation, v. Y. ATTAL, « Bilan de la législation française : La loi Évin est-elle partie en fumée ? », art. préc., p. 16 : « *En effet, la lutte et la prévention contre le tabagisme passent par trois impératifs antinomiques : la protection de la santé publique, la sauvegarde de la liberté individuelle et enfin le plus malaisé d'entre eux, la prise en compte des intérêts économiques en présence* ».

⁶ Rapp. de l'OMS sur les tendances de la consommation de tabac, 19 déc. 2019 : « *Chaque année, le tabagisme est à l'origine de plus de 8 millions de décès, entraînant la mort d'environ un consommateur sur deux. Plus de 7 millions de ces décès sont dus à la consommation directe de produits du tabac, alors qu'environ 1,2 million résultent du tabagisme passif* ». Selon l'agence Santé publique France, le nombre de décès annuels liés à la consommation de tabac en France s'élèverait aujourd'hui à 75 000 (*Estimation du nombre de décès attribuables au tabagisme, en France de 2000 à 2015*, juin 2019).

⁷ Selon le député G. BÊCHE, « *il n'y a pas eu de législation plus détournée que la loi Veil sur le tabagisme* » (*J.O.A.N.*, compte rendu de la séance du lundi 25 juin 1990).

⁸ Y. ATTAL, art. préc. : « *L'étalement dans le temps ainsi que cette dispersion de mesures tantôt répressives, tantôt préventives, émoussèrent leur efficacité* ».

⁹ Loi n° 91-32 du 10 janvier 1991 relative à la lutte contre le tabagisme et l'alcoolisme.

plus étroite qu'auparavant¹ à cette occasion. Quoique l'alcool soit également à l'origine de nombreux décès évitables chaque année², l'alignement de la réglementation de cette substance sur celle relative au tabac fit l'objet de vives contestations³, ce qui explique en partie que le régime de la publicité à son égard soit actuellement bien plus souple que celui relatif au tabac⁴. En toute hypothèse, le Conseil constitutionnel octroya à la loi Évin un brevet de constitutionnalité en 1991⁵, refusant d'y voir une atteinte au droit de propriété, à la liberté d'entreprendre ou encore au principe d'égalité. Cette solution fut confirmée par la suite sous l'angle du contrôle de conventionnalité⁶. En somme, la sévérité des juges à l'égard de ces publications justifie que le débat ne se résume pas à la simple prise en compte du caractère privé ou public de la communication. L'étau ne risque d'ailleurs pas de se desserrer, le président de la République ayant pu émettre le souhait que la génération des jeunes ayant vingt ans en 2030 soit la première de l'histoire récente sans tabac⁷.

Enfin, le désintérêt à l'encontre de la condition de publicité peut résulter du fait que certaines infractions, quoiqu'elles sanctionnent des publications illégales, ne sont qu'un maillon de dispositifs pénaux déjà très denses, si bien qu'elles sont peu appliquées ou, à tout le moins, non privilégiées par les juges. Il s'agit essentiellement d'infractions prévues par des *législations techniques*. On peut citer, par exemple, la prohibition de la publicité relative à une offre d'emploi mentionnant le sexe ou la situation de famille du candidat recherché⁸, ou comportant la mention d'une limite d'âge supérieure exigée du postulant à un emploi⁹, mesures visant à

¹ V. auparavant, C. des débits et boissons, art. L. 17 à L. 21, dispositions introduites en 1941.

² *Le Monde.fr*, « L'alcool responsable de 49 000 morts en France par an », 4 mars 2013.

³ Sur celles-ci, v. not., T. LAMBERT, « De quelques interrogations sur la publicité en faveur des boissons alcooliques, ou l'ombre d'un doute », *RJ com.* 1998, p. 253 ; E. ANDRIEU, F. GRAS, « La France partagée entre culture de la treille et culture de l'interdit », *Légipresse*, 2013, n° 309, p. 557.

⁴ Pour rappel, cette publicité est notamment autorisée sur Internet. A ainsi été jugée licite une publicité présente sur *Facebook*, dès lors que la société limite officiellement sa cible aux personnes âgées de plus de 21 ans (TGI Paris, réf., 6 janv. 2012, n° 11/59895 ; *CCE* juill. 2012, n° 7, chron. 7, § 18, comm. L. BOULET et L. FROSSARD).

⁵ Cons. const., 8 janv. 1991, n° 90-283 DC ; *AJDA* 1991, p. 382, obs. P. WACHSMANN. L'annotateur a pu relever le manque d'imagination des requérants, la liberté d'expression n'étant pas évoquée, alors pourtant qu'elle s'applique à la publicité commerciale (v. not., CEDH, 24 févr. 1994, n° 15450/89, *Casado Coca c/ Espagne*, § 35). Lorsque l'atteinte à celle-ci fut invoquée, plus de vingt ans plus tard, au soutien d'une question prioritaire de constitutionnalité visant à contester les dispositions prohibant la publicité en faveur du tabac, l'argument ne prospéra pas (Cass. crim., 24 janv. 2012, n° 11-90.119) ; il était déjà trop tard, le grief ayant déjà été écarté à plusieurs reprises au titre de l'examen de conventionnalité du dispositif (Cass. crim., 19 nov. 1997, n° 96-82.625 ; CEDH, 5 juin 2009, n° 26935/05, *Sté de conception de presse et d'édition et Ponson c/ France*, § 63 ; CEDH, 5 juin 2009, n° 13353/05, *Hachette Filipacchi Presse Automobile et Dupuy c/ France*, § 53).

⁶ Pour le tabac : Cass. crim., 10 avr. 1997, *Bull. crim.* n° 140 ; Cass. crim., 18 mars 2003, n° 02-83.015, *Bull. crim.* 2003, n° 69. Pour l'alcool : CJCE, 25 juill. 1991, *Aragonesa de publicidad exterior c/ Departamento de Sanidad y Seguridad social de la Generalitat de Cataluña* ; Cass. crim., 18 mai 1994, *Bull. crim.* n° 190 ; CJCE, gr. ch., 13 juill. 2004, aff. C-262/02, *Comm. CE c/ France*.

⁷ *Le Monde.fr*, « Une nouvelle stratégie nationale pour faire reculer le cancer en France », 4 févr. 2021.

⁸ C. trav., art. L. 1142-1, 1°.

⁹ C. trav., art. L. 5331-2.

lutter contre la discrimination dans l'entreprise, en complément du dispositif pénal déjà conséquent en la matière¹. Dans la même logique, en droit pénal des affaires, les délits de manquement à la bonne information du public² ou de diffusion d'informations erronées sur le marché financier³ s'inscrivent dans une réglementation boursière déjà dense⁴. Quant à la publicité ou présentation aux associés ou actionnaires de comptes annuels inexacts, on a pu démontrer qu'elle permettait d'incriminer une communication non publique aussi sévèrement qu'une communication publique⁵, la condition de publicité étant donc incontestablement contournée en l'occurrence.

449. Conclusion de section. La condition de publicité apparaît donc comme une garantie aussi essentielle que fragile d'une pénalisation équilibrée des abus de la liberté d'expression. Entourée de multiples autres garanties en matière de droit de la presse, elle n'y paraît pas centrale. Elle n'en demeure pas moins incontournable en la matière et peut permettre de faire échouer un bon nombre de poursuites lorsqu'elle n'est pas remplie, en attestent les nombreuses décisions évoquées plus haut au titre de la conceptualisation de la communication publique⁶. Par ailleurs, cette garantie devient véritablement centrale lorsqu'elle est maintenue en droit commun, suite à une déspecialisation des infractions de presse ou à une incrimination directe de certains abus de la liberté d'expression dans le Code pénal. Sans surprise, ce maintien accompagne surtout des incriminations en manque de légitimité. En revanche, lorsque les valeurs sociales protégées apparaissent suffisamment importantes, la condition de publicité peut être amenée à disparaître, voire à être contournée, la garantie de la liberté d'expression opérée par elle étant alors de façade seulement. Après s'être focalisé sur l'élément matériel de l'infraction et la communication publique, il convient maintenant de mettre l'accent sur les lieux, réunions et communications érigés en conditions préalables et révélant une protection pénale ciblée de certains intérêts.

¹ S. BRISSY, « Fasc. 17-11 : Discriminations », *J.-Cl. Travail Traité*, 2018 (màj. 2021), n° 95.

² Régl. AMF, art. 632-1, abrogé en 2016 et remplacé par l'art. 12, 1 ; c) du règlement (UE) n° 596/2014 du 16 avril 2014. Pour une application de cette disposition, v. AMF, sanct., 28 juill. 2020, n° SAN-2020-08 ; RSC 2021, p. 407, note J.-M. BRIGANT, focalisant en l'occurrence le débat sur le caractère trompeur de l'information diffusée et non sur le caractère public de la diffusion.

³ CMF, art. L. 465-3-2.

⁴ A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 462 et s.

⁵ En effet, les associés peuvent être analysés comme constituant un cercle privé, v. *supra* n° 280.

⁶ V. *supra* n° 112.

Section 2 : La garantie d'une protection pénale ciblée de certains intérêts

450. On a montré que les lieux et les réunions privés ou publics sont le plus souvent des conditions préalables de certaines infractions – tout comme les communications privées –, révélant, par suite, la valeur sociale protégée par l'infraction pénale¹. On peut aussi rappeler que les termes « *privé* » et « *public* » sont susceptibles de renvoyer aux intérêts privés du citoyen ou du particulier, d'une part, et aux intérêts de la société ou de l'État, d'autre part, une société libérale se définissant par l'équilibre existant entre ces deux séries d'intérêts². Or, il s'agit ici de montrer, dans un premier temps, que lorsque des lieux ou des rassemblements publics constituent les conditions préalables de certaines infractions, le droit pénal vise à préserver les intérêts du collectif, de la société. En d'autres termes, ces lieux et rassemblements sont le domaine privilégié de l'*ordre public*, l'individu étant libre d'être indiscipliné dans sa sphère privée, mais non de nuire à la vie en collectivité (§1). Par ailleurs, la liberté dont dispose l'individu dans sa *sphère privée* doit être préservée, tant des immixtions de la société – c'est alors du droit au respect de la *vie privée* dont il est question – que de celles de la puissance publique – ce qui renvoie au droit à la *sûreté*. Or, les lieux et communications privés – voire parfois, on le verra, les lieux publics – permettent de délimiter la sphère privée de l'individu lorsqu'ils sont érigés en condition préalable de certaines infractions ou intégrés à la définition de certains actes de police, la protection pénale des intérêts évoqués s'en trouvant renforcée (§2)³.

¹ V. *supra* n° 315.

² V. *supra* n° 3 et s.

³ On ne reviendra pas ici sur la protection pénale de la *sécurité*. En effet, on peut considérer qu'il s'agit d'une valeur sociale transversale, dès lors que la société comme l'individu peuvent prétendre en bénéficier. Ainsi, on a vu que tant les individus que certaines collectivités doivent pouvoir être prémunis contre les intrusions illégitimes dans certains lieux clos, quoiqu'il puisse sembler que les intrusions dans des lieux privés soient plus sévèrement réprimées que les intrusions dans des lieux à usage collectif (v. *supra* n° 373). C'est également cette valeur sociale qui peut expliquer l'aggravation de certains vols selon leur lieu de commission (v. *supra* n° 377 et s.). Autrement dit, la sécurité, « *droit fondamental* » pour le législateur contemporain (v. not. Loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, art. 1^{er}), peut être associée tant au caractère privé qu'au caractère public.

§1. La protection pénale de l'ordre public circonscrite par l'opposition privé-public

451. Le concept d'ordre public dépasse l'opposition privé-public telle qu'appréhendée dans le cadre de cette étude. En effet l'ordre public classique « *se borne largement à interdire certains comportements jugés contraires à certains principes fondamentaux* »¹, ce qui revient à dire que le droit pénal tout entier est d'ordre public. Toutefois, ce concept protéiforme peut notamment correspondre à la discipline sociale qu'il s'agit d'assurer dans certains lieux ou rassemblements pour que la vie en collectivité puisse advenir, ce qui renvoie en réalité à l'ordre public *administratif*² auquel le droit pénal prête régulièrement son concours. Or, cet ordre public particulier, spatialisé et disciplinaire³, est moins traversé par la distinction classique entre ordre public de *direction* ou de *protection* – si du moins on considère que le premier consiste à instaurer « *une certaine conception de la société* »⁴ et que le second « *tend à la sauvegarde d'un intérêt privé en raison de la valeur fondamentale qui s'y attache* »⁵ – que par la distinction entre ordre public *matériel* – atteint par des actes ayant des conséquences tangibles sur la sécurité, la tranquillité ou la salubrité des personnes présentes dans les lieux ou réunions publics (A) – ou *immatériel* – renvoyant à la moralité publique ou à la morale sociale dès lors que les comportements litigieux n'ont pas de conséquences concrètes (B).

¹ J.-J. LEMOULAND et G. PIETTE, v° « Ordre public et bonnes mœurs », *op. cit.*, n° 4. V. aussi, S. CIMAMONTI, « L'ordre public et le droit pénal », in T. REVET (coord.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 89.

² V. CGCT, art. L. 2212-2, assignant à la police municipale l'objectif « *d'assurer le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques* » et faisant une place de choix aux lieux publics (1° et 2°) et aux « *grands rassemblements d'hommes* » (3°).

³ F. SAINT-BONNET, « Sujets, citoyens, concitoyens. Espace public et communauté politique », art. préc., p. 28 : « *le concept médiéval et moderne de police, né dans la ville médiévale, ne doit pas s'entendre comme une activité de répression de la délinquance, qui est le rôle de la justice répressive, mais une activité préventive consistant à "policer" la population ou la société [...]. Cette police trouve différents terrains d'élection qui touchent à l'hygiène (horaires spéciaux pour les denrées périssables), à la santé (mesures visant à lutter contre tel fléau, telle épidémie), à l'économie (normes de qualité pour certains produits), mais aussi au comportement, à la décence, bref à la civilité* ».

⁴ J.-J. LEMOULAND et G. PIETTE, *op. cit.*, n° 42.

⁵ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Ordre public ». *Adde* : P. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », art. préc., p. 141, relevant que le droit pénal n'a pas vocation à se faire le défenseur de certains intérêts particuliers, lesquels primeraient alors sur l'intérêt général ; v. *supra* n° 433 quant aux critiques portées sur ce point à la pénalisation du discours de haine.

A. La défense de l'ordre public matériel dans les lieux ou rassemblements publics

452. L'ordre public matériel se définit classiquement, en droit administratif, comme un « *ordre matériel et extérieur considéré comme un état de fait* »¹. La préservation de la sécurité, de la salubrité et de la tranquillité, justifie que les individus se voient imposer une discipline particulière dans les lieux publics (1) ou que l'ordre soit maintenu dans les rassemblements publics² (2).

1. La pénalisation des incivilités dans les lieux publics

453. *La pénalisation importante des incivilités dans les lieux publics.* S'il existe un « *droit pénal du tragique* »³ opposé à un « *droit pénal de l'anodin* »⁴, il est certain que les incivilités relèvent du second. Cette pénalisation est en effet largement consensuelle, dès lors qu'il s'agit tout simplement d'assurer l'effectivité de normes sociales déjà diffuses dans le corps social⁵. Plus encore, le droit pénal ne peut être appelé en renfort de telles normes infra-juridiques que dans les lieux publics : « *Dans un lieu privé, où chacun se connaît et s'accepte en principe, la conduite à tenir à l'égard d'autrui peut bien se révéler avant tout sur des normes consensuelles ; mais dans un lieu public, où chacun ne sait rien des autres, qu'il n'est pas libre de ne pas côtoyer (et réciproquement), les comportements ne se négocient plus et doivent s'aligner sur des normes imposées, quelles qu'en soient l'origine, réglementaire ou coutumière [...]. C'est ainsi le plus haut degré d'exigence normative qu'une société est capable de produire*

¹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, op. cit., p. 549.

² On a vu que le législateur étendait aussi, ponctuellement, la répression à des actes commis dans des rassemblements tenus dans des lieux non publics (v. *supra* n° 372). Ces hypothèses étant marginales et n'étant pas concernées par le maintien de l'ordre traditionnellement associé aux rassemblements publics, on ne reviendra pas sur ce point ici.

³ J. CARBONNIER, « La nature des règles définissant les cas de déviance ou de délinquance et la signification de leur application », art. préc., p. 886 : « *Tragique du châtement, tragique du crime, ce tragique n'est nullement imaginaire ; cependant, à dénombrer soit les cas soit les individus impliqués, ce n'est qu'une parcelle de la réalité pénale* ». V. aussi, M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de la répression*, PUF, 1980, p. 218.

⁴ J. CARBONNIER, art. préc., loc. cit., : « *Il existe ainsi, en contraste avec le droit pénal du tragique, un droit pénal que nous nommerions, faute de mieux, le droit pénal de l'anodin* ».

⁵ *Ibid.*, p. 892 : « *Pour beaucoup d'incriminations, pour la plupart de celles qui relèvent de l'anodin, il ne faut pas chercher le substrat consensuel plus haut que cette acceptation pratique, sur fond de large indifférence à toute idéologie (notre droit pénal manque d'une théorie des adiphores, des choses philosophiquement indifférentes). Prenons-en à témoin les contraventions au Code de la route témoignage de multitude, puisque la route est le lieu où les Français d'aujourd'hui aperçoivent le plus usuellement les cornes du pouvoir punisseur* ». Dans le même sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 93, p. 80 : « *Ponctuellement, il peut sembler nécessaire de fixer des règles et de menacer quiconque les violerait de peines peu graves mais dont le prononcé exhorte à la civilité* ».

qui doit normalement régner dans un espace public. Dans ces conditions, le seuil de tolérance des comportements déviants ne peut y être qu'extrêmement restreint »¹. Les garants de la civilité sont donc nombreux et ne se résument pas aux membres des forces de l'ordre².

Logiquement, la contravention, en ce qu'elle vise à sanctionner un simple « comportement antisocial »³, est l'instrument privilégié de cette préservation de l'ordre public matériel⁴. Quant aux contraventions revêtant une portée nationale, on peut citer, au titre de la préservation de la *salubrité*, l'interdiction de déposer des déchets ou d'uriner sur la voie publique⁵. Par ailleurs, on peut rattacher à la *sécurité* la prohibition de l'abandon d'arme sur la voie publique⁶, ou encore de l'état d'ivresse dans les lieux publics⁷, l'idée d'état dangereux étant prépondérante ici⁸. On notera que la préservation de la *tranquillité* est moins liée à la publicité du comportement que les autres composantes de l'ordre public administratif, comme en témoigne la contravention de bruits ou tapages nocturnes⁹. On ne saurait, cependant, adopter une approche trop rigide de ces composantes, la plupart des infractions concernées portant atteinte à chacune de celles-ci à des degrés divers.

De surcroît, le champ de la répression ne se limite pas ici à ces contraventions codifiées. Au contraire, il est quasiment sans limite en la matière, puisque l'opposition privé-public entretient un lien particulièrement fécond avec l'article R. 610-5 du Code pénal, lequel punit d'une amende de la première classe la violation des interdictions ou le manquement aux

¹ A. SÉRIAUX, « L'espace public », art. préc., p. 442. V. aussi, E. GOFFMAN, *Comment se conduire dans les lieux publics*, op. cit., p. 202 : « Les obligations situationnelles ont un caractère moral : l'individu se doit de les respecter, on attend de lui qu'il désire s'y conformer. Et s'il échoue à le faire, une espèce de connaissance publique est prise de son échec » ; D. CEFAL, « Postface : L'ordre public - Micropolitique de Goffman », art. préc., p. 226 : « L'ordre public n'est pas non plus celui de la République avec un grand R, qui se profilait derrière la société de Durkheim, mais de micro-publics, qui se font et se défont dans des rencontres et des rassemblements, auxquels leurs membres doivent pourtant porter la même dévotion qu'à leurs institutions ».

² V. déjà, E. GOFFMAN, op. cit., p. 178 : « La stabilité normative de la situation [...] peut être due à la présence de gardiens ou de surveillants, investis, formellement ou informellement, de la tâche spécifique de maintenir l'ordre [...] de nos jours, ce sont les chaperons, les maîtres de crèche et d'école, les arbitres, les juges et les policiers, les infirmiers en hôpital ou les huissiers de cérémonie qui assurent cette fonction ».

³ C. COURTIN, v° « Contravention », *Rép. pén.*, 2010 (màj. 2020), n° 1. Adde : F. CHABAS, « La notion de contravention », *RSC*, 1969, p. 1 et 1969, p. 281.

⁴ J.-B. PERRIER, « Incivilités contraventionnelles », *RSC*, 2020, p. 430 : « La création de nouvelles contraventions peut également être le moyen de soutenir des mesures de bon sens, la sanction pénale étant souvent gage d'un meilleur respect ».

⁵ C. pén., art. R. 633-6, incriminant notamment le fait d'uriner sur la voie publique ; C. pén., art. R. 635-8, sanctionnant l'abandon de diverses ordures sur la voie publique.

⁶ C. pén., art. R. 641-1, punissant l'abandon d'arme dans un lieu public.

⁷ CSP, art. L. 3341-1, interdisant la circulation dans les lieux publics en état d'ébriété. V. aussi, C. sport., art. L. 332-4 et L. 332-5.

⁸ En ce sens, E. DREYER, op. cit. n° 1317, p. 1033. On peut ajouter que la première loi visant à réprimer l'ivresse publique date du 23 janvier 1873, or la fin du XIX^e siècle était une période faste pour le positivisme criminologique.

⁹ C. pén., art. R. 623-2. Adde : M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 476, p. 548 : « Peu importe le lieu d'émission (rue, local public ou à publicité intermittente, logement privé). Peu importe qu'une seule personne soit gênée l'infraction n'étant pas destinée à protéger le calme public mais la tranquillité d'autrui ».

obligations édictées par les décrets et arrêtés de police. Or, ce texte « *participe du droit pénal et, même secondaire, il ne saurait être considéré comme de la figuration [...]. En effet, les applications qui en sont faites ne s'attachent qu'aux règlements pris par les autorités administratives en vue de maintenir la tranquillité, la sécurité et la salubrité publiques. Toute violation d'une réglementation n'est pas automatiquement concernée, le critère de la sanction pénale s'attachant, non à la nature réglementaire des dispositions prises, mais à leur contenu "de police" au sens précis du terme* »¹. Quelques exemples suffisent à rendre compte de l'étendue de la répression des incivilités. Ainsi, au début des années 1990, des arrêtés « *anti-mendicité* » furent édictés par de nombreux maires, afin de pallier la dépenalisation de la mendicité en 1992 et de continuer à sanctionner ce phénomène inhérent à la voie publique. Le juge administratif admit la légalité de ces arrêtés en les conditionnant toutefois à des limitations temporelles et spatiales². De même, des arrêtés « *couvre-feu* » interdisant la circulation nocturne non-accompagnée des mineurs de moins de 13 ans ont fait leur apparition au début des années 2000, là encore validées par le juge administratif³. Dans la même logique, ont pu voir le jour des arrêtés régissant la circulation des chiens et le nettoyage de leurs déjections⁴, ou encore des arrêtés sanctionnant le stationnement gênant ou prolongé sur certaines voies publiques déterminées⁵. C'est donc tout un pan du droit pénal qui se trouve concerné, auquel le citoyen ordinaire est confronté au quotidien.

En toute hypothèse, il convient d'insister sur le fait qu'une telle discipline n'est pas assurée par l'autorité publique dans les lieux privés, ce qui renvoie à la limitation de la répression pénale par l'opposition privé-public. Par exemple, l'article R. 644-2 du Code pénal réprime l'embarras des voies publiques. Or, lorsqu'un copropriétaire gêne la circulation dans les parties communes d'une copropriété, il est susceptible d'être en violation du règlement de

¹ Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et code d'instruction criminelle, Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 14.

² E. DESCHAMPS, « Le contentieux des arrêtés anti-mendicité », *RDSS*, 2000, p. 495.

³ P. CASSIA, « Le droit de la rue », *Pouvoirs*, 2008, n° 116, p. 70 : « *Le juge administratif a admis la légalité de ces restrictions à la liberté d'aller et de venir, à condition qu'elles soient limitées à certains secteurs de la ville, qu'elles ne soient effectives qu'une partie de l'année, qu'elles ne prennent effet qu'à partir de 23 heures, et qu'il soit justifié de risques particuliers encourus par les mineurs dans certains lieux de la commune en raison par exemple de l'existence de "faits de délinquance de voie publique" qui seraient survenus dans la commune au cours des mois précédant l'édition de l'arrêté* ».

⁴ Pour de nombreux exemples, P. CASSIA, art. préc., p. 72 et s.

⁵ *Ibid.*, p. 82 : « *Le maire prend généralement un arrêté déclarant gênant le stationnement sur l'ensemble des carrefours de la ville, devant les abords des bureaux de poste, ou des locaux de police, devant les portes cochères et toutes autres ouvertures conçues pour le passage des véhicules, et sur des voies énumérées par l'arrêté* ».

copropriété et d'être attiré devant les juridictions civiles pour répondre du préjudice causé¹, ce qui illustre bien la circonscription de la protection pénale de l'ordre public présentement étudiée. Il n'en demeure pas moins que le recours au droit pénal pour lutter contre les incivilités est parfois contesté.

454. La pénalisation contestée des incivilités dans les lieux publics. La prolifération des normes pénales en matière d'incivilités² n'est pas toujours vue d'un bon œil, car si le lieu public est empreint de normativité, il doit tout de même rester un espace de liberté³. Or, cet accroissement de la répression pénale des incivilités est relativement récent et découle du succès qu'a pu connaître la théorie dite de la « *fenêtre brisée* » à partir des années 1980. Cette théorie, défendue par deux auteurs américains en 1982⁴, revient à considérer que les incivilités « *constituent un facteur lourd de délinquance, et, plus particulièrement de la délinquance ordinaire de prédations et d'agressions sur la voie publique. Les occupations des rues ou d'espaces publics par des bandes de jeunes ou de mendiants, les regroupements de jeunes impolis et parfois agressifs aux entrées des immeubles et dans les parties communes, les actes de vandalisme, l'accumulation de débris, les graffitis, les dégradations de boîtes à lettres, l'usage public de l'alcool et de la drogue [...] engendrent une situation de désorganisation et de dégradation de la vie collective qui, non seulement accroît notablement le sentiment d'insécurité de la population, mais encore incite au passage à l'acte délictueux, en accréditant la croyance, chez les délinquants potentiels, que les contrôles sociaux ont disparu et qu'ils ne courent pas de risque d'être arrêtés par la police* »⁵. Il s'agit donc de la théorie relevant de la criminologie appliquée la plus liée à l'opposition privé-public, en ce qu'elle se focalise sur les actes commis dans des lieux publics. Les conséquences de cette théorie sur la politique

¹ CA Lyon, 28 mai 2013, n° 12/04337, condamnant un copropriétaire qui, en réalisant des travaux de réhabilitation de plusieurs appartements, avait notamment laissé des encombrants dans la cour de l'immeuble, à remettre les choses en l'état sous peine d'astreinte de 50 € par jour de retard ; v. cependant CA Paris, 9 avr. 2014, n° 10/07878, rejetant la demande des plaignants dès lors que le règlement de copropriété était imprécis sur la destination des parties communes et que les vélos entreposés dans une cour ne se situaient pas dans un lieu de passage.

² V. encore, récemment, Loi n° 2020-105 du 10 février 2020, introduisant pas moins de trois contraventions relatives à la distribution non écologique d'imprimés et de cadeaux publicitaires (C. env., art. L. 541-15-15, L. 541-15-16 et L. 541-15-17). Adde, J.-B. PERRIER (art. préc.) : « À compter du 1^{er} janvier 2021, la distribution de tracts, de prospectus et de catalogues devra donc être plus vertueuse et l'on voit bien que le recours à la contravention a une visée éducative, afin de sensibiliser plus fortement à la lutte contre le gaspillage du papier ».

³ E. GOFFMAN, *op. cit.*, p. 182 : « il devrait être possible d'éviter l'intervention de la police dans les lieux publics [...]. Un parc public devrait être un lieu qui maximise l'acceptabilité de ces actes et qui par conséquent minimise le risque d'être pénalisé en les accomplissant ».

⁴ J. Q. WILSON et G. KELLING, « Broken windows. The police and neighborhood safety », *Atlantic Monthly*, mars 1982, p. 29 (version française in A. NORMANDEAU (dir.), *Une police professionnelle de type communautaire*, t. 1, éd. du Méridien, p. 83).

⁵ R. GASSIN, S. CIMAMONTI et P. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^e ed., 2011, n° 295, p. 241.

criminelle furent la mise en place de politiques de « *tolérance zéro* »¹ aux États-Unis – ce que ne préconisaient pas forcément ses auteurs² – dont l'efficacité fut en apparence spectaculaire³. Pour certains, néanmoins, la réduction de la délinquance consécutive à la mise en œuvre de ces politiques était multifactorielle⁴, si bien que leur efficacité était contestée. Les décideurs publics français ont toutefois été séduits par ces politiques et un lien a pu être établi entre elles et les dispositions introduites par la loi n° 200-2239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, à savoir notamment l'incrimination du « *squat* » de halls d'immeubles⁵. De même, on a également « *rattaché la loi du 9 mars 2004 [...], dite loi Perben II, à la théorie de la fenêtre brisée. On peut avancer la même hypothèse pour expliquer certaines dispositions répressives insérées dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance* »⁶. La même logique imprègne la loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, laquelle a pénalisé la distribution d'argent à des fins publicitaires sur la voie publique⁷ et correctionnalisé la vente à la sauvette⁸. Cette transposition française des idées américaines a pu être critiquée en ce qu'elle engendrerait une pénalisation

¹ *Ibid.*, n° 298, p. 244, exposant que la théorie « *signifie, comme son nom l'indique, que lorsque les policiers constatent une infraction pénale – fût-ce une petite contravention – ou reçoivent une plainte pour infraction, ils doivent dresser procès-verbal et transmettre celui-ci à la justice qui elle-même devrait donner une suite à la constatation par une condamnation* ».

² *Ibid.*, n° 299, p. 245, notant que dans un entretien accordé en 1999 au journal *Law Enforcement News*, G. L. KELLING « *s'est référé avec une certaine amertume à la répercussion répressive de l'approche qu'il a préconisée par les stratégies de "tolérance zéro", allant même jusqu'à qualifier la tolérance zéro d'"enfant bâtard" de la métaphore des vitres cassées* ».

³ *Ibid.*, n° 298, p. 244. Les auteurs évoquent notamment une baisse de la délinquance de l'ordre de 80% dans le métro de New York de 1990 à 1996.

⁴ V. not., B. E. HARCOURT, *L'illusion de l'ordre. Incivilités et violences urbaines : tolérance zéro ?*, éd. Descartes, 2006.

⁵ CSI, art. L. 272-4. V. *supra* n° 372.

⁶ R. GASSIN, S. CIMAMONTI et P. BONFILS, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁷ C. pén., art. 431-29. Cette incrimination a été introduite, comme tant d'autres, suite à un fait divers des plus atypiques. V. N. RIAS, « Fasc. 20 : Distribution d'argent à des fins publicitaires sur la voie publique », *op. cit.*, n° 2 : « *En 2009, une société commerciale avait annoncé la distribution, sur le Champ-de-Mars à Paris, de 5000 sacoches contenant chacune, outre un tract publicitaire, un billet de banque d'une valeur comprise entre 5 et 500 €. L'annulation in extremis de l'opération, intervenue à la demande de la préfecture, n'avait cependant pas permis d'éviter de sérieux troubles à l'ordre public* ». V. déjà, P. RIPERT, *Dictionnaire des dictons, proverbes et maximes*, Maxi Poche, 2002, p. 31 : « *Semer l'argent. Dans une cour plénière tenue à Beaucaire par Raymond V, comte de Toulouse, en 1174, Bertrand de Raibaux, cherchant à surpasser en magnificence tous ses rivaux, fit labourer avec douze paires de taureaux blancs les cours et les environs du château, et y fit semer trente mille sous en deniers* ».

⁸ C. pén., art. 446-1. On notera que le Conseil constitutionnel censura tout de même le délit de revente sur un réseau en ligne de billets d'entrée dans une manifestation culturelle sportive ou commerciale, le jugeant contraire au principe de nécessité (Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, préc., § 43).

excessive du quotidien¹, la doctrine soulignant notamment le risque de transformer tout individu statique en suspect².

Par ailleurs, au-delà de la prolifération des normes, c'est la portée parfois excessivement normalisatrice³ de la contravention introduite qui peut irriter le citoyen. En effet, la normalisation n'est pas exclusivement liée à l'ordre public immatériel et malgré les conséquences concrètement nocives de certains comportements, ceux qui les commettent se prévalent parfois de la liberté individuelle pour contester leur pénalisation. C'est particulièrement le cas lorsqu'il est question de *santé publique*. D'une manière générale, la santé est « *en tant que recherche de sécurité, par nature réductrice de liberté* »⁴. Cette affirmation résonne avec une acuité particulière aujourd'hui, la crise de la Covid-19 ayant plus que jamais illustré son bien-fondé. Toutefois, l'importance accordée par la loi à la santé publique est relativement récente, celle-ci n'ayant été consacrée que par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946⁵. Elle est le corollaire logique de la technicisation d'une société marquée par une aversion au risque et à la mort. Plus fondamentalement, la médecine, pour FOUCAULT, représente à partir du XVIII^e siècle une « *posture normative* », en ce qu'elle se voit appelée « *à régenter les rapports physiques et moraux de l'individu et de la société où il vit* »⁶ ; et l'on ne s'aurait occulter le fait que « *la santé publique a [...] été instrumentalisée à des fins eugénistes ou propagandistes par les pires régimes totalitaires au XX^e siècle* »⁷. Au total,

¹ S. ROCHÉ, *Tolérance zéro ? Incivilités et insécurité*, éd. O. Jacob, 2002, *passim*. ; R. GASSIN, S. CIMAMONTI et P. BONFILS, *op. cit.*, *loc. cit.* : « *Enfin, il apparaît que la tolérance zéro comme politique policière d'application générale est contre-indiquée ; elle n'est défendable que comme un moyen de dissuader des transgresseurs polymorphes (métro de New York) et comme une stratégie locale pour reprendre le contrôle d'un secteur livré aux voyous* ».

² P. PONCELA, « La pénalisation des comportements dans l'espace public », art. préc., p. 21 : « *Mais l'essentiel n'est-il pas le mouvement dans une société où la mobilité est érigée en valeur et où le stationnement est d'emblée suspect ?* ». En ce sens, v. M. LUSSAULT, *De la lutte des classes à la lutte des places*, Grasset, 2009, p. 32 : « *que faire de ceux qui ne se soumettent pas aux règles du régime libéral des places et des mouvements, aux normes dominantes de la spatialité d'évitement et d'esquive qui caractérisent l'actuelle civilisation des mœurs urbaines ?* » V., déjà, E. GOFFMAN, *Comment se conduire dans les lieux publics*, *op. cit.*, p. 50 : « *Qui erre sans orientation vers un but apparent dans un lieu public peut être suspecté de passer son temps à ne rien faire : il se prélasser ou il "zone" (loitering) s'il reste sur place, il flâne où il rôde (loitering), s'il est en mouvement. Ces activités peuvent être jugées si inappropriées qu'elles méritent d'être la cible d'une action légale* ».

³ J. CHEVALLIER, « L'ordre juridique », art. préc. : « *Le droit assure l'encadrement normatif des conduites, en imposant le respect de certains modèles de comportement et, au-delà, la régulation plus globale des échanges sociaux. Cet effet normatif est apparemment assez différent selon que la règle de droit fonctionne sur le mode de l'interdit, et se borne à limiter le champ des actions licites, ou au contraire procède par voie d'injonction et prétend dicter les conduites de manière positive. Alors que dans la première hypothèse, le quadrillage juridique reste lâche, extériorisé et préserve une marge d'autonomie individuelle, le droit devient, dans la seconde, un dispositif effectif de contrôle et de "normalisation"* ».

⁴ D. TABUTEAU, « Santé et liberté », *Pouvoirs*, 2009, n° 130, p. 97.

⁵ Aux termes de son onzième alinéa : « *La nation garantit à tous, notamment à l'enfant, à la mère et aux vieux travailleurs, la protection de la santé* ».

⁶ M. FOUCAULT, *Naissance de la clinique*, PUF, 1993, cité par D. TABUTEAU, art. préc.

⁷ D. TABUTEAU, art. préc.

l'existence d'un « *ordre public sanitaire* »¹ – extension de la salubrité dans l'ordre public classique – ne saurait faire de doute. L'équilibre entre les intérêts en présence² est alors de mise, l'« *émergence du principe de précaution environnemental comme la consécration d'une obligation de précaution sur le champ de la santé ne [devant] pas servir d'alibi à l'hypertrophie du léviathan sanitaire* »³.

Sur ce point, on peut évoquer la contravention réprimant le fait de fumer dans des lieux à usage collectif⁴. Ce dispositif pénal fait l'objet de bilans réguliers, lesquels mettent systématiquement l'accent sur son ineffectivité⁵.

Par ailleurs, le recours au droit pénal pour sanctionner les incivilités dans le cadre de la crise de la Covid-19 a également été contesté. En l'occurrence, il a autant été question d'interdits localement mis en place par voie d'arrêtés⁶ que de mesures revêtant une portée nationale. Usant d'une méthode originale⁷, le législateur a en effet pu incriminer le non-respect de la plupart des mesures introduites pour freiner la propagation du virus dont, en ce qui concerne cette étude, l'obligation de respecter le confinement ou les horaires du couvre-feu, de porter le masque dans les lieux publics ou l'interdiction de bien des rassemblements publics.

¹ S. RENARD, *L'ordre public sanitaire (Étude de droit public interne)*, th. dir. M.-L. MOQUET-ANGER, Rennes I, 2008.

² D. TABUTEAU, art. préc. : « *les nombreuses mesures prévues par la législation sanitaire posent chaque fois la question de l'arbitrage entre la liberté individuelle et la protection collective. Entre la société disciplinaire de Michel Foucault et la société permissive promue par les lobbies économiques, les autorités politiques comme le public hésitent bien souvent* ».

³ *Ibid.*

⁴ CSP, art. L. 3512-8 et R. 3512-1.

⁵ Pour un bilan un an après l'entrée en vigueur de la loi, v. A.-C. PASCHOUD, « L'interdiction de fumer : une règle encore difficile à observer », *LPA*, 1994, n° 9, p. 15 : « *Sur le plan juridique cette loi est un coup d'épée dans l'eau, sur le plan médiatique elle fut un bon sujet qui permet et permettra peut-être de prendre conscience de certaines choses, même s'il y a des disputes et des râleurs [...]. Une telle réglementation est particulièrement difficile à appliquer, à faire respecter dans un lieu public d'attente où les personnes sont nerveuses, anxieuses, fatiguées, agacées* ». Environ dix ans plus tard, v. pour un constat similaire, Y. ATTAL, « Bilan de la législation française : La loi Évin est-elle partie en fumée ? », art. préc. : « *les infractions aux interdictions de fumer dans les lieux non affectés à cet usage, n'ont fait l'objet que de quelques plaintes, les non-fumeurs n'ayant pas toujours l'audace de dénoncer les contrevenants [...] pour des raisons qui s'expliquent par la peur de la délation, la crainte du harcèlement consécutif sur le lieu de travail, l'angoisse d'être licencié après la dénonciation* ». Trente ans après la promulgation de la loi, c'est le même constat, légèrement désabusé, que dresse un rapport d'une association spécialisée, aux termes duquel « *l'interdiction de fumer dans les lieux clos et couverts à usage collectif est victime d'infractions récurrentes. Cela témoigne d'une absence d'évolution des comportements depuis 30 ans* » (Rapp. de l'association Demain sera non-fumeur, « 30 ans de loi Évin, et après ? », 18 janv. 2021, p. 46).

⁶ V. not. CE, réf., ord. du 6 sept. 2020, n° 443750, estimant que les préfets du Bas-Rhin et du Rhône pouvaient imposer le port du masque dans des zones larges, afin que cette obligation soit cohérente et facile à appliquer pour les citoyens. Toutefois ces périmètres étendus devaient correspondre à des zones à fort risque de contamination.

⁷ L. ROUSVOAL, « Espace public, crise sanitaire et droit pénal », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2020, p. 65 : « *En somme, la loi pénale a institué des incriminations-cadres dont le contenu, changeant, est depuis lors nourri, dans le temps et dans l'espace, par les règles de comportement prises pour gérer une situation sanitaire éminemment instable. La technique du renvoi mobile, articulant élément fixe (la loi pénale envisagée dans ses structures) et élément glissant (les mesures sanitaires qui désignent les comportements prohibés à un instant T), permet que la loi pénale joue sans devoir être modifiée en elle-même* ».

En l'occurrence, tous les citoyens ont pu constater que, si le droit pénal peut saturer les lieux publics d'interdits¹, il doit s'arrêter au seuil du domicile. Ces mesures draconiennes ne furent pas toujours acceptées sans résistance. Au-delà de la contestation radicale – mais marginale – menée dans la rue, notamment dans le cadre d'un mouvement « *anti-masques* », la contestation fut parfois portée devant les juges. Ainsi, pas moins de trois questions prioritaires de constitutionnalité furent soulevées à l'encontre du délit de violation réitérée de l'obligation de confinement, sans pour autant obtenir sa censure². Certains plaideurs purent certes obtenir des victoires ponctuelles devant des juridictions administratives³, mais ces quelques décisions ne sauraient occulter à quel point l'invocation de la santé publique a permis d'imposer des mesures extrêmement contraignantes sans générer de contestation sociétale majeure, ce qui n'a sans doute été possible que du fait de la circonscription de cette contrainte dans les lieux publics.

Le droit pénal est donc un instrument de plus en plus privilégié pour assurer la discipline dans les lieux publics. Il joue également un rôle croissant en matière de maintien de l'ordre dans les rassemblements publics.

2. La judiciarisation du maintien de l'ordre dans les rassemblements publics

455. La méfiance contemporaine à l'égard des rassemblements publics. En principe, le maintien de l'ordre relève de la police administrative et la « *justice pénale n'est donc, a priori,*

¹ La fameuse « *prosopopée des pieds* » du doyen CARBONNIER (*Flexible droit, op. cit.*, p. 197) n'a sans doute jamais eu un écho aussi fort. Ce dernier méditait sur la distinction entre droit objectif et droits subjectifs en ces termes : « *Pour le voyageur qui dans l'autobus parisien est assis près d'une fenêtre, encerclé par trois autres paires de pieds, c'est une démarche délicate que de gagner la sortie décemment. Le droit objectif pourrait s'aviser de légiférer, d'édicter des normes qui entreraient dans une foule de minuties, à l'instar des règlements militaires de jadis [...]. Il serait prévu que le sortant doit, au premier pas, poser ses talons à 0,17 m de la banquette de départ, 0,04 m et 0,08 m respectivement de la paroi fenêtre, puis pivotant légèrement vers le couloir, etc. Combien il est plus clair, plus simple et finalement plus efficace de demander que personne ne marche sur les pieds de ses voisins* ». En 2020, ce ne fut toutefois pas la préservation de la tranquillité du voyageur qui justifia la mise en place de marqueurs dans les transports parisiens, mais bien la protection de la santé publique.

² Cass. crim., 13 mai 2020, n° 20-90.003, n° 20-90.006 et n° 20-90.004 ; Cons. const., 26 juin 2020, n° 2020-846/847/848 QPC ; *Dr. pén.* 2020, chron. 9, obs. F. SAFI.

³ V. CE, 13 juin 2020, n° 440846, pour la suspension par le juge des référés de l'interdiction générale et absolue de rassemblements de plus de dix personnes dans l'espace public (Décret n° 2020-663 du 31 mai 2020, art. 3). V. aussi, TA Toulouse, 15 févr. 2021, n° 2100723, jugeant illégal un arrêté du 20 janvier 2021 rendant le port du masque obligatoire sur l'ensemble du territoire de l'Aveyron, en raison de l'atteinte disproportionnée portée à la liberté d'aller et venir et au droit de chacun au respect de sa liberté personnelle. Pour la juridiction, les « *circonstances locales ne [permettaient] pas d'établir la nécessité d'une obligation générale de port du masque sur les voies publiques et dans les lieux publics de la totalité du département, alors que le port du masque est déjà imposé dans les lieux clos publics et privés collectifs* ».

que subsidiairement impliquée »¹. Pour autant, la méfiance contemporaine à l'égard des rassemblements publics², explique le recours croissant au droit pénal en cette matière. Cette méfiance découle de plusieurs facteurs. En premier lieu, on peut observer que la liberté de manifester ne fait pas l'objet d'une véritable consécration ; elle « n'a pas eu la chance d'être consacrée de manière solennelle, soit dans la Constitution, soit dans un traité international, soit même dans une grande loi de la III^e République »³. Dès lors, le Conseil d'État a toujours appréhendé la liberté de manifester sur la voie publique comme une simple tolérance⁴ et le Conseil constitutionnel, quant à lui, a certes établi un lien entre la liberté de manifester et la liberté d'expression⁵, mais en procédant ainsi, « il refuse [...] d'accorder une réelle autonomie à cette liberté [de manifester] »⁶. Le même constat vaut pour l'appréhension de la manifestation par les juges de Strasbourg, dès lors que l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme, ne consacrant que la liberté « de réunion pacifique », est le plus souvent mis en relation avec son article 10⁷.

En second lieu, le discours actuel des pouvoirs publics vis-à-vis des manifestants traduit la méfiance des autorités à l'égard des rassemblements publics. Si « le souci de la foule est devenu un souci majeur de la police »⁸ depuis la fin du XIX^e siècle, l'émergence de groupes minoritaires de « casseurs » à la fin du XX^e siècle, dans des rassemblements pourtant globalement pacifiés par rapport aux émeutes des siècles précédents⁹, a empêché que l'accent soit mis sur cette pacification¹⁰. Cette évolution aurait par ailleurs été le prélude à une vision

¹ O. CAHN, « Construction d'un maintien de l'ordre (il)légaliste », *RSC*, 2020 p. 1069.

² Sur la délicate distinction entre « réunion publique », « manifestation » et « attroupement », v. *supra* n° 207 et s.

³ R. LETTERON, « Les débris de la loi “anti-casseurs” », art. préc. Comme le souligne l'auteur, la seule référence à cette liberté se trouve à l'art. 431-1 du C. pén., réprimant l' « entrave à l'exercice de la liberté de manifestation ».

⁴ O. LE BOT, « La liberté de manifestation en France : un droit fondamental sur la sellette ? », in A. DUFFY, T. PERROUD *et al.*, *La liberté de manifester et ses limites : perspective de droit comparé*, 2017, *Rev. dr. homme*, hal-01468029, p. 32.

⁵ Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, § 16, évoquant notamment « le droit d'expression collective des idées et des opinions ». V. aussi, Cons. const., 16 mars 2017, n° 2017-747 DC, préc., § 9 ; Cons. const., 4 avr. 2019, n° 2019-780 DC, préc., § 16.

⁶ R. LETTERON, « Préface », in R. LETTERON (dir.), *La liberté de manifestation. Du XIX^e siècle aux Gilets jaunes*, Sorbonne Université Presses, 2020, p. 15.

⁷ Sur ce constat, v. Y. LÉCUYER, « L'ambivalence de la liberté de manifestation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in R. LETTERON (dir.), *op. cit.*, p. 114 ; H. TOURARD, « À la recherche d'un équilibre dans le contrôle de la contrainte par la Cour européenne des droits de l'homme : le cas de la liberté de manifestation », in A. CAPPELLO, C. DUBOIS et X. LATOUR (dir.), *Les mutations du droit applicable à la contrainte*, L'Harmattan, 2020, p. 168.

⁸ H. L'HEUILLET, *Basse politique, haute police. Une approche historique et philosophique de la police*, Fayard, 2001, p. 140.

⁹ V. *supra* n° 208.

¹⁰ O. CAHN, « La répression des “black blocs”, prétexte à la domestication de la rue protestataire », *Arch. pol. crim.*, 2010, n° 1, p. 165.

globalement belliciste de la manifestation¹. La méfiance à l'égard des manifestants se double, réciproquement, d'une défiance à l'égard des forces de l'ordre. En effet, la dénonciation récurrente des « *violences policières* »² commises lors de manifestations et la médiatisation croissante de celles-ci engendrent une « *guerre de l'image* »³ renvoyant une perception déplorable de tous les acteurs impliqués dans ces événements, manifestants comme policiers. Toutefois, c'est surtout sur les premiers que le droit positif fait peser le renforcement de la contrainte étatique⁴.

Effectivement, en troisième lieu, la crainte des troubles à l'ordre public pouvant être commis se révèle à travers le renforcement constant du volet procédural du maintien de l'ordre⁵, permis notamment par la marge d'appréciation conséquente laissée par les juges de Strasbourg aux États parties en la matière⁶. L'histoire du maintien de l'ordre se caractérise par une alternance entre des phases de renforcement et des phases d'assouplissement de son régime⁷. Or, la dernière phase d'assouplissement aurait débuté en 1986, suite à la mort d'un manifestant roué de coups par les « *voltigeurs* » de la préfecture de police ; semble alors avoir été inauguré le « *maintien de l'ordre à la française* »⁸, caractérisé par « *un travail de renseignement en amont [...], la tenue à distance des manifestants par des moyens de contrainte peu vulnérants, "l'auto-contrainte" dans l'usage de la force et sa soumission au principe de réversibilité, l'action des forces de l'ordre spécialisées en unités constituées et la "ritualisation des manœuvres" qui permet aux manifestants d'anticiper l'action de la force publique, la liaison permanente entre organisateurs de la manifestation et l'autorité civile commandant le dispositif de maintien de l'ordre et la tolérance de certaines infractions* »⁹. Cette phase aurait pris fin

¹ O. CAHN, « Construction d'un maintien de l'ordre (il)légaliste », art. préc., relevant que « *depuis quelques années, l'exécutif n'hésite pas à recourir au vocabulaire de la guerre (civile) pour qualifier les manifestants violents. Ce changement sémantique des gouvernants n'est pas sans incidence sur les agents de la force publique* ».

² Sur les intellectuels radicaux soutenant une « *essentialisation de l'activité policière pour la réduire à sa dimension violente* », v. O. CAHN, art. préc. *Adde*, pour une étude détaillée sur la question : S. ROCHÉ, « Les violences policières en France », *Esprit*, janv. 2020.

³ O. CAHN, art. préc.

⁴ F. DIEU, « Contrainte étatique et manifestation de rue », in A. CAPPELLO, C. DUBOIS et X. LATOUR (dir.), *op. cit.*, p. 71 et 77.

⁵ V. H. VLAMYNCK, « Le maintien de l'ordre », art. préc., définissant le maintien de l'ordre comme « *la gestion, par l'autorité administrative, de l'ensemble des rassemblements, hostiles ou non, de personnes sur la voie publique ou dans des lieux publics, qui vont nécessiter un encadrement par la force publique. Dans la pratique, cela désigne tous les dispositifs à la fois de prévention [...] mais aussi les opérations de rétablissement de l'ordre quand celui-ci est troublé* ».

⁶ V. not., récemment, CEDH, 7 juin 2018, n° 19510/15, *Toubache c/ France*, § 49.

⁷ Sur l'exposé détaillé de ces différentes phases, v. O. CAHN, art. préc.

⁸ O. FILLIEULE et F. JOBARD, *Politiques du désordre. La police des manifestations en France*, Seuil, 2020, p. 16 et 44.

⁹ O. CAHN, art. préc.

depuis 2006 et les manifestations contre le projet de contrat première embauche (CPE), laissant place à un renforcement croissant du régime du maintien de l'ordre¹ globalement condamné par la doctrine et les observateurs en raison de son illégalité à plusieurs égards². Les causes de ce déclin allégué du maintien de l'ordre seraient diverses et tiendraient notamment à la réduction des effectifs des forces spécialisées³ et à la « *contamination réciproque progressive des différents types de maintien de l'ordre* »⁴ ; autrement dit, à l'assimilation de tous les manifestants à des émeutiers potentiels. Ce renforcement se manifeste, d'abord, par le développement de mesures d'anticipation, comme la création d'interdictions administratives de manifester⁵, le fichage corrélatif des manifestants⁶, ou encore le développement de contrôles d'identité et fouilles lors de manifestations⁷. Il se traduit, ensuite, par le recours fréquent à la force armée, ce qu'illustre le débat sur les lanceurs de balles de défense (LBD)⁸. Il se révèle, enfin, par la mise en œuvre de pratiques controversées, telles que celle de l' « *encerclement* » – ou *kettling* – consistant « *à retenir les manifestants à l'intérieur d'un cordon de police pendant le temps nécessaire au rétablissement de l'ordre* »⁹.

En somme, il est ici question d'une « *liberté précaire dans son principe et fortement encadrée quant à sa pratique* »¹⁰, si bien que le développement du droit pénal en matière de rassemblements publics n'est qu'une manifestation supplémentaire du renforcement du régime du maintien de l'ordre.

¹ O. FILLIEULE et F. JOBARD, *op. cit.*, p. 11.

² O. CAHN, art. préc. : « *La situation est donc la suivante : sauf à admettre que la majorité de la doctrine historique, sociologique et juridique et les institutions et organisations non gouvernementales de protection des libertés publiques sont mal informées sur la réalité de la situation du maintien de l'ordre en France et mal intentionnées envers l'État français, la police des manifestations est devenue préoccupante* ». V. toutefois, pour une opinion favorable à un assouplissement supplémentaire des prérogatives de l'autorité publique, J. MARGOT, « De l'urgence de réviser le régime juridique d'emploi de la force en situation insurrectionnelle ou le petit matin après le Grand Soir », *JCP A* 2019, n° 7, 2052.

³ Pour rappel, c'est en 1921 que, suite à la démilitarisation du maintien de l'ordre, des compagnies de gendarmerie mobile furent créées et les compagnies républicaines de sécurité (CRS) apparurent en 1944.

⁴ O. CAHN, art. préc.

⁵ C. pén., art. 131-32-1.

⁶ C. proc. pén., art. 230-19, 18°, introduit par la loi n° 2019-290 du 10 avril 2019.

⁷ C. proc. pén., art. 78-2-5. V. *infra* n° 484.

⁸ V. not., S. ROCHÉ, « Le LBD ou le chaos ? », *Esprit*, avr. 2019, p. 9. Le Conseil d'État a toutefois refusé d'en interdire l'usage (CE 1^{er} févr. 2019, n° 427390, *CGT et al.* ; *AJDA* 2019, p. 1401, note D. FALLON).

⁹ R. LETTERON, « Les débris de la loi "anti-casseurs" », art. préc. Cette pratique a néanmoins été jugée conforme à l'art. 11 de la Conv EDH (CEDH, gr. ch., 15 mars 2012, n° 39692/09, *Austin c/ Royaume-Uni*, § 55) et si une question prioritaire de constitutionnalité arguant de l'encadrement insuffisant de cette pratique a pu être renvoyée par la Cour de cassation au Conseil constitutionnel (Cass. crim., 15 déc. 2020, n° 20-83.302), ce dernier a écarté toute inconstitutionnalité (Cons. const., 12 mars 2021, n° 2020-889 QPC, § 7). V. toutefois, CE, 10^e et 9^e ch. réun., 10 juin 2021, n° 444849, annulant la partie du document du schéma national du maintien de l'ordre (document publié le 16 septembre 2020 par le ministre de l'Intérieur) relative à la technique de l'encerclement, en raison de l'imprécision du texte sur ce point.

¹⁰ H. HUBRECHT, « Le droit français de la manifestation », in P. FAVRE (dir.), *La manifestation*, Presses de la FNSP, p. 185.

456. Le constat de la judiciarisation du maintien de l'ordre. Le fait que des comportements attentatoires à l'ordre public, commis au cours d'un rassemblement public, soient susceptibles d'être pénalement sanctionnés n'est, *a priori*, pas problématique, dès lors qu'une continuité certaine a toujours existé entre la police des rassemblements et la sanction pénale des auteurs de trouble les plus virulents, essentiellement les « meneurs » de la manifestation¹. Toutefois, un excès de judiciarisation peut conduire à un « détournement de la procédure pénale pour en faire un moyen de police », risque que le Défenseur des droits a pu relever récemment². Ce détournement passe essentiellement par la création de délits dits « de convenance policière », au sens où leurs « éléments constitutifs sont formulés en termes suffisamment imprécis pour permettre à tout agent de la force publique d'interpeller à sa convenance tout manifestant dont il estimera, y compris subjectivement, qu'il est susceptible à plus ou moins brève échéance de troubler l'ordre public et qui lui permettra alors de le placer en garde à vue mais sans considération pour d'éventuelles suites judiciaires »³. Il s'agirait essentiellement du délit de participation à un groupement violent⁴ ainsi que, plus précisément lié à cette étude, du délit de dissimulation du visage lors d'une manifestation⁵, dont on sait qu'il a remplacé une contravention, laquelle ne pouvait donner lieu au placement de personnes en garde à vue. Or, un auteur soulignait, peu après l'entrée en vigueur de ce délit, que le délit pourrait « redonner de l'intérêt à l'interpellation d'individus masquant leur visage au regard de la gravité de la peine encourue plus dissuasive ainsi que de la possibilité de les placer en garde à vue »⁶. La mise en œuvre du délit semble lui avoir donné raison. De façon symptomatique, entre avril et octobre 2019, cette infraction – dont la définition des éléments constitutifs est en effet

¹ O. FILLIEULE et F. JOBARD, *op. cit.*, p. 214, évoquant « le traitement judiciaire comme un complément naturel de toute action policière » en la matière. V. aussi, J.-R. VÉCHAMBRE, « Garantir l'exercice apaisé des libertés publiques est-il encore possible ? », in R. LETTERON (dir.), *op. cit.*, p. 269, estimant que le maintien de l'ordre « ne devrait jamais conduire à ce qu'un comportement illicite reste sans sanction, car c'est le principe d'autorité qui est alors mis en cause ».

² Avis du Défenseur des droits n° 20-08 (SNMO), 30 nov. 2020, § 5.

³ O. CAHN, art. préc.

⁴ C. pén., art. 222-14-2. V. Syndicat de la Magistrature, « Observations devant la commission d'enquête parlementaire sur l'état des lieux, la déontologie, les pratiques et les doctrines du maintien de l'ordre », 7 déc. 2020, p. 22, estimant à 1 192 le nombre de personnes condamnées sur le fondement du délit étudié en 2019 et 236 en 2016 durant le mouvement social contre la « loi Travail ». V. aussi, O. CAHN, art. préc. : « L'observation des audiences de comparution immédiate devant la 23^e chambre du TGI de Paris entre janvier et juin 2019 permet d'établir que deux-tiers des personnes poursuivies l'ont été sur le fondement de cette infraction » ; et l'auteur d'ajouter : « Le chiffre des classements sans suite confirme le détournement de cette qualification en infraction de convenance policière permettant le placement en garde à vue d'individus n'ayant pas consommé les éléments constitutifs de l'infraction ».

⁵ C. pén., art. 431-9-1. V. *supra* n° 372.

⁶ R. LETTERON, art. préc.

malaisée¹ – a entraîné le placement en garde à vue de 210 personnes, parmi lesquelles seulement 41 ont été condamnées². D'aucuns en concluent que « *la judiciarisation dans la capitale obéit désormais à une logique clairement préventive* »³.

Par ailleurs, la judiciarisation croissante du maintien de l'ordre est d'autant plus problématique que les délits commis au cours de rassemblements publics tendent à voir leur rattachement à la catégorie des infractions politiques⁴ – traditionnellement associée à un régime de faveur⁵ – remis en cause. La Cour de cassation a certes pu rappeler, récemment, que la nature politique des délits de participation délictueuse à un attroupement interdisait de soumettre leurs auteurs à des procédures pénales simplifiées ou accélérées⁶. Cela n'a pas empêché le législateur, suite au mouvement des « *gilets jaunes* », d'introduire la possibilité d'appliquer les procédures de convocation par procès-verbal, de comparution immédiate et de comparution sur reconnaissance de culpabilité à ces délits⁷. L'objectif de cette innovation est évidemment de permettre des poursuites pénales plus rapides contre des comportements réalisés par des personnes « *se plaçant délibérément en dehors du cadre de l'exercice de la liberté de manifestation* »⁸. Dès lors, ce dispositif ne vise pas « *les casseurs ou auteurs de violences agissant masqués, mais les personnes organisant ou participant à des manifestations illicites* » et il est clair que « *le législateur déroge au régime traditionnel des infractions politiques* »⁹.

457. En définitive, le droit pénal est de plus en plus sollicité pour discipliner les comportements prenant place dans les lieux publics et susceptibles de troubler l'ordre public

¹ Si la distinction entre la dissimulation du visage effectuée « *sans motif légitime* », aux termes du texte, avec celle effectuée de façon légitime se conçoit théoriquement – que l'on songe aux personnes se couvrant le visage pour se protéger des gaz lacrymogènes des forces de l'ordre et non dans l'optique de les agresser – elle peut toutefois être très délicate à mettre en œuvre en pratique, les forces de l'ordre n'ayant que quelques secondes pour apprécier, généralement de loin, l'intention animant le manifestant. Le Conseil constitutionnel n'y a toutefois rien trouvé à redire (Cons. const., 4 avr. 2019, n° 2019-780 DC, préc., § 33).

² V. Syndicat de la Magistrature, rapp. préc., p. 22.

³ O. FILLIEULE et F. JOBARD, *op. cit.*, p. 225 et s.

⁴ V., déjà, D. 48, 4, 1 : « *Le crime de lèse-majesté est celui qui est commis contre le peuple Romain ou contre sa sécurité. En est coupable celui qui, par ses infidélités et ses pratiques, a fait [...] que des hommes armés avec des traits et des pierres, se sont trouvés dans la ville ou réunis contre la république, ont occupé des places ou des temples, ont organisé des attroupements, des assemblées pour pousser le peuple à la sédition ».*

⁵ V. *supra* n° 7.

⁶ Cass. crim., 28 mars 2017, n° 15-84.940 ; RSC 2017, p. 577, obs. A. GIUDICELLI. V. déjà, Cass. crim., 12 déc. 1963, *Bull. crim.* n° 359.

⁷ C. pén., art. 431-8-1, introduit par la loi n° 2019-290 du 10 avril 2019.

⁸ Rapp. Sénat n° 363, 6 mars 2019.

⁹ F. ROUSSEAU, « Le volet pénal de la loi “anticasseurs” », art. préc. Et l'auteur de s'interroger : « *Cette mise à l'écart du régime de faveur des infractions politiques [...] ne pourrait-elle pas être contestée au regard du principe de proportionnalité et de la liberté d'expression politique ? Le Conseil aura certainement l'occasion d'y répondre à la faveur d'une question prioritaire de constitutionnalité* ».

matériel. À l'inverse le recours à la norme pénale tend à décliner en ce qui concerne l'ordre public immatériel.

B. La défense de l'ordre public immatériel dans les lieux ou rassemblements publics

458. L'ordre public immatériel entretient des liens étroits avec les bonnes mœurs, la moralité publique, ou encore la morale sociale¹. Pour rappel, si les deux ordres normatifs que représentent la morale et le droit pénal peuvent interagir l'un avec l'autre, ils reposent sur des logiques dissemblables ; le principe est bien celui de leur séparation². Toutefois, comme le rappelle la doctrine, « la séparation du droit d'avec la morale, en matière de bonnes mœurs, a toujours eu une portée [...] relative »³. En effet, « il ne fait pas de doute que le principe de séparation ne visait que les morales philosophiques ou religieuses “individuelles”, et non la morale “sociale” ou “publique” »⁴. Or, ces dernières se distinguent triplement. D'abord, au regard de leurs sources, là où la morale individuelle repose « sur l'adhésion autonome de chaque individu, la morale sociale se fonde sur la conscience collective »⁵. Ensuite, quant à leur champ d'application, la première « correspond à un espace de vie “privé”, dont le foyer familial constitue l'archétype, l'autre [correspond] à un espace “public” en principe ouvert à tous »⁶. Enfin, pour ce qui est de leur objet, la morale individuelle est « seule compétente pour régir les intentions et les mobiles intérieurs, la morale sociale n'[est] appelée à régir que les comportements matériels et extérieurs »⁷, à savoir ceux qui causent un « scandale public »⁸. On

¹ Sur ces notions et le déclin des bonnes mœurs, remplacées dans une certaine mesure par la référence à la dignité humaine, v. *supra* n° 13 et s.

² F. TERRÉ et N. MOLFESSIS, *Introduction au droit*, Dalloz, 13^e éd., 2021, n° 60 et s.

³ F. OST, et M. VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs », art. préc., p. 105.

⁴ *Ibid.*

⁵ *Ibid.* V. aussi, B. CHÉRIGNY, *Le juge administratif, gardien de la moralité des administrés*, th., Poitiers, 1968 (cité par D. LOCHAK, « le droit à l'épreuve des bonnes mœurs », art. préc., p. 44 : « [La moralité publique] tire son pouvoir de contrainte moins de la valeur éthique des règles qui la composent que de la pression sociale qui s'exerce en faveur de leur stricte observance »).

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.* V. aussi, B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, *op. cit.*, p. 13, soulignant que « les bonnes mœurs se définissent par référence à la morale sociale [...]. Ce n'est donc pas l'immoralité intrinsèque d'un comportement, mais la visibilité sociale de ses conséquences qui explique l'atteinte aux bonnes mœurs ».

⁸ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, n° 137, p. 281, rappelant qu'au regard du droit pénal ecclésiastique se développant au XII^e siècle, pour qu'un péché « soit justiciable du for externe et donc punissable d'une peine proprement dite, il faut non seulement qu'il présente un degré de gravité suffisant, mais aussi qu'il ait revêtu un caractère public (qu'il ait causé un “scandale”) : d'où la maxime *Ecclesia de occultis non iudicat* » ; V. aussi, B. CHÉRIGNY, *op. cit.* : « [La moralité publique] est l'absence de scandales publics, ou plus exactement l'absence d'atteintes publiques au minimum d'idées morales communément admises, à une époque donnée, par la moyenne des individus, et qu'elle tient à voir respecter ».

ne pouvait pas mieux mettre en évidence le lien entre le caractère public d'un lieu ou d'une réunion et l'ordre public immatériel. Si ce lien a globalement tendance à s'étioler du fait de l'évolution des mentalités dans différents domaines (1), l'incrimination récente de la dissimulation du visage dans l'espace public l'a revitalisé d'une façon originale (2).

1. La fragilisation progressive du lien entre caractère public et ordre public immatériel

459. L'importance croissante du consentement en matière d'infractions sexuelles. La « mutation des bonnes mœurs » au cours du XX^e siècle, particulièrement en matière sexuelle, est bien connue¹. Schématiquement, n'est plus réprochée la pratique sexuelle non conforme à une morale sociale dominante, mais est immoral l'acte de nature sexuelle qui porte atteinte à la liberté d'autrui dès lors que son consentement à cet acte n'est pas intègre². Il n'est donc guère étonnant que l'opposition privé-public ne joue plus aucun rôle en matière d'agressions sexuelles. Toutefois, elle n'a en réalité jamais été très présente en cette matière – si ce n'est à l'égard des agressions incestueuses³ –, puisque l'agression sexuelle, aujourd'hui comme hier, porte non seulement atteinte à la liberté sexuelle mais aussi – et surtout, si l'on en croit la place de ces incriminations dans le Code pénal actuel⁴ –, à l'intégrité physique de la personne, le caractère privé ou public d'une agression ne pouvant donc rentrer en ligne de compte du fait de cette forte dimension interpersonnelle et de la gravité intrinsèque au comportement⁵.

¹ C. AMBROISE-CASTEROT, « Le livre II du Code pénal, miroir de l'évolution des mœurs », in P. CONTE et S. TZITIS (dir.), *La cohérence des châtements : Essais de philosophie pénale et de criminologie*, n° 10, 2012, p. 63.

² D. LOCHAK, art. préc., p. 49 : « On observe en effet [...] un déplacement de l'objet de la répression pénale, qui va être utilisée non plus pour punir les atteintes aux bonnes mœurs mais pour protéger la liberté nouvelle laissée à chacun dans le choix de sa vie et de ses habitudes sexuelles et pour lutter contre les éventuels mouvements d'intolérance que cette liberté des mœurs risque de susciter ». V. aussi, CEDH, 22 oct. 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 60 et 61 : « L'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut lui aussi heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants ».

³ H. DUFFULER-VIALLE, « La famille du XIX^e siècle, un sanctuaire protégé par le droit au détriment des victimes de violences sexuelles », *AJ Pénal*, 2020, p. 273, rappelant que, pour le législateur du XIX^e siècle : « La notion de scandale est [...] au cœur du raisonnement [...]. À partir du moment où la déviance sexuelle devient visible, il y a un scandale et le législateur doit intervenir ». Dès lors, « Les violences sexuelles intra-familiales doivent être tues, cachées ». C'est pour cette raison que le législateur tenta d'introduire en 1831 l'exigence selon laquelle, lorsque l'attentat à la pudeur était commis sans violence sur une victime ayant moins de 11 ans, « la poursuite ne pourra avoir lieu que sur la plainte des père et mère, tuteur [...], à moins qu'il ne soit consommé ou tenté dans un lieu public ». Ce projet de réforme n'aboutit pas, mais dans les faits, le domicile était bien une zone de non-droit en la matière.

⁴ C. pén., art. 222-22 et s.

⁵ Comp., pour la répression spatialisée de l'adultère au XIX^e siècle, A. CORBIN, « La relation intime ou les plaisirs de l'échange » in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée.*, op. cit., t. 4, p. 510 : « L'adultère du mari ne peut être poursuivi devant le tribunal correctionnel, sauf si l'époux infidèle entretient une concubine au domicile conjugal ; sa conduite s'apparente alors à la bigamie ; elle met en péril la famille [...]. En quelque lieu qu'il se déroule, l'adultère de la femme, en revanche, constitue toujours un délit ».

460. La fragilisation du lien entre prostitution et lieux publics. L'évolution est plus frappante lorsque l'on s'intéresse à la pénalisation en matière de *prostitution*. Celle-ci oscille entre trois modèles de politique criminelle principaux dans l'histoire et dans le monde¹. Le *prohibitionnisme*, d'abord, repose sur l'idée que la prostitution est tant immorale qu'illégale, ce qui conduit à pénaliser le proxénète, le client et la personne prostituée, ne laissant guère de place à une limitation spatiale de la répression pénale. Cette politique fut notamment appliquée en France sous l'Ancien Régime, la prostitution étant alors perçue non seulement comme immorale mais surtout comme génératrice d'un risque sanitaire, d'où sa pénalisation. Ce modèle a toujours conduit à une répression inefficace et à la prolifération de la prostitution davantage qu'à sa diminution².

Le *réglementarisme*, ensuite, est sans doute le modèle le plus intrinsèquement lié à l'opposition privé-public. Il fut adopté à Athènes comme à Rome³ et surtout en France durant tout le XIX^e siècle et jusqu'en 1946⁴, une « *police des mœurs* » étant spécialement instituée par Napoléon pour lutter contre les infractions à la réglementation prostitutionnelle⁵. Dans cette optique, la prostitution est certes perçue comme immorale, mais elle ne saurait être réprimée, les tenants de cette approche tirant les conséquences de l'inefficacité du prohibitionnisme. Dès lors, des espaces de liberté sont accordés aux personnes prostituées – la « *maison close* » et le « *quartier réservé* » –, mais le racolage est incriminé dès lors qu'il a lieu en dehors de ces espaces⁶ en ce qu'il trouble alors l'ordre public, tant dans sa dimension matérielle, la tranquillité

¹ P. MORVAN, *Criminologie*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, n° 129, p. 142 ; A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, *op. cit.*, n° 50 et s.

² P. MORVAN, *op. cit.*, *loc. cit.*

³ A. CASADO, *op. cit.*, n° 42, p. 25.

⁴ J.-M. BERLIÈRE, « La police des mœurs sous la III^e République », in *Les bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 274, précisant que durant cette période, « *le dérèglement du vice – cause et symbole du dérèglement social – devient une hantise des classes dirigeantes, la débauche des classes populaires, considérée – au même titre que l'oisiveté – comme une menace de subversion de l'ordre social, doit être contrôlée* ».

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*, p. 274 : « *L'haussmannisation voit la prostituée sortir de la “maison” et des quartiers “réservés” pour s'offrir au centre de la ville. La relation prostitutionnelle échappe ainsi au carcan imaginé par l'administration, et le public – par des pétitions multiples – exprime son mécontentement de voir la rue envahie par le spectacle de la licence* ».

des passants n'étant pas assurée¹, qu'en sa dimension immatérielle, le spectacle de la prostitution étant précisément jugé contraire aux bonnes mœurs².

Enfin, l'abolitionnisme, dont la France se revendique depuis la loi « *Marthe Richard* » du 13 avril 1946, refuse de considérer que la prostitution est immorale en tant que telle et défend l'abolition de toute réglementation de cette activité³. En l'occurrence, la personne se livrant à la prostitution n'est plus perçue comme une personne corruptrice, mais le plus souvent comme une victime, en ce qu'elle se voit contrainte par autrui ou par les circonstances de recourir à la prostitution. La prostitution est alors alternativement présentée comme une violence, un comportement attentatoire à la dignité humaine, contraire au principe d'indisponibilité du corps humain, ou encore contraire au principe d'égalité homme-femme⁴.

En réalité, c'est surtout l'exploitation des prostitués, donc l'atteinte à leur liberté, qui fonde aujourd'hui les infractions en lien avec la prostitution⁵. Il s'agit de condamner sévèrement tous les individus qui exploitent la misère d'autrui, en particulier ceux qui sont impliqués dans les réseaux de traites d'êtres humains⁶ et les proxénètes⁷, voire le client lui-même⁸, mais de ne pas condamner la personne prostituée, qui doit demeurer libre de se livrer à la prostitution. Cela conduit d'ailleurs à remettre au goût du jour un réglementarisme plus neutre que par le passé⁹, la prostitution étant analysée comme une activité licite, une prestation de service¹⁰ permettant aux « *travailleurs du sexe* » de prétendre à divers droits¹¹. On perçoit aisément les limites d'un

¹ Léon GAMBETTA est réputé avoir déclaré à l'Assemblée nationale en 1878 : « *La prostitution ? Ce n'est qu'une affaire de voirie* » (cité par A. RIGALLEAU, « Prostitution, riverains et action publique : une analyse en termes de territoires », in J. DANET et V. GUIENNE (dir.), *Action publique et prostitution*, PUR, 2006, p. 139).

² D. LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs », art. préc., p. 44 : « *Si, à l'époque du gouvernement de l'Ordre moral, il semblait encore parfaitement normal et naturel d'invoquer la morale et la religion pour justifier le sort réservé aux prostituées, les républicains opportunistes, défenseurs de la laïcité, n'invoqueront plus la morale, qui condamne le vice et la débauche comme formes du "péché", mais la "moralité publique", qu'il faut protéger du spectacle dégradant de la prostitution du trottoir* ». Adde, J.-M. BERLIÈRE, art. préc., p. 274 : « *La police [...] consacre désormais toute son attention [à la rue] : elle doit rester "libre et propre" et, pour ce faire, de nouvelles stratégies sont mises en œuvre pour assurer la "liberté de passage", réprimer le racolage, supprimer tout ce qui peut gêner la promenade familiale, choquer l'œil, heurter la pudeur des passants "honnêtes"* ».

³ P. MORVAN, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ Sur ces justifications et leurs limites, v. A. CASADO, *op. cit.*, n° 141 et s.

⁵ Sur cette démonstration, *ibid.*, p. 215 et s.

⁶ C. pén., art. 225-4-1.

⁷ C. pén., art. 225-10.

⁸ C. pén., art. 225-12-1, punissant le recours à la prostitution de mineurs. V., surtout, C. pén., art. 611-1, introduit par la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016, incriminant d'une façon générale le recours à la prostitution d'autrui. Il est évident que cette mesure relève en réalité davantage d'une logique prohibitionniste que d'une logique abolitionniste, car le postulat de base de l'abolitionnisme est que personne ne devrait pouvoir interférer dans la relation tarifée librement consentie entre le prostitué et son client (en ce sens, P. MORVAN, *op. cit.*, *loc. cit.*). Or, pénaliser le client invite implicitement à le percevoir comme une personne contribuant à l'exploitation de la prostitution, ce qui réduit à néant la liberté postulée du prostitué.

⁹ P. MORVAN, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰ A. CASADO, *op. cit.*, n° 818 et s.

¹¹ *Ibid.*, n° 1308 et s.

tel système, car le développement d'infractions « *péri-prostitutionnelles* »¹, guidé par la lutte contre l'exploitation des prostitués, complique inévitablement la prostitution libre de toute contrainte, phénomène dont on ne peut nier la réalité, quand bien même il serait minoritaire.

On l'aura compris, le système ne repose plus aujourd'hui sur la morale sociale – du moins en théorie² – mais bien sur l'atteinte à la liberté individuelle, la logique spatiale n'étant donc plus d'actualité. Cela explique que le délit de proxénétisme fasse peu de cas de la partition entre lieu public ou privé, malgré la terminologie employée par l'article 225-10 du Code pénal³. Cela permet également de comprendre pourquoi le délit de racolage a été abrogé par la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016. On notera qu'avant son abrogation, ce délit – dont l'histoire fut mouvementée⁴ – fit l'objet du contrôle *a priori* du Conseil constitutionnel, qui fonda la répression sur la préservation de l'ordre public matériel et sur la lutte contre le trafic des êtres humains, tout en soulignant que les juges devaient « *prendre en compte, dans le prononcé de la peine, la circonstance que l'auteur a agi sous la menace ou par contrainte* ». Cela revenait à refuser d'appréhender le phénomène sous l'angle de la morale sociale pour privilégier une approche fondée sur le refus de toute exploitation⁵. Néanmoins, ces justifications ne suffisaient

¹ *Ibid.*, n° 351, p. 179 : « *Les infractions péri-prostitutionnelles se définissent par rapport à une activité, la prostitution, qui en soi n'est pas réprimée. Ce paradoxe est la conséquence directe de l'ambivalence fondatrice de la politique criminelle abolitionniste : la tolérance affichée implique que les prostitués ne soient pas inquiétés pour le simple exercice de leur activité ; la victimisation sous-jacente, et partant, l'espoir que le phénomène prostitutionnel disparaisse, conduit à la répression des comportements favorisant ou perpétuant la prostitution, principalement le proxénétisme et la traite des êtres humains* ».

² Les stages de sensibilisation (C. pén., art. 131-5-1, auquel renvoie indirectement l'art. 611-1 du même Code) peuvent être perçus comme révélateurs d'une nouvelle forme de moralité publique.

³ V. *supra* n° 272.

⁴ D'abord introduit en tant que contravention dans le Code pénal par un décret-loi du 29 novembre 1939, suite au constat de l'inefficacité de la réglementation jusqu'alors locale (J. VERNIER, « La répression de la prostitution à la conquête de nouveaux espaces », *Arch. pol. crim.*, nov. 2010, n° 32, p. 75), le racolage mua en délit avec la loi « *Marthe Richard* », malgré la logique abolitionniste alors instaurée. Toutefois, l'infraction s'avérant difficile à réprimer (A. MAUGÈRE, *Les politiques de la prostitution, du Moyen Âge au XXI^e siècle*, Dalloz, 2009, p. 169), le travail de la police fut facilité par le décret n° 58-1303 du 23 décembre 1958 puis par le décret n° 60-124 du 25 novembre 1960, lequel transforma le délit en contravention de cinquième classe (C. pén., art. R. 40, 11° ancien) et introduisit par ailleurs une contravention de troisième classe, le racolage passif (C. pén., art. R. 34, 13° ancien), celui-ci devant avoir lieu « *sur la voie publique* » et non « *publiquement* ». Il était donc illicite, par exemple, de racoler activement dans un restaurant ou dans un hall d'hôtel, mais il était possible d'y racoler passivement. Les critiques énergiques émises contre le racolage passif, incrimination éminemment floue, conduisirent à sa disparition, seule restant alors, au sein du nouveau Code pénal la contravention de racolage actif, contravention de cinquième classe (C. pén., art. R. 625-8 ancien). Toutefois, au tournant du siècle dernier, suite au développement croissant du nombre de personnes prostituées dans les rues, aux plaintes des riverains à cet égard et au développement d'arrêtés « *anti-prostitution* » d'une légalité discutable (P. CASSIA, « Le droit de la rue », art. préc., p. 70), le législateur renforça à nouveau la répression en introduisant un délit unique de racolage, passif ou actif (C. pén., art. 225-10-1 ancien).

⁵ Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, préc., § 61 et 63.

pas à résorber la contradiction inhérente à la pénalisation d'actes commis par des personnes présentées comme des victimes dans la perspective abolitionniste¹.

461. Le lien ambivalent entre les lieux publics et l'exhibition sexuelle. Malgré ces évolutions, deux infractions sont à la fois marquées par la logique de la protection du consentement et par celle de la moralité publique, d'où le rôle ambivalent du caractère public du lieu en la matière. La première est l'*exhibition sexuelle*², reposant sur une articulation étonnante entre l'exigence du caractère public de l'exhibition, entendu très soupagement, avec l'exigence qu'elle soit « *imposée* » à la vue d'autrui³. Il paraît loin le temps où la jurisprudence pouvait affirmer sans détour que « *la prévention d'outrage à la pudeur n'a pas élémentairement pour objet la répression d'actes impudiques en tant que commis à l'égard d'une personne déterminée ; elle a pour but, d'une manière spéciale, la réparation du scandale causé par de tels actes et la protection due aux tiers qui en peuvent être témoins* »⁴. L'évolution de la jurisprudence à l'égard du nudisme⁵ est symptomatique de l'insuffisance de la seule morale sociale pour réprimer un comportement exhibitionniste. Il n'est donc guère surprenant qu'un auteur estime que le texte devrait « *seulement incriminer l'exhibition sexuelle volontairement imposée à la vue d'autrui sans autres précisions, ce qui n'empêcherait aucunement le juge pénal de continuer à se référer au fait que l'acte a été commis dans un lieu accessible aux regards du public pour établir dans certains cas que la volonté de l'impudicité existe* »⁶. Il serait aussi envisageable de ne faire du caractère public du lieu qu'une circonstance aggravante⁷, ou encore d'incriminer à part l'exhibition sexuelle commise par imprudence⁸, afin

¹ Surtout, certains critiquèrent son inefficacité pour lutter contre les réseaux de proxénétisme, son caractère stigmatisant à l'égard des personnes prostituées, et le fait qu'elle soit détournée de ses finalités, en ce qu'elle aurait été appliquée essentiellement pour arrêter des personnes étrangères en situation irrégulière en vue de les reconduire à la frontière (v. Rapp. Sénat n° 439 du 20 mars 2013 sur la proposition de loi visant à l'abrogation du délit de racolage public). Cet argumentaire s'imposa dans le débat public, d'où l'abrogation du délit en 2016, malgré le fait que cette infraction permettait aussi, en pratique, un rare contact entre les personnes prostituées et les forces de l'ordre, lesquelles pouvaient mettre en relation ces personnes avec des associations spécialisées.

² C. pén., art. 222-32.

³ V. *supra* n° 196, 218 et 222.

⁴ Cass. crim., 16 juin 1906, S. 1909, I, p. 418. V. aussi, CA Limoges, 13 juin 1975 ; D. 1976, somm., p. 17, jugeant que « *si le législateur n'a pas défini l'atteinte à la pudeur – et s'il est très difficile de le faire – l'on peut, néanmoins, observer qu'il s'agit d'un instinct moral qui interdit de montrer certaines parties du corps, en raison de ce qu'elles se rattachent à l'acte sexuel ou de faire devant d'autres personnes des gestes sexuels, les exhibitions ayant pour effet soit d'éveiller certains désirs chez autrui, soit de provoquer sa répulsion en raison de leur obscénité* ».

⁵ V. not., CA Douai, 28 sept. 1989 ; *JurisData* n° 1989-052784, jugeant que « *la simple nudité d'un individu sans attitude provocante ou obscène ne suffit pas à constituer le délit d'outrage public à la pudeur* ».

⁶ V. MALABAT, v° « Infractions sexuelles », *Rép. pén.*, 2002 (mâj. 2021), n° 141.

⁷ P. CONTE, *RDP*, 2005, p. 246, préc. V. *supra* n° 379.

⁸ F. DESPREZ, « De quelques incertitudes à propos des rapports entretenus entre le droit pénal et le port d'un vêtement », art. préc., p. 155.

de refléter la diversité criminologique de ce comportement¹. Dans tous les cas, le respect de la liberté sexuelle d'autrui devrait rendre possible la sanction d'une exhibition sexuelle dans un lieu inaccessible aux regards du public. Pourtant, le législateur a récemment modifié la rédaction de l'infraction sans entériner l'évolution des mœurs sur ce point². Il s'est contenté de remettre en cause la jurisprudence exigeant l'exposition de la nudité pour caractériser l'infraction³, ce qui a pu être critiqué par la doctrine⁴.

En toute hypothèse, l'ambivalence relative aux valeurs sociales protégées par l'exhibition sexuelle se traduit également par le régime répressif associé à cette infraction. En effet, si l'article 222-32 du Code pénal se situe bien dans une section dédiée aux agressions sexuelles, son régime se distingue significativement de celui des autres infractions s'y trouvant contenues, de la phase préparatoire du procès pénal⁵ à la phase post-sentencielle⁶, en passant par les peines encourues⁷, si bien qu'on hésiterait presque à classer l'exhibition sexuelle dans la catégorie des infractions sexuelles.

¹ *Ibid.*, loc. cit. : « À côté de l'exhibition admise dans le cadre de spectacles (tels les strip-teases) ou du naturisme, il existe trois hypothèses d'exhibitionnisme sanctionnables. En premier lieu, une exhibition active et agressive qui renvoie à l'agent éprouvant du plaisir à montrer ses attributs sexuels à des personnes susceptibles d'être choquées (exhibitionnisme au sens criminologique). En deuxième lieu, une exhibition par goût du risque faisant référence à l'individu qui commet un acte impudique en sachant qu'il peut être vu mais qui ne le souhaite pas. En troisième lieu, une exhibition par négligence qui renvoie à l'agent qui, par mégarde, a été aperçu commettant un acte impudique alors qu'il n'avait pas envisagé une telle éventualité ».

² Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021, art. 12.

³ C. pén., art. 222-32, al. 2 : « Même en l'absence d'exposition d'une partie dénudée du corps, l'exhibition sexuelle est constituée si est imposée à la vue d'autrui, dans un lieu accessible aux regards du public, la commission explicite d'un acte sexuel, réel ou simulé ».

⁴ F. SAFI, « De l'art de légiférer, ou quand la loi précise que même lorsqu'il n'y a pas exhibition sexuelle... il y a exhibition sexuelle ! », *D.* 2021, p. 1254.

⁵ Le délit n'est pas concerné par les règles dérogatoires en matière de prescription (C. proc. pén., art. 7 al. 3, et 8 al. 2), ni soumis au régime procédural rigoureux applicable à ces infractions (C. proc. pén., art. 706-47 et s.) depuis la loi du 9 mars 2004. De plus, en pratique, « la saisine d'un juge d'instruction en matière d'exhibition sexuelle est rarissime, au contraire des autres agressions sexuelles et, bien sûr, du crime de viol. À l'inverse, le recours aux alternatives aux poursuites [...] ou la poursuite directe devant la juridiction de jugement sont systématisés » (L. BELFANTI, « Poursuite et répression du délit d'exhibition sexuelle », art. préc., n° 8). Plus encore, la circulaire d'application du 14 mai 1993 présentant le commentaire des dispositions de la partie législative du nouveau Code pénal énonçait que « l'infraction ne peut en pratique être poursuivie que si elle a été constatée par un agent verbalisateur, à la vue duquel l'exhibition a donc été imposée ». Si cette recommandation pratique n'est évidemment pas une condition légale de la poursuite (*ibid.*, n° 2.), elle manifeste bien la particularité de ce délit.

⁶ La condamnation de ce chef n'entraîne pas l'inscription au Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (C. proc. pén., art. 706-53-1) et le condamné peut bénéficier d'une réduction de peine supplémentaire lorsqu'il manifeste des efforts sérieux de réadaptation sociale (C. proc. pén., art. D. 49-23), ce qui n'est pas le cas, en règle générale, pour les autres infractions sexuelles.

⁷ L. BELFANTI, art. préc., n° 2 : « dans la hiérarchie des agressions sexuelles, l'exhibition sexuelle est l'infraction dont la peine d'emprisonnement encourue est la plus faible ». De plus, les peines complémentaires d'interdiction de séjour ou d'interdiction du territoire français sont exclues, la tentative d'exhibition sexuelle n'est pas incriminée, aucune circonstance aggravante n'est prévue, et le délit n'est pas assimilé aux délits d'agressions et d'atteintes sexuelles au regard de la récidive (C. pén., art. 132-16-1).

462. Le lien ponctuel entre les lieux publics et l'outrage sexiste. La seconde infraction toujours concernée par le caractère public du lieu est la contravention d'*outrage sexiste*¹, dont la répression est aggravée lorsque cet outrage prend place dans un lieu affecté au transport collectif². Or, si l'on s'intéresse à l'origine de cette contravention, visant à sanctionner pénalement un comportement auparavant blâmé par les manuels de civilité³, il est frappant de constater que le but affiché de cette disposition, lors des débats parlementaires, était de sanctionner le phénomène du « *harcèlement de rue* », lequel prend généralement place dans un lieu public⁴. Les premières moutures du texte situaient ainsi l'outrage, non pas dans la « *rue* », ce qui aurait été exagérément restrictif⁵, mais dans l'« *espace public* »⁶, à l'instar de certaines législations étrangères⁷. Pourtant, la version finale du texte exclut toute publicité au stade de la condition préalable de l'infraction. Dès lors, cette contravention, dont les éléments constitutifs sont incertains⁸ et dont l'utilité peut être discutée au regard de toutes les qualifications pénales préexistantes avec lesquelles elle est susceptible d'entrer en concours⁹, peut être commise tant en privé qu'en public, nonobstant les difficultés de preuve inhérentes au premier cas de figure¹⁰.

¹ C. pén., art. 621-1.

² V. *supra* n° 380.

³ Si bien que l'on peut douter de la légitimité d'une intervention législative ici : v. A. DARSONVILLE, « Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles », *AJ Pénal*, 2017, p. 532 : « *Il s'agit d'user (d'abuser) de la fonction expressive du droit pénal pour informer la société que les actes de harcèlement de rue contre les femmes sont des actes répréhensibles. Or, l'interdit pénal non assorti d'une application effective n'a guère de sens [...], une démarche éducative serait plus opportune* ».

⁴ V. Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes, « Avis sur le harcèlement sexiste et les violences sexuelles dans les transports en commun », 16 avril 2015, estimant que 100% des utilisatrices des transports en commun ont été victimes au moins une fois dans leur vie de harcèlement sexiste ou d'agressions sexuelles.

⁵ V. TELLIER-CAYROL, « Non à l'outrage sexiste ! », *D.* 2018, p. 425.

⁶ M. -L. RASSAT, « De la création d'un "outrage sexiste et sexuel" », *Dr. pén.*, 2018, étude 7.

⁷ Par ex., la législation belge pose ainsi une condition de publicité de l'outrage : *Libération*, « En Belgique, une loi imitée aux effets limités », 6 déc. 2017.

⁸ En ce sens, L. SAENKO, « La loi numéro 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord ! », art. préc., considérant que « *la nouvelle contravention reproduit les mêmes difficultés d'interprétation que le délit de harcèlement sexuel, à raison de l'extrême inconsistance des notions employées, qu'accentuent, d'une part, la simple condition de propos ou comportements "à connotation" sexuelle ou sexiste et, d'autre part, la question du mode d'appréciation in abstracto ou in concreto des conséquences néfastes engendrées par ces agissements* ». V. aussi, en ce sens, C. CLAVERIE-ROUSSET, « Commentaire des principales dispositions de la loi numéro 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles ou sexistes », *Dr. pén.*, 2018, étude 23 : « *Où placer le curseur du caractère intimidant, hostile ou offensant ?* »

⁹ Les juges pourraient ainsi retenir les délits d'injures ou de menaces pour les « *propos* » visés par le texte étudié, ou encore ceux de violences et d'agressions sexuelles pour sanctionner les « *frotteurs* », voire le délit de harcèlement sexuel pour les propos ou comportements litigieux, ce dernier délit supposant néanmoins établie une réitération du propos ou du comportement. Adde, L. SAENKO, art. préc. : « *Voilà qui tend à démontrer le caractère inutile ou excessif de la nouvelle infraction, dont l'élément matériel soit correspond déjà à une autre incrimination [...], soit se réduit à des propos ou comportements ne devant pas relever du droit pénal* ».

¹⁰ Il est vrai que l'argument de la difficulté probatoire ne saurait « *constituer un obstacle à une intervention législative nécessaire* » (J.-C. PLANQUE, « Ne créez pas le délit d'outrage sexiste ! », *JCP G*, 2017, 1314). Toutefois, le risque d'ineffectivité contribue à interroger l'existence d'une telle nécessité.

Manifestement, la logique interpersonnelle de l'outrage sexiste a prévalu sur la volonté de discipliner les comportements dans les lieux publics. Il n'en demeure pas moins que la contravention étudiée, peu appliquée d'une manière générale¹, concerne surtout des faits commis dans des lieux publics².

463. En somme, l'importance de préserver les personnes contre des agressions les visant et passant outre leur consentement à des actes ou propos de nature sexuelle explique le rôle déclinant du lieu public en matière d'infractions sexuelles. Dans une logique voisine, l'essor de la protection animale engendre également un tel déclin.

464. *L'importance croissante de la protection animale.* L'évolution des textes pénaux en matière de combats d'animaux constitue sans doute le meilleur exemple de la logique de transaction inhérente à l'opposition privé-public, en ce qu'elle illustre pleinement la façon dont cette dichotomie accompagne certaines évolutions sociétales. Dans un premier temps, les combats d'animaux ne furent sanctionnés que par une simple contravention, et ce, lorsqu'ils avaient lieu en public. La loi dite « Grammont » du 2 juillet 1850 visait ainsi ceux qui exerçaient « *publiquement et abusivement des mauvais traitements envers les animaux domestiques* ». Comme le soulignait la doctrine de l'époque, la logique des bonnes mœurs était au fondement de la répression³. Une centaine d'années plus tard, en 1959, la condition de publicité fut supprimée par décret⁴ et les textes disposent depuis lors que les atteintes aux animaux sont réprimées, en principe, qu'elles soient commises « *publiquement ou non* »⁵. Cette précision, sans aucune incidence juridique, revêt une portée essentiellement symbolique en ce qu'elle rappelle l'évolution des mentalités sur ce point. On a ainsi pu écrire que le décret de

¹ *Le figaro.fr*, « Harcèlement de rue : près de 1300 amendes pour outrage sexiste », 6 mars 2020.

² Haut Conseil à l'Égalité entre les femmes et les hommes, « Rapport annuel sur l'état des lieux du sexisme en France en 2019 », 2 mars 2020 : « *Dans la majorité des cas, le lieu se situe sur la voie publique ou dans les transports. Les autres lieux incluent des établissements scolaires, des entreprises ou commerces et des immeubles* ». Le rapport souligne également que l'outrage présente un « *caractère d'aggravation* » (*sic*) dans un lieu permettant l'accès à un moyen de transport collectif dans 7% des cas.

³ L. FACQ, *De la publicité élément constitutif de l'infraction*, *op. cit.*, p. 106. L'auteur évoque un arrêt ayant jugé que le spectacle d'actes de brutalité exercés sur des animaux généralement sans défense était propre à « *blessier la morale publique* » (Cass. crim., 14 mai 1868 ; *D.* 1872, 5, p. 23). Il ajoute que la prohibition s'analyse comme un « *exemple de pratiques répréhensibles qui, faute d'être punies, pourraient tendre à se généraliser* », la condition de publicité ayant par ailleurs pour objet d'« *éviter que la protection des animaux dégénère en mesures inquisitoriales à l'égard du propriétaire* ».

⁴ Décret n° 59-1051 du 7 sept. 1959 réprimant les mauvais traitements exercés envers les animaux.

⁵ C. pén., art. 521-1, al. 5 ; art. R. 654-1, al. 3 ; art. R. 655-1, al. 3.

1959 « met fin à la conception humanitaire de la protection animale pour lui substituer une conception animalière »¹.

Toutefois, le même texte aménageait une ultime aire de liberté en autorisant la tauromachie ou les combats de coq² lorsqu'une « tradition locale ininterrompue peut être invoquée »³. Cette véritable « autorisation coutumière »⁴ permet ainsi que soient justifiées les infractions d'atteinte aux animaux domestiques, apprivoisés ou tenus en captivité lorsqu'elles sont commises dans une réunion publique particulière⁵. Cette intégration de la coutume au stade de la justification de l'infraction surprend, la constitutionnalité du texte au regard du principe de légalité étant loin d'être certaine⁶. C'est toutefois sur le fondement du principe d'égalité que cette exception fut contestée, sans succès⁷. Il n'est pas certain que cette dernière, circonscrite dans l'espace⁸, perdure dans le temps. La désuétude portera sans doute le *descabello*⁹ à cette tradition dans un futur plus ou moins proche. La répression pénale aura alors achevé sa lente mutation, de l'impunité à la répression totale d'un comportement désigné. L'opposition privé-public pourra alors s'effacer définitivement.

465. En définitive, les intérêts de la personne ou de l'animal semblent justifier que le caractère public de lieux ou réunions s'efface en matière d'ordre public immatériel. Cela n'est pas forcément de bon augure pour la préservation des libertés individuelles, dès lors que l'abandon de ce caractère est synonyme de durcissement de la répression pénale. Cela étant, c'est précisément cette volonté de préserver la liberté individuelle qui a conduit le législateur à circonscrire la répression de la dissimulation du visage à l'« espace public ».

¹ S. ANTOINE, « Rapport sur le régime juridique de l'animal », Doc. fr., 2005, p. 23.

² Ces combats semblent davantage concernés par une désuétude prochaine que la tauromachie. V. *Libération.fr*, « En France, les combats de coq perdent leurs dernières plumes », 31 juill. 2015. L'interdiction de construire de nouveaux gallodromes (C. pén., art. 521-1, al. 7) atteste de cette désuétude.

³ Pour un exposé détaillé de cette question, v. P.-J. DELAGE, *La condition animale, essai juridique sur les justes places de l'Homme et de l'animal*, préf. J.-P. MARGUÉNAUD, Mare et Martin, 2016, n° 218, p. 788.

⁴ X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., n° 245, p. 256.

⁵ V. *supra* n° 330.

⁶ J.-Y. MARÉCHAL, « La tradition tauromachique devant le Conseil constitutionnel : la réponse contestable à une question mal posée », *Dr. pén.*, 2012, étude 25.

⁷ Cons. const., 21 sept. 2012, n° 2012-271 QPC ; RSC 2013, p. 427 obs. B. DE LAMY.

⁸ Sur l'interprétation du terme « locale », v. not., CA Bordeaux, 11 juill. 1989 ; *JCP* 1989, II, 21344 (2°), note É. AGOSTINI.

⁹ C'est ainsi que l'on désigne le coup de grâce donné au taureau à l'aide du *verdugo*, épée spéciale (V. FLANET et P. VEILLETET, *Le Peuple du toro*, Hermé, 1986, p. 169).

2. La revitalisation récente du lien entre caractère public et ordre public immatériel

466. Les enjeux du débat sur la pénalisation de la dissimulation du visage. La controverse suscitée par la pénalisation de la dissimulation du visage dans l'espace public, introduite par la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010, pourrait paraître à première vue sans commune mesure avec l'enjeu concret de cette pénalisation, cette pratique ne concernant que quelques milliers de personnes en France¹. On ne saurait toutefois minimiser l'importance symbolique de ce débat quant au rapport du droit pénal avec les nouvelles expressions de la morale sociale. Plus précisément, la question était inédite au XXI^e siècle car il s'agissait de réprimer un comportement se déroulant en public mais ne portant atteinte ni à l'ordre public dans sa dimension matérielle – déambuler voilé ne cause aucune dégradation à la voie publique et n'est pas un facteur d'insécurité² – ni à la liberté individuelle³ ou sexuelle du spectateur, considérations ayant pu supplanter les bonnes mœurs. Le législateur se retrouvait ainsi aux prises avec un comportement dont il avait seulement l'intuition qu'il ne correspondait pas aux valeurs les plus abstraites de la société française, mais qu'il était bien en peine de pouvoir réprimer, faute de fondement adéquat. D'où une certaine maladresse dans le processus d'élaboration de cette norme, de nombreux fondements inappropriés ayant pu être invoqués successivement. Il fallut que les juges, voire la doctrine, apportent leur contribution à la réflexion pour qu'émerge un fondement que l'on considérera, au choix, pertinent ou moins inadéquat que les autres, celui de la *socialité*.

467. L'inadéquation de la laïcité et de la dignité humaine pour fonder la répression. Si la laïcité n'a jamais été explicitement présentée comme un fondement de la pénalisation de la dissimulation du visage dans l'espace public par le législateur, cette notion fut omniprésente lors des débats parlementaires, la confusion entre la « *sphère publique* » – les bâtiments publics

¹ O. BUI-XUAN, « L'espace public : l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? », art. préc. : « *l'objet de la loi était d'interdire le port du voile intégral aux 1900 femmes recensées par le ministère de l'Intérieur, pas les passe-montagnes sur les pistes de ski, ni les écharpes cachant nez et bouche par temps de neige* ».

² C'est d'ailleurs l'absence de trouble à l'ordre public clairement identifié qui entraîna la condamnation de la législation turque à Strasbourg (CEDH, 23 févr. 2010, n° 41135/98, *Ahmet Arslan c/ Turquie*, § 50).

³ Sauf à se considérer « *agressé* » par le spectacle d'une personne voilée. S'il est vrai que la notion de violence volontaire est interprétée largement par la jurisprudence, il est évident que l'on ne saurait qualifier ici une telle infraction. Par ailleurs, ce sont surtout, en pratique, les femmes voilées qui sont victimes d'agressions physiques ou verbales, comme a pu le relever le commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe (T. HAMMARBERG, « Sanctionner les femmes qui portent la burqa ne les libèrera pas », cité in M. LACAZE, « La contravention du port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public : incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », art. préc., note 58).

et les agents publics, au sens de la conception verticale de l'opposition privé-public¹ – et l'« *espace public* » – les lieux publics, en réalité, au sens où on les a définis plus haut² – étant patente, dès lors que seule la première est traditionnellement concernée par l'exigence de neutralité découlant du principe de laïcité³. Ainsi, un député a-t-il pu avancer : « *Si nous voulons pouvoir continuer à penser librement sans publicité religieuse agressive, il nous faudra nous pencher sur l'invasion de la sphère publique par les signes religieux* »⁴ ; tandis qu'un autre affirma : « *Le port du voile intégral est la manifestation d'un intégrisme dans la sphère publique* »⁵. Comme le remarque à juste titre un auteur : « *Si des personnes aussi informées en matière de laïcité confondent les termes, voire créent l'amalgame, a fortiori l'opinion publique ne distinguera pas. Dans l'esprit du citoyen lambda, "porter la burqa, c'est contraire à la laïcité, c'est contraire à la neutralité de l'espace public"* »⁶. Si le Conseil d'État a pu, à juste titre conclure à l'impossibilité de fonder la répression sur la laïcité⁷, on sait que le Conseil constitutionnel, s'il ne s'est pas référé à la laïcité dans sa décision relative à la loi évoquée, a rétabli le lien entre l'incrimination et la pratique religieuse en excluant l'application de la

¹ V. *supra* n° 4 et s. Comp., Loi du 9 décembre 1905, art. 28 et 29, punissant de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe le fait « *d'élever ou d'apposer aucun signe ou emblème religieux sur les monuments publics ou en quelque emplacement public que ce soit, à l'exception des édifices servant au culte, des terrains de sépulture dans les cimetières, des monuments funéraires, ainsi que des musées ou expositions* ». En l'occurrence, la laïcité est bien au fondement de la répression pénale, puisqu'il est question d'un « *moyen de pression indirect incompatible avec le caractère laïc de l'État* » (F. SAFI, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, *op. cit.*, n° 163). En réalité, le contentieux autour de cette disposition est surtout administratif (v. not., CE, ass., 9 nov. 2016, n° 395122, *Cne de Melun*, conditionnant l'installation d'une crèche de Noël, à l'initiative d'une personne public, dans un établissement public, à son caractère « *culturel, artistique ou festif* », lequel peut notamment se déduire du lieu de cette installation, si bien que celle-ci est possible « *sur la voie publique [...], dès lors qu'elle ne constitue pas un acte de prosélytisme ou de revendication d'une opinion religieuse* »). V. aussi, C. éduc., art. L. 141-5-1, interdisant depuis la loi n° 2004-228 du 15 mars 2004 « *le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse* » dans les écoles, collèges et lycées publics (v. not., F. SAFI, *op. cit.*, n° 171). V. encore, les débats autour du port du foulard islamique dans les prétoires, tant par les avocats (M. LARTIGUE, « *Le port du voile avec la robe d'avocat devant la justice* », *Gaz. Pal.*, 28 juill. 2020, p. 14) que par les témoins (CEDH, 5 déc. 2017, n° 57792/ 15, *Hamidovic c/ Bosnie- Herzégovine*, § 41) ou les justiciables (CEDH, 18 sept. 2018, n° 3413/ 09, *Lachiri c/ Belgique*, § 44). Adde : F.-X. BRÉCHOT, « *La laïcité et l'audience : un vade-mecum* », *D.* 2018, p. 519.

² V. *supra* n° 260.

³ Sur ce rappel, v. Rapp. d'information fait au nom de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, 26 janv. 2010, p. 117 : « *le principe de laïcité ne saurait valoir dans la totalité de l'espace public, ainsi que l'ont confirmé toutes les personnes qui se sont exprimées à ce sujet devant la mission : la laïcité est source d'obligations pesant sur l'État, dans le cadre notamment de l'organisation des services publics, et non pas sur les particuliers* ».

⁴ *Ibid.*, p. 61.

⁵ *Ibid.*, p. 256.

⁶ O. BUI-XUAN, art. préc. L'auteur étaye son propos en évoquant des articles du journal *Le Monde* procédant à une confusion sémantique similaire, et en conclut que le législateur « *a ouvert une brèche dans la conception de la laïcité "à la française" qui ne semble pas prête de se refermer* ».

⁷ CE, Ass. gén. plén., 25 mars 2010, « *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral* », p. 32.

prohibition dans les lieux de culte¹. La Cour de cassation a, quant à elle, estimé que la contravention n'était pas contraire à l'article 9 de la Convention européenne des droits de l'homme, sans pour autant évoquer la laïcité². L'inadéquation de la laïcité pour fonder la répression était donc évidente.

Partant du postulat que le port du voile intégral, en tant que symbole d'oppression de la femme, ne pourrait être librement consenti – ce qui rappelle l'argumentaire déployé en matière de prostitution³ –, certains ont pu être tentés de fonder la répression sur la dignité humaine, souvent évoquée conjointement avec la liberté individuelle ou l'égalité. Un tel fondement était toutefois exclusif de toute délimitation spatiale du comportement incriminé. Le garde des Sceaux l'avait d'ailleurs bien compris lorsqu'il déclara devant le Sénat : « *Comment en effet pourrions-nous affirmer que "le voile intégral ne respecte ni la liberté, ni la dignité, ni l'égalité", si nous limitons l'interdiction aux seuls lieux publics ?* »⁴ Toutefois, le Conseil d'État pointa l'inadéquation de ces fondements, lesquels ne peuvent « *s'appliquer à des personnes qui ont choisi délibérément le port du voile intégral* »⁵. La dignité pouvait certes tout à fait fonder la prohibition de la dissimulation forcée du visage⁶, également introduite par la loi du 11 octobre 2010, constituant une atteinte à la liberté individuelle qu'elle soit commise en public ou en privé, mais pas la seule dissimulation dans l'espace public. Le Conseil constitutionnel se garda quant à lui de faire référence à la dignité humaine⁷. Pourtant, de façon surprenante, une circulaire réintroduisit ce fondement, ce qui semblait révéler la volonté du Gouvernement de ne pas l'abandonner. Les juges de Strasbourg coupèrent court à tout débat en 2014 en affirmant clairement que « *le respect de la dignité des personnes ne peut légitimement motiver l'interdiction générale du port du voile intégral dans l'espace public* »⁸.

¹ Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, préc., § 5.

² Cass. crim., 5 mars 2013, n° 12-80.891, préc.

³ V. *supra* n° 460.

⁴ Cité par O. BUI-XUAN, art. préc. Le ministre ajoutait : « *Selon moi, la dissimulation du visage subie et pratiquée dans un endroit privé est aussi attentatoire à la dignité des femmes que celle pratiquée en public. Si la fin de la dissimulation du visage dans les espaces publics est un objectif affiché, c'est la fin de cette pratique en tous lieux, lorsqu'elle signifie une contrainte matérielle ou psychologique, qui devrait être recherchée* ».

⁵ CE, Ass. gén. plén., étude préc., p. 20

⁶ C. pén., art. 225-4-10.

⁷ Ce qui ne l'a pas empêché de considérer que, pour le législateur, « *les femmes dissimulant leur visage, volontairement ou non, se trouvent placées dans une situation d'exclusion et d'infériorité manifestement incompatible avec les principes constitutionnels de liberté et d'égalité* » (Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, préc., § 4).

⁸ CEDH, gr. ch., 1^{er} juill. 2014, n° 43835/11, *SAS c/ France* ; JCP 2014, 974, note A. LEVADE ; RSC 2014, p. 626, obs. J-P. MARGUÉNAUD ; RTD civ. 2014, p. 620, obs. J. HAUSER, § 120.

468. Le rattachement de la prohibition à l'ordre public immatériel. En complément des fondements précédemment évoqués, l'idée d'ordre public immatériel a été fréquemment invoquée lors des débats parlementaires, originellement sous le vocable d'ordre public « *social* »¹, sous l'impulsion de CARCASSONE². Or, il est permis de penser qu'évoquer cet ordre public particulier revient à désigner les bonnes mœurs³, avec un vocabulaire plus moderne et moins connoté, ou encore la morale sociale, à ceci près que le lien avec les lieux publics pourrait être plus facilement distendu. Ce fondement ne fit pas pour autant l'unanimité. Le Conseil d'État fut ainsi rétif à l'invocation d'un « *ordre public non matériel* »⁴ et la doctrine lui reprocha son contenu évanescent⁵. Il était donc nécessaire de donner une véritable consistance à cet ordre public particulier, ce à quoi la doctrine et les juges se sont attelés.

C'est ainsi que le Conseil constitutionnel valida le dispositif en mettant l'accent sur « *les exigences minimales de la vie en société* »⁶. Par la suite, « *les exigences du vivre ensemble* » réapparurent dans la circulaire du 2 mars 2011 édictée par le Premier ministre⁷. Quant à la Cour de cassation, dans les deux arrêts où elle s'est prononcée sur la conventionnalité de la contravention à l'égard de la liberté de religion, l'un rendu en 2013 et l'autre en 2014, elle

¹ Rapp. Assemblée nationale n° 2648, préc., p. 28, relatant les propos suivants du garde des Sceaux : « *l'ordre public social exprime les valeurs fondamentales du vivre ensemble. Il recouvre ainsi la prohibition de l'inceste, de la polygamie ou l'interdiction des mères porteuses. Cette atteinte justifie une interdiction générale et absolue* ».

² Rapp. d'information de la mission parlementaire n° 2262, préc., p. 554, transcrivant les propos de G. CARCASSONE : « *depuis 1789, il existe un consensus social, que j'appelle par commodité "code social", reposant sur un socle de valeurs implicites* ». V. aussi l'intervention de l'auteur in « Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 », *D.* 2011, p. 1166 : « *il y a un certain nombre d'interdits, dont personne non plus ne discute le principe, qui, tous, trouvent leur fondement dans l'ordre public immatériel, une espèce d'éthique minimale ou de morale partagée : l'interdiction de l'inceste, des mères porteuses, de la vente d'organes, de la polygamie, n'ont pas d'autres fondements solides que l'ordre public immatériel* ».

³ Rapp. Assemblée nationale n° 2648 du 23 juin 2010, p. 30 : « *l'ordre public sociétal a été plusieurs fois consacré, notamment par le Code pénal s'agissant de l'exhibition sexuelle, de l'atteinte au respect dû aux morts ou encore des outrages aux symboles nationaux, ou par le Code général des collectivités territoriales en ce qui concerne le bon ordre* ». V. aussi, M. LACAZE, « La contravention du port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public », art. préc. : « *Est alors consacrée une "définition positive" de l'ordre public, non plus seulement comme "rempart" contre les abus procédant de l'exercice sans limite des libertés mais comme socle d'exigences fondamentales garantissant leur exercice* » ; n'est-ce pas reprendre la définition classique des bonnes mœurs ?

⁴ CE, Ass. gén. plén., étude préc., p. 30, estimant ne pas pouvoir recommander « *un changement aussi profond de notre ordre normatif, dont les contours sont difficiles à cerner par avance au regard de l'ensemble de ses applications potentielles* ».

⁵ D. DE BÉCHILLON, « Voile intégral : éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux », *RFDA*, 2010, p. 467, soulignant que « *l'ordre public redéfini de la sorte n'a tout simplement pas de contenu ou, si l'on veut être plus exact, [...] il les a tous* » ; F. SAINT-BONNET, « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa », art. préc., p. 1 : « *La difficulté provient de ce que cette notion d'ordre public immatériel a tout d'un argument d'autorité qui n'offre pas toute la sécurité juridique requise dans un domaine aussi sensible* ». V. toutefois, pour une opinion en faveur de la consécration de cet ordre public immatériel : A. LEVADE, « Le Conseil d'État aux prises avec le voile intégral. Les enjeux d'un refus de risque juridique », *JCP G*, 2010, 406.

⁶ Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, préc., § 4. On notera que le « *vivre-ensemble* » fut plusieurs fois mentionné au cours des débats parlementaires, sans être vraiment distingué des autres fondements évoqués.

⁷ Circ. PRMC1106214C du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

énonce des motifs quasiment identiques, à la différence près que dans le premier arrêt rendu, elle considère que la loi « *vise à protéger l'ordre et la sécurité publics* »¹ et que dans le second elle ajoute à cette expression qu'elle vise aussi « *à garantir les conditions du “vivre ensemble”* »². Or, entre ces deux décisions, la Cour européenne des droits de l'homme s'était prononcée et avait précisément estimé que « *ce que le Gouvernement qualifie de “respect des exigences minimales de la vie en société” – le “vivre ensemble”, dans l'exposé des motifs du projet de loi – peut se rattacher au but légitime que constitue la “protection des droits et libertés d'autrui”* »³. Si les juges de Strasbourg reconnaissent « *la flexibilité de la notion de “vivre ensemble” et le risque d'excès qui en découle* »⁴, ils s'attachent à cantonner la notion à une problématique précise. En effet, « *la Cour prend en compte le fait que l'État défendeur considère que le visage joue un rôle important dans l'interaction sociale ; elle peut comprendre le point de vue selon lequel les personnes qui se trouvent dans les lieux ouverts à tous souhaitent que ne s'y développent pas des pratiques ou des attitudes mettant fondamentalement en cause la possibilité de relations interpersonnelles ouvertes qui, en vertu d'un consensus établi, est un élément indispensable à la vie collective au sein de la société considérée* »⁵. Autrement dit, pour les juges, le « *vivre-ensemble* » n'est pas considéré comme un synonyme de bonnes mœurs, de morale sociale ou d'ordre public immatériel⁶ ; il est lié à la question de la communication, *lato sensu*⁷, c'est-à-dire de la socialité⁸, laquelle s'inscrit dans les lieux publics.

En réalité, les juges de Strasbourg ont probablement été inspirés par les réflexions doctrinales ayant déjà affirmé explicitement le rattachement de la prohibition étudiée à la socialité. En effet, dès 2011, un auteur pouvait explicitement affirmer « *que le port de la burqa*

¹ Cass. crim., 5 mars 2013, n° 12-80.891, préc.

² Cass. crim., 9 déc. 2014, n° 14-80.873, préc.

³ CEDH, gr. ch., 1^{er} juill. 2014, SAS c/ France, préc., § 121.

⁴ *Ibid.*, § 122.

⁵ *Ibid.*, loc. cit.

⁶ *Contra*, M. LACAZE, art. préc. : « Défini comme “les exigences minimales de la vie en société” qui imposent une communication avec autrui, et permettant à l'État de substituer “des lois aux normes de comportements”, cet ordre public immatériel renvoie à la conception d'un droit pénal post-moderne. Comme dans les théories du fonctionnalisme systémique, qui connaissent un large succès à l'étranger, le droit pénal se trouverait alors défini, et légitimé, par sa seule fonction de préservation d'un système social lui-même conçu comme un système de communication. Cela pourrait alors expliquer que le législateur prétende “nous forcer à communiquer” ».

⁷ E. LÉVINAS, *Éthique et Infini*, Biblio essais, 1982, p. 82 : « *le visage parle [...] en ceci que c'est lui qui commence et rend possible tout discours* ». Dans la continuité, v. F. SAINT-BONNET, art. préc., p. 29 : « *Si l'on s'appuie sur cette affirmation a contrario : la dissimulation du visage interdit le discours, mais également la possibilité même d'un discours. Elle traduit un refus radical de l'altérité, de la reconnaissance de l'autre comme son con-citoyen, comme son égal dans la communauté politique* ».

⁸ CNTRL, v° « Socialité », sens II, A, 1 : « *Relatif à la vie des hommes en société* » ; en psychologie sociale : « *Étude des processus d'interaction : interactions entre les individus, entre l'individu et les groupes, entre les groupes eux-mêmes* ». Comp., F. DEQUATRE, *L'intégrité morale en droit pénal*, th. dir. A. LEPAGE, Paris 2, 2021, n° 155 et s., faisant de la protection de la « *sociabilité* » le fondement de l'infraction étudiée.

doit être interdit non pas parce qu'il porterait atteinte à la dignité de la porteuse, mais parce qu'il léserait les intérêts sociaux ou au moins le principe même de la socialité » ; et l'auteur d'en déduire que « ce raisonnement – obnubilé par l'idée d'éviter à tout prix l'argument illibéral de la dignité – ne peut se concevoir que dans le cadre de l'espace public, ce qui suppose d'admettre un certain relativisme conduisant à laisser chacun libre de dissimuler son visage dans l'espace privé »¹. Il est donc permis de penser que le fondement de la socialité est techniquement adéquat en ce qu'il se concilie de façon tout à fait harmonieuse avec la logique de publicité classiquement attachée à l'ordre public immatériel. Bien entendu, sur le plan de la stricte opportunité politique, la pertinence de recourir à ce fondement reste à l'appréciation de chacun².

À titre surabondant, on peut évoquer une autre présentation, stimulante sur le plan intellectuel, quoiqu'elle n'ait pas trouvé d'écho en jurisprudence. Un auteur a ainsi pu considérer que le fondement techniquement adéquat était la *citoyenneté*, notion présentant l'avantage d'être évoquée par la Constitution française, ce qui n'est bien sûr pas le cas de la socialité. Prenant du recul sur la controverse de 2010, l'auteur rappelle que la prohibition du port d'un costume religieux avait déjà été envisagée par les Révolutionnaires³. La citoyenneté était précisément au fondement de cette prohibition, les Révolutionnaires refusant que l'on

¹ O. CAYLA, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *D.* 2011, p. 1166. L'auteur, au cours du débat dont il rend compte, expliquait encore plus explicitement que pour certains, la prohibition « est non seulement moralement souhaitable, mais aussi juridiquement obligatoire », dans la mesure où il est nécessaire « de se plier aux conditions objectives – à la loi naturelle – de la communication, c'est-à-dire de la socialité ».

² *Ibid.* Si l'auteur identifie bien la socialité, cela ne l'empêche pas de considérer « qu'il y a en arrière-plan de cette loi l'effet d'une mode ou d'un engouement contemporain pour une vulgate renvoyant – de manière approximative – au slogan d'une “reconnaissance mutuelle” à la Ricoeur, d'une considération pour “le visage de l'autre” à la Lévinas, des exigences d'une “éthique communicationnelle” à la Habermas [...]. Une telle confusion entre droit et morale n'est assurément guère propice à la préservation de la liberté individuelle ».

³ Ceux-ci, inquiets de l'influence de l'Église catholique chez les contre-révolutionnaires, réprimèrent le port du costume religieux par les membres du clergé séculier (F. SAINT-BONNET, art. préc., p. 19 : « Parce qu'ils ne prononçaient pas de vœux définitifs, ils n'étaient ni morts civilement, ni morts au monde spirituellement. En revanche, par la force des choses, ils étaient très présents au monde, dans l'espace public »). Il est frappant de constater à quel point les débats conduisant à l'adoption de cette prohibition par la loi du 18 août 1792 étaient proches de ceux se déroulant au XXI^e siècle. Certains voulaient ainsi réprimer le port du costume ecclésiastique tant dans la rue que dans les couvents (v. l'intervention du député TORNÉ : « Je ne conçois pas [...] comment, après avoir prohibé le costume ecclésiastique et religieux dans la société, vous pourriez l'autoriser dans le cloître sans la plus grossière inconséquence ? » in *Archives parlementaires*, t. XLI, p. 243, citées in F. SAINT-BONNET, art. préc., p. 22), au nom d'une conception totalisante de la citoyenneté. Le législateur ménagea tout de même un espace de liberté dans les lieux de culte, tout comme le Conseil constitutionnel en 2010. En effet, aux termes de la loi précitée : « Les costumes ecclésiastiques, religieux et des congrégations séculières, sont abolis et prohibés pour l'un et l'autre sexe ; cependant les ministres de tous les Cultes pourront conserver le leur pendant l'exercice de leurs fonctions, dans l'arrondissement où ils exercent ».

puisse signifier en public la volonté de « mourir au monde »¹ temporel et *a fortiori* à la vie citoyenne. Réactualisant cette idée, l'auteur avance l'argumentaire suivant : « Si une communauté politique offre le loisir à chacun de ses membres de voter et de prendre part, par ce moyen, aux modalités de la vie en commun, on peut suggérer que ceux qui choisissent de mourir à cette société, à cette communauté politique ne puissent le faire que dans l'espace privé et non dans l'espace public »². Si cette approche est restée purement doctrinale, on sait que le Conseil constitutionnel a récemment conféré une valeur normative, non pas à la citoyenneté, mais à la *fraternité*³. Si le débat venait à réapparaître sous un autre angle à l'avenir – l'apport essentiel de la réflexion rapportée étant de montrer qu'une question peut ressurgir à plusieurs siècles d'intervalle sous des angles très différents –, ces pistes de réflexion et fondements seront peut-être pris en compte par le législateur.

469. Bilan. Il ressort de tout ce qui précède que lorsque la répression pénale est circonscrite à un lieu ou un rassemblement public, le législateur souhaite assurer l'équilibre entre l'imposition d'une discipline sociale nécessaire à la vie en collectivité et la liberté de se comporter librement dans la sphère privée. Lorsqu'il est question d'ordre public *matériel*, l'enjeu est celui de la *proportion* du recours au droit pénal. Lorsque l'ordre public *immatériel* est concerné, l'enjeu est celui du *consensus social* autour de la répression d'actes ne causant pas une atteinte concrète à l'ordre public. Reste à étudier la délimitation de la protection pénale de la sphère privée par l'opposition privé-public.

§2. La protection pénale de la sphère privée délimitée par l'opposition privé-public

470. La sphère privée renvoie à l'idée selon laquelle l'individu doit être protégé, sur un plan horizontal, d'atteintes à sa *vie privée* commises par une autre personne privée et, sur un plan vertical, d'abus de l'autorité publique, protection rattachée alternativement à la liberté

¹ F. SAINT-BONNET, art. préc., p. 11 : « on peut proposer la qualification de “mort au monde” pour désigner le fait non de se séparer symboliquement du monde, mais de dresser une frontière physique avec lui par une claustration ou une incarcération volontaire à l'intérieur de la clôture du couvent ou à l'abri d'un voile intégral ».

² *Ibid.*, p. 5. L'auteur conclut donc (p. 28) : « Être dans la société civile, être présent à la communauté politique, autrement dit être citoyen, est incompatible avec l'attitude de réclusion ou de claustration parce que cette attitude est inadéquate à l'espace public. La réclusion, la claustration volontaire ou la mort au monde comme attestant une volonté de se protéger (de la vue d'autrui) doivent être reconnues comme des libertés individuelles qui ne peuvent se concevoir que dans la sphère privée stricto sensu ».

³ Cons. const., 6 juill. 2018, n° 2018-717/718 QPC, § 7.

individuelle, à la vie privée¹, ou encore, à la *sûreté*². Il s'agit de constater que dans le premier cas, le droit pénal érige certaines immixtions dans la vie privée en délits, si bien qu'un auteur évoque des « *normes d'interdictions* »³ assorties de sanctions (A). Dans la seconde hypothèse, le législateur encadre ces immixtions, d'où le recours à des normes d'« *autorisation* »⁴ (B).

A. La sanction de certaines immixtions dans la vie privée

471. La vie privée, on le sait, est un droit subjectif dont la protection dépasse le droit pénal⁵. Or, il est intéressant de réaliser que la protection pénale de la vie privée est presque exclusivement⁶ liée aux « *supports* » de celle-ci, à savoir les lieux et communications privés⁷ devant être préservés de diverses immixtions⁸. Dès lors, cette protection pénale resserrée sur les supports de la vie privée se distingue significativement de la protection civile de ce droit subjectif (1). Par ailleurs, ce resserrement de la protection pénale sur les supports de la vie privée emporte plusieurs conséquences (2).

1. Le constat du resserrement de la protection pénale sur les supports de la vie privée

472. *L'indifférence du droit pénal à la notion de vie privée.* Comme le souligne un auteur, l'« *indétermination pénale du concept de vie privée est justifiée au regard du principe de la légalité criminelle qui suppose un texte d'incrimination clair et précis assurant la prévisibilité nécessaire à la qualité de la loi pénale. Or la vie privée peut paraître comme une notion trop*

¹ Ces fondements peuvent se cumuler, v. Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, préc., § 70 : « *les procédures spéciales définies par l'article 1^{er} de la loi déferée sont de nature à affecter gravement l'exercice de droits et libertés constitutionnellement protégés, tels que la liberté individuelle, l'inviolabilité du domicile et le secret de la vie privée* ».

² G. DUMÉNIL, *Le domicile en droit pénal*, op. cit., n° 239, p. 174 : « *La sûreté représente un lien vertical de protection qui intéresse exclusivement l'individu et l'État* ».

³ J.-C. SAINT-PAU, « *Droit au respect de la vie privée et droit pénal* », art. préc., étude 20, n° 17.

⁴ *Ibid.*

⁵ Sur l'origine historique et juridique de la vie privée, v. *supra* n° 11 et 12.

⁶ Mises à part l'atteinte à l'intimité de la vie privée réalisée par géolocalisation (C. pén., art. 226-1, 3°, introduit par la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020) ou les infractions protégeant la vie privée parmi d'autres valeurs sociales, comme le délit de violation du secret professionnel (C. pén., art. 226-13), toutes les infractions protégeant la vie privée entretiennent un lien étroit avec les caractères privé et public précédemment conceptualisés.

⁷ J.-C. SAINT-PAU, art. préc., n° 16 : « *Marquant son autonomie, le droit pénal ne participe pas à la définition du concept de vie privée, mais seulement à celle de ses supports : le domicile, la correspondance qu'il a d'ailleurs été historiquement le premier à appréhender* ».

⁸ Si certaines divulgations sont incriminées (C. pén., art. 226-2, v. *supra* n° 446), elles reposent sur l'immixtion préalable dans la vie privée que constitue le délit d'espionnage visuel ou auditif.

aléatoire pour déterminer le seuil de consommation d'une infraction »¹, si bien que « le dispositif répressif vise moins le droit fin (la vie privée) que des droits moyens (domicile, correspondances, image) dont la définition précise est accessible, et ainsi conforme au principe de légalité criminelle »². On a pu constater à maintes reprises, sur le plan conceptuel, la pertinence de cette affirmation³, si bien qu'il n'est pas nécessaire de revenir sur ce point ici. Il convient plutôt de distinguer entre, d'une part, les supports constituant véritablement des *composantes de la vie privée*, à savoir le domicile, les correspondances et les paroles tenues à titre privé ou confidentiels, et, d'autre part, le lieu privé, véritable *seuil d'intervention* de la protection pénale de l'image d'une personne⁴.

473. La définition pénale autonome des composantes de la vie privée. Dès lors que le législateur s'intéresse moins aux correspondances et aux paroles prononcées à titre confidentiel⁵ qu'au domicile, on se concentrera ici sur ce dernier. Or, la jurisprudence rendue à propos du délit de violation de domicile le définit comme un lieu clos affecté à l'habitation⁶, l'éloignant de façon significative de la notion de « *principal établissement* » mise en avant par l'article 102 du Code civil⁷. Cela est bien évidemment dû au fait que le droit pénal ne sanctionne que l'introduction et le maintien illégitimes dans ce lieu. En effet, si une telle introduction peut également engager la responsabilité civile de son auteur⁸, la conception civile du domicile est beaucoup plus évanescence, si bien qu'il peut aussi être appréhendé comme une simple *adresse*, dont la divulgation non consentie est illicite⁹. Les juges de Strasbourg, quant à eux, confèrent au « *domicile* » évoqué par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme le statut de notion autonome et l'interprètent aussi largement que celle de « *vie privée* »¹⁰

¹ J.-C. SAINT-PAU, art. préc., n° 17.

² *Ibid.*, n° 19.

³ V. *supra* n° 226 et s.

⁴ Ce qui rejoint la distinction proposée plus haut entre les conditions préalables principales de certaines infractions, révélatrices de valeurs sociales protégées, et celles qui ne font que contextualiser l'infraction (v. *supra* n° 315).

⁵ V. toutefois *supra* n° 84, sur les ambiguïtés de la jurisprudence de la chambre sociale à l'égard de la définition de la correspondance.

⁶ V. *supra* n° 242.

⁷ Ce qui est une illustration de l'autonomie du droit pénal (sur cette théorie, v. *infra* n° 477).

⁸ Cass. 3^e civ., 25 févr. 2004, n° 02-18.081 ; *RTD civ.* 2004, p. 482, obs. J. HAUSER.

⁹ Cass. 2^e civ., 5 juin 2003, n° 02-12.853, *Bull. civ.* II n° 175 ; *CCE* 2003, n° 91, note C. CARON ; *RTD civ.* 2003, p. 681, obs. J. HAUSER. Comp. Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1991 ; *RTD civ.* 1991, p. 499, obs. J. HAUSER, admettant que le juge des référés ordonne à l'employeur de communiquer l'adresse de son salarié aux créanciers de ce dernier.

¹⁰ V. *supra* n° 12.

mentionnée au même article¹. Dans un autre registre, en droit social, le fait d'imposer à un salarié de travailler à son domicile est en principe exclu², peu important, en l'occurrence, l'accessibilité du lieu. La définition du domicile est donc bien plus précise en droit pénal qu'en droit civil ou en droit social.

474. Le lieu privé, seuil d'intervention de la protection pénale. La condition préalable que constitue le lieu privé en matière d'espionnage visuel³ opère assurément une délimitation importante de la protection pénale de la vie privée, ce qui renvoie à la subsidiarité du droit pénal. Pour rappel, le caractère subsidiaire de ce droit implique qu'il « *ne peut légitimement intervenir qu'en dernier ressort, afin de sanctionner les transgressions les plus graves que les autres mécanismes de régulation sociale n'ont pas réussi à prévenir et qu'ils sont incapables d'effacer* »⁴. Dès lors, ce n'est pas parce que le droit pénal s'efface dans certains cas qu'un comportement échappe aux autres branches du droit⁵. En l'occurrence, le droit pénal se limite à l'hypothèse d'espionnage qu'il juge la plus grave, à savoir la captation de l'image d'autrui sans son consentement dans un lieu privé. Lorsque la captation a lieu dans un lieu public, c'est alors vers le droit civil que les plaideurs doivent se tourner⁶. En effet, pour les juridictions civiles, la vie privée « *peut se dérouler dans des endroits publics, la notion de vie privée recouvrant les activités étrangères à la vie publique qui sont poursuivies aussi bien dans un lieu public que dans un lieu privé* »⁷. Partant, en droit civil, la personne dont l'image est captée dans un lieu public et qui apparaît isolément grâce au cadrage réalisé par le photographe peut se prévaloir d'une atteinte à sa vie privée⁸. *A contrario*, il n'y a pas d'atteinte civile lorsque le

¹ Par ex. : CEDH, 24 nov. 1986, n° 9063/80, *Gillow c/ Royaume-Uni*, § 58, consacrant implicitement un droit d'accès au domicile ; CEDH, gr. ch., 18 janv. 2001, n° 27238/95, *Chapman c/ Royaume-Uni*, préc., § 96, admettant l'existence d'un droit des minorités à ce que leur mode de vie traditionnel soit respecté. *Adde* : G. DUMÉNIL, *op. cit.*, n° 161, p. 117.

² Cass. soc., 2 oct. 2001, n° 99-42.727, *Bull. civ.* V n° 292 ; *D.* 2002, p. 2297, obs. A. LEPAGE.

³ C. pén., art. 226-1, 2°.

⁴ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 86, p. 70 *Adde* : F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La clémence pénale et les droits de l'homme », in *La peine dans tous ses états*, Larcier, 2011, p. 125, affirmant que le caractère subsidiaire du droit pénal est « *inscrit, depuis la fin du XVIII^e siècle, en tête des axiomes de base qui gouvernent la discipline* ».

⁵ *Ibid.*, n° 89, p. 73 : « *Cela ne signifie pas que tout ce qui n'est pas incriminé est permis : une illicéité peut subsister au regard de la norme civile dont le droit pénal n'assure que ponctuellement la protection* ».

⁶ Il n'est pas certain que la réciproque soit exacte, c'est-à-dire que le droit civil soit inapplicable lorsque la personne aura été espionnée dans un lieu privé. V. CA Paris, 20 oct. 2010 ; *D.* 2011, p. 780, obs. E. DREYER, sanctionnant la publication d'une photographie représentant une personne à son domicile, alors que ce domicile n'avait rien à voir avec le lieu où s'étaient déroulés les faits en rapport avec l'actualité judiciaire. Il est néanmoins peu probable qu'une telle atteinte eût été retenue en l'absence de publication consécutive à la captation.

⁷ CA Paris, 27 févr. 1981, *Adjani*, *D.* 1981, p. 457, note R. LINDON.

⁸ V. not., Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 2000, *Bull. civ.* I n° 322 ; *D.* 2001, p. 2064, note J. RAVANAS ; Cass. 2^e civ., 10 mars 2004, n° 01-15.322, *Bull. civ.* II n° 117 ; *Gaz. Pal.* 2006, somm., p. 572, obs. P. GUERDER.

cliché n'est pas centré sur la personne¹. Toutefois, même si c'est le cas, l'action ne prospère pas toujours, les juges l'écartant lorsqu'ils considèrent que la personne se trouvait impliquée dans une activité publique² ou que l'atteinte n'était pas disproportionnée au regard des intérêts en présence³.

Cette complémentarité indéniable entre la norme civile et la norme pénale⁴ est parfois critiquée. D'aucuns considèrent ainsi que toute photographie réalisée sans l'accord de la personne dont l'image est captée, lorsqu'elle se livre à une activité intime, devrait constituer un délit pénal : « *Cela permettrait de rapprocher la jurisprudence pénale et la jurisprudence civile en la matière, sans que le caractère "subsidaire" du droit pénal puisse constituer une objection dirimante. En effet, on ne saurait prétendre ici que la protection pénale est plus étroite que la protection civile car limitée aux hypothèses les plus graves d'atteinte à la vie privée [...]. C'est davantage sur cette notion d'intimité [...] que sur le lieu de l'atteinte qu'il conviendrait de réfléchir : une promenade en amoureux dans un parc public peut correspondre à un moment d'intimité dès lors que les intéressés n'ont pas pour objectif de se donner en spectacle* »⁵. Cette interprétation peut ne pas convaincre, car si le droit civil peut se satisfaire de l'imprécision inhérente à la définition de l'intimité de la vie privée, tel n'est pas le cas en droit pénal⁶. L'interprétation stricte du droit pénal est davantage assurée si la notion de lieu privé reste le pivot de la répression. Par ailleurs, il est loin d'être certain que les journalistes, très concernés

¹ Par ex. : TGI Paris, 13 mai 1996 ; *Légipresse* 1996, n° 135, I, p. 121, pour un cliché représentant des personnes attablées à une terrasse de café, en arrière-plan d'une moto, objet principal de la photographie.

² CA Paris, 26 juin 1974, G.P. 1974, 2, 901 (2^e esp.), jugeant que la publication d'une photographie représentant une personnalité publique pilotant un hors-bord ne constitue pas une atteinte à sa vie privée. V. aussi, TGI Grasse, 27 févr. 1971 ; *RTD civ.* 1971, p. 364, obs. R. NERSON, estimant que se trouve « *généralement en dehors des frontières de la vie privée la part de la vie de l'individu qui se déroule nécessairement en présence du public* », si bien que la personne assise sur un banc public ne pouvait se prévaloir d'une atteinte à sa vie privée

³ Cass. 1^{re} civ., 31 oct. 2012, *Bull. civ.* I, n° 224 ; *D.* 2013, p. 227, note DUPONT ; *ibid.*, p. 457, obs. E. DREYER ; *RTD civ.* 2013, p. 86, obs. J. HAUSER : « *les atteintes portées à la vie privée d'un assuré, suivi et filmé sur la voie publique ou dans des lieux ouverts au public, sans provocation aucune de s'y rendre et relatives aux seules mobilité et autonomie de l'intéressé, ne sont pas disproportionnées au regard de la nécessaire et légitime préservation des droits de l'assureur et des intérêts de la collectivité des assurés* ». Dans le même sens, Cass. 1^{re} civ., 10 sept. 2014, n° 13-22.612, *Bull. civ.* I n° 143. Comp., CA Paris, 5 nov. 2008 ; *D.* 2009, p. 470, note C. BIGOT, déboutant le plaignant de sa demande au motif que l'image en cause relevait de la liberté d'expression artistique.

⁴ En ce sens, A. LEPAGE, note ss. Cass. crim., 12 mai 2021, n° 20-87.184, préc. : « *Dans un rapport bien compris de subsidiarité, le droit pénal circonscrit au lieu privé l'atteinte à l'intimité de la vie privée (mais qui in fine n'est pas distinguée de la vie privée) commise par fixation de l'image d'une personne sans son consentement [...]. Hors d'un lieu privé, l'atteinte à l'intimité de la vie privée par fixation non consentie de l'image de la personne se conçoit en droit civil, mais reste en deçà du seuil de déclenchement de la répression* ».

⁵ E. DREYER, « Le lieu de l'atteinte à l'intimité de la vie privée », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2020, p. 84. V. déjà, G. LEVASSEUR, « La protection pénale de la vie privée », art. préc., n° 21 : « *il semble [...] que le législateur ait fait montre de plus de timidité que d'audace et qu'il ait limité l'intervention répressive aux cas les plus scandaleux* ».

⁶ L'auteur répond à cette objection en arguant qu'une telle prise en compte de l'intimité est déjà réalisée par les juges en matière de paroles tenues à titre privé ou confidentiel. Or, cette jurisprudence est critiquable (v. *supra* n° 84) et ne saurait être étendue plus largement.

par cette disposition en pratique, voient d'un bon œil cette éventuelle pénalisation de l'exercice de leur activité dans les lieux publics.

Le législateur semble, à première vue, avoir élargi le domaine spatial de l'intimité pénalement protégée en incriminant le voyeurisme¹ – ou *upskirting*². Cette infraction nouvelle³, introduite pour remédier à la carence des infractions de droit commun en la matière⁴ – ce qui n'enlève rien à sa légitimité discutable⁵ – permet de réprimer « *le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers* ». Le comportement incriminé peut donc être commis lorsque la victime se trouve dans un lieu public, mais il faut alors passer outre la barrière de l'« *habillement* ». Or, on sait que l'habit peut, dans une conception extensive du lieu privé, être assimilé à ce dernier⁶. Dès lors, plutôt qu'un élargissement radical de la protection pénale de l'intimité, il est plutôt question de l'introduction d'un autre seuil conditionnant la répression pénale.

Enfin, on notera que les peines encourues pour les délits d'espionnages auditif ou visuel sont aggravées lorsqu'ils « *portent sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel prises dans un lieu public ou privé* »⁷. Cette formulation des plus maladroitement pourrait laisser entendre que la captation non consentie de l'image à caractère sexuel d'une personne, dans un lieu public, serait à présent réprimée, tout comme elle est sanctionnée en droit civil⁸. Cette interprétation, faisant de la disposition un mélange disgracieux entre une circonstance aggravante et une infraction simple, n'aurait pas du pouvoir prospérer, en ce qu'il était plus

¹ C. pén., art. 226-3-1. Sur l'articulation délicate entre cette infraction et l'exhibition sexuelle, v. *supra* n° 36.

² Cette terminologie ne reflète pas la réalité de l'infraction, puisque n'est pas seulement réprimé le fait de regarder sous la jupe d'autrui, mais révèle la pratique sociale jugée la plus intolérable à l'origine de l'incrimination.

³ V. toutefois, L. MAES, « Les délits de mœurs dans le droit pénal coutumier de Malines », *Revue du Nord*, t. 30, n° 117, mars 1948, p. 11, rappelant que « *le fait d'espionner une femme lors de la naissance de son enfant était considéré comme une atteinte aux bonnes mœurs, car, selon la conception du Moyen Âge, ce fait "n'appartenait point à oyr à hommes"* ».

⁴ C. PAUTREL et B. PARTOUCHE, « Le voyeur et le droit pénal : quelle qualification se cache sous les jupes des filles ? », *Gaz. Pal.*, 2012, 1, p. 639.

⁵ C. CLAVERIE-ROUSSET, « Commentaire des principales dispositions de la loi numéro 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles ou sexistes », art. préc. : « *Enfin, l'intervention du droit pénal est-elle vraiment nécessaire lorsqu'une personne se contente d'épier brièvement le sexe d'une autre sans en fixer l'image, c'est-à-dire lorsqu'il n'y aura qu'une trace mentale de cette image sexuelle ? Si ce comportement est moralement répréhensible il ne justifie peut-être pas une qualification délictuelle, en tout cas lorsque la victime est majeure* ». On peut aussi relever qu'avant la création du délit, les juges du fond pouvaient estimer que « *si les faits heurtent la morale et font preuve d'un réel manque de dignité* », la loi ne réprimait pas « *la simple atteinte à la délicatesse d'une personne* » (CA Montpellier, 28 févr. 2008, n° 07/01002).

⁶ V. *supra* n° 202.

⁷ C. pén., art. 226-2-1, al. 1^{er}.

⁸ En ce sens, A. SERINET, « L'instauration d'une répression des atteintes à l'intimité sexuelle par la loi pour une République numérique », art. préc.

juste de considérer, selon une approche distributive, que la référence au lieu public renvoie simplement au fait que les propos confidentiels, au sens de l'article 226-1 du Code pénal, puissent être captés dans un lieu public¹. De façon surprenante, le Conseil constitutionnel a pourtant refusé d'adopter une telle analyse², si bien qu'il faut bel et bien considérer que le délit étudié réprime la diffusion d'images à caractère sexuel captées dans un lieu public.

475. En somme, il y a bien un resserrement de la protection pénale de la vie privée autour du domicile et des communications privées, dès lors que ceux-ci constituent des supports de la vie privée à part entière, ou autour du lieu privé, en ce que l'image d'une personne, autre support de la vie privée, s'ancrerait dans un tel lieu. Il convient à présent d'observer les conséquences qu'entraîne ce resserrement.

2. Les conséquences du resserrement de la protection pénale sur les supports de la vie privée

476. Un alignement du droit pénal et du droit civil au regard du consentement. La première conséquence de la focalisation du droit pénal sur les lieux et communications privés en matière d'atteinte à la vie privée est l'importance accordée au consentement. On a pu établir, en effet, la centralité que revêt ce dernier dans la définition de ces lieux et communications, dès lors que l'inaccessibilité suppose une maîtrise sur l'ouverture ou la fermeture d'un lieu, ou encore sur l'admission ou le rejet d'une personne parmi les destinataires d'une communication³. Or, le consentement est, en droit civil, le pivot du droit au respect de la vie privée, dès lors qu'il s'agit avant tout d'un droit de contrôle⁴, permettant à l'individu de s'opposer ou non à des immixtions dans sa vie privée⁵. Ainsi, la focalisation sur les lieux et communications étudiés, en ce qu'ils

¹ En ce sens, v. A. LEPAGE, « L'article 226-2-1 du Code pénal. Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée », art. préc., n° 7 ; J.-C. SAINT-PAU, « L'incrimination des atteintes à l'intimité sexuelle par l'article 226-2-1 », art. préc., p. 343.

² Cons. const., 30 sept. 2021, n° 2021-933 QPC, préc., § 6 : « le législateur a uniquement défini les actes matériels ayant permis à l'auteur de leur diffusion d'obtenir ces enregistrements et documents, sans les restreindre aux seuls actes réalisés dans un lieu privé ».

³ V. *supra* n° 221.

⁴ J.-C. SAINT-PAU, « Fasc. 34 : Droit au respect de la vie privée – Définition conceptuelle du droit subjectif », *J.-Cl. Communication*, 2016 (màj. 2019), n° 26.

⁵ Comp., C. CLAVERIE-ROUSSET, art. préc. : « ce qui compte c'est de passer outre le consentement de la victime qui souhaitait garder ses parties privées à l'abri du regard. La qualification ne peut donc pas s'appliquer dans des situations où plusieurs personnes sont volontairement nues ou partiellement nues, par exemple dans un vestiaire collectif sportif, sauf à considérer dans ce dernier cas qu'un tiers à l'équipe sportive n'a pas à "profiter" de la situation de nudité ».

impliquent nécessairement une telle mise en valeur du consentement, conduit à un alignement des acceptions pénale et civile de la vie privée¹. Toutefois, si la concordance est en l'occurrence de mise entre les deux branches du droit, l'importance accordée par le législateur aux supports de la vie privée conduit parfois le juge à prendre des libertés quant aux *sujets* de celle-ci.

477. Une approche potentiellement extensive des sujets de la vie privée. La tentation de l'autonomie du droit pénal est bien connue. Dès lors que cette matière vise à sanctionner des atteintes à des valeurs sociales essentielles, le juge pénal ne serait pas tenu par la définition de notions juridiques appréhendées par d'autres branches du droit². Il pourrait ainsi s'en désintéresser, dans une optique généralement répressive³ et au mépris du principe de légalité⁴. Or, deux séries de décisions rendues en matière d'atteintes à la vie privée ont pu alimenter cette construction. D'une part, en matière de violation de domicile, les *personnes morales* ont pu être jugées susceptibles d'être victimes de ce délit, au sens où le siège social d'une telle personne constituerait son domicile⁵. Si, sur le plan conceptuel, une telle solution jure avec le critère d'habitabilité normalement central dans la définition du domicile, elle est également problématique dès lors qu'il n'est pas acquis, en droit civil, qu'une personne morale puisse être titulaire d'un droit de la personnalité⁶, en particulier du droit à la vie privée⁷. En suggérant implicitement qu'une personne morale disposerait d'une vie privée, la jurisprudence ferait ainsi « *indubitablement perdre aux individus leur singularité, leur spécificité face aux personnes morales* »⁸, en même temps qu'elle conduirait à une acception variable du terme « *autrui* » en

¹ En ce sens, au regard du délit de *revenge porn*, v. A. LEPAGE, art. préc., n° 12, évoquant à cet égard une « *valorisation du consentement* » et considérant que cette « *évolution s'inscrit dans la montée en puissance contemporaine d'une autodétermination* ».

² V. not., E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 101 et s ; F. ALT-MAES, « L'autonomie du droit pénal, mythe ou réalité d'aujourd'hui ou de demain ? », *RSC*, 1987, p. 349 ; Actes du colloque « L'autonomie du droit pénal » tenu à la Cour de cassation le 28 janvier 2021, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2021, n° 4, dossier 21.

³ M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Ellipses, 4^e éd., 2017, n° 83, p. 85.

⁴ En ce sens, R. MERLE et A. VITU, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 150, p. 222.

⁵ V. *supra* n° 242 et 270.

⁶ Sur cette question, v. not., A. LEPAGE, v° « Droits de la personnalité », *op. cit.*, n° 165 et s ; A.-M. LUCIANI, *Les droits de la personnalité. Du droit interne au droit international*, th. dir. P. LAGARDE, Paris 1, 1996 ; N. MATHEY, « Les droits et libertés fondamentaux des personnes morales de droit privé », *RTD civ.*, 2008, p. 214 ; G. DUMÉNIL, *Le domicile en droit pénal*, *op. cit.*, n° 170 et s.

⁷ A. LEPAGE, *op. cit.*, n° 176. V. aussi, Cass. 1^{re} civ., 17 mars 2016, n° 15-14.072 P, estimant que seules les personnes physiques peuvent se prévaloir d'une atteinte à la vie privée au sens des dispositions du Code civil, mais affirmant aussi que les personnes morales disposent, notamment, d'un droit à la protection de leur nom, de leur domicile, de leurs correspondances et de leur réputation. En l'espèce, il était question de la mise en place d'un dispositif de vidéosurveillance dans les locaux de la société, non consentie par celle-ci. On peut donc déduire de cet arrêt qu'une personne morale ne saurait être victime du délit d'espionnage visuel ou auditif (v. déjà, en ce sens, J.-C. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », art. préc., n° 11).

⁸ G. DUMÉNIL, *op. cit.*, n° 174, p. 126.

droit pénal¹. L'enjeu est toutefois moins prégnant depuis que le législateur a multiplié les qualifications spécifiques relatives aux intrusions illégitimes dans divers lieux clos². Il s'agit donc moins, pour le juge pénal, de considérer qu'une personne morale est atteinte dans sa vie privée que de chercher à déterminer si cette personne morale, du fait de la maîtrise qu'elle exerce sur un lieu déterminé, a restreint son accessibilité.

D'autre, part, en matière d'atteinte à l'intimité de la vie privée, c'est cette fois le *défunt* qui bénéficierait de la protection pénale de sa vie privée, alors qu'en droit civil il est acquis que le droit au respect de la vie privée s'éteint au décès de son titulaire³. Une telle solution semble résulter de l'affirmation de la chambre criminelle selon laquelle « *la fixation de l'image d'une personne, vivante ou morte, sans autorisation des personnes ayant le pouvoir de l'accorder est prohibée* »⁴. En réalité, la discordance apparente entre le droit pénal et le droit civil peut être relativisée. Selon un auteur, « *l'infraction pénale n'est pas constituée à l'égard du défunt, mais à l'égard des ayants droit puisque sa consommation, nécessairement postérieure au décès, dépend du seul défaut de consentement des ayants droit et non de la volonté du défunt. Il en résulte que le droit d'agir en justice n'est pas un droit transmis par le défunt que les héritiers auraient seulement qualité pour exercer, mais un droit propre fondé sur un intérêt personnel à agir au sens où les ayants droits souffrent personnellement d'un dommage causé par l'infraction : l'atteinte aux sentiments d'affliction et, partant, à l'intimité personnelle* »⁵. Cet argumentaire repose toutefois sur une vision extensive du préjudice personnel subi par le proche de la victime directe. En effet, lorsque la Cour de cassation admet, par exemple, que des parents subissent un préjudice personnel lorsque leur enfant est la victime alléguée d'un viol⁶, il n'en reste pas moins que, dans cette hypothèse, le viol peut bel et bien avoir été commis, dès lors que la victime était vivante au moment des faits. Or, l'article 226-1 du Code pénal semble bien impliquer qu'« *autrui* » soit vivant au moment de la fixation de son image. La solution étudiée, si elle peut se justifier au regard d'une lecture extensive de l'article 226-6 du même Code, lequel

¹ *Ibid.* : « *Alors que la chambre criminelle ne voit pas de difficulté à considérer la personne morale comme "autrui" s'agissant de l'application des dispositions du délit de l'article 226-4 du Code pénal, elle refuse – arguant du principe d'interprétation stricte de la loi pénale – d'envisager l'enfant à naître comme "autrui" au sens de l'article 221-6 du Code pénal* ».

² V. *supra* n° 373.

³ V. not., Cass. 1^{re} civ., 14 déc. 1999, n° 97-15.756, *Bull. civ.* I n° 345 ; CCE 2000, comm. 39, note A. LEPAGE ; Cass. 1^{re} civ., 15 févr. 2005, n° 03-18.302 P ; D. 2005, p. 2644, obs. A. LEPAGE.

⁴ Cass. crim., 20 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 264 ; D. 1999, p. 106, note B. BEIGNIER.

⁵ J.-C. SAINT-PAU, « Droit au respect de la vie privée et droit pénal », art. préc., n° 9. Comp. Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2009 ; *Légipresse* 2010, III, p. 19, obs. G. SAUVAGE, estimant que « *si les proches d'une personne peuvent s'opposer à la reproduction de son image après son décès, c'est à la condition d'en éprouver un préjudice personnel établi, déduit le cas échéant d'une atteinte à la mémoire ou au respect dû au mort* ».

⁶ Cass. crim., 26 févr. 2020, n° 19-82.119, préc.

permet aux ayants droit de déclencher l'action publique, peut donc tout de même paraître un peu artificielle.

478. En toute hypothèse, malgré ces quelques libertés prises par le juge, la protection pénale de la vie privée reste globalement moins étendue que sa protection civile, en ce qu'elle se focalise sur les atteintes les plus graves à celle-ci et qu'elle se rattache à ses supports. Cet ancrage de la sphère privée dans certains lieux et communications vaut aussi pour la protection pénale de la *sûreté*.

B. L'encadrement des actes particulièrement attentatoires à la sûreté

479. Si la protection pénale de la sûreté passe, certes, par la sanction des abus de l'autorité publique¹, elle tient surtout à l'édiction de « *normes d'autorisation* »² encadrant les actes de police les plus attentatoires à la liberté individuelle. En effet, l'histoire a montré à maintes reprises que le basculement d'un État dans le totalitarisme ou l'autoritarisme s'accompagne inévitablement de l'introduction de procédures liberticides. Il n'est donc guère surprenant que l'évocation de l'ouvrage bien connu d'ORWELL soit fréquente dès lors qu'une procédure nouvelle paraît attentatoire à la liberté individuelle³. Les politiques sécuritaires et les mesures intrusives qui les accompagnent sont pourtant en pleine expansion⁴. Dès lors, l'encadrement des actes de police apparaît relativement paradoxal. En effet, dans une perspective synchronique, outre les garanties découlant directement du caractère privé ou public de certains lieux ou communications, déjà étudiées⁵, le régime exigeant des actes coercitifs concernés par cette étude peut, à première vue, laisser penser que la protection de la sûreté est importante en droit positif (1). Toutefois, cet encadrement exigeant ne saurait occulter l'introduction constante de mesures intrusives, révélée par une approche diachronique, dont le constat conduit à nuancer la protection accordée à cet intérêt privé (2).

¹ C. pén., art. 432-8 et 432-9, pour la violation de domicile et l'atteinte au secret des correspondances commises par un fonctionnaire.

² J.-C. SAINT-PAU, art. préc., n° 23 : « *Une norme d'autorisation est une norme procédurale admettant une investigation de la vie privée en l'encadrant de certaines garanties formelles et matérielles* ».

³ Par ex. : CEDH, 13 sept. 2018, n° 58170/13, 62322/14 et 24960/15, *Big Brother Watch et a. c/ Royaume-Uni*, jugeant non conformes aux exigences européennes les techniques d'interception massive et d'obtention des données de communication alors permises en droit anglais.

⁴ V. toutefois, E. DREYER, « Le droit pénal sécuritaire », *D.* 2021, p. 1973, soulignant qu'une tentation sécuritaire a toujours existé et mettant un lumière le hiatus entre les innovations répressives et leur mise en œuvre en pratique.

⁵ V. *supra* n° 337 et s.

1. La protection de la sûreté renforcée par les garanties entourant les actes coercitifs

480. Les garanties antérieures ou concomitantes à l'exécution de l'acte. Parmi les nombreuses garanties entourant les actes coercitifs abordés dans le cadre de cette étude, on peut en premier lieu évoquer celles qui sont préalables à la mise en œuvre de l'acte. Les dispositions procédurales étudiées doivent ainsi répondre à des exigences de nécessité et de proportionnalité pour être mises en œuvre¹, exigences se traduisant, la plupart du temps, par la nécessité d'obtenir une autorisation d'un magistrat. Une telle autorisation préalable est ainsi consubstantielle au « *cadre d'enquête coercitif ajouté* »² lié à la grande criminalité, qu'il soit question de techniques spéciales d'enquête³ ou d'autres actes inclus dans ce cadre⁴. On la retrouve aussi en matière de perquisitions dérogatoires au droit commun⁵, d'interceptions de correspondances dans le cadre d'une instruction⁶ ou encore pour la géolocalisation⁷. L'intervention d'un magistrat est, par ailleurs, un gage de constitutionnalité des procédures

¹ La proportionnalité correspond en l'occurrence au rapport entre la gravité de l'infraction dont la preuve est recherchée et l'acte envisagé. Quant à la nécessité, elle s'entend de l'adéquation de la mesure pour manifester la vérité dans l'affaire considérée. Certaines dispositions font expressément référence à ces deux exigences complémentaires et constituent dès lors des « *bases légales* » au sens de la jurisprudence européenne (M. LASSALLE, « À la recherche du principe de légalité procédurale en matière pénale », *D.* 2020, p. 1996). Par ex., les écoutes téléphoniques ne peuvent être mises en œuvre que « *si la peine encourue est égale ou supérieure à deux ans d'emprisonnement* », d'où l'exigence de proportionnalité, et ce, « *lorsque les nécessités de l'information l'exigent* » (C. proc. pén., art. 100). Plus largement, v. C. proc. pén., art. pré., disposant depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 que « *les mesures portant atteinte à la vie privée d'une personne ne peuvent être prises [...], que si elles sont, au regard des circonstances de l'espèce, nécessaires à la manifestation de la vérité et proportionnées à la gravité de l'infraction* ». En somme, tous les actes étudiés sont concernés par cette double exigence.

² Sur ce concept, v. *infra* n° 483.

³ C. proc. pén., art. 706-95-12, disposant que ces techniques sont autorisées, au cours de l'enquête, par le juge des libertés et de la détention, à la requête du procureur de la République ; au cours de l'information, par le juge d'instruction, après avis du procureur de la République – cet avis n'étant pas exigé en cas d'urgence (C. proc. pén., art. 706-95-15) –, ce magistrat n'étant pas considéré assez indépendant pour autoriser lui-même de telles mesures, même en cas d'urgence (sur la question de l'indépendance du parquet, véritable « *serpent de mer* », v. récemment, F. MOLINS et A. TALEB-KARLSSON, « Plaidoyer pour une indépendance statutaire des magistrats du parquet », *AJ Pénal*, 2021, p. 23).

⁴ Une autorisation est aussi requise pour les perquisitions nocturnes (C. proc. pén., art. 706-92), les interceptions de correspondances en enquête de police (C. proc. pén., art. 706-95) et l'accès à distance à des correspondances électroniques (C. proc. pén., art. 706-95-1, pour l'enquête ; art. 706-95-2, pour l'instruction).

⁵ C. proc. pén., art. 56-1, al. 1^{er} ; 56-2, al. 2 ; 56-4, al. 5 ; et 56-5, al. 1^{er}, conditionnant les perquisitions ayant trait à des lieux protégés à l'obtention d'une décision écrite d'un magistrat (v. toutefois C. proc. pén., art. 56-3, ignorant cette garantie pour les perquisitions réalisées dans le cabinet d'un médecin, dans l'étude d'un notaire ou d'un huissier). V. aussi, C. proc. pén., art. 76, al. 4., posant la nécessité d'une autorisation pour les perquisitions sans assentiment en enquête préliminaire.

⁶ C. proc. pén., art. 100-1.

⁷ C. proc. pén., art. 230-33. *Adde* : Cons. const., 23 sept. 2021, n° 2021-930 QPC.

administratives à visée judiciaire¹. En somme : « *Les enquêtes se confondent, la logique s'inverse : hier au service des libertés, le juge deviendrait caution de la coercition* »². La centralité de l'autorisation suppose qu'elle soit elle-même entourée de garanties permettant d'en assurer l'effectivité³.

Certaines garanties sont relatives à l'exécution des actes de police. On peut ainsi évoquer l'exigence de la présence d'un magistrat concomitamment à la réalisation de l'acte⁴, l'encadrement de la temporalité de l'acte – qu'il soit question du moment de sa réalisation⁵ ou

¹ V. *infra* n° 485. Il n'est donc guère surprenant que la présence d'une telle autorisation soit parfois réclamée en matière de vidéoprotection à la place de l'autorisation préfectorale actuellement de mise (G. BENESTY, « Le clair-obscur du contrôle de la vidéosurveillance », *AJDA*, 2010, p. 764 : « *il devrait être normal, dans une organisation politique basée sur un équilibre des pouvoirs, de rechercher dans un organe indépendant de l'État le protecteur des libertés individuelles. On pense alors inévitablement aux magistrats de l'ordre judiciaire et plus particulièrement à ceux du siège* »).

² P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « La mutation du juge des libertés et de la détention », art. préc.

³ Or, cette décision rendue par un magistrat n'est pas susceptible de recours pour les procédures judiciaires, là où un recours est généralement possible contre les ordonnances autorisant des procédures administratives (v. *infra* n° 485), ce qui soulève la question de la nature juridique de cette décision d'autorisation (A. GOGORZA, « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière. Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale », *RSC*, 2017, p. 247 : « *D'un point de vue théorique, on se demandera [...] comment une ordonnance ayant le même objet [...] et rendue par une même autorité [...] peut bien recevoir une qualification différente selon qu'elle est prononcée dans le cadre d'une procédure administrative ou pénale* »). Il apparaît qu'elle n'est pas de nature juridictionnelle mais qu'elle s'intègre à l'acte de police (*ibid.*), si bien que l'irrégularité affectant cette décision peut entraîner l'annulation de l'acte en question. La question rejaillit donc sur la *motivation* de l'autorisation, la plupart des textes exigeant que la décision soit motivée par référence aux éléments de fait et de droit à même de justifier le bien-fondé des opérations envisagées, ce à quoi veille la Cour de cassation (Cass. crim., 6 janv. 2015, n° 14-85.448, *Bull. crim.* n° 5 ; Cass. crim., 23 nov. 2016, n° 15-83.649 ; Cass. crim., 8 juill. 2020, n° 19-85.491). Il n'est pas certain que ces décisions suffisent à apaiser les craintes doctrinales quant à l'effectivité réelle de cette garantie, nombreux étant les auteurs soulignant le manque de temps et de ressources dont disposent les magistrats concernés (v. not. P. CONTE, « Justice – Le divan d'Hercule », *Dr. pén.*, 2019, Repère 3 ; H. MATSOPOULOU, « La transposition dans le droit permanent des principales mesures de l'état d'urgence », *JCP*, 2017, 1268). Cette crainte est toutefois relativisée par les principaux intéressés (A.-C. BERGÈRE, « Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles », *AJ pénal*, 2019, p. 120).

⁴ Pour les actes les plus graves, c'est un magistrat qui exercera ce rôle, de près ou de loin, ce qui suppose de le tenir informé des opérations (v. not., C. proc. pén., art. 706-92). Le contrôle reste néanmoins limité dans la plupart des cas, la présence du magistrat sur les lieux d'une opération n'étant qu'une possibilité – sauf lorsque c'est le magistrat lui-même qui doit y procéder (C. proc. pén., art. 56-5) –, ce dernier ne disposant que du pouvoir de veiller au bon déroulement de la mesure (par ex. : C. proc. pén., art. 76, al. 4) ou de vérifier qu'aucune atteinte ne soit portée à divers secrets (par ex. : C. proc. pén., art. 56-1, al. 2). En cas d'irrégularité, le magistrat peut certes, la plupart du temps, faire cesser la mesure s'il la juge irrégulière (v. not. C. proc. pén., art. 706-95-14 ; LPF, art. L. 16 B, II, d ; CSI, art. L. 229-2), mais il ne peut statuer sur des contestations et difficultés soulevées à l'occasion de son exécution (en ce sens, A.-C. BERGÈRE, art. préc.)

⁵ Sur les horaires légaux des introductions dans des lieux privés, v. *supra* n° 339.

de sa durée¹ –, la nécessaire relation de l'acte de police dans un procès-verbal², ou encore le régime strict relatif au recueil des indices et à leur maniement³.

481. Les garanties postérieures à l'exécution de l'acte. Postérieurement à l'exécution de l'acte, la personne qui en a été l'objet dispose parfois de recours spécifiques permettant d'en contester la régularité⁴. Le plus souvent, la nullité de l'acte de procédure sera toutefois soulevée dans les conditions de droit commun. Or, la démonstration des nullités affectant potentiellement les actes coercifs est facilitée. Dès lors que la notion de « *grief* » est consubstantielle à ces derniers⁵, il est logique que les nullités dites « *à grief présumé* » revêtent une importance particulière ici⁶. Or, au sein de la théorie – complexe⁷ – des nullités en procédure pénale, la particularité de ces nullités est de présenter le même régime probatoire que les nullités d'ordre public⁸. En effet, le seul constat de l'irrégularité suffit à entraîner l'annulation de l'acte litigieux,

¹ Par ex. : C. proc. pén., art. 100-2, prévoyant que l'interception peut être mise en œuvre pour une durée maximum de quatre mois, durée pouvant être renouvelée, mais ne pouvant excéder un an au total, en principe. Comp. C. proc. pén., art. 230-33 et 706-95-16.

² C. proc. pén., art. 66, 100-4, 230-38 et 706-95-18. V. aussi, pour un procès-verbal uniquement exigé dans une hypothèse particulière, LPF, art. L. 16 B, IV.

³ Par ex. : C. proc. pén., art. 56, consacrant sept alinéas aux garanties entourant les indices saisis dans le cadre d'une perquisition ; C. proc. pén., art. 706-95-18, al. 3, disposant qu'aucune séquence relative à la vie privée étrangère aux infractions visées dans les ordonnances autorisant la mesure ne peut être conservée dans le dossier de la procédure. Les autres enregistrements doivent par ailleurs être détruits à l'expiration du délai de prescription de l'action publique (C. proc. pén., art. 706-96-19).

⁴ Par ex. : la possibilité qu'a le bâtonnier ou son délégué, lors de la perquisition d'un cabinet d'avocat de contester la saisie d'un document ou d'un objet devant le juge des libertés et de la détention (C. proc. pén., art. 56-1, al. 3 à 10. Comp., C. proc. pén., art. 56-2, al. 6 à 10 ; art. 56-5, al. 3 à 8) ; le recours très spécifique en matière de géolocalisation permettant de contester le fait que des informations soient soustraites du dossier de la procédure pour protéger les personnes impliquées dans la mise en place du procédé (C. proc. pén., art. 230-41) ; les recours visant à contester le déroulement d'une telle visite devant le premier président de la cour d'appel dans le ressort de laquelle le juge a autorisé la mesure (v. not. CMF, art. L. 621-12 ; LPF, art. L. 16 B, V ; C. douanes, art. 64, 2, b) ; C. com., art. L. 450-4, *in fine*).

⁵ P. COLLET, *op. cit.*, n° 607, p. 401 : « *En présence d'un acte accompli par les enquêteurs ou les magistrats, il est possible de savoir s'il revêt un caractère coercitif ou non [...], il suffit d'étudier son grief. Celui-ci doit être intrinsèque, direct et posséder une nature spécifique : il entame certaines libertés individuelles* ».

⁶ *Ibid.*, n° 605, p. 400 : « *Compte tenu de la gravité du préjudice subi par la personne, aucune violation des exigences légales ne doit être tolérée, hormis l'hypothèse de l'erreur purement matérielle. L'irrespect des conditions de fond ou de forme de l'acte coercitif devrait entraîner sa nullité quasi-automatique. Compris de la sorte, le grief se situe au cœur de la définition conceptuelle de l'acte coercitif* ». V. aussi, É CLÉMENT, « Les présomptions de grief en procédure pénale », *RSC*, 2020, p. 557 : « *Les enquêtes de police demeurent le terrain privilégié des nullités à grief présumé* ».

⁷ J. DANET, « Brèves remarques sur la typologie et la mise en œuvre des nullités », *AJ Pénal*, 2005, p. 13.

⁸ D'aucuns en déduisent alors un rattachement des nullités à grief présumé aux nullités d'ordre public (S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 2238, p. 1217). Pourtant, le régime des deux types de nullité ne peut pas être aligné à tous les niveaux. La nullité d'ordre public, *stricto sensu*, sanctionne la violation d'une règle imposée pour protéger l'ordre public, la bonne administration de la justice, ou l'intérêt général (sur la violation des règles relatives à la publicité de l'audience, v. *infra* n° 499). Du fait de l'importance des enjeux en cause, le régime de cette nullité diffère de celui de la nullité à grief présumé, laquelle demeure une nullité d'intérêt privé. Ainsi, là où la première peut être soulevée à tout moment, tel n'est pas le cas de la seconde (A. GALLOIS,

là où, pour la simple nullité « à grief », l'atteinte aux intérêts de l'intéressé devra être démontrée. Autrement dit, la nullité à grief présumé est gage d'une protection renforcée du droit à la sûreté. Or, si le lien entre acte coercitif et nullité à grief présumé n'est pas systématique en pratique, on peut tout de même constater un essor de ces nullités en la matière, notamment en matière de perquisitions¹ ou de sonorisations². Dans la continuité, on notera que les juges de Strasbourg exigent un « *contrôle efficace* »³ lorsqu'un acte coercitif est contesté, ce qu'atteste

Les nullités de procédure pénale, Lextenso, 2^e éd., 2017, n° 167 et s). De même, la première ne devrait pas pouvoir être écartée par la volonté d'un particulier, alors qu'une partie peut renoncer à invoquer la seconde (P. BOUZAT, *Traité de droit pénal et de criminologie*, t. 2., Dalloz, 1963, n° 1307). Enfin, les nullités à grief présumé supposent la démonstration d'une qualité pour agir (M. GUERRIN, v° « Nullités de procédure », *Rép. pén.*, 2019, (màj. 2021), n° 176). Partant, une perquisition doit être contestée par l'occupant ou le titulaire d'un droit sur le local (Cass. crim., 6 mars 2013, n° 12-87.810, *Bull. crim.* n° 62 ; Cass. crim., 6 févr. 2018, n° 17-84.380 ; comp. Cass. crim., 7 sept. 2021, n° 21-80.642, P), une sonorisation par la personne qui dispose d'un droit sur le véhicule ou le lieu sonorisé et dont les propos ont été captés (Cass. crim., 26 juin 2013, n° 13-81.491, préc.), une géolocalisation par le titulaire d'un droit sur le véhicule géolocalisé (Cass. crim., 2 nov. 2016, n° 16-81.716, *Bull. crim.* n° 281). Ces solutions à visée répressive sont certes cohérentes si l'on met l'accent sur l'intérêt privé se trouvant lésé, et l'on comprend que les nécessités d'une répression efficace les justifient (en ce sens, Cass. crim., 10 avr. 2018, n° 17-85.301, *Bull. crim.* n° 69). Elles n'en demeurent pas moins critiquables – au-delà du fait qu'elles rejaillissent sur la définition conceptuelle du caractère privé en établissant un lien discutable entre propriété et accessibilité (v. *supra* n° 40) –, dès lors qu'on considère qu'un abus de pouvoir portant atteinte à la vie privée ou à la liberté individuelle devrait pouvoir être sanctionné plus sévèrement (J. DANET obs. ss. Cass. crim., 26 juin 2013, n° 13-81.491, préc. ; O. DÉCIMA, « Du droit à la nullité en procédure pénale », *JCP G*, 2016, n° 45, 1176). On peut donc apprécier favorablement l'introduction par la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de la possibilité, pour une personne ayant subi une visite domiciliaire sans pour autant être poursuivie suite à l'accomplissement de cet acte, de demander l'annulation de cette mesure (C. proc. pén., art. 802-2).

¹ Si le non-respect du formalisme requis par les textes est classiquement sanctionné d'une nullité à grief (Cass. crim., 30 mai 1997 ; *Procédures* nov. 1997, n° 275, obs. J. BUISSON), de même que la violation du droit du suspect de désigner un représentant pour assister à la mesure (Cass. crim., 3 avr. 2007, n° 07-80.807, *Bull. crim.* n° 102), la jurisprudence se fait plus hésitante sur la question de la perquisition réalisée en l'absence de l'occupant du lieu clos (pour une nullité à grief, v. Cass. crim., 25 juin 2013, n° 13-81.977 ; Cass. crim., 7 sept. 2021, n° 20-87.191, P ; pour l'admission d'une nullité à grief présumé, v. Cass. crim., 23 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 91 ; Cass. crim., 5 mars 1998, n° 96-82.678). La doctrine considère que la jurisprudence devrait apporter une réponse dénuée d'ambiguïté sur ce point (S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.* n° 877, p. 635). Il n'y a cependant aucun doute sur le fait que la présence de journalistes lors d'une perquisition est sanctionnée d'une nullité à grief présumé (Cass. crim., 10 janv. 2017, n° 16-84.740 ; Cass. crim., 9 janv. 2019, n° 17-84.026 ; Cons. const., 2 mars 2018, n° 2017-693 QPC ; *RFDC*, n° 115, 2018, p. 650, obs. J-B. PERRIER ; Cass. crim., 9 mars 2021, n° 20-83.304 ; comp. Cass. crim., 19 oct. 2021, n° 21-81.569 : « *la seule présence de tiers lors d'une interpellation sur la voie publique ne suffit pas à caractériser la violation du secret de l'instruction par les fonctionnaires de police* »), de même que l'absence de motivation de la décision de réaliser une perquisition nocturne (Cass. crim., 8 juill. 2015, n° 15-81.731, *Bull. crim.* n° 48).

² Cet acte coercitif soulève néanmoins une question particulière, à savoir la nature de la nullité engendrée par la mise en œuvre d'un procédé déloyal. En effet, le principe de loyauté de la preuve, qui ne concerne que l'autorité publique et non les parties privées, constitue un tempérament éthique à la liberté de la preuve et une exigence suffisamment essentielle pour que l'on puisse penser, *a priori*, que la déloyauté porte nécessairement atteinte aux intérêts de la partie concernée, voire plus largement à la bonne administration de la justice (en ce sens, v. Cass. ass. plén., 6 mars 2015, n° 14-84.339, *Bull. crim.* n° 2, jugeant déloyal le stratagème visant à sonoriser une cellule de garde à vue, celui-ci « *mettant en échec le droit de se taire et celui de ne pas s'incriminer soi-même et portant atteinte au droit à un procès équitable* »). Pourtant, la jurisprudence n'évolue pas en ce sens (v. Cass. ass. plén., 9 déc. 2019, n° 18-86.767, exigeant que les juges du fond relèvent l'existence d'un stratagème mais établissent aussi précisément en quoi il a porté atteinte à un droit fondamental d'une partie, dans une affaire où il était question d'un acte non coercitif ; il s'agira d'observer à l'avenir si cette solution répressive vaut aussi lorsque la déloyauté concerne un acte coercitif).

³ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 2201, p. 1163.

la jurisprudence relative aux interceptions de correspondances réalisées dans une procédure autre que celle concernant la partie soulevant leur irrégularité¹.

En somme, l'appréciation globale des garanties entourant les actes coercitifs donne à l'observateur le sentiment d'une protection conséquente de la sûreté en droit positif. Il n'en demeure pas moins que l'introduction constante de mesures intrusives tempère ce constat.

2. La protection de la sûreté nuancée par l'introduction constante de mesures intrusives

482. La disparition rare de procédures protectrices de la sûreté. Avant d'aborder les enjeux autour de l'introduction continuelle de procédures intrusives, on peut relever, à titre préliminaire, qu'il est rare qu'une procédure permettant de tenir les enquêteurs à distance d'un lieu clos disparaisse. On peut tout de même évoquer le cas de l'asile. Pendant longtemps, en effet, certains lieux sacrés² ont constitué des aires de refuge, laissant la répression pénale à leur porte. En droit romain, « *tout criminel qui trouvait refuge dans un temple ou auprès de la statue d'un Dieu (ou, sous l'Empire, d'un empereur divinisé) ne pouvait en être arraché* »³. S'inspirant des « *villes de refuge* » évoquées dans l'Ancien Testament⁴, « *au sein desquelles les auteurs d'homicide involontaire pouvaient se retirer et échapper ainsi à un procès criminel* »⁵, les souverains chrétiens développèrent cette institution au Moyen Âge⁶. Toutefois, celle-ci était source d'abus et permettait à des criminels avérés d'échapper à la répression pénale⁷. L'institution disparut donc à la Révolution.

Dans un registre plus contemporain, en 2009, le législateur souhaita renforcer l'encadrement des perquisitions se déroulant dans des lieux abritant des secrets de la défense

¹ CEDH, 29 mars 2005, n° 57752/00, *Matheron c/ France* ; D. 2005, p. 1755, note J. PRADEL, § 43, jugeant que les personnes qui se voient opposer le résultat d'écoutes téléphoniques réalisées dans des procédures étrangères à la leur doivent pouvoir solliciter l'annulation de ces écoutes. V. toutefois Cass. crim., 7 mars 2012, n° 11-88.118, revenant à la jurisprudence antérieure selon laquelle l'intéressé n'a pas qualité pour agir dès lors que la mesure ne le concerne pas directement. L'exigence pesant sur les enquêteurs se trouve tempérée de façon critiquable.

² Sur la parenté entre ces lieux et les lieux privés, v. *supra* n° 34.

³ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, *op. cit.*, n° 49, p. 110.

⁴ Exode 21 : 12 et Nombres 35 : 10-15.

⁵ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁶ *Ibid.* : « *En principe, tout criminel poursuivi par la justice laïque et passible d'une peine de sang (mort ou mutilation) pouvait trouver refuge dans un "lieu saint" et solliciter la protection de l'église* ».

⁷ *Ibid.*, n° 86 bis, p. 180 : « *Le roi s'est donc efforcé de circonscrire le droit d'asile dans des bornes strictes, mais il n'est jamais parvenu à l'abolir tout à fait. Encore à la fin de l'Ancien Régime subsistaient à Paris les "enclos privilégiés" de Saint-Germain-des-Prés, Saint-Martin-des-Champs, et surtout le fameux "enclos du Temple" qui appartenait à l'ordre de Malte et abritait toute sorte de marginaux recherchés par la justice du roi* ». Adde : P. TIMBAL, *Le droit d'asile*, th. Paris, 1939.

nationale ou dans des lieux classifiés¹. Le Conseil constitutionnel considéra toutefois en 2011 que cet encadrement était problématique, en ce que la perquisition dans des lieux classifiés, menée par l'autorité judiciaire, était soumise à la déclassification du lieu par une autorité administrative, au mépris de la séparation des pouvoirs². En somme, cet asile contemporain a été jugé illégitime.

Mis à part ces exemples isolés, force est de constater que l'encadrement des nouvelles procédures intrusives, qu'elles soient judiciaires ou administratives, semble instituer des garanties sur lesquelles il n'est pas question que le législateur revienne – une sorte d' « *effet cliquet* ». Cet encadrement n'en demeure pas moins paradoxal. En effet, dans un premier temps, face à l'apparition de nouvelles méthodes d'investigation dangereuses pour les libertés individuelles, l'encadrement légal de ces pratiques est réclamé. Une fois ces procédures, judiciaires comme administratives, régies par des dispositions spécifiques, le législateur cède bien souvent à la tentation d'en étendre le domaine ; c'est alors contre l'expansion de ces procédures que des voix s'élèvent.

483. L'expansion des procédures judiciaires intrusives. L'expansion de procédures judiciaires intrusives découle de deux facteurs. Le premier est la montée en puissance de certains secrets, ce qui justifie, notamment, l'édiction de régimes exigeants relatifs aux perquisitions dans des lieux protecteurs de ces secrets, qu'il s'agisse des cabinets d'avocats³, des

¹ C. proc. pén., art. 56-4, III ancien, introduit par la loi n° 2009-928 du 29 juillet 2009.

² Cons. const., 10 nov. 2011, n° 2011-192 QPC ; *JCP G* 2012, 176, note A. LEPAGE, § 37.

³ Dès la loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985, les perquisitions dans ces cabinets commencèrent à être traitées par une disposition spécifique (C. pén., art. 56-1). Au regard de l'exigence des juges de Strasbourg à l'égard de telles procédures (CEDH, 16 déc. 1992, 13710/88, *Niemietz c/ Allemagne*, préc., § 37 ; CEDH, 1^{er} sept. 2009, n° 45827/07, *Jacquier c/ France* ; CEDH, 21 janv. 2010, n° 43757/05, *Xavier Da Silveira c/ France*, § 45), le dispositif législatif pouvait néanmoins sembler insuffisant et s'est étoffé à plusieurs reprises, essentiellement avec la loi du 15 juin 2000, le cabinet d'avocat étant présenté par certains comme un « *sanctuaire* » à préserver (P. LELEU, C. RICOUR et B. VATIER, « Les cabinets d'avocat, repères ou sanctuaires », *Le Monde*, 15 mai 1997, p. 20 ; *contra* : P. KRAMER, « Les cabinets d'avocats ne sont pas des sanctuaires », *ibid.*, 29 avr. 1997, p. 17). V. aussi, C. proc. pén., art. 56-1-1 et 56-2-2, introduits par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021, laquelle a également étoffé l'art. 56-1 du même Code.

perquisitions opérées dans les entreprises de presse ou chez les journalistes¹, ou dans des lieux abritant des documents couverts par le secret du délibéré²

Le second facteur suscitant l'expansion de procédures judiciaires intrusives est le développement des techniques d'enquête modernes, attentatoires par nature à la liberté individuelle³. Plusieurs de ces techniques, d'abord utilisées par les enquêteurs en application du droit commun, furent ainsi jugées contraires à l'exigence qu'une ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit à la vie privée soit « prévue par la loi »⁴ – ou y apparurent clairement contraires –, avant d'être spécialement régies par le Code de procédure pénale. Ce fut le cas des écoutes téléphoniques⁵ et des sonorisations ou fixations d'images⁶. Vraisemblablement décidé à éviter d'autres condamnations, le législateur a directement encadré la captation de données informatiques en 2011⁷ ainsi, en 2016⁸, que la faculté d'accéder à distance aux correspondances stockées par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique⁹, ou encore de recueillir des données techniques de connexion et d'effectuer des interceptions de correspondances émises par la voie

¹ Si celles-ci firent l'objet d'un traitement particulier (C. proc. pén., art. 56-2) dès la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993, les garanties alors posées par le texte n'étaient pas nombreuses. Au regard de l'accent mis par la juridiction de Strasbourg sur la protection des sources, en général (CEDH, gr. ch., 27 mars 1996, n° 17488/90, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, § 39) ou en lien avec les perquisitions (v. not. CEDH, 14 sept. 2010, n° 38224/03, *Sanoma Uitgevers B.V. c/ Pays-Pays*, § 88), la nécessité de renforcer l'encadrement des perquisitions dans les lieux évoqués apparut évidente. Ce fut chose faite avec la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes qui renforça significativement le régime de cette procédure.

² V. Cons. const., 4 déc. 2015, n° 2015-506 QPC ; *AJ pénal* 2016, p. 276, obs. J.-B. PERRIER, § 15 reprochant au législateur son incompétence négative en la matière (à cette occasion, les Sages rattachèrent pour la première fois le secret des délibérés aux principes d'indépendance et d'impartialité du juge). Prenant acte de cette déclaration d'inconstitutionnalité, le législateur a donc encadré ces perquisitions (C. proc. pén., art. 56-5) avec la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016.

³ M. QUÉMÉNER, « Loyauté de la preuve et nouvelles technologies : entre exigences processuelles et efficacité répressive », in S. GUINCHARD et J. BUISSON (dir.), *Les transformations de la justice pénale*, Dalloz, 2014, p. 248.

⁴ Conv. EDH, art. 8 § 2. *Adde* : M. LASSALLE, « À la recherche du principe de légalité procédurale en matière pénale », art. préc. : « De cette exigence européenne devrait, en effet, découler un principe de légalité procédurale en matière pénale : “pas de procédure sans texte” ».

⁵ CEDH, 24 avr. 1990, n° 11801/85, *Kruslin c/ France*, § 36 ; CEDH, 24 avr. 1990, n° 11105/84, *Huvig c/ France*, § 35, estimant que l'art. 81 du C. proc. pén. « n'indique pas avec suffisamment de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré » et condamnant la France pour violation du droit au respect de la vie privée (Conv. EDH, art. 8) ; d'où l'encadrement consécutif de ces écoutes, initialement réservées à la phase de l'instruction par loi n° 91-646 du 10 juill. 1991.

⁶ D'abord rattachées à l'art. 81 du C. proc. pén., ces techniques furent par la suite régies par la loi dite « *Perben II* » du 9 mars 2004, ce qui n'empêcha pas les juges européens de condamner la France pour des sonorisations mises en œuvre avant l'entrée en vigueur de cette loi (CEDH, 20, déc. 2005, n° 71611/01, *Wisse c/ France*, § 34).

⁷ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011. Sur le caractère particulièrement intrusif de cette technique, v. S. HENNEQUIN, « Quid de la captation de données informatiques ? », art. préc.

⁸ Loi n° 2016-731 du 3 juin 2016.

⁹ C. proc. pén., art. 706-95-1 à 706-95-3.

des communications électroniques à l'aide d'un appareil appelé « *IMSI catcher* »¹. On peut enfin évoquer la procédure de géolocalisation en temps réel. Si, là encore, l'encadrement rigoureux de la mesure en 2014² visait à remédier à l'inconventionnalité du dispositif alors mis en œuvre sur le fondement des pouvoirs généraux des magistrats encadrant les investigations³, il est frappant de constater que, contrairement aux précédentes procédures évoquées, cette technique fut d'emblée autorisée tant dans le cadre de l'enquête que dans celui de l'instruction. Cette consécration large montre que le législateur est de moins en moins réticent à permettre qu'une procédure soit mise en place dans de multiples cadres procéduraux, dès lors que certaines garanties sont respectées. La critique rejaillit alors sur l'expansion de tels mécanismes.

Précisément, *quid* de la contestation de l'expansion de ces mesures, prise dans son ensemble ? Deux étapes clés peuvent être relevées, en ce qu'elles coïncident avec deux décisions du Conseil constitutionnel appréciant la validité de cette expansion de manière globale. La première est l'instauration par loi du 9 mars 2004 du cadre dérogatoire pour la criminalité organisée, qu'une doctrine savante a pu qualifier de « *cadre d'enquête coercitif ajouté* »⁴. Malgré les nombreuses innovations légales attentatoires aux libertés individuelles⁵ le Conseil constitutionnel a pourtant validé toutes les mesures concernant les actes coercitifs évoqués dans le cadre de cette étude⁶. Si diverses lois ont pu contribuer à l'expansion des

¹ C. proc. pén., art. 706-95-20 (anciennement art. 706-95-4 et s.). *Adde* : *Le Monde.fr*, « Que sont les IMSI-catchers, ces valises qui espionnent les téléphones portables ? », 31 mars 2015 : « *Le fonctionnement des IMSI-catchers est simple : ils imitent le fonctionnement d'une antenne-relais de téléphonie mobile, de manière à ce que les appareils situés à proximité s'y connectent. Cet équipement reçoit ensuite les communications de ces téléphones et peut, dans certains cas, accéder à leur contenu. Il transmet ensuite à son tour les communications à l'opérateur et l'appel a lieu normalement, ni vu ni connu* ». Ce dispositif, onéreux, est rarement mis en œuvre en pratique. La CNIL s'était initialement inquiétée de cette innovation, avant de juger satisfaisantes les garanties finalement prévues (avis sur le projet de loi relatif au renseignement, 19 mars 2015).

² Loi n° 2014-372 du 28 mars 2014.

³ Cass. crim., 22 oct. 2013, n° 13-81.945 et n° 13-81.949. *Adde* : CEDH, 8 févr. 2018, n° 31446/12, *Ben Faïza c/ France*, § 60.

⁴ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 1045, p. 690 : « *Ce cadre d'enquête coercitif [...] ne s'analyse pas en une enquête autonome. Il a été conçu pour permettre à l'OPJ ayant ouvert une enquête préliminaire ou de flagrance d'aller au-delà des pouvoirs propres [...]. Ainsi, on perçoit qu'il ne s'agit que d'un cadre venant s'ajouter, voire s'adosser, à une enquête préliminaire ou de flagrance d'ores et déjà ouverte* ». V. aussi, C. LAZERGES, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », in G. GIUDICELLI-DELAGE et C. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF et IRJS Éditions, 2011, p. 87, insistant sur « *l'affichage sans ambiguïté d'une procédure pénale bis depuis la loi du 9 mars 2004 pour la criminalité organisée* ».

⁵ Le législateur ne se contentait pas, avec cette loi, d'initier la consécration de plusieurs techniques d'investigations modernes, il admettait aussi la possibilité de procéder à des perquisitions nocturnes ou des écoutes téléphoniques dans des enquêtes de police. La restriction des libertés fut donc significative et R. BADINTER dénonça alors « *la régression qui emporte notre justice* » (*Le Monde*, 28 janv. 2004).

⁶ Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, préc., § 47, 52 et 56, pour les perquisitions nocturnes, § 61 pour les interceptions de correspondances, § 66 pour les sonorisations et fixations d'images.

procédures intrusives¹, sans que rien ne la freine véritablement, la seconde étape à évoquer est l'édiction de la tentaculaire loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice. En effet, le Conseil constitutionnel fut cette fois plus exigeant à l'égard des extensions prévues par le texte. La loi évoquée introduisait pour la première fois la notion de « *techniques d'enquêtes spéciales* », regroupant la plupart des nouvelles techniques recensées plus haut². Elle souhaitait étendre ces techniques à tous les crimes, lesquelles n'auraient plus été, dès lors, réservées à la seule criminalité organisée. Le Conseil a refusé cette extension³, ce qui ne l'a pas empêché de valider l'extension d'autres procédures intrusives aux crimes, comme les perquisitions nocturnes et l'accès à distance aux correspondances⁴. Ce derniers n'a donc que partiellement limité l'expansion des procédures intrusives, ce qui reflète l'économie générale de sa décision⁵.

En définitive, il apparaît que les procédures intrusives gagnent du terrain et sortent peu à peu des domaines dérogoires dans lesquels elles étaient cantonnées lors de leur introduction, sans que le Conseil constitutionnel n'endigüe cette évolution. Cela peut paraître préoccupant pour les libertés individuelles, d'autant plus que cette expansion des procédures judiciaires se double de celle des procédures administratives à visée répressive.

484. L'expansion des mesures d'enquête proactive. La distinction entre les opérations de police judiciaire et celles de police administrative, non sans enjeux⁶, est indéniablement mise à

¹ V. not., C. RIBEYRE, « LOPPSI II : de nouvelles règles au service de la répression », art. préc., n° 32 : « *La LOPPSI II étend considérablement les pouvoirs intrusifs de la police et de la justice dans la vie privée des citoyens* ». Le régime des écoutes téléphoniques fut ainsi modifié par cette loi, portant à un mois au lieu de quinze jours la durée potentielle du déroulement d'une telle écoute pendant une enquête. Quant à la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, elle étendit les sonorisations ou captations d'images et les captations de données informatiques aux enquêtes. Par ailleurs, depuis cette loi, la captation des données informatiques n'est plus réservée à celles qui s'affichent sur un écran ou sont reçues et émises par des périphériques audiovisuels, mais elle est étendue à celles qui sont stockées dans un système informatique.

² Le recours à un « *IMSI catcher* », la sonorisation, la fixation d'images et la captation de données informatiques.

³ Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, préc., § 164 et 165. *Adde* : J. LEBLOIS-HAPPE, « La réforme de l'enquête par la loi de programmation 2018-2022 revue par le Conseil constitutionnel », art. préc.

⁴ *Ibid.*, § 200 et 215.

⁵ D'un côté, ont été censurées l'extension des interceptions de correspondances pour tous les crimes et délits punis d'une peine d'emprisonnement d'au moins trois ans (*ibid.*, § 146 et 147) et la possibilité de pénétrer dans tout domicile pour venir chercher une personne convoquée, sans l'autorisation d'un magistrat du siège (*ibid.*, § 194 et 195 ; v. *supra* n° 354). D'un autre côté, le Conseil a validé l'abaissement du seuil de gravité des infractions concernées par la géolocalisation ou les perquisitions sans assentiment au cours d'une enquête préliminaire, l'extension de l'accès à distance aux correspondances pour les crimes, et il n'a même pas eu à se prononcer sur la création d'une interception à la demande de la victime d'une infraction commise sur sa ligne (C. proc. pén., art. 100, al. 3).

⁶ V. not., R. PARIZOT, « Surveiller et prévenir... à quel prix ? Loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement », *JCP*, 2015, 1077 : « *les mesures de police administrative échappent aux garanties imposées à une procédure judiciaire et, pour cette raison, ne peuvent être utilisées comme preuve de la commission d'une infraction* ».

mal aujourd'hui. Consacré en 1795¹, le critère de la distinction a pu évoluer² mais correspond à l'heure actuelle à la finalité de l'opération menée. Dès lors, « *la police judiciaire désigne les activités orientées vers la recherche des auteurs et des preuves d'une infraction pénale déterminée ; la police administrative s'entend comme une mission générale de surveillance tendant à prévenir et faire cesser les troubles à l'ordre public* »³. En théorie, les choses sont donc claires. En pratique, néanmoins, les frontières entre les deux types d'opérations policières sont de plus en plus poreuses. Cela est dû, en premier lieu, à l'avènement de la « *prévention pénale* »⁴, concept traduisant, dans une « *société du risque* »⁵, l'avènement des infractions de prévention⁶ et surtout, en ce qui concerne le point présentement abordé, de l'« *enquête proactive* ». Celle-ci renvoie aux moyens qui « *permettent de rechercher à l'aveugle l'existence d'un trouble à l'ordre public non encore révélé dans des hypothèses définies par le législateur comme propices à la réalisation du désordre* »⁷. Comme le relève un auteur, « *cette forme d'enquête fait [...] de la prévention de la commission d'infractions, une finalité de la police judiciaire* »⁸. Les mesures fondées sur cette logique concernent essentiellement des lieux publics et leur expansion est indéniable.

Quant aux opérations « *coup de poing* » – les contrôles d'identité⁹ systématiques dans des zones spécifiquement identifiées –, on peut rappeler qu'elles sont apparues suite au désaveu infligé par les Sages de la rue Montpensier au premier contrôle administratif introduit en 1981¹⁰,

¹ C. des délits et des peines du 25 oct. 1795, art. 19 et art. 20.

² V. not., M.-A. GRANGER, *Constitution et sécurité intérieure. Essai d'une modélisation*, LGDJ, 2011, *passim*.

³ T. HERRAN, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *AJ pénal*, 2017, p. 472.

⁴ J. ALIX, « Réprimer la participation terroriste », *RSC*, 2014, p. 849.

⁵ U. BECK, *La société du risque. Sur la voie d'une autre modernité*, Aubier, 2001, spéc. p. 36.

⁶ V. not., A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, th. dir. C. LAZERGES, Montpellier, 2001.

⁷ M. MURBARCH, « Théorie générale des pouvoirs d'investigation : l'investigation proactive », *AJ Pénal*, 2011, p. 506. V. aussi J. PRADEL, « De l'enquête pénale proactive : suggestions pour un statut légal », *D.* 1998, p. 57.

⁸ T. HERRAN, art. préc.

⁹ On sait que l'obligation de justifier son identité auprès des forces de l'ordre est relativement moderne et liée au développement de l'anonymat dans les lieux publics (v. *supra* n° 56). Ce n'est donc que dans le courant du XX^e siècle que les procédures permettant de contrôler l'identité des individus dans les lieux publics commencèrent à être régies par des dispositions procédurales, dont toute l'ambiguïté tient, aujourd'hui encore, au refus d'instaurer, en France, une carte d'identité obligatoire (en ce sens, J. BUISSON, « Fasc. 10 : contrôles, vérifications et relevés d'identité », *J.-Cl. Procédure pénale*, 2019 (màj. 2020), n° 13), ce qui rend nécessaires des mécanismes coercitifs permettant à l'autorité publique de passer outre un refus de justifier son identité.

¹⁰ Jusqu'aux années 1980, la police ne pouvait effectuer que des contrôles judiciaires (comp., pour les gendarmes, décret du 20 mai 1903, art. 165). Un soupçon était donc requis et le contrôle avait lieu dans le cadre de l'enquête de flagrance (C. proc. pén., art. 61 ancien) ou préliminaire (Loi du 27 novembre 1943, art. 8). La loi dite « *Sécurité et liberté* » du 2 février 1981 va rompre avec cette approche en introduisant pour la première fois dans la loi la logique des contrôles d'identité administratifs, c'est-à-dire des contrôles visant à « *prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment une atteinte à la sécurité des personnes et des biens* » (C. proc. pén., art. 78-2, introduit par la

avec la loi n° 93-992 du 10 août 1993¹. Si ces opérations, effectuées sur réquisition du procureur de la République, sont qualifiées de « *judiciaires* » en ce qu'elles sont placées sous la responsabilité de l'autorité judiciaire², elles n'en demeurent pas moins profondément marquées par la logique du contrôle administratif³. Surtout, elles se sont diversifiées avec l'introduction poussive des visites de véhicules à caractère systématique⁴, ou encore, dernièrement, avec l'instauration des fouilles de bagages lors d'une manifestation⁵. L'expansion de ces opérations est donc patente.

loi n° 86-1004 du 3 septembre 1986). Malgré de virulentes critiques émises à l'égard de la loi de 1981, considérée liberticide (J. RIVERO, « Filtrer le moustique et laisser passer le chameau ? », *AJDA*, 1981, p. 2), le nouveau dispositif obtint un brevet de constitutionnalité (Cons. const., déc. n° 80-127 DC, 19 et 20 janv. 1981, § 66). Toutefois, ce premier type de contrôle administratif n'allait pas connaître un grand succès, du fait de la méfiance qui entourait sa mise en œuvre. C'est ainsi qu'à l'occasion du contrôle de la loi n° 93-992 du 10 août 1993, le Conseil constitutionnel nuança fortement la précision selon laquelle, une personne peut être contrôlée « *quel que soit son comportement* » (C. proc. pén., art. 78-2). Selon les Sages, « *l'autorité concernée doit justifier, dans tous les cas, des circonstances particulières établissant le risque d'atteinte à l'ordre public qui a motivé le contrôle* » (Cons. const., 5 août 1993, n° 93-323 DC, § 9). Le contrôle étudié perdit alors de son attractivité.

¹ C. proc. pén., art. 78-2-2. Furent aussi introduits à cette occasion les contrôles transfrontaliers (C. proc. pén., art. 78-2, al. 9 et s.).

² Ce qui lui conférerait sa légitimité. En ce sens, Cons. const., 5 août 1993, n° 93-323 DC, préc., § 6. V. cependant, E. PICARD, « Les contrôles d'identité au regard des droits fondamentaux », *RFDA*, 1994, p. 959, considérant que les garanties tirées de l'art. 66 de la Constitution sont largement artificielles, étant donné, notamment, que le procureur est dépendant des orientations de politique criminelle définies par le Gouvernement et que son intervention est purement formelle. *Adde* : J.-F. BRISSON, art. préc. : « *L'article 66 de la Constitution sert ainsi d'alibi au renforcement des contrôles et des restrictions de police* ».

³ En ce sens, J.-F. BRISSON, art. préc., pour qui une telle opération « *n'exige d'aucune manière – ne serait-ce que par l'établissement d'un indice – que les personnes contrôlées aient commis une infraction ou troublé l'ordre public. L'opération "coup de poing" s'apparente à ce titre à un véritable contrôle de police administratif* ». V. aussi, D. MAYER, « Prévention et répression en matière de contrôle d'identité : une distinction trompeuse », *D.* 1993, chron., p. 272. Comp., Loi pénit., art. 12-1.

⁴ Elles furent consacrées par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003. Si le Conseil constitutionnel admit la constitutionnalité de l'innovation (Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, préc., § 6 et s.), il était pourtant jusque-là opposé à un tel mécanisme (Cons. const., 12 janv. 1977, n° 76-75 DC, § 5 ; Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC, § 19). Sur ce point, v. J.-F. BRISSON, art. préc., pour qui « *tout se passe comme si pour le Conseil constitutionnel le renforcement des moyens de surveillance était le prix à payer à la montée de l'insécurité ; qu'à ce titre, les fouilles de véhicules comme en 1993 les contrôles d'identité ne soulèvent plus par eux-mêmes des questions de principe* ».

⁵ C. proc. pén., art. 78-2-5, introduit par la loi n° 2019-290 du 10 avril 2019 et passant sans encombre l'épreuve du contrôle de constitutionnalité (Cons. const., 4 avr. 2019, n° 2019-780, préc., § 17). *Adde* : R. LETTERON, « Les débris de la loi "anti-casseurs" », art. préc. : « *La décision du 4 avril 2019 constitue ainsi la dernière étape d'un accroissement constant des contrôles policiers lors des manifestations. Si la fouille des véhicules est une réalité depuis longtemps, celle des personnes n'est pas tant le fruit conjoncturel du mouvement "des gilets jaunes" que le résultat d'une évolution engagée depuis plus de vingt ans* ».

La vidéoprotection, dont on notera qu'elle s'est substituée, sur le plan terminologique, à la « *vidéosurveillance* »¹, peut également être rattachée à la logique de l'enquête proactive². Il est intéressant d'observer le contraste entre la méfiance suscitée par cette mesure à l'origine³ et les espoirs placés en elle aujourd'hui⁴. Seule, la doctrine continue de mettre l'accent sur l'atteinte aux libertés fondamentales intrinsèquement liée à cette méthode de surveillance – en particulier le droit à l'anonymat⁵ –, présentée comme une incarnation des idéaux panoptiques portés par les philosophes utilitaristes du XVIII^e siècle⁶, les auteurs redoutant par ailleurs le développement croissant de nouvelles techniques de captation d'images⁷. Faisant en partie écho à ces craintes, les Sages ont refusé de valider certaines dispositions de la loi n° 2021-646 du

¹ Il est vrai que le terme « *vidéosurveillance* » est toujours usité par certains pour désigner le fait de filmer un lieu non ouvert au public ; c'est, à tout le moins, ce qu'indique la CNIL sur son site Internet. Il n'en demeure pas moins qu'à l'origine, ce terme désignait également le fait, pour l'autorité publique, de filmer la voie publique. Sur ce glissement sémantique et son caractère rhétorique : F. CROUZATIER-DURAND, « De la vidéosurveillance à la vidéoprotection, une nouvelle conciliation des exigences de sécurité et de liberté ? », *JCP A*, 2011, 2196.

² Elle n'est pas placée sous le contrôle de l'autorité judiciaire, le préfet étant en l'occurrence chargé de contrôler la mise en place de ce mécanisme (v. *supra* n° 345). Il n'en demeure pas moins qu'elle se caractérise par une « *optique aussi bien préventive en dissuadant les individus de commettre une infraction, que répressive, permettant aux forces de l'ordre de résoudre plus efficacement les affaires de vols et d'agression* » (J.-F. KERLÉO, « Un développement de la vidéoprotection », art. préc.).

³ C'est là aussi dans les années 1980 que cette mesure commence à être mise en œuvre à l'initiative des collectivités locales ou des particuliers, hors de tout cadre légal, la jurisprudence administrative n'étant à l'origine pas favorable à de telles pratiques (TA Marseille, 21 juin 1990, cité par J.-F. BRISSON, « La surveillance des espaces publics », art. préc.). Par ailleurs, les obstacles techniques étaient encore conséquents, si bien que ce système de surveillance n'était pas tant prisé par les pouvoirs publics lors de son encadrement par la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995, première loi à faire de la sécurité « *un droit fondamental* ». *Adde* : G. BENESTY, « Le clair-obscur du contrôle de la vidéosurveillance », art. préc. : « *Il y a peu de temps encore, pour la majorité des citoyens, la présence d'une caméra était l'expression d'une défiance de la part de l'employeur, du commerçant ou de l'édile local* ».

⁴ En témoignent les très nombreuses extensions textuelles concernant cette mesure (v. not. Loi n° 2006-64 du 23 janv. 2006 ; Décret n° 2009-86 du 22 janv. 2009 ; Loi n° 2010-201 du 2 mars 2010 ; Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011). Sur l'adhésion de l'opinion publique, v. X. LATOUR, « Une privatisation partielle de la vidéoprotection sur la voie publique? », art. préc., évoquant un sondage réalisé en 2013 selon lequel 75% des personnes interrogées seraient favorables à la vidéoprotection dans les lieux publics. V. aussi, G. BENESTY, art. préc., rappelant que les images des porteurs de bombe des attentats de Londres captées avant leur crime « *n'ont rien empêché, mais elles ont permis à la population de mettre des visages sur les faits, de visualiser le terrorisme. La vidéosurveillance a trouvé son utilité, au moins politique, et suscité une adhésion de la population* ». L'économie en personnel prétendument permise par un mécanisme de plus en plus perfectionné techniquement contribue assurément à son succès (X. LATOUR, art. préc.).

⁵ V. *supra* n° 56. En ce sens, v. not. G. BENESTY, art. préc.

⁶ J.-F. BRISSON, art. préc. *Adde* : Cour des comptes, « Les polices municipales », rapp. thématique, oct. 2020, relevant qu'aucune étude ne démontre l'efficacité de la vidéoprotection sur la réduction du niveau de délinquance.

⁷ W. MAXWELL, « Vidéo intelligente dans les trains, bus et métros : attention à l'effet "cliquet" », *D.* 2021, p. 792 ; O. CAHN, « Police et Caméras : "Observer sans temps mort, jouir sans entrave" », *AJ Pénal*, 2021, p. 128.

25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés¹. On retrouve donc l'idée d'une censure seulement partielle de dispositions attentatoires à la liberté individuelle².

485. L'expansion des mesures de « répression administrative ». En second lieu, certaines lois font implicitement de la recherche des infractions une finalité de la police administrative. En effet, la loi n° 2015-912 du 24 juillet 2015 relative au renseignement a fourni une base légale à des opérations jusque-là occultes³, les baptisant « *techniques de renseignement* ». Or, la doctrine a bien montré que le renseignement recueilli pouvait se transformer en preuve d'une infraction pénale, puisque le fonctionnaire qui acquiert la connaissance d'une infraction dans l'exercice de ses fonctions est tenu d'en donner avis au procureur de la République en vertu de l'article 811-2 alinéa trois du Code de la sécurité intérieure⁴. La logique serait donc ici celle de la « *répression administrative* », par opposition à la « *prévention pénale* » précédemment étudiée, les mesures qu'il s'agit d'évoquer ici concernant des lieux ou des communications privés.

Il en va ainsi pour les visites administratives⁵. Celles-ci se situent « *dans le contexte de procédures administrato-répressives* »⁶ et entretiennent des liens étroits avec les perquisitions de droit commun⁷. Ces procédures tirent leur origine de la nécessité de lutter contre le développement du marché noir en pleine expansion à partir de la moitié du XX^e siècle. L'ordonnance n° 45-1484 du 30 juin 1945 conférait dans cette optique à certaines

¹ Si l'élargissement du droit de consultation des images issues de dispositifs de vidéoprotection aux agents des polices municipales a été validé (CSI, art. L. 252-2 et L. 252-3), de même que le recours à des caméras individuelles (CSI, art. L. 241-1 et L. 241-2), la possibilité pour les forces de police de recourir à des caméras embarquées, dans des véhicules divers ou dans des drones, a été censurée (Cons. const., 20 mai 2021, n° 2081-817 DC, préc. § 141), ainsi que le placement sous vidéosurveillance des personnes retenues dans les chambres d'isolement des centres de rétention administrative et de celles en garde à vue (*ibid.*, § 88).

² V. toutefois, J.-H. ROBERT, « Commentaire des principales dispositions de la loi n° 2021-646 du 25 mai 2021 pour une sécurité globale préservant les libertés », *Dr. pén.*, 2021, étude 15, n° 1, évoquant une « *vigoureuse censure* » à l'égard de la décision du Conseil constitutionnel précitée.

³ À l'exception des écoutes administratives dites « *de sécurité* », issues de la loi n° 91-646 du 10 juillet 1991.

⁴ On retrouve les interceptions de correspondances, collecte des données de connexions, sonorisation, géolocalisation, etc. Ces techniques sont justifiées par « *les menaces, les risques et les enjeux liés aux intérêts fondamentaux de la Nation* » (CSI, art. L. 801-1). *Adde* : E. VERNY, « Du renseignement à la preuve pénale », in P. BEAUVAIS et R. PARIZOT (dir.), *Les transformations de la preuve pénale*, LGDJ, 2018, p. 155. V. aussi, É. VERGÈS, « La procédure pénale au temps des confluences. À propos des visites domiciliaires et saisies instituées par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », *RSC*, 2018, p. 153 : « *Force est ainsi de constater qu'au moyen d'un glissement textuel, l'information recueillie à l'occasion d'une opération de renseignement peut se retrouver dans un dossier pénal* ».

⁵ Sur la distinction relative entre visites et perquisitions, v. *supra* n° 339.

⁶ É. VERGÈS, art. préc.

⁷ *Ibid.* : « *D'une part, elles sont réalisées sous le contrôle de l'autorité judiciaire et, dans un grand nombre de cas, autorisées par elle préalablement à la mesure. D'autre part, ces procédures reposent sur le même critère qu'en matière pénale : l'existence d'indices laissant présumer l'existence d'un comportement illicite [...]* ».

administrations, en particulier celle des douanes, la possibilité de procéder à des actes d'enquêtes, dont des visites de lieux clos. Ce n'est toutefois que lorsque de telles prérogatives furent accordées à l'*administration fiscale* que des voix s'élevèrent pour encadrer rigoureusement ces mesures, d'aucuns évoquant à cet égard une véritable « *saga* »¹. En matière *douanière*, si l'encadrement du droit de visite des marchandises, des moyens de transport et des personnes, prévu par l'article 60 du Code des douanes, semble suffisant², l'encadrement du droit de visite des navires, régi par les articles 62 et 63 dudit Code, a dû être renforcé³. La problématique du marché noir, à l'origine des visites évoquées, s'est doublée, dans la seconde moitié du XX^e siècle, de celle de l'immigration irrégulière, entraînant l'essor d'*infractions à la législation du travail*. D'autres visites ont donc été instituées pour y faire face. Fut d'abord créé, en 1997, l'article 78-2-1 du Code de procédure pénale⁴, autorisant la visite des locaux professionnels par des officiers ou agents de police judiciaire sur réquisitions du procureur de la République. Si le législateur a dès l'origine encadré cette procédure de strictes garanties procédurales, ce qui lui permit de passer sans encombre son examen de constitutionnalité⁵, tel ne fut pas le cas de l'article L. 8271-13 du Code du travail, autre disposition introduite une dizaine d'années plus tard⁶. Au surplus, on peut relever que les visites ayant pour objectif de lutter contre des infractions à la législation sur l'urbanisme ne sont pas placées sous le contrôle de l'autorité judiciaire, ce qui pose la question d'un éventuel renforcement de l'encadrement de

¹ C. LOUIT, « L'article L. 16 B, le juge national et la Cour européenne des droits de l'homme : la saga du droit de "visite" ou la trahison des clercs », in C. LOPEZ (dir.), *Les enquêtes fiscales*, LGDJ, 2010, p. 55. Les étapes les plus marquantes de cette « *épopée* » furent, d'une part, la validation par les Sages de l'accroissement des prérogatives de l'autorité judiciaire par la loi de finances pour 1985 (Cons. const., 29 déc. 1984, n° 84-184 DC, § 35) ; d'autre part, la condamnation de la France sur le fondement de l'article 6 § 1 de la Conv. EDH (CEDH, 21 févr. 2008, n° 18497/03, *Ravon et a. c / France*, § 29), laquelle amena le législateur à introduire deux recours avec la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, l'un concernant l'ordonnance du juge des libertés et de la détention autorisant la mesure (LPF, art. L. 16 B, II), l'autre visant à contester le déroulement des opérations (LPF, art. L. 16 B, V), dispositif validé par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 30 juill. 2010, n° 2010-19/27 QPC, § 20).

² Cass. crim., 13 juin 2012, n° 12-90.025.

³ Cons. const., 29 nov. 2013, n° 2013-357 QPC, § 8. Par suite, v. loi n° 2014-742 du 1^{er} juillet 2014.

⁴ Loi n° 97-396 du 24 avril 1997. Cette disposition, si elle est insérée dans un chapitre dédié aux contrôles, vérifications et relevés d'identité, se distingue des textes évoqués plus haut ayant trait aux contrôles d'identité administratifs, en ce qu'elle prévoit bien la possibilité de s'introduire dans un lieu clos (sur l'ambiguïté du lieu de travail, v. *supra* n° 270). Quant à l'originalité de cette procédure, v. É. CLÉMENT, obs. ss. Cass. crim., 1^{er} sept. 2020, n° 19-87.499, préc. : « *Située quelque part entre la perquisition et le contrôle administratif, prévue pour assurer le respect de la législation du travail et la lutte contre l'emploi illégal de travailleurs étrangers mais codifiée dans le code de procédure pénale. Curieuse procédure assurément* ».

⁵ Cons. const., 22 avr. 1997, n° 97-389 DC, § 76.

⁶ Introduit en 2008, le texte autorisait les officiers et agents de police judiciaire à opérer des visites dans les lieux de travail, sans l'assentiment des personnes présentes, dans le cadre des enquêtes préliminaires diligentées pour la recherche et la constatation des infractions aux interdictions de travail dissimulé, et ce, même si le lieu de travail était également un lieu habité. Le Conseil constitutionnel releva l'impossibilité de se pourvoir en cassation contre l'ordonnance autorisant ces visites et censura la disposition (Cons. const., 4 avr. 2014, n° 2014-387 QPC, § 7). Le législateur n'est curieusement pas intervenu pour remédier à cette censure. Les inspecteurs du travail devront se contenter du droit d'accès dont ils disposent par ailleurs (C. travail, art. L. 8113-1).

cette visite¹. Plus largement, on peut relever que le législateur se complaît dans une terminologie complexe et potentiellement trompeuse : « *Il y aurait ainsi les visites, les visites domiciliaires et les perquisitions. Mais il ne suffit pas toujours de changer les dénominations pour modifier la réalité* »². En effet, dans tous les cas évoqués, la logique est celle d'une perquisition classique dont la finalité est la répression d'infractions déterminées, la particularité étant que la mesure est menée par l'administration. Si l'encadrement rigoureux de ces mesures est donc indispensable pour tempérer leur nocivité, leur expansion dans de nombreux domaines interroge.

Quant aux perquisitions administratives, au sens plein du terme, leur encadrement est également récent. Comme le rappelle un auteur, « *les finalités de l'activité de renseignement sont fondées sur la dangerosité potentielle d'une situation, non sur l'existence de soupçons déterminés à l'égard d'un individu* »³. Or, à la différence des visites, les perquisitions administratives, autorisées initialement uniquement dans le cadre de l'état d'urgence⁴, sont fortement imprégnées de cette logique de dangerosité situationnelle⁵. En réalité, il en faut peu en pratique pour que s'opère le passage de cette logique préventive à une logique répressive⁶, d'où les craintes que suscitent ce mécanisme⁷. La loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 tenta de les apaiser à l'heure de transposer ces mesures dans le droit commun. Les articles L. 229-1 et suivants du Code de la sécurité intérieure prévoient ainsi de nombreuses garanties procédurales et voies de recours. Il n'en demeure pas moins qu'il en résulte une procédure hybride, tant au

¹ C. urb., art. L. 461-1. Si la Cour de cassation a refusé de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité portant sur cette disposition (Cass. crim., 1^{er} avr. 2014, n° 13-87.112), les juges de Strasbourg ont jugé son application inconstitutionnelle (CEDH, 16 mai 2019, n° 66554/14, *Halabi c/ France* ; *AJ Pénal* 2019, p. 393, obs. V. COURSELLE-LABROUSSE, § 69) ; la disposition est donc en tension.

² V. COURSELLE-LABROUSSE, obs. préc.

³ E. VERNY, « Du renseignement à la preuve pénale », art. préc.

⁴ Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence.

⁵ É. VERGÈS, « La procédure pénale au temps des confluences », art. préc. : « *Effectuée en amont de l'acte infractionnel, la perquisition administrative possède des finalités propres : d'une part, éviter qu'une infraction soit commise, notamment un acte de terrorisme ; d'autre part, collecter des renseignements utiles à la prévention de ce type d'actes* ».

⁶ Ce phénomène a pu être observé lors de l'état d'urgence mis en place après les attentats du 13 novembre 2015, à savoir du 14 novembre 2015 jusqu'au 30 juin 2017. En l'occurrence, 4500 perquisitions ont été effectuées au cours de cette période (Bilan statistique de l'état d'urgence publié par l'Assemblée nationale, cité par É. VERGÈS, art. préc.). Au 1^{er} décembre 2016, sur les 670 perquisitions ayant entraîné l'ouverture de procédures judiciaires, seules 62 étaient liées à des faits de terrorisme (Rapp. d'information sur le contrôle parlementaire de l'état d'urgence, n° 4281, 6 déc. 2016, p. 49). Si la prévention d'attentats grâce à cette mesure est avérée, « *on mesure à quel point les perquisitions administratives ont constitué une véritable partie de pêche [...]. Non seulement des perquisitions à des fins préventives ont conduit à l'ouverture de procédures judiciaires [...], mais encore, ces procédures judiciaires ont, pour la plupart, fourni des preuves relatives à des infractions sans lien avec la finalité qui avait présidé à leur mise en place* » (É. VERGÈS, art. préc.).

⁷ V. Cons. const., 19 févr. 2016, n° 2016-536 QPC, § 4 et 12. On notera que le Conseil censura en l'occurrence la possibilité accordée à l'administration de saisir des données informatiques (§ 14).

niveau des acteurs impliqués – préfet, juge des libertés et de la détention, procureur de la République – qu’eu égard à ses finalités. Il suffit de relever que la présence d’un officier de police judiciaire sur les lieux est requise par les textes, celui-ci dressant procès-verbal de toutes les infractions qu’il constate et pouvant alors procéder à toute saisie utile, en informant le cas échéant le procureur de la République¹, pour comprendre pourquoi cette procédure « *constitue une illustration topique de la convergence des techniques de police administrative et de police judiciaire [...]. Ainsi, à partir de simples indices d’une menace contre l’ordre public, c’est une véritable perquisition judiciaire qui est ici autorisée. Le mélange des genres atteint son apogée* »².

486. En somme, l’essor des procédures administratives apparaît indéniable et l’invocation de certaines garanties, en particulier le contrôle de l’autorité judiciaire ou la création de recours spécifiques, s’avère suffisante pour permettre leur validation par les gardiens de la liberté individuelle. Il est toutefois permis de penser, au terme de cet inventaire d’une densité des plus épaisses, que le droit à la sûreté ne ressort pas grandit de toutes ces réformes successives.

487. Conclusion de section. Il résulte de ce qui précède que, du caractère privé ou public de certains lieux, réunions et communications, découle une protection pénale ciblée de certains intérêts. Logiquement, les lieux et réunions publics sont souvent susceptibles d’être le théâtre de troubles à l’ordre public, tandis que les lieux privés ancrent la vie privée de l’individu dans l’espace. Plus subtilement, au titre de la sûreté, si la vie privée – dans sa dimension verticale opposée à l’autorité publique – suppose des lieux ou communications privés, l’anonymat de l’individu doit être garanti dans les lieux publics.

488. Conclusion de chapitre. L’opposition privé-public est apparue centrale pour garantir un équilibre entre la répression pénale et la protection des libertés fondamentales. Loin d’être un pur mécanisme technique, elle constitue un rempart contre l’arbitraire et les abus de l’autorité publique, ce dont attestent la condition tenant à la publicité de la communication pour pénaliser les abus de la liberté d’expression ou encore l’encadrement rigoureux des nombreuses procédures intrusives dont disposent les forces de l’ordre. Cela étant, loin de tenir la répression pénale à l’écart dans tous les cas, l’opposition étudiée peut parfois la légitimer, que l’on songe

¹ CSI, art. L. 229-2.

² É. VERGÈS, art. préc.

aux infractions sanctionnant les atteintes à l'ordre public commises dans les lieux ou réunions publics, ou réprimant les intrusions commises dans les lieux privés. Discrète, mais essentielle, cette opposition opère donc la transaction constamment nécessaire entre intérêts privés et intérêts publics ou collectifs. Reste à observer qu'elle permet aussi d'assurer un équilibre, sur le plan de la connaissance du droit, entre la transparence et le secret de la justice pénale.

Chapitre 2 : L'équilibre entre l'information du public et l'efficacité de la justice pénale

489. La transparence et le secret, on le sait, renvoient abstraitement à la connaissance du droit ou du fait, l'abus de la première ou du second suscitant la méfiance¹. Or, dans une société de la communication, l'enjeu de la circulation des informations relatives à la justice pénale est des plus prégnants. Il n'est donc pas surprenant que la connaissance de la justice pénale oscille entre secret et transparence. Plus précisément, le secret est ici étroitement associé à l'efficacité de la procédure pénale française, l'autorité publique œuvrant plus sereinement à l'abri du regard du public. Historiquement, d'ailleurs, le secret « découle du caractère inquisitoire de la procédure pénale française et lui est consubstantiel »². Pour autant, c'est bien de transparence dont il est question dans les discours contemporains, dès lors que, du fait de la mondialisation du droit, cette procédure « est en quelque sorte aspirée par le modèle anglo-saxon accusatoire et [laisse] de ce fait peu de place au secret »³. À cela s'ajoute la « dictature de la transparence de nos sociétés [...] Le public veut savoir. Les médias doivent fournir. Et le secret recule »⁴. C'est dire que l'émergence du droit du public à l'information⁵ vise à contrebalancer le secret, voire à le supplanter.

Le législateur s'efforce donc de maintenir un équilibre entre « le droit de savoir »⁶ et l'opacité de certaines étapes procédurales, ce qui, selon certains, conduit à « la schizophrénie d'une procédure pénale qui balance entre secret et transparence »⁷. En effet, schématiquement, les investigations pénales sont d'abord marquées par le secret de l'enquête et de l'instruction. À ce secret succède, ensuite, la transparence classiquement attachée au principe de publicité de

¹ V. *supra* n° 21.

² C. AMBROISE-CASTÉROT et C. COMBEAU, « La procédure pénale dans la balance : entre secret et transparence », *Les Cahiers de la Justice*, 2014, n° 3, p. 374.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Sur la genèse de ce droit et ses fondements, v. not. J. FOLLIET, « L'information moderne et le droit à l'information », *Chronique sociale de France*, 1969, p. 161 ; G. GIROUX, « Le droit du public à l'information », *Communication. Information Médias Théories*, 1983, n° 6, p. 24 ; C. GEIGER, « Droit d'auteur et droit du public à l'information », *D.* 2005, p. 2683.

⁶ V. le rapport annuel éponyme de la Cour de cassation, doc. fr., 2010.

⁷ C. AMBROISE-CASTÉROT et C. COMBEAU, art. préc., p. 375.

l'audience pénale¹. Enfin, le secret entourant l'exécution de la peine confère une dimension clandestine à l'issue de la procédure pénale française².

Pourtant, même ainsi décomposée, la place faite au secret et à la transparence lors des différentes phases de la procédure pénale est discutée : « *On constate un recul du secret dans les phases d'enquête et, plus encore, d'instruction, en même temps que des interrogations surgissent sur les limites de la publicité dans la phase de jugement* »³ ; ce à quoi on ajoutera les inconvénients du secret entourant l'exécution de la peine. Il s'agit donc de démontrer ici que l'opposition privé-public, telle qu'entendue dans le cadre de cette étude, vise précisément à maintenir l'équilibre entre l'information du public et l'efficacité de la répression pénale lors des différentes phases de la procédure, sans pour autant remettre en question la primauté de principe qui leur est accordée dans chacune de ces phases⁴. On observera donc que la transparence de la justice pénale est tempérée par les diverses possibilités d'audience privées (section 1), là où le secret de la justice pénale est atténué par les fenêtres de publicité existant dans les phases préparatoires, sentencielles et post-sentencielles (section 2).

Section 1 : La transparence de la justice pénale tempérée

490. Si la doctrine évoque fréquemment le principe de « *publicité* » de l'audience pénale, cette terminologie est ambiguë, dès lors qu'elle est souvent employée pour évoquer tant la transparence de l'audience – la façon dont la justice est rendue doit être *connue* de tous – que l'accessibilité de celle-ci – la salle d'audience doit être *ouverte* à tous. Il est cependant indéniable que, malgré l'enjeu contemporain de la diffusion des images du procès pénal⁵, la question de la transparence de l'audience pénale a longtemps été étroitement liée à celle de l'accessibilité de la salle d'audience, devenue progressivement essentiel (§1). Toutefois, divers intérêts justifient la gradation possible entre audiences publiques et audiences privées au stade du jugement. Ces tempéraments au principe de publicité sont légitimes, dès lors qu'ils

¹ P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, op. cit., p. 175 : « *Au temps où [la] division [entre phase préparatoire et phase décisive] était rigoureuse, le traitement de la question de la publicité du procès pénal était totalement induit par cette césure procédurale : la publicité d'un côté, le secret de l'autre* ».

² En ce sens, *ibid.*, p. 324 : « *la publicité de l'audience concerne presque exclusivement la phase de jugement. Le secret demeure, de facto, le principe de la phase d'instruction tandis que la publicité est rigoureusement écartée de la phase d'élaboration du jugement et de l'exécution de la peine* ».

³ C. AMBROISE-CASTÉROT et C. COMBEAU, art. préc., loc. cit.

⁴ *Ibid.*, p. 385 : « *La question de la transparence est une question d'équilibre, quand celle du modèle procédural est une question de choix* ».

⁵ V. *supra* n° 394 et s.

permettent de tenir le procès dans de bonnes conditions, ce qui est gage d'efficacité de la justice pénale (§2).

§1. L'importance du principe de publicité de l'audience de jugement

491. Le principe de publicité de l'audience pénale a mis du temps à s'imposer en droit français. En effet, « *l'affirmation du principe de la publicité de la justice pénale est [...] l'aboutissement d'une évolution longue et chaotique* »¹, dont on rappellera les étapes principales (A). Ce principe revêt toutefois une importance déterminante en droit positif (B).

A. L'importance variable du principe de publicité de l'audience dans l'histoire

492. *La publicité totale de l'audience dans l'Antiquité.* La justice rendue à Athènes peut être décrite comme totalement publique, non seulement car la procédure pénale revêtait alors un caractère accusatoire, propice à la publicité², mais surtout du fait que les juridictions étaient, le plus souvent, composées de nombreux citoyens³ ; le public était donc juge autant que spectateur. Les tribunaux de la République romaine s'inscrivent dans la même logique : « *Trois principes dominant tout le système des jugements criminels : la publicité de la procédure, la participation des citoyens au jugement et le droit d'accusation conféré à chacun des membres de la cité. [...] La publicité, conséquence directe des institutions populaires de Rome embrassait la procédure toute entière [...]. Jamais le principe de publicité n'eut une application plus complète et plus absolue* »⁴. Cette publicité ne concernait toutefois que le citoyen romain⁵

¹ A. PASCAL, *La justice pénale et les médias*, op. cit., n° 60, p. 46.

² F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 1, Plon, 2^e éd., 1866, p. 21 : « *C'est la publicité imprimée à tous les actes, c'est le droit d'accusation conféré à tous les membres de la cité, c'est enfin le droit des citoyens de siéger comme juges et de participer à la distribution de la justice* ».

³ V. P. PIOT, op. cit., p. 18, rappelant que l'Ecclésiaste « *juge souverainement les affaires les plus graves et prononce la peine d'ostracisme à condition, pour ce dernier point, que 6.000 personnes au moins soient réunies pour prendre cette décision* ». Encore plus emblématique de cette logique était l'Héliée, le tribunal populaire d'Athènes : « *Composée de 6.000 citoyens dont les noms sont tirés au sort chaque année, la juridiction siège d'ordinaire dans une composition réunissant 500 personnes. Il n'est cependant pas rare que certains procès se déroulent devant 1.500 ou 2.000 membres, voire en assemblée plénière réunissant 6.000 personnes* » (ibid., p. 19).

⁴ F. HÉLIE, op. cit., p. 103. Adde, P. PIOT, op. cit., p. 23 : « *La manière de faire les lois et de juger est la même pour les comices. Le peuple est rassemblé sur le champ-de-mars et le préteur prend place, face à lui, sur une chaise curule placée sur une tribune (Pro tribunali, ce qui donnera le terme "tribunal" [...]) La peine de mort ne peut être prononcée qu'après avoir pris l'avis du peuple tout entier, réuni publiquement en comitia centuriata. Pour ces affaires, le peuple est appelé au comice par le son d'une trompette* ».

⁵ Pour ceux qui n'étaient pas des citoyens, un magistrat unique menait l'instruction (J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 13, p. 36).

et, progressivement, « le peuple n'intervient plus que pour les affaires extraordinaires et dans les cas d'appel pour les affaires les plus graves »¹.

493. La disparition de la publicité de l'audience sous l'Ancien droit. Jusqu'au XIII^e siècle, une certaine continuité avec la façon dont la justice était rendue pendant l'Antiquité peut être observée : « Les tribunaux de l'époque mérovingienne siégeaient [...] au milieu d'une foule plus ou moins nombreuses – quelques dizaines, voire quelques centaines d'hommes libres en armes – qui participait au procès par ses huées ou ses acclamations. Pour être exécutoire, la sentence devait théoriquement avoir été approuvée par l'assemblée des guerriers. En pratique cependant l'assistance n'avait qu'un rôle réduit dans le déroulement du procès »². Toutefois, une première scission entre transparence et secret dans le temps procédural apparaît avec l'ordonnance de Saint Louis de 1254, laquelle confère à l'instruction un caractère inquisitoire et secret, tout en préservant le caractère public de l'audience de jugement³. Le secret est étendu à cette audience en mars 1498 par l'ordonnance de Louis XII, prescrivant « le secret absolu dans le procès extraordinaire. Désormais, il existe une loi formelle qui repousse la publicité [...]. Le public est chassé de l'auditoire des tribunaux criminels, et il n'y rentrera pas avant longtemps »⁴. D'autres ordonnances accentuèrent ce mouvement par la suite⁵. Si la disparition de la publicité de l'audience n'est pas absolue, dès lors que la justice pénale ordinaire et la procédure civile continuent d'être rendues publiquement⁶, elle est suffisamment conséquente pour que les révolutionnaires fassent de son rétablissement l'une de leurs revendications principales.

494. La publicité de l'audience rétablie à partir de la Révolution. La nécessité de rétablir la publicité des audiences criminelles, affirmée par certains philosophes des Lumières⁷, se

¹ P. PIOT, *op. cit.*, p. 24.

² J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, n° 43, p. 94.

³ A. PASCAL, *La justice pénale et les médias*, *op. cit.*, n° 64, p. 49.

⁴ A. EISMEIN, *Histoire de la procédure criminelle, depuis le XII^e siècle jusqu'à nos jours*, p. 139. Adde, J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, n° 103, p. 215 : « le prévenu se retrouve donc seul en face de ses juges du début à la fin de l'instance ».

⁵ En particulier, les ordonnances de Villers-Cotterêts de 1539 et l'ordonnance criminelle de 1670. V. aussi, P. PIOT, *op. cit.*, p. 25 : « la publicité a disparu graduellement, et non sans difficulté parfois, et comme elle avait accompagné l'émergence de l'idée démocratique en Grèce et à Rome, son extinction accompagna, dans la France de l'Ancien Régime, l'émergence d'un pouvoir royal absolu ».

⁶ *Ibid.*

⁷ A. PASCAL, *op. cit.*, n° 66, p. 50 : « Montesquieu vante l'exemple anglais qu'il compare à la procédure romaine de l'époque républicaine et à celle de l'époque féodale ». Adde, E. TILLET, v° « Histoires des doctrines pénales, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale », *Rép. pén.*, 2002 (màj. 2010), n° 49 : « Les Lumières, en matière pénale [...], sont gagnées par une véritable utopie de la transparence ».

retrouve dans les cahiers de doléances précédant la Révolution¹, ou même encore dans les écrits de certains magistrats du Royaume². La volonté d'instaurer un contrôle du peuple sur l'exercice de la justice pénale³ conduit donc à la consécration législative du principe de publicité de l'audience en 1790⁴, prélude à sa constitutionnalisation en 1795⁵. Dans l'intervalle, on sait que l'exigence de publicité a été poussée fort loin sous la Terreur, dès lors que les juges étaient tenus de délibérer publiquement⁶. Ces délibérations incarnaient « *un idéal de transparence* », mais elles étaient « *profondément discréditées par la procédure du tribunal révolutionnaire* »⁷, celui-ci délibérant « *sous la pression de la “populace” comme disait Michelet* »⁸. Si la législation napoléonienne mit l'accent sur le secret de l'instruction⁹, le principe de la publicité des débats, au stade du jugement, ne fut pas remis en cause pour autant. Bien au contraire, quoique ce principe ne fût pas explicitement mentionné dans le Code d'instruction criminelle¹⁰, une loi du 20 avril 1810, relative à l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice, énonce que les arrêts qui « *ne sont pas rendus publiquement [...] sont déclarés nuls* ». Le principe la publicité de l'audience ne sera pas remis en question par la suite, si bien qu'il revêt aujourd'hui une importance déterminante, constat que l'on peut approfondir.

¹ Extrait du cahier du tiers-état de la ville Paris, cité in *Archives parlementaires de 1787 à 1860, Première série (1787 à 1799)*, t. 1, Librairie administrative Paul Dupont, p. 558. : « 5° La publicité des procédures criminelles, établie autrefois en France et en usage dans tous les temps chez presque toutes les nations éclairées, sera rétablie ».

² C.-G. LAMOIGNON DE MALESHERBES, « Remontrances à Louis XVI du 6 mai 1775 », in *Œuvres inédites de Chrétien-Guillaume Lamoignon Malesherbes*, Pissot, 1808, p. 330 : « L'ordre commun de la justice en France, est qu'elle soit rendue publiquement. C'est à l'audience publique que se portent naturellement les causes ». V. aussi, J.-B. DENISART, *Collection de décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence*, vol. 2, Dessaint, 8^e éd., 1783, p. 619 : « Donner audience en termes de palais, c'est accorder à des parties la faculté d'exposer, devant le juge, dans un lieu public, soit de leur propre bouche, soit par celle de leurs défenseurs, les moyens qu'elles ont à faire valoir dans les contestations qui les divisent ».

³ E. TILLET, *op. cit.*, *loc. cit.* : « La hantise de l'erreur judiciaire, les vertus pédagogiques d'un tel spectacle et la méfiance envers l'office du juge, qui serait ainsi placé sous l'œil vigilant de la “nation”, nourrissent cette exigence de la publicité du procès criminel ».

⁴ Loi des 16-24 août 1790 relative à l'organisation judiciaire, Titre 2, art. 14 : « En toute matière civile ou criminelle, les plaidoyers, rapports ou jugements seront publics [...] ».

⁵ Constitution du 22 août 1795, art. 208 : « les séances des tribunaux sont publiques, les juges délibèrent en secret, les jugements sont prononcés à haute voix ».

⁶ V. *supra* n° 392.

⁷ Y. LAURIN, « Le secret du délibéré », *D.*, 2007, p. 856.

⁸ J.-P. COSTA, « Le secret du délibéré », *JCP G*, n° 47, hors-série, 19 nov. 2012, 42.

⁹ Sur la volonté des révolutionnaires d'étendre la publicité à l'instruction, v. P. PIOT, *op. cit.*, p. 227.

¹⁰ *Ibid.*, p. 30.

B. L'importance déterminante du principe de publicité de l'audience en droit positif

495. Le principe de la publicité de l'audience pénale a pu être consacré par de nombreux textes et juridictions, ce qui en fait un principe essentiel (1). La conséquence logique de ce caractère est le rattachement des nullités découlant du non-respect de cette exigence à la catégorie des nullités d'ordre public ; autrement dit, il est question d'un principe d'ordre public (2).

1. Un principe essentiel

496. L'affirmation du caractère essentiel du principe. La chambre criminelle a pu, très tôt, affirmer que l'exigence de la publicité de l'audience était « *un principe essentiel de la procédure* »¹, solution réaffirmée depuis de façon constante². Plus largement, la jurisprudence a reconnu au principe de publicité des débats judiciaires la valeur de principe général du droit³. On peut en effet relever que la publicité des audiences des juridictions civiles, clairement prévue par les textes en droit positif⁴, préexistait à la consécration du caractère public des audiences pénales⁵. À l'inverse, le principe de publicité est moins prégnant pour les audiences administratives, dès lors que « *la publicité des audiences n'est exigée qu'à la condition qu'un texte législatif ou réglementaire impose l'observation de cette règle de procédure* »⁶. Si tel est le cas pour les juridictions classiques que sont les tribunaux administratifs, les cours administratives d'appel et Conseil d'État⁷, l'enjeu aujourd'hui est l'opacité caractérisant les procédures disciplinaires « *para-pénales* ». En effet, celles-ci « *sont rarement publiques, ce qui*

¹ Cass. crim., 11 avr. 1867, *Bull. crim.* n° 88. Dans le même sens, Cass. crim., 5 sept. 1889, *Bull. crim.* n° 298, affirmant que « *la publicité est de l'essence du jugement et de l'instruction soumise à la juridiction correctionnelle* ». Adde : F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 2, Plon, 1867, n° 3395 : « *La publicité de l'audience est une forme essentielle de la procédure* ».

² Cass. crim., 10 juill. 1974, *Bull. crim.* n° 253 ; Cass. crim., 24 oct. 1984, *Bull. crim.* n° 318.

³ CE ass., 4 oct. 1974, *Dame David, Leb.*, p. 464 ; Cass. 1^{re} civ., 28 avr. 1998, *Bull. civ.* I, n° 155, p. 102 ; Cass. ass. plén., 22 déc. 2000, *Bull.* n° 12, p. 21. V. toutefois, Cons. const., 8 nov. 1988, n° 88-1113 AN, § 1, affirmant qu'« *il n'existe aucun principe général du droit prescrivant la publicité des débats en toute matière et devant toute juridiction* ».

⁴ C. proc. civ., art. 433 et 435.

⁵ P. PIOT, *op. cit.*, p. 177 : « *L'affirmation de la publicité de l'audience pénale, en 1789, doit donc se concevoir comme l'extension à la matière criminelle d'une pratique et d'une jurisprudence qui régissaient, déjà, la matière civile* ».

⁶ CE, 25 juin 1948, *Brillaud, Leb.*, p. 292.

⁷ CJA, art. L. 6.

laisse planer un soupçon d'arbitraire »¹, quoique les juges de Strasbourg ne soient pas hostiles, par principe, à cette absence de publicité². En toute hypothèse, ces derniers ont pu rappeler à plusieurs reprises l'importance du principe de publicité étudié, affirmé par l'article 6 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme³, la prépondérance de ce principe étant également consacrée par d'autres textes internationaux⁴ et par le Conseil constitutionnel⁵. Il y a donc consensus, bien au-delà de la seule matière pénale, sur la nécessité que les audiences soient publiques. Cette exaltation contemporaine de la publicité découle de plusieurs raisons.

497. La justification du caractère essentiel du principe. Un auteur a pu évoquer « *l'ubiquité du principe [de publicité], à la fois règle de procédure et principe fondamental conventionnel participant de la garantie d'un procès équitable, le [plaçant] au confluent des droits fondamentaux* »⁶. Il est en effet indéniable que plusieurs vertus sont rattachées à l'accessibilité de l'audience, lesquelles découlent toutes de l'idée de transparence. C'est d'abord l'idée de contrôle démocratique de la façon dont la justice est rendue qui est le plus souvent mise en avant, par les juristes⁷ mais aussi par les philosophes. Pour BENTHAM, la publicité est « *l'âme de la justice* »⁸, de même que pour KANT, sans elle, « *il n'est point de justice, puisqu'on ne saurait la concevoir, que comme pouvant être rendue publique ; sans elle il n'y aurait pas non plus de droit, puisqu'il ne se fonde que sur la justice. Chaque prétention juridique doit pouvoir être rendue publique ; et comme il est très aisé de juger dans chaque cas si les principes de celui qui agit supporteraient la publicité, cette possibilité même peut servir de criterium*

¹ E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., n° 154, p. 137. V. aussi, M. DELMAS-MARTY, *Les grands systèmes de politique criminelle*, op. cit., p. 13, estimant que l'auteur du manquement peut être « *facilement soumis à la pression de l'administration, ou même au chantage que peut constituer la menace du renvoi de l'affaire au système pénal* ».

² CEDH, gr. ch., 23 nov. 2006, n° 73053/01, *Jussila c/ Finlande*, § 43, affirmant que pour les sanctions administratives, l'exigence de publicité ne doit pas « *nécessairement s'appliquer dans toute sa rigueur* ».

³ Aux termes de cet article : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable* ». V. not., CEDH, 20 mai 1988, n° 21257/93, *Gautrin et autres c/ France*, § 33 et § 42 : « *la publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6 § 1* ».

⁴ DUDH, art. 10 ; PIDCP (1966), art. 14.

⁵ Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, préc., § 117 ; Cons. const., 21 mars 2019, n° 2019-778 DC, préc., § 102.

⁶ S. ROURE, « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public », art. préc. V. déjà, F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, t. 3, Bruylant, 1869, p. 502 : « *La publicité est une forme essentielle de la procédure, la plus essentielle peut-être, car elle éclaire tous les actes du juge ; elle les défère, à mesure qu'ils s'accomplissent, à l'examen et au contrôle du public. Elle rassure les justiciables : elle rehausse enfin les fonctions de la justice en y attachant plus de considération et d'éclat* ».

⁷ V. not., A. LEPAGE, *La connaissance du fait en droit*, op. cit., p. 375 et s., évoquant le « *contrôle moral* » comme finalité de la publicité des débats judiciaires. Dans le même sens, v. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 2411, p. 1241, évoquant l'idée selon laquelle le procès, « *se déroulant publiquement, au vu et su de tout le monde, [...] ne sera pas soumis à des pressions occultes, à des manipulations secrètes* ».

⁸ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, Bossange, 1823, p. 146.

purement intellectuel, pour reconnaître, par la raison seule, l'injustice d'une prétention juridique »¹. Quant aux philosophes plus contemporains, RAWLS a pu affirmer que l'« *important dans la condition de publicité, est que les partenaires jugent la conception de la justice en tant que constituants moraux de la vie sociale publiquement reconnus et pleinement efficaces* »²; et HABERMAS de surenchérir en qualifiant la publicité judiciaire actuelle de « *procédure légitimante* »³. En somme, il s'agit de repousser l'idée d'une « *justice-mystère* »⁴, nécessairement suspecte et source d'oppression.

On retrouve une idée semblable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Selon elle, la publicité « *est un moyen de conserver la confiance dans les cours et les tribunaux* »⁵ et elle vise à protéger « *l'individu d'une justice secrète échappant au contrôle du public, lequel doit pouvoir, en toute circonstance de lieu et de temps, s'assurer de la véracité de la relation des faits lors de l'audience* »⁶. La Cour exprime également cette idée en rattachant le concept de transparence au principe de procès équitable⁷, ou à l'adage bien connu renvoyant à la théorie de l'apparence, « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* »⁸. Ces proclamations contrastent toutefois avec l'exigence relative des juges de Strasbourg sur ce point, ceux-ci se contentant « *du respect de cette règle à l'un des deux degrés du procès, l'absence de publicité au premier degré pouvant être compensée par son respect au second, ou l'inverse, si les particularités de la procédure d'appel le justifient* »⁹.

Au-delà de l'idée centrale d'un contrôle démocratique de la justice, certains prêtent également à la publicité de l'audience d'autres vertus subsidiaires, liées au déroulement même du procès. Cette publicité serait ainsi propice à l'émergence de la vérité judiciaire, dès lors que

¹ E. KANT, *Projet de paix perpétuelle*, Königsberg, Nicolovius, 1796, p. 100. Et l'auteur d'ajouter : « *Toutes les actions relatives au droit d'autrui, dont la maxime n'est pas susceptible de publicité sont injustes. Ce principe n'est pas seulement moral et essentiel à la doctrine de la vertu, il est aussi juridique et se rapporte également au droit des hommes. Car une maxime que je n'ose publier [...] ne peut devoir qu'à l'injustice* ».

² J. RAWLS, *Théorie de la justice*, Seuil, 1997, p. 165.

³ J. HABERMAS, *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, 1997, p. 46.

⁴ P. DRAI, premier président de la Cour de cassation, lors de son discours tenu à l'audience solennelle de la rentrée judiciaire en janvier 1995 : « *la "justice-mystère" n'a jamais engendré que soupçons malveillants et refus catégoriques* ».

⁵ V. not., CEDH, 8 déc. 1983, n° 8273/78, *Axen c/ Allemagne*, § 25.

⁶ Code de la Convention européenne, Litec, 2003-2004, p. 92. V. aussi, CEDH, 24 nov. 1997, n° 21835/93, *Werner c/ Autriche*, § 45.

⁷ V. not., CEDH, 26 sept. 1995, n° 18160/91, *Diennet c/ France*, § 33, affirmant que « *par la transparence, qu'elle donne à l'administration de la justice, [la publicité] aide à atteindre le but de l'article 6 § 1 : le procès équitable, dont la garantie compte parmi les principes de toute société démocratique au sens de la Convention* ».

⁸ V. not., CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume Uni*, préc., § 81.

⁹ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 427, p. 378, soulignant que les arrêts posant une telle solution (v. not., CEDH, 2 sept. 1993, n° 12350/86, *Kremzow c/ Autriche*, § 58 et 59) sont critiqués en doctrine.

mentir en public serait une chose délicate pour les personnes appelées à la barre¹. Par ailleurs, ont pu être rattachées à la publicité les idées de catharsis judiciaire pacificatrice², ou encore d'une exemplarité liée à l'exposition du mis en cause au regard du public³, idées que l'on retrouvera lors de l'étude des châtiments publics⁴. Enfin, s'il est indéniable que le principe étudié vise à protéger l'intérêt général, « *au-delà des intérêts particuliers de l'accusé ou du prévenu* »⁵, on ne saurait omettre de préciser que cette garantie est aussi instituée dans l'intérêt de ce dernier. Un acteur a pu écrire que, « *comme il n'y a pas de feuille sans sève, il n'y a pas de droits de la défense sans publicité* »⁶, faisant ainsi écho à divers promoteurs de l'exigence de publicité judiciaire à travers les siècles⁷. C'est d'ailleurs du fait de ce possible rattachement du principe de publicité aux intérêts du mis en cause que la Cour de cassation a pu être tentée de remettre en cause son caractère d'ordre public.

2. Un principe d'ordre public

498. La constatation de la publicité exigée. La Cour de cassation estime depuis longtemps et de façon constante qu'en tant que condition substantielle de la validité d'une décision, la

¹ En ce sens, M. HALE, *The History of the Common Law in England*, Chicago, University of Chicago Press, 1971 (1739), p. 164. V., aussi, reprenant cette thèse, J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, op. cit., p. 146 : « *Le mensonge peut être audacieux dans un interrogatoire secret ; il est difficile qu'il le soit en public [...]. Tous ces regards dirigés sur un témoin le déconcertent s'il a un plan d'imposture* ».

² A. GARAPON, « *Bien juger : essai sur le rituel judiciaire* », op. cit., p. 220 et 277 : « *le rituel judiciaire est [...] autant une répression de la pulsion cruelle que sa réalisation partielle. La catharsis du procès, c'est-à-dire la purification de la pulsion par le spectacle, est à cette condition [...]. Le procès est une domestication de la violence par le rite* ». Dans le même sens, G. SOULIER, *Théâtre et justice*, Paris, 1991, p. 29 : « *La fonction de la justice, en profondeur, c'est de rétablir la paix après qu'on aura, dans l'instance, purgé les passions. Comme au théâtre joue la catharsis* ».

³ J. BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses. Traité des preuves judiciaires*, Société belge de librairie, 3^e éd., 1840, p. 279, estimant que « *dès que le temple de la justice est ouvert à tout le monde, il devient une école nationale où les leçons les plus importantes sont enseignées avec un degré de force et d'autorité qu'elles n'ont point ailleurs [...]. Le précepte de la loi reste gravé dans l'esprit, à l'aide de l'évènement auquel il s'associe* ».

⁴ V. *infra* n° 522 et s.

⁵ M. LÉNA, v° « Jugement », *Rép. pén.*, 2008 (màj. 2019), n° 45.

⁶ P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, op. cit., p. 190.

⁷ V. not., A. DUPORT, *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés au nom du comité de constitution*, chez Baudoin, 1791, art. 29 : « *Tout moyen de défense doit être donné à l'accusé ; il ne doit rien être écrit contre lui, sans qu'il lui ait été communiqué [...]. Ainsi : la procédure doit être publique, de même que l'instruction* ». V. aussi, un peu moins d'un siècle plus tard, E. PICARD, évoquant l'affirmation du principe de publicité par les révolutionnaires devant le Parlement : « *Le législateur de cette époque, messieurs, dans une idée profonde, unissait ces deux idées de la publicité et du droit de la défense, idées inséparables parce que quand l'audience n'est pas publique, quand la publicité des débats n'est pas permise, quand le compte rendu qui est la forme réelle et certaine de la publicité, est interdit, il n'y a pas de défense sérieuse [...]. On me dit : l'intérêt public... ! Mais l'intérêt public dans les procès politiques, c'est que les débats soient publiés. L'intérêt du Gouvernement, au contraire, a toujours été que le débat fût secret* » (Corps législatif, séance du 19 févr. 1868, in *Annales du Sénat et du Corps législatif*, vol. 5, Moniteur universel, 1868, p. 296 et s.).

publicité de l'audience doit être constatée¹. Quant à la forme que doit prendre ce constat de publicité, celle-ci varie selon que l'audience soit criminelle ou non². Malgré la nécessité affirmée d'un constat non équivoque de publicité de l'audience, la jurisprudence a pu assouplir cette exigence en admettant que la publicité soit présumée. D'une part, la chambre criminelle considère aujourd'hui que lorsque la publicité d'une première audience est régulièrement constatée, les audiences suivantes peuvent être présumées s'être déroulées dans les mêmes conditions³. D'autre part, elle accepte de déduire, à l'inverse, que la publicité de l'audience finale peut permettre de présumer celle des audiences antérieures⁴, ce qui n'était pas le cas auparavant⁵. En d'autres termes, pour les juges du quai de l'Horloge, « *dès lors que le jugement a été rendu publiquement, toutes les audiences précédentes sont présumées publiques, sauf élément pouvant l'amener à penser le contraire* »⁶. Cet assouplissement ne remet toutefois pas en cause le caractère d'ordre public du principe de publicité.

499. La sanction du défaut de constatation de la publicité. La jurisprudence a pu clairement affirmer « *qu'à défaut de constatation de cette formalité substantielle, tout jugement doit être annulé comme ne portant pas en lui-même la preuve de légalité* »⁷, le principe de cette nullité étant aujourd'hui clairement affirmé⁸, ce qui fait de la publicité une condition de validité de la décision pénale. Lorsque cette nullité est prononcée, elle est générale, au sens où elle entraîne l'annulation de la décision rendue ainsi que des débats⁹. Surtout, la Cour de cassation ne laissait

¹ V. not., Cass. crim., 3 vendémiaire an 7, *Bull. crim.* n° 12 ; Cass. crim., 18 janv. 1825, *Bull. crim.* n° 12 ; Cass. crim., 12 nov. 1974, *Bull. crim.* n° 325.

² Dans le premier cas, v. C. proc. pén., art. 378, exigeant qu'un procès-verbal soit dressé pour constater cette formalité, si bien que l'absence d'un tel document entraîne mécaniquement l'irrégularité de la procédure (Cass. crim., 9 janv. 1963, *Bull. crim.* n° 14). En matière correctionnelle, v. C. proc. pén., art. 453 (auquel renvoie l'art. 536 en matière de police), se contentant d'exiger du greffier de simples notes d'audiences, si bien que c'est en l'occurrence le jugement « *qui doit rendre compte de tout ce qui s'est passé [...] à l'audience* » (Cass. crim., 27 août 1823, *Bull. crim.* n° 29), les notes ne servant qu'à éclairer une décision équivoque (Cass. crim., 2 juin 2010, n° 09-83.438). En outre, si les juges doivent expressément constater une « *audience publique* » (sur l'irrégularité des formules « *à l'audience* », « *au lieu ordinaire des audiences* », ou encore « *dans l'auditoire du tribunal* », v. P. Piot, *op. cit.*, p. 298.), ils demeurent libres quant à formulation du constat (les juges emploient le plus souvent des formules évasives comme « *ainsi jugé et prononcé à l'audience publique* » ou « *statuant publiquement et contradictoirement* »), dès lors qu'il suffit que la publicité soit constatée de manière certaine (Cass. crim., 7 sept. 1905, *Bull. crim.* n° 437).

³ V. not., Cass. crim., 12 févr. 2003, *Bull. crim.* n° 33 ; *Dr. pén.* 2003, comm. 90, obs. A. MARON et M. HAAS ; Cass. crim., 13 nov. 2008, n° 08-80.813 ; Cass. crim., 12 mars 2008, n° 07-86.080.

⁴ Par ex., Cass. crim., 2 avr. 1992, n° 91-85.841.

⁵ Par ex. : Cass. crim., 5 sept. 1981, n° 80-94.652.

⁶ P. PIOT, *op. cit.*, p. 308.

⁷ Cass. crim., 14 nov. 1867, *Bull. crim.* n° 226.

⁸ C. proc. pén., art. 592, al. 3, introduit par la loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972.

⁹ V. not., Cass. crim., 17 mai 1912, *Bull. crim.* n° 273 ; Cass. crim., 21 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 268.

à l'origine planer aucune ambiguïté sur le caractère d' « *ordre public* »¹ du principe de publicité, lequel a pour conséquence d'écarter l'application de l'article 802 du Code de procédure pénale – c'est-à-dire l'exigence de démontrer un grief au-delà de la seule constatation de l'irrégularité – et de rattacher, logiquement, la sanction étudiée à la catégorie des nullités d'ordre public². Cependant, certaines décisions ont semblé remettre en cause cette solution au tournant du siècle dernier. En 1999, la chambre criminelle estimait ainsi que l'absence de publicité d'une audience correctionnelle ne devait pas entraîner l'annulation de la décision, dès lors qu'il n'était « *pas établi, ni même allégué, qu'elle ait porté atteinte aux intérêts du demandeur* »³, ce qui fut vivement critiqué par la doctrine⁴, mais n'a pas empêché la jurisprudence de rendre une solution semblable en 2001⁵. Or, comme le souligne un auteur, « *on reste songeur devant une telle motivation, alors que l'irrégularité en question dépasse les intérêts particuliers du demandeur pour atteindre le public, tous les Français [...]; nous pensons que l'irrégularité porte en elle-même le grief et qu'on doit poser une présomption irréfragable que le non-respect de la publicité porte nécessairement atteinte aux intérêts des prévenus* »⁶. Cela étant, les juges du quai de l'Horloge semblent être revenus à l'orthodoxie juridique par la suite et s'abstiennent désormais d'exiger un quelconque grief en la matière⁷.

Il est intéressant de relever, *a contrario*, que lorsque l'irrégularité porte sur une exécution incomplète du huis clos, les intérêts de la personne concernée sont cette fois pris en compte. D'une part, quant à l'exécution incomplète du huis clos dans le temps, il a été jugé que la publicité des débats qui auraient dû se dérouler à huis clos n'est pas une cause d'annulation de la procédure, « *dès lors qu'il n'est pas établi qu'elle ait porté atteinte aux intérêts du demandeur* »⁸. De même, l'interruption du huis clos et le retour éventuel à la publicité n'affectent à aucun degré les droits de la défense et ne peuvent faire grief à l'accusé⁹. D'autre part, par rapport à l'exécution partielle du huis clos au regard des personnes présentes, la Cour de cassation ne prend pas ombrage de l'admission de certaines personnes non concernées par

¹ Cass. crim., 12 nov. 1974, *Bull. crim.* n° 325. V. déjà, Cass. crim., 17 mai 1810, *Bull. crim.* n° 68 : « *La publicité des débats est de droit public* ».

² Sur la théorie des nullités en procédure pénale, v. *supra* n° 481.

³ Cass. crim., 15 juin 1999 : *Bull. crim.* n° 136 ; *Dr. pén. déc.* 1999, comm. 157, obs. A. MARON ; *D.* 1999, p. 680, note D. MAYER et J.-F. CHASSAING.

⁴ V. notes. préc.

⁵ Cass. crim., 20 mars 2001, n° 00-82.868.

⁶ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 427, p. 377.

⁷ V. not., Cass. crim., 7 nov. 2006, *Bull. crim.* n° 275 ; Cass. crim., 2 sept. 2009, n° 08-87.304.

⁸ Cass. crim., 2 févr. 2005, n° 04-83. 652.

⁹ Cass. crim., 8 mars 2000, *Bull. crim.* n° 108 ; *D.* 2000, IR, p. 150.

une affaire dans la salle d'audience, quand bien même le huis clos aurait été « total »¹. Ces solutions montrent bien, négativement, l'importance attachée à la publicité, puisque le fait que des débats normalement privés soient teintés de publicité n'entraîne pas, *ipso facto*, l'annulation de la procédure.

500. De ce qui précède, il ressort donc nettement que la transparence, inhérente à la publicité de l'audience, est bien le principe, dès lors que le public doit être informé de la façon dont la justice pénale est rendue. Cela n'enlève toutefois rien à la légitimité des tempéraments à ce principe, l'impératif d'efficacité de la justice pénale pouvant supplanter l'exigence de transparence de celle-ci.

§2. La légitimité des tempéraments au principe de publicité de l'audience

501. Malgré l'importance accordée à la transparence de la justice pénale au stade du jugement et à son corollaire principal, le principe de publicité de l'audience, des exceptions légales sont prévues à ce principe, grâce auxquelles « *le secret retrouve son caractère protecteur* »². Comme l'affirment les juges de Strasbourg, « *même dans un contexte pénal où la publicité serait escomptée, il peut parfois se révéler nécessaire au regard de l'article 6 de limiter la transparence et la publicité de la procédure, par exemple pour protéger un témoin ou sa vie privée ou pour promouvoir le libre échange d'informations et d'opinions dans l'intérêt de la justice* »³. En effet, l'article évoqué admet largement⁴ les exceptions au principe de publicité. Or, ces exceptions concernent, d'une part, des intérêts publics – « *l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique* » et les « *intérêts de la justice* » évoqués par l'article 6 –, autrement dit les intérêts des « *tiers* »⁵ ou de la société.

¹ Cass. crim., 14 févr. 1990, n° 89-83.613, affirmant clairement que « *l'exécution incomplète [du huis clos] n'affecte à aucun degré les droits de la défense et ne saurait, en conséquence, autoriser de [la part de l'accusé] aucune critique* ». V. aussi, *supra* n° 219, pour les décisions validant l'admission de représentants de la presse dans la salle d'audience. *Adde* : Cass. crim., 23 févr. 1966, *Bull. crim.* n° 65, admettant que le huis clos ne s'applique pas à un représentant de la DST admis par le président de la juridiction.

² C. AMBROISE-CASTÉROT et C. COMBEAU, « La procédure pénale dans la balance : entre secret et transparence », art. préc., p. 379.

³ CEDH, 15 juill. 2004, n° 33400/96, *Ernst et al. c/ Belgique*, § 6.

⁴ En ce sens, S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 427, p. 378, estimant que la disposition présente « *une série de cas, certes limitativement énumérés, mais en des termes si larges qu'ils peuvent donner lieu à une interprétation jurisprudentielle assez libre* ».

⁵ C. AMBROISE-CASTÉROT et C. COMBEAU, art. préc., *loc. cit.*

L'idée d'efficacité de la justice pénale est alors consubstantielle à ces dérogations (A). D'autre part, des intérêts privés sont concernés – « *les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée* » –, plus précisément ceux des parties, l'origine des exceptions concernées révélant des liens indirects mais tout de même prégnants avec la nécessité d'une justice efficace (B).

A. L'absence de publicité de l'audience, protectrice des intérêts de la société

502. Les motifs principaux de huis clos. Les premiers textes admettant l'exception du huis clos en droit français évoquaient l'hypothèse d'une publicité « *dangereuse pour l'ordre ou les mœurs* »¹. En droit positif, l'alinéa premier de l'article 306 du Code de procédure pénale reprend la même terminologie en ce qui concerne la matière criminelle. En pratique, ce motif a surtout donné lieu à une approche négative de la part de la chambre criminelle, laquelle a essentiellement précisé les faits qui ne pouvaient être saisis dans la formule étudiée². Elle a ainsi pu juger que « *le mouvement de protestation du barreau et son opposition à la poursuite de l'audience ne constituaient pas un danger pour l'ordre ou les mœurs justifiant le huis clos* », tout en précisant « *qu'en cas de trouble apporté à l'ordre par des personnes assistant à l'audience, il appartenait au président de la cour d'assises d'ordonner leur expulsion* »³.

En matière correctionnelle et en matière de police, le deuxième alinéa de l'article 400 du Code de procédure pénale – auquel renvoie l'article 535 du même Code – est plus disert que l'article 306 précité. En l'occurrence, le huis clos peut être prononcé si la publicité est dangereuse pour « *l'ordre, la sérénité des débats, la dignité de la personne ou les intérêts d'un tiers* ». Cet élargissement des motifs du huis clos résulte de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 et d'aucuns estiment que le législateur aurait pu modifier, à cette occasion, la liste des motifs prévue en matière criminelle⁴.

En toute hypothèse, du fait du caractère d'ordre public du principe de publicité⁵, les juges doivent s'en tenir aux cas limitativement énumérés par la loi. Ainsi, la Cour de cassation

¹ Charte constitutionnelle du 4 juin 1814, art. 64 ; Constitution du 4 novembre 1848, art. 81.

² V. toutefois, Cass. crim., 23 févr. 1966, *Bull. crim.* n° 65, estimant que le huis clos peut être prononcé pour éviter la divulgation de secrets de la défense nationale.

³ Cass. crim., 20 févr. 2019, n° 18-82.915 ; CCE 2019, comm. 33, obs. A. LEPAGE. Comme le relève l'annotatrice : « *Tandis que l'ordre de l'article 321 du Code de procédure pénale a trait, sur un plan pratique, au bon déroulement des débats, à leur organisation satisfaisante, l'ordre de l'article 306 évoque la limite qui doit être apportée à la publicité en vue de la protection de la société : il désigne l'ordre public, de sorte que l'avis de l'accusé n'a pas à être sollicité* ».

⁴ F. DESPORTES, L. LAZERGES-COUSQUER, *Traité de procédure pénale, op. cit.*, p. 312.

⁵ V. *supra* n° 499.

a-t-elle pu casser l'arrêt des juges du fond ayant ordonné le huis clos, en vue de permettre à une victime de s'exprimer plus facilement à l'audience, en arguant de la « *bonne administration de la justice* », motif non prévu par le texte précité¹. On notera qu'en l'espèce les juges transformaient artificiellement un intérêt privé en un intérêt public. En outre, la Cour de cassation opère un contrôle sur la motivation du huis clos. Certains considèrent qu'il s'agit d'un contrôle léger², tandis que d'autres estiment que la Haute juridiction « *est assez sévère* »³ sur cette motivation.

503. Les motifs spéciaux de huis clos. Au-delà des motifs principaux de huis clos précédemment exposés, certaines dispositions visent à protéger certains intérêts particuliers. En premier lieu, depuis la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, les articles 306-1 et 400-1 du Code de procédure pénale prévoient que pour certains crimes et délits d'une gravité particulière, notamment les infractions s'inscrivant dans le cadre de la criminalité organisée, le tribunal ou la Cour d'assises peuvent, « *ordonner le huis clos pour le temps de l'audition d'un témoin si la déposition publique de celui-ci est de nature à mettre gravement en danger sa vie ou son intégrité physique ou celles de ses proches* ». Il s'agit donc bien ici de protéger les tiers au procès. En second lieu, dans le cadre de la crise de la Covid-19, au-delà de la « *publicité restreinte* » des audiences⁴ un « *huis clos sanitaire* »⁵ en cas « *d'impossibilité de garantir les conditions nécessaires à la protection de la santé des personnes présentes à l'audience* »⁶, ce qui semble impliquer que le juge s'explique sur cette impossibilité.

¹ Cass. crim., 27 sept. 2000, *Bull. crim.* n° 283, rappelant qu'« *aucune disposition légale ou conventionnelle n'autorise la Cour à s'affranchir de la publicité des débats dans le seul intérêt d'une prétendue bonne administration de la justice, ou dans l'intérêt purement privé d'une partie au procès* ».

² En ce sens, P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, *op. cit.*, p. 278 : « *Ayant beaucoup occupé le législateur ces dernières années, ces motifs légaux, dès lors qu'aucun contrôle n'est exercé sur leur relation avec les faits de la cause, ne sont que des sortes de recommandations adressées aux juridictions. La seule obligation imposée à ces dernières est d'en viser une dans sa décision, sans avoir à s'en expliquer davantage* ». V. aussi, Cass. crim., 28 mars 2018, 17-82.138, exigeant une référence aux motifs légaux, même lorsque l'appel ne porte que sur les intérêts civils.

³ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *op. cit.*, n° 2412, p. 1244, admettant toutefois que la chambre criminelle « *reconnaît à ces juges un pouvoir souverain d'appréciation et il lui arrive de se satisfaire de la reproduction des formules légales* ». *Adde* : Cass. crim., 17 sept. 2008, *Bull. crim.* n° 193, estimant, en matière correctionnelle, que les juges ne peuvent s'en remettre à l'appréciation de la victime quant à la nécessité de prononcer le huis clos du fait d'une publicité prétendument dangereuse pour les mœurs, sans vérifier eux-mêmes si tel était bien le cas.

⁴ V. *supra* n° 285.

⁵ V.-O. DERVIEUX, « *"Name and Shame"* », art. préc.

⁶ Ord. n° 2020-303 du 25 mars 2020, art. 7, al. 1^{er}. On notera que cette disposition a été validée par le Conseil d'État (CE, ord. réf., 27 nov. 2020, n° 446712, 446724, 446728, 446736 et 446816) et par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 19 nov. 2020 n° 2020-866 QPC). V., par la suite, Ord. n° 2020-1401 du 18 nov. 2020 portant adaptation des règles applicables aux juridictions de l'ordre judiciaire statuant en matière pénale, art. 4, II.

504. L'audience peut donc revêtir un caractère privé lorsqu'il s'agit de préserver l'intérêt général et d'assurer l'efficacité de la justice pénale, sans que les hypothèses évoquées, circonscrites, ne remettent en cause la prééminence du principe de publicité de l'audience. Reste à évoquer les exceptions protectrices des intérêts des parties.

B. L'absence de publicité de l'audience, protectrice des intérêts des parties

505. *La protection des intérêts du mineur mis en cause.* D'une manière générale, le mis en cause ne peut pas influencer sur le caractère privé ou public d'une audience, quoique les juges de Strasbourg semblent admettre la possibilité d'une renonciation à la publicité de celle-ci¹. On sait néanmoins que l'audience doit être tenue à publicité restreinte lorsque l'intéressé est mineur au moment des faits, celui-ci pouvant sous certaines conditions solliciter la publicité de l'audience². Or, tel n'a pas toujours été le cas. Avant 1945, les juridictions pour mineurs n'échappaient pas au principe de publicité de l'audience pénale, dès lors que la loi du 22 juillet 1912 autorisait la présence des journalistes au cours de ces audiences³. Le souci de protection des mineurs, inhérent à l'ordonnance du 2 février 1945, allait changer la donne et conduire à l'inversion, en apparence, du principe et de l'exception quant au caractère public ou privé de l'audience. Le principe semble ainsi être la publicité restreinte – donc l'audience privée –, principe à valeur constitutionnelle depuis 2002⁴, la publicité n'étant rétablie que dans deux cas particuliers. Pour les juges de Strasbourg, il s'agit d'éviter que la médiatisation importante d'un procès n'intimide le mineur et ne l'empêche de participer pleinement à son procès, celui-ci devant pouvoir préparer sa défense dans de bonnes conditions⁵. Autrement dit, « *les enfants doivent être libérés de la pression pouvant être exercée par le public et une audience publique est contraire au principe du procès équitable* »⁶. Malgré tout, plusieurs éléments peuvent conduire à nuancer cette présentation.

¹ V., en matière pénale, CEDH, 21 févr. 1990, n° 11855/85, *Håkansson et Sturesson c/ Suède*, § 67, posant qu'une telle renonciation « *doit être non équivoque et ne se heurter à aucun intérêt public important* ». *Adde* : J.-F. FLAUSS, « De la renonciation à la publicité des débats judiciaires », *RTDH*, 1991, 529. Il s'agirait en pratique d'éviter qu'un mis en cause ne remette en cause, après coup, des décisions judiciaires sur le fondement de l'absence de publicité, alors qu'une renonciation tacite à cette exigence pouvait être établie.

² V. *supra* n° 389.

³ Loi du 22 juillet 1912, art. 19.

⁴ Cons. const., 10 sept. 2002, 2002-461 DC, § 51.

⁵ CEDH, 16 déc. 1999, n° 24724/94, *T. c/ Royaume-Uni*, § 84.

⁶ F. TOURET DE COURCY, v° « Enfance délinquante », *Rép. pén.*, 2005, n° 234.

En effet, trois considérations permettent de considérer que l'inversion du principe et de l'exception entre audience publique et privée est relative en la matière. Premièrement, on sait que l'audience à publicité restreinte n'est pas une audience privée au sens plein du terme, dès lors qu'elle revêt un caractère commun¹ ; autrement dit, il s'agit d'une réunion non publique mais non d'une réunion privée. Le régime du huis clos est d'ailleurs envisageable lors de telles audiences, celle-ci conférant alors à l'audience un véritable caractère privé, le cas échéant².

Deuxièmement, l'origine des deux possibilités de rétablissement de la publicité montre bien que celle-ci ne saurait être reléguée si facilement au rang de simple exception. Comme le relève un auteur : « *Sous l'influence d'une société de plus en plus happée par la sphère médiatique et de laquelle la justice des mineurs n'est pas épargnée, le législateur a peu à peu réduit le champ d'application du secret devant la Cour d'assises qui leur est dédiée* »³. Quant au premier assouplissement, l'affaire « *Patrick Dils* » a été à l'origine de la possibilité pour le mineur au moment des faits, devenu majeur au moment du procès, de solliciter une audience publique⁴, innovation discutée dans sa portée⁵ comme dans son principe, dès lors que la limitation de cette prérogative au mis en cause pouvait poser question au regard du principe du procès équitable⁶. Un autre élargissement de la publicité de l'audience était donc inévitable. C'est pourquoi, suite à l'affaire dite du « *gang des barbares* »⁷, le législateur a octroyé à la cour

¹ V. *supra* n° 283 et s.

² V. *supra* n° 388. V. aussi, Cass. crim., 6 févr. 2013, n° 11-87.657, précisant que la cassation n'est pas encourue dès lors que le huis clos a été immédiatement ordonné par la cour à la demande de victimes parties civiles.

³ A. PASCAL, *La justice pénale et les médias*, *op. cit.*, n° 96, p. 70.

⁴ Cette affaire a remis en cause le postulat selon lequel la publicité restreinte serait, dans tous les cas, protectrice des intérêts du mineur. En effet, dans cette espèce hors norme (sur sa chronologie détaillée, v. *ibid.*), l'intéressé fut accusé et condamné à tort en 1989 puis en 2001 pour le meurtre de deux enfants. Cette erreur judiciaire a été causée en partie par l'existence parallèle d'un procès judiciaire tenu à publicité restreinte – Patrick Dils avait seize ans au moment des faits – et d'un procès médiatique totalement à charge à l'origine. Les avocats de l'accusé et lui-même réclamèrent à plusieurs reprises la publicité des débats ainsi qu'une évolution législative sur ce point. Ils obtinrent gain de cause avec la loi n° 2002-37 du 4 mars 2002, permettant à l'accusé de réclamer la publicité de l'audience (le prévenu s'est vu conférer une telle prérogative par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004). Patrick Dils bénéficia de cette disposition lors de son procès en appel, lequel se conclut par son acquittement en 2002.

⁵ J. DANET, « Le procès d'assises après la réforme », *RSC*, 2003, p. 289 : « *Il n'est pas certain qu'en dehors des hypothèses où l'accusé entend protester publiquement de son innocence, comme c'était le cas dans l'affaire Patrick Dils, beaucoup d'accusés souhaitent exercer ce nouveau droit qui leur est accordé* ».

⁶ P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, *op. cit.*, p. 286 : « *Affirmer que l'intérêt d'un accusé majeur, jugé par une juridiction pour mineurs, est toujours supérieur à d'autres intérêts légitimes paraît périlleux au regard du modèle du procès équitable. L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme est aussi une garantie pour la victime se constituant partie civile* ». Plus largement, il peut paraître excessif de permettre, « *en associant un seul mineur à la liste des accusés majeurs poursuivis, même si ce mineur n'est impliqué que de manière extrêmement périphérique dans les faits poursuivis, de soustraire les débats à la publicité* ».

⁷ En l'espèce, vingt-et-une personnes étaient renvoyées devant la cour d'assises pour l'assassinat, précédé de tortures, d'un jeune homme de confession juive. Or, seules deux d'entre elles étaient mineures au moment des faits, ce qui n'en rendait pas moins la tenue obligatoire du procès sous le régime de la publicité restreinte (Cass. crim., 12 nov. 1997, n° 96-83642). Là encore, le procès judiciaire s'est doublé d'un procès médiatique et

d'assises le pouvoir de décider elle-même de déroger au régime de publicité restreinte pour conférer un caractère public à l'audience « *en prenant en considération les intérêts de la société, de l'accusé et de la partie civile* »¹. Si le principe reste la publicité restreinte, le rétablissement de la publicité de l'audience gagne donc du terrain, ce que certains ne voient pas d'un bon œil².

Troisièmement, la sanction du non-respect de la publicité restreinte atteste de la moindre importance de ce régime par rapport au principe de publicité de l'audience. Si, comme ce dernier, le régime de la publicité restreinte est classiquement présenté comme étant d'ordre public³, des arrêts récents ont remis en cause cette solution⁴, si bien que le non-respect du régime de la publicité restreinte semble être aujourd'hui sanctionné d'une simple nullité à grief.

En somme, on peut considérer que l'audience est véritablement tiraillée entre un caractère privé et un caractère public en la matière, si bien que la publicité restreinte est davantage un tempérament – légitime – au principe de publicité plutôt qu'un principe à part

des critiques furent émises quant au caractère privé des débats (v. not., l'intervention télévisée de M^e Spizner : « *Je regrette profondément qu'il y ait ce huis clos (sic), il faudra changer la loi. Aujourd'hui seuls les mineurs ont le droit de décider si le procès aura lieu à huis clos ou pas. Je pense qu'il faut changer cela et permettre à la cour d'apprécier en fonction de l'intérêt de l'affaire et de l'intérêt des mineurs* », cité par A. PASCAL, *op. cit.*, n° 106, p. 74). Certains parlementaires s'en firent l'écho et déposèrent une proposition de loi (proposition de loi n° 1816, enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 8 juillet 2009) visant, en substance, à réintroduire le principe de publicité de l'audience comme principe dès lors que l'accusé serait devenu majeur au jour du jugement, le « *huis clos* » (sic) devenant l'exception. Cette proposition ne fut pas retenue, mais le législateur admit tout de même l'assouplissement étudié avec la loi n° 2011-939 du 10 août 2011.

¹ V., aujourd'hui, CJPM, art. L. 513-3, al. 2.

² M. HUYETTE, « Les réformes de la cour d'assises », *D.* 2011, p. 2293, rappelant que le but de la publicité restreinte est « *que son implication, parce que non relayée à l'extérieur de la salle d'audience, soit le moins possible un obstacle à la poursuite ou la reprise d'un parcours scolaire ou professionnel* ».

³ V. not., Cass. crim., 6 janv. 1993, n° 92-81.840, préc. ; Cass. crim., 24 juin 1998 n° 97-84.657, *Bull. crim.* n° 205. La publicité restreinte doit donc être constatée (Cass. crim., 13 févr. 1946, *Bull. crim.* n° 53 ; S. 1946, 1, p. 52).

⁴ Cass. crim., 6 févr. 2013, n° 11-87.657, préc., exigeant que la démonstration d'un grief pouvait être exigée lorsque l'audience sur les intérêts civils ne s'était pas tenue à publicité restreinte. De façon plus significative, v. Cass. crim., 21 janv. 2020, n° 19-86.957, P+B+I ; *AJ Pénal* 2020, p. 308, obs. P. BONFILS ; *RSC* 2020, p. 409, obs. J.-P. VALAT, estimant qu'en cas de non-respect de cette exigence devant le juge des libertés et de la détention, l'intéressé « *ne saurait cependant s'en faire un grief dès lors que, d'une part, il était majeur au moment du débat, d'autre part, ni lui ni son avocat n'ont soulevé devant le juge des libertés et de la détention de contestation sur la publicité de l'audience* ». Comme le souligne un annotateur (P. BONFILS, obs. préc.), d'une part, la majorité de l'intéressé lors de l'audience « *est invoquée pour écarter la nullité, alors que cette circonstance ne permettait classiquement d'écarter la publicité que lorsque l'intéressé le demandait* » et, d'autre part, « *la Cour de cassation considère finalement qu'il s'agit d'une règle d'ordre privé, que le mis en examen ou son avocat auraient dû nécessairement soulever devant le juge des libertés* » (v. cependant, J.-P. VALAT., obs. préc. : « *On ne pourra que saluer cette évolution dès lors qu'il n'était pas évident de déterminer en quoi la méconnaissance de ces règles faisait nécessairement grief aux intérêts du mineur quand il avait été assisté d'un avocat qui n'avait présenté aucune observation* »). V. encore, parachevant cette évolution, Cass. crim., 22 avr. 2020, n° 19-82.958 P ; *Dr. pén.* 2020, comm. n° 121, obs. A. MARON et M. HAAS, jugeant, dans une affaire où les portes étaient restées ouvertes lors d'une audience criminelle, après que le jury avait été constitué – c'est à dire après le commencement des débats – que dès lors que l'accusé « *a déclaré, avant que la cour ne rende l'arrêt incident ordonnant la poursuite des débats en audience publique, s'en remettre à la décision de la cour, les demandeurs ne sauraient se faire un grief de ce que la publicité restreinte n'ait pas été respectée dès l'ouverture des débats* ».

entière. Une telle approche est d'ailleurs retenue dans d'autres pays¹. Reste à évoquer le tempérament à la publicité de l'audience visant à protéger les intérêts de la victime.

506. La protection des intérêts de la victime. On sait que dans certains cas, en particulier lorsqu'un viol a été commis, le huis clos est de droit lorsque la victime partie civile le demande, celle-ci pouvant par ailleurs s'opposer à la mise en place de cette mesure². Cette privatisation de l'audience pénale, issue de la loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, a pu être contestée. Si la Cour de cassation a pu valider le dispositif sur le plan de la conventionnalité, sans développer les raisons justifiant une telle validation³, le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, a été plus disert. Pour écarter le grief d'atteinte au principe de publicité de l'audience, il a estimé qu'« *en réservant cette prérogative à cette seule partie civile, le législateur a entendu assurer la protection de la vie privée des victimes de certains faits criminels et éviter que, faute d'une telle protection, celles-ci renoncent à dénoncer ces faits. Ce faisant, il a poursuivi un objectif d'intérêt général* »⁴. Cette motivation est intéressante, en ce qu'elle conjugue étroitement l'intérêt général et l'intérêt de la victime, la préservation du premier et la nécessité d'une justice pénale *efficace* découlant de la protection de la vie privée de la victime par le caractère privé de l'audience⁵.

507. Conclusion de section. La transparence de la justice pénale, au stade du jugement, est donc pleinement concrétisée par le principe de publicité de l'audience, objet de multiples proclamations et assorti d'une sanction procédurale vigoureuse, la nullité d'ordre public. Les

¹ P. PIOT, *op. cit.*, note 1290, p. 286 : « Certains pays gardent le principe de la publicité, mais renforcent, de manière considérable, les exceptions à celle-ci pour les juridictions pour mineurs. La décision de rendre publique ou non l'audience appartient aux juridictions : Autriche, Belgique, Royaume-Uni, Danemark, Espagne, Finlande, Lituanie ».

² C. pén., art. 306, al. 3. V. *supra* n° 219 et 388.

³ Cass. crim., 17 févr. 2010, n° 09-84.377, estimant que le texte ne faisait « *qu'édicter une prescription entrant dans les prévisions conventionnelles* ».

⁴ Cons. const., 21 juill. 2017, n° 2017-645 QPC, § 5.

⁵ Il n'en demeure pas moins que c'est bien l'intérêt privé de la partie civile qui est véritablement au fondement du dispositif étudié, ce dont témoigne l'insistance des Sages sur le fait que « *cette dérogation au principe de publicité ne s'applique que pour des faits revêtant une particulière gravité et dont la divulgation au cours de débats publics affecterait la vie privée de la victime en ce qu'elle a de plus intime* » (*ibid.*). Plus fondamentalement, v. P. PIOT, *op. cit.*, p. 291, estimant que le législateur pouvait légitimement conférer ce choix à la victime, dans les hypothèses particulières prévues par le texte étudié, du fait de l'ambivalence de la publicité judiciaire, laquelle se trouve « *écartelée entre deux pôles. L'audience pénale peut permettre de briser le silence, et constituer un élément de reconstruction de la victime dans la dimension ontologique de sa dignité. Elle peut aussi être une nouvelle souffrance, reproduisant psychologiquement l'atteinte à la dignité subie, c'est-à-dire l'abaissement à la qualité d'objet : le sentiment de dépossession vécu lors des faits est alors ravivé par l'exposition publique* ».

tempéraments à ce principe, limités aux débats, permettent toutefois de préserver certains intérêts privés ou publics et de s'assurer que la lumière projetée sur le procès pénal soit éclairante et non aveuglante ; autrement dit, l'efficacité de la justice pénale commande parfois de conférer un caractère privé à l'audience pénale. À l'inverse, lorsque le secret est de mise, il s'agit de sortir de l'obscurité ce qui ne saurait y demeurer caché, afin de satisfaire le droit à l'information du public.

Section 2 : Le secret de la justice pénale atténué

508. Pour assouvir la soif de connaissance du public, lorsque, du moins, celle-ci paraît légitime, le législateur a introduit des fenêtres de publicité dans plusieurs phases procédurales. Au risque de sacrifier l'efficacité des investigations pénales ou de mettre à mal l'objectif d'amendement du condamné, ces fenêtres atténuent le secret prévalant tant au stade de l'enquête et de l'instruction (§1) qu'au stade du prononcé de la peine ou de son exécution (§2).

§1. L'atténuation du secret de l'enquête et de l'instruction

509. Lors de la phase préparatoire du procès pénal, « *le secret est vécu comme protecteur (de l'efficacité des procédures, puis de la présomption d'innocence) et la transparence considérée, au mieux, comme un mal nécessaire (éviter la désinformation)* »¹. Ce constat vaut assurément pour problématique de la diffusion d'informations lors des phases d'enquête et d'instruction (A). Il convient toutefois d'ajouter que l'instruction semble aujourd'hui plus « *transparente* »² que l'enquête. En effet, le législateur contemporain accorde une importance certaine à la publicité des audiences se tenant durant l'instruction, si bien que l'on pourrait être tenté d'avancer que le secret de l'instruction ne serait plus vraiment d'actualité. Il convient de nuancer ce constat en soulignant le caractère artificiel de la consécration de la publicité des audiences à ce stade de la procédure (B).

¹ C. AMBROISE-CASTÉROT et C. COMBEAU, « La procédure pénale dans la balance : entre secret et transparence », art. préc., p. 378.

² En ce sens, H. MATSOPOULOU, « Le secret de l'enquête et de l'instruction », art. préc. L'auteur déplore à cet égard le manque de transparence de l'enquête en droit positif.

A. Le contrôle nécessaire de la diffusion des informations lors de la phase préparatoire

510. Le secret de l'enquête et de l'instruction est aujourd'hui fragilisé (1), d'où la fenêtre de publicité consentie par l'article 11 du Code de procédure pénale au ministère public, laquelle constitue toutefois un remède perfectible (2).

1. Le secret de l'enquête et de l'instruction fragilisé

511. *L'importance théorique du secret de l'enquête et de l'instruction.* Pour rappel, le secret de l'enquête et de l'instruction est un héritage de procédure inquisitoire ayant marqué l'histoire du droit français. À compter de la seconde moitié du XIII^e siècle¹, ce secret va progressivement s'affirmer. « *L'article 110 de l'ordonnance de Blois de mars 1498 énonçait la règle du secret qui était ensuite reprise par l'ordonnance de Villers-Cotterêts d'août 1536, puis par la grande ordonnance criminelle de 1670* »². Brièvement aboli par la loi des 16 et 29 septembre 1791³, le secret est rétabli implicitement par le Code d'instruction criminelle de 1808⁴. Plus précisément, au cours du XIX^e siècle, le secret étudié est fondé sur la nécessité de préserver l'efficacité des investigations⁵, mises à mal par les divulgations permettant aux auteurs d'infractions d'effacer des preuves ou d'échapper à leur interpellation. Autrement dit, c'est l'intérêt général qu'il s'agissait de préserver⁶. Par la suite, le Code de procédure pénale de 1958 consacra pour la première fois depuis l'Ancien Régime le secret de l'enquête et de l'instruction au premier alinéa de son article 11. Cependant, sa raison d'être a évolué, son fondement premier « *serait désormais la présomption d'innocence ainsi que le respect de la vie privée, reléguant au second plan la garantie de l'efficacité des investigations* »⁷. Pourtant, malgré sa consécration et le

¹ C. GUÉRY, v° « Instruction préparatoire », *Rép. pén.*, 2018 (màj. 2021), n° 7.

² A. PASCAL, *La justice pénale et les médias*, *op. cit.*, n° 187, p. 120.

³ B. GARNOT, *Histoire de la justice, France, XVI^e-XXI^e siècle*, Folio histoire, 2012, p. 390 (cité par A. PASCAL, *op. cit.*, p. 120), rappelant que cette réforme avait « *pour principe général de rendre l'exercice de la justice clair et transparent aux yeux du public et indépendant du roi* ».

⁴ C. GUÉRY, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*, Dalloz Action, 2015, Ch. 613.34, rappelant que « *les articles 302 et 305 de ce code supposaient implicitement son rétablissement* », dès lors qu'ils « *prévoient la communication de toutes pièces au conseil de l'accusé après l'interrogatoire par le président de la cour d'assises, et la délivrance à l'accusé ou à son conseil de la copie des pièces du procès* ».

⁵ D. REBUT, « Le secret de l'enquête et de l'instruction, garantie du bon déroulement du procès pénal ? », art. préc.

⁶ *Ibid.*

⁷ A. PASCAL, *op. cit.*, n° 190, p. 122. V. aussi : D. REBUT, art. préc., soulignant que le rattachement du secret étudié à la présomption d'innocence permet de « *relier ce secret à un principe constitutionnel* », si bien qu'il emprunte

renouvellement de sa légitimité, le secret de l'enquête et de l'instruction est fragilisé en droit contemporain.

512. La fragilisation contemporaine du secret de l'enquête et de l'instruction. Comme le relève un auteur à propos de la question de médiatisation de la phase préparatoire du procès pénal : « Concilier la liberté d'information et la recherche de la vérité avec le respect du droit et la protection des individus relève [...] de la quadrature du cercle. Il semble bien que les premières soient encore privilégiées par rapport aux seconds »¹. En réalité, des atteintes au secret étudié sont commises par les journalistes dès le XIX^e siècle², d'où sa qualification de « *secret de polichinelle* » par la doctrine de cette époque³, expression reprise par la doctrine contemporaine⁴. Pourtant, l'enjeu est loin d'être théorique, le voyeurisme médiatique pendant cette phase de la procédure pouvant avoir des conséquences déplorables⁵.

Deux facteurs contribuent à la fragilisation contemporaine du secret de l'enquête et de l'instruction. D'une part, la définition de celui-ci est restrictive, dès lors que l'article 11 du Code de procédure pénale, en son deuxième alinéa, n'impose ce secret qu'à toute personne « *qui concourt* » à la procédure en cours. Dès lors, il n'est ici question que d'une « *exigence interne à la procédure* »⁶, c'est-à-dire que sont surtout concernés les acteurs publics que sont « *les magistrats instructeurs, leur greffier, les enquêteurs ainsi que les huissiers* »⁷, ainsi que les personnes requises par les enquêteurs pour effectuer un acte d'investigation technique, jouer le rôle d'interprète ou encore communiquer certaines informations⁸. En revanche, les parties privées ne sont pas tenues au secret, qu'il s'agisse du mis en examen, de la partie civile ou du

ainsi « *une force juridique qui va au-delà de sa simple nature légale* ». Adde : CEDH, 14 juin 2005, n° 9553/02, *Menet c/France* ; JCP 2005, 159, obs. F. SUDRE, § 50.

¹ J. FRANCILLON, « Médias et droit pénal, bilan et perspectives », art. préc.

² H. LECLERC, « Feu le secret de l'instruction », *Légipresse*, 2012, p. 700.

³ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. 3, Sirey, 3^e éd., 1912-928, n° 768.

⁴ V. not., B. LAVIELLE et P. LEMONNIER DE GOUVILLE, « Polichinelle et son secret : pour en finir avec l'art. 11 du code de procédure pénale », *AJ pénal*, 2009, p. 153.

⁵ V. not., A. PASCAL, *op. cit.*, p. 418 et s., évoquant le meurtre de Bernard Laroche par M. Villemin dans l'affaire « *Grégory* » et le fait que ce dernier serait passé à l'acte du fait des accusations médiatiques lancées contre son épouse.

⁶ C. GUÉRY, *op. cit.*, n° 7

⁷ A. PASCAL, *op. cit.*, n° 194, p. 123.

⁸ H. MATSOPOULOU, « Le secret de l'enquête et de l'instruction », art. préc.

témoin assisté¹, voire du témoin². Les avocats se trouvent, quant à eux, dans une position particulière puisqu'ils ne concourent pas non plus à la procédure, au sens de l'article précité, mais sont tout de même soumis au secret professionnel³ et voient leurs obligations déontologiques renforcées sur ce point⁴. Ce caractère non-absolu du secret a pu être présenté comme le « *défait de la cuirasse* »⁵ du secret étudié. Dans le même temps, certains considèrent qu'il est possible d'y voir « *l'obligation pour tout État démocratique de s'interdire la facilité du blocage de l'information* », dès lors que la couverture médiatique d'une affaire peut jouer le rôle d'un « *contrepois aussi bien aux risques de classements abusifs qu'à ceux d'erreurs judiciaires* »⁶. Cela n'enlève rien au fait qu'une fois la violation du secret de l'instruction caractérisée, une sanction sévère devrait être encourue.

En effet, le second facteur d'affaiblissement du secret de l'enquête et de l'instruction tient à l'ineffectivité de la répression pénale en matière de violation de ce secret, et ce, malgré la sanction du *recel* du délit de violation de celui-ci par les juges pénaux. Un tel *recel*⁷ commis par les journalistes a été admis à partir de la fin du XX^e siècle, de même, plus largement, que le *recel* du délit de violation du secret professionnel⁸. En pratique, la publication, par un journaliste, d'un document⁹ couvert par un secret, permet de caractériser la détention préalable dudit document, lequel est dès lors présumé transmis au journaliste par un dépositaire du secret en violation d'une obligation de confidentialité¹⁰. En d'autres termes, « *c'est un acte de*

¹ V. toutefois, C. proc. pén., art. 114-1, interdisant la communication aux tiers, par les parties, des reproductions des pièces ou actes d'une procédure remise par leur avocat.

² Ce qui est critiquable, v. S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, op. cit., n° 1907, p. 1037 : « *Pour les besoins de leur défense, mis en examen et partie civile ne sont pas tenus au secret de l'instruction. Cependant, les témoins ne devraient pas être admis à méconnaître secret dès lors qu'ils concourent à la procédure d'instruction et, par là même, à l'œuvre de justice* ».

³ Cass. crim., 18 sept. 2001, *Bull. crim.* n° 179 ; *Dr. pén.* 2002, comm. 16, note A. MARON. Si le respect de ce secret est désormais consacré par la loi (C. proc. pén., art. préI., *in fine*, introduit par la loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021), il n'en demeure pas moins que le secret professionnel est inopposable aux mesures d'enquête ou d'instruction en matière de fraude fiscale, de corruption, de financement du terrorisme, et de leur blanchiment, sous réserve que « *les consultations, correspondances ou pièces, détenues ou transmises par l'avocat ou son client, établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions* » (C. proc. pén., art. 56-1-2). *Adde* : L. GARNERIE, « Secret professionnel de l'avocat : le Parlement a tranché », *Gaz. pal.*, 23 nov. 2021, p. 5.

⁴ V. not., Décret n° 2005-790 du 12 juillet 2005 relatif aux règles de déontologie de la profession d'avocat, art. 5.

⁵ J. PRADEL in *Les rapports du Sénat*, n° 602, 1993-1994, p. 21.

⁶ D. MAYER, « L'information du public par la presse sur les affaires en cours d'instruction », *D.* 1995, p. 80.

⁷ V. not., Cass. crim., 13 mai 1991, *Bull. crim.* n° 200 ; Cass. crim., 11 mai 2016, n° 15-82.365.

⁸ V. not., Cass. crim., 19 juin 2001, n° 99-85188, *Bull. crim.* n° 149 ; *D.* 2001, p. 2538, note B. BEIGNIER et B. DE LAMY ; Cass. crim., 25 oct. 2005, n° 05-81457, *Bull. crim.* n° 268 ; *Dr. pén.* 2006, comm. 18, obs. A. MARON ; Cass. crim., 9 juin 2015, n° 14-80.713, *Bull. crim.* n° 142 ; *CCE* 2015, comm. 70, obs. A. LEPAGE.

⁹ La jurisprudence exclut l'information du champ du *recel* (v. not. Cass. crim., 3 avr. 1995, n° 93-81.569 ; *JCP G* 1995, II, 22429, note E. DERIEUX), ce qui permet théoriquement de considérer qu'il n'est pas question ici d'un délit d'expression.

¹⁰ Sur les contours et les enjeux de cette présomption, v. A. LEPAGE, « *Recel et violation du secret professionnel : saine rigueur de la Cour de cassation* », *CCE*, 2012 comm. 68.

publication, telle la publication d'un article de presse, qui révèle rétrospectivement une détention, constitutive du recel »¹. Il n'a pas échappé aux journalistes que cette construction juridique complexe a pour conséquence concrète de réprimer un acte de publication² en dehors du cadre protecteur de la loi du 29 juillet 1881, si bien que cette répression est souvent contestée devant les juges de Strasbourg qui font, le plus souvent, prévaloir la liberté d'information du public sur le secret³. Par ailleurs, le législateur s'est senti contraint de mettre en place un régime dérogatoire pour tempérer les rigueurs de cette jurisprudence⁴, si bien que les sanctions sur ce fondement sont rares aujourd'hui.

513. Pour remédier à la médiatisation abusive de la procédure et combler le besoin d'informations des journalistes au stade des investigations, le législateur a donc introduit la fenêtre de publicité du procureur de la République. Si ce remède est louable en son principe, il apparaît néanmoins perfectible.

2. La fenêtre de publicité du procureur, remède perfectible

514. Les finalités louables de la fenêtre de publicité. Les finalités de la fenêtre de publicité consentie au procureur de la République par le troisième alinéa de l'article 11 du Code de procédure pénale sont plurielles. Il s'agit, d'une part, de préserver la présomption d'innocence des « personnes mises en cause »⁵. En effet, le texte précité vise notamment à éviter la propagation d'informations « inexactes ». Or, la divulgation de telles informations « n'est pas

¹ A. LEPAGE, « Recel et apologie d'actes de terrorisme – Fin de partie pour la répression du recel de fichiers provenant d'un site d'apologie d'actes de terrorisme », *CCE*, 2020, comm. 73.

² A. LEPAGE, « Quand le délit d'apologie d'actes de terrorisme croise le recel, sous l'égide de la liberté d'expression », *CCE*, 2020, comm. 26 : « c'est la publication de l'information ou la reproduction du document la contenant qui est à l'origine de la poursuite du journaliste. De sorte que la condamnation du journaliste pour recel revient indirectement à reprocher au journaliste d'avoir publié une information ».

³ CEDH, gr. ch., 21 janv. 1999, n° 29183/95, *Fressoz et Roire c/ France*, § 54 ; CEDH, 7 juin 2007, *Dupuis et autres c/ France*, n° 1914/02, § 44. V. toutefois, CEDH, 17 déc. 2020, n° 61470/15, *Sellami c/ France*, § 53. Adde : H. BRONNENKANT, « La communication et le procès : règles nationales et standards européens », *JCP*, 2013, n° 50, doct., 1322.

⁴ V. Loi du 29 juillet 1881, art 35 *in fine* (introduit par la loi n° 2010-1 du 4 janv. 2010 relative à la protection du secret des sources des journalistes), disposant que, dans le cadre du procès en diffamation « le prévenu peut produire pour les nécessités de sa défense, sans que cette production puisse donner lieu à des poursuites pour recel, des éléments provenant d'une violation du secret de l'enquête ou de l'instruction ou de tout autre secret professionnel s'ils sont de nature à établir sa bonne foi ou la vérité des faits diffamatoires ».

⁵ V. PELTIER, « Le traitement de l'information pendant l'instruction préparatoire. Exégèse de l'article 11, alinéa 3 du Code de procédure pénale », *Dr. pén.*, 2008, étude 16, n° 13 et 14 : « Cette expression doit-elle s'entendre uniquement des personnes mises en cause dans la procédure [...] ou englobe-t-elle également les personnes mises en cause uniquement dans les médias ? Force est de constater que le libellé très vague de l'alinéa 3 ne permet pas de répondre clairement à cette difficulté ».

une menace pour le secret de l'instruction, qui n'est pas défloré. C'est donc que le but poursuivi par l'alinéa 3 n'est pas la préservation du secret (qui n'est pas menacé), mais bien celle de la présomption d'innocence des personnes mises en cause »¹. Le dispositif vise aussi, d'autre part, à améliorer la relation entre la justice et les médias et, plus largement, à renforcer le crédit de la justice auprès des citoyens ainsi que son efficacité, que le secret ne suffit pas à garantir en l'occurrence. Ces finalités sont suggérées par la volonté affichée d'éviter la diffusion d'informations « parcellaires », dès lors que « dans cette hypothèse, le secret a bel et bien été violé, par exemple, par des journalistes qui se seront procurés des extraits d'actes ou auront obtenu des renseignements à la suite d'indiscrétions »². La diffusion d'une information complète devrait donc permettre de rétablir la sérénité des investigations troublée par ces révélations parcellaires ainsi que de « mettre fin à un trouble à l'ordre public » – autre finalité visée par le texte –, trouble résultant « du fait que l'opinion publique aura été induite en erreur, en raison de la nature des informations divulguées par les médias »³. En définitive, la fenêtre de publicité étudiée donne « à la justice une possibilité de collaborer avec la presse et à cette dernière de travailler avec la justice et non contre elle »⁴.

515. Les limites de la fenêtre de publicité. Trois séries de critiques peuvent être portées à l'encontre de la fenêtre de publicité dont dispose le procureur de la République. En premier lieu, certains ont pu émettre la crainte que la formulation de l'article étudié ne soit un « *pousse au crime* »⁵, au sens où elle inciterait les journalistes à « *prêcher le faux pour savoir le vrai* »⁶ ; autrement dit, les journalistes pourraient être tentés de diffuser des informations « *inexactes* » pour conduire le procureur à communiquer davantage sur une investigation en cours. Pour un auteur, cette critique paraît cependant excessive, dès lors que « *ce n'est pas – heureusement – ce qui ressort majoritairement de la pratique journalistique* »⁷.

¹ *Ibid.*, n° 7. Dès lors, c'est « pour éviter l'amplification de rumeurs que la communication d'informations est permise » (*ibid.*, n° 8).

² *Ibid.*, loc. cit.

³ *Ibid.*, n° 9.

⁴ *Ibid.*, n° 23. Adde : J.-L. COSTE, « Les principes d'action du parquet face à la présomption d'innocence », in *Présomption d'innocence en droit comparé*, Centre français du droit comparé-société de législation comparée, 1998, p. 41 : « La mise au point du procureur, si elle n'est pas non plus sans risque, aura en revanche le mérite de fixer les limites de ce qui peut être révélé, de préciser la nature exacte des faits, leur qualification, de faire le point de l'enquête et d'éviter les extrapolations ».

⁵ P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, op. cit., p. 387.

⁶ E. DERIEUX, « Rappel des normes en présence et de la réalité de leur application », *Légicom*, 2005/1, n° 33, p. 34

⁷ A. PASCAL, *La justice pénale et les médias*, op. cit., n° 237, p. 147. L'auteur ajoute que, d'une part, « en raison de la diffusion instantanée de l'information les procureurs de la République sont souvent conduits à devancer les médias en prenant la parole dans le prolongement des faits ou de leur découverte » et, d'autre part, qu'à l'inverse,

En deuxième lieu, il a pu être souligné que, dès lors que le procureur de la République est tenu de ne communiquer que des « *éléments objectifs tirés de la procédure ne comportant aucune appréciation sur le bien-fondé des charges retenues* », l'objectif de protection de la présomption d'innocence peut difficilement être atteint. En effet, ce magistrat, « *qui, par les textes, a un rôle d'accusateur, ne peut, pour sauvegarder la présomption d'innocence d'une personne mise en cause, s'arroger le droit de la disculper avant jugement* »¹.

Cela conduit, en troisième lieu, aux critiques découlant du choix du procureur de la République comme intervenant privilégié pour communiquer certaines informations. En lien avec la critique précédente, on conviendra qu'« *il y a quand même quelque paradoxe à confier la protection de la présomption d'innocence d'une personne visée dans une procédure à la partie poursuivante* »². De plus, dès lors qu'aucun recours n'est possible contre le choix effectué par le représentant du ministère public des informations à communiquer, le risque est qu'il « *en profite pour imposer une "vérité officielle", distincte de la réalité ou, tout simplement, différente de la vérité de la personne mise en examen ou de celle de la partie civile (inquiétude accrue par la subordination hiérarchique des membres du Parquet au ministère de la Justice)* »³. Il peut donc paraître surprenant qu'un intervenant plus neutre, comme le président du tribunal judiciaire⁴, n'ait pas été désigné par le législateur pour jouer ce rôle. On concédera que le choix du législateur de confier au procureur l'exclusivité de la communication sur une investigation pénale en cours reposait tout de même sur une logique claire, dès lors qu'il s'agissait de combler « *le déficit de communication de l'accusation face à la défense, qui libre de s'exprimer devant les médias, risquait de leur donner une vision partielle de l'affaire* »⁵. Toutefois, on peut légitimement se demander si, loin d'avoir opéré le rééquilibrage escompté, le texte étudié n'a pas introduit un nouveau déséquilibre en faveur, cette fois, de l'accusation⁶. S'il est vrai que le texte permet à la juridiction d'instruction ou aux parties de solliciter la communication de certaines informations, ce qui apparaît comme « *le reflet du principe de*

« *il est parfois nécessaire afin de protéger le bon déroulement des investigations, que le procureur de la République ne démente pas immédiatement les informations dont il sait pourtant qu'elles sont fausses* ».

¹ V. PELTIER, art. préc., n° 11.

² *Ibid.*, n° 15. Dans le même sens, P. PIOT, *op. cit.*, p. 389.

³ *Ibid.*, n° 26.

⁴ En ce sens, v. *ibid.*, n° 15.

⁵ F. BUSSY, « Justice et médias », *D.*, 2010, p. 2526. Dans le même sens, P. PIOT, *op. cit.*, p. 390 : « *les députés ont voulu rééquilibrer, au profit du procureur de la République, la faculté qu'ont les avocats de s'exprimer sur les affaires en cours* ».

⁶ En ce sens, P. PIOT, *op. cit.*, p. 393, pour qui le plateau n'est « *pas équilibré entre le Parquet et l'avocat. L'un peut s'exprimer, publiquement et de façon libre sur les enquêtes et les instructions en cours [...], tandis que la liberté d'expression de l'autre est très relative puisque toujours susceptible de fonder une condamnation pénale* ».

l'égalité des armes, cher à la Cour européenne des droits de l'homme »¹, le procureur reste libre de ne pas donner suite à cette sollicitation².

Le législateur semble avoir entendu ces critiques, un rapport parlementaire ayant, récemment, suggéré « *d'autoriser les services de police et de gendarmerie à communiquer sur les enquêtes de flagrance ou préliminaires en cours, sur autorisation et sous le contrôle du procureur de la République* »³. Cet élargissement projeté renforcerait toutefois le déséquilibre précédemment évoqué entre la défense et les autorités de poursuite. Par ailleurs, d'un point de vue pratique, il n'est pas certain que les enquêteurs soient formés pour se prêter au délicat exercice que constitue la prise de parole médiatique, les procureurs commençant tout juste à l'être⁴. Une prise de parole maladroite pourrait être aussi contre-productive qu'une communication potentiellement partielle.

516. La fenêtre de publicité du procureur de la République, au cours de la phase préparatoire, est donc bien un remède perfectible. Toujours est-il que, malgré les violations récurrentes du secret de l'instruction en pratique, le secret de l'enquête et de l'instruction reste le principe au regard de la formulation actuelle de l'article 11 du Code de procédure pénale, la communication publique n'étant qu'exceptionnellement autorisée. En ce qui concerne l'instruction, ce constat semble remis en cause par la consécration de la publicité des audiences au cours de cette phase, dispositif en réalité artificiel.

B. La consécration artificielle de la publicité des audiences au cours de l'instruction

517. On a vu que pour plusieurs contentieux, au stade de l'instruction, le principe est celui d'une audience publique⁵, ce qui, en apparence, « *consacre une inversion de logique révélatrice du terrain gagné par la publicité aux dépens du secret* »⁶. L'étude de l'origine des dispositions concernées témoigne en effet de l'importance qu'accorde le législateur contemporain à la

¹ V. PELTIER, art. préc., n° 20.

² Il peut d'ailleurs paraître incongru que celui-ci puisse refuser la communication sollicitée par un magistrat instructeur, pourtant en charge des investigations une fois l'information ouverte. En ce sens, P. PIOT, *op. cit.*, p. 395.

³ Assemblée nationale, rapp. n° 2540, 20 déc. 2019, *JCP* 2020, 126.

⁴ J. DALLEST, « Le parquet et la communication ou les exigences de la modernité », *AJ pénal*, 2018, p. 298.

⁵ V. *supra* n° 389.

⁶ C. AMBROISE-CASTÉROT et C. COMBEAU, « La procédure pénale dans la balance : entre secret et transparence », art. préc., p. 77.

publicité de ces audiences (1). En pratique, cette publicité est toutefois éminemment relative (2).

1. La consécration récente de la publicité des audiences au cours de l'instruction

518. De l'audience secrète à l'audience publique par exception. La publicité des audiences au cours de l'instruction n'était pas de mise en droit intermédiaire, alors pourtant que la transparence de la justice était une préoccupation centrale de la législation révolutionnaire¹. La procédure devant les jurys d'accusation, institution d'inspiration anglo-saxonne expérimentée durant cette période², était ainsi secrète³. Par la suite, sous l'empire du Code de l'instruction criminelle, la mise en accusation était confiée à une chambre du conseil composée de trois magistrats ; le secret était donc plus que jamais de mise, les parties n'étant « *pas même informées de la date de l'audience statuant sur leur cas* »⁴. Tout au long du XIX^e siècle, des voix s'élevèrent pour réclamer, à titre principal, une audience contradictoire⁵ et, à titre subsidiaire, la publicité de celle-ci⁶.

Les rédacteurs du Code de procédure pénale firent droit à la première réclamation⁷ mais la tenue de l'audience en chambre du conseil demeurait le principe en 1958. Il fallut attendre la loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 pour que la possibilité pour le mis en examen majeur de solliciter la publicité de l'audience soit admise dans le cadre du contentieux de la détention provisoire,

¹ V. *supra* n° 496.

² P. PIOT, *op. cit.*, p. 198.

³ Ce qui fut d'ailleurs présenté comme la cause de l'échec de cette expérimentation. V. Observations du Tribunal criminel de l'Ain in *Observations des tribunaux criminels sur le projet de Code criminel*, t. 1, Imprimerie impériale, An XIII, p. 8 : « *Les jurys d'accusation, opérant sans publicité, n'ont point de responsabilité morale comme ceux de jugement, dont le public partage, pour ainsi dire, les fonctions dans l'auditoire, et dont l'œil et l'opinion sont un frein pour les jurés* ».

⁴ P. PIOT, *op. cit.*, p. 200.

⁵ *Ibid.* : « *Les éléments de réforme en ce sens déposés en 1879, 1899, 1938 (Matter) et 1949 (Donnedieu de Vabres) demeurèrent cependant lettres mortes* ».

⁶ V. not., C. MITTERMAIER, *Traité de la procédure criminelle en Angleterre, en Ecosse et dans l'Amérique du Nord*, Thorin, 1868, p. 249 : « *Reconnaître la légitimité de la publicité au débat définitif sans la reconnaître en même temps pour l'information préparatoire n'est qu'une inconséquence [...]. Dès que l'accusé d'un crime est amené devant la justice, il se trouve de droit placé sous l'égide du public et protégé par là contre toute illégalité, tout abus ou excès de pouvoir* ». Dans le même sens, v. l'intervention du ministre de la Justice RICARD en 1896 (Sénat, *J.O.* du 29 mars 1896, annexe 10, p. 3), estimant « *qu'un progrès considérable sera réalisé si le magistrat instructeur, au lieu d'accomplir sa tâche toute entière à l'abri des regards du public, peut désormais [...] soumettre au contrôle de la publicité les résultats acquis au cours de l'information* ».

⁷ Sur la reconnaissance minimale du contradictoire à cette occasion et sa véritable consécration avec la loi n° 84-576 du 9 juillet 1984, v. P. PIOT, *op. cit.*, p. 201.

par voie d'amendement¹. Un député affirma à cette occasion que la publicité potentielle des débats était « *une très bonne chose car les citoyens doivent pouvoir contrôler l'exercice de la justice par les juges* »² ; on retrouve donc une justification classique du principe de publicité.

Cette possibilité pour le mis en examen de solliciter la publicité de de l'audience fut par la suite doublement étendue par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000. D'une part, c'est depuis cette réforme que l'exception de publicité peut concerner toutes les matières débattues devant la chambre de l'instruction³. D'autre part, cette loi prévoyait aussi l'exception de publicité pour l'audience de placement en détention provisoire se tenant devant le juge des libertés et de la détention⁴ ; jusqu'alors, une audience de cabinet était de mise. De surcroît, au-delà de ces extensions, la même loi introduisait une innovation, à savoir l'audience spéciale concernant les personnes susceptibles d'être pénalement irresponsables. Cette fois, la possibilité de solliciter la publicité de l'audience était accordée à la partie civile⁵.

En somme, la publicité des audiences au cours de l'instruction, longtemps réclamée, intégrait finalement la norme procédurale en faisant figure d'exception. Cela n'était toutefois que le prélude à la consécration de la publicité de droit en la matière.

519. De l'exception de publicité à la publicité de droit. Suite au scandale suscité par l'affaire d'Outreau au début des années 2000, le législateur s'est attelé à remédier aux dysfonctionnements relatifs à la phase d'instruction révélés à cette occasion. Une publicité systématique des audiences relatives à la détention provisoire est alors apparue comme une évolution nécessaire. Pour Robert BADINTER : « *Dans notre droit, il est de principe que toute audience contradictoire doit être publique. Pourquoi publique ? Parce que c'est une garantie essentielle, pour celui qui est susceptible d'être placé en détention provisoire, que, à cette audience, ce qu'il fait valoir puisse être entendu au-delà du seul cabinet du magistrat instructeur. J'ajoute que c'est aussi l'intérêt général, car il n'est pas bon que circulent, à propos de tel ou tel placement en détention, des rumeurs sur les charges les aggravant au*

¹ Le gouvernement étant défavorable à cet amendement, un député le défendit en ces termes : « *L'affaire qui a beaucoup occupé l'opinion publique, l'affaire des anesthésistes de Poitiers, et qui s'est terminée par une décision d'acquiescement de la cour d'assises de la Vienne si elle avait été évoquée en audience publique devant la chambre d'accusation, aurait-elle pris le même chemin ?* » (Assemblée nationale, 2^e séance du 29 nov. 1988, *J.O.* du 30 nov. 1988, p. 2853).

² Assemblée nationale, 1^{re} séance du 29 nov. 1988, *ibid.*, p. 2829.

³ C. proc. pén., art. 199, al. 1^{er}.

⁴ C. proc. pén., art. 145 ancien.

⁵ C. proc. pén., art. 199-1 ancien : « *Si la comparution personnelle de la personne mise en examen a été ordonnée, et si la partie civile ou son avocat en fait la demande dès l'ouverture des débats, ceux-ci se déroulent et l'arrêt est rendu en séance publique, sauf si la publicité est de nature à nuire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs* ».

regard de ce qu'elles sont réellement ou, à l'inverse, une désinformation qui tend à faire penser que le juge d'instruction a placé sans raison valable le mis en examen en détention provisoire »¹. On retrouve donc exactement les mêmes raisons que celles fondant la fenêtre de publicité du procureur de la République étudiée plus haut, à savoir le respect de la présomption d'innocence et la sérénité de la justice². À ces raisons vinrent par ailleurs s'ajouter la volonté de réduire le contingent des personnes placées en détention provisoire³. C'est ainsi que fut consacrée, par loi n° 2007-291 du 5 mars 2007, la publicité de droit de l'audience pour le contentieux de la détention provisoire des personnes majeures⁴

Les conséquences de cette évolution sont intéressantes quant à la façon de concevoir la phase d'instruction. Comme le relève un auteur, cette phase semble à présent scindée entre, « d'une part, la collecte – secrète – des preuves ; d'autre part leur discussion – publique – afin d'assurer la pleine effectivité des droits de la défense dans le respect du principe du contradictoire »⁵. Plus encore, il ne serait plus possible de considérer que le secret serait le principe lors de l'instruction et la publicité l'exception. En effet, le législateur aurait « rompu avec la césure traditionnelle [...] organisant une instruction secrète et une phase décisive publique [...] au profit d'une approche matérielle qui consiste à régler l'intensité des garanties au regard de celle des atteintes sans tenir compte du moment procédural où interviennent ces dernières »⁶. Pour autant, quoiqu'en disent les parlementaires, un tel changement de paradigme ne tombe pas sous le coup de l'évidence. Pour les juges de Strasbourg, rien n'impose que les audiences de la phase préparatoire revêtent un caractère public⁷. On a également pu écrire que face aux arguments « qui militent en faveur du secret, il ne se manifeste, à proprement parler, aucun argument de fond en faveur de la publicité »⁸. En réalité, malgré les exigences légales, la publicité des audiences concernées est des plus relatives.

¹ Sénat, séance du 8 février 2007, *J.O.* du 9 février 2007.

² V. *supra* n° 514.

³ Pour un député : « Le projet de loi prévoit également toute une série de mesures pour limiter la détention provisoire sans générer d'effets [dont] la publicité des débats devant le juge des libertés et de la détention [...]. Le problème réside dans l'absence de fenêtres de publicité dans le code de procédure pénale actuel » (Assemblée nationale, 3^e séance du 19 déc. 2006, *J.O.* du 20 déc. 2006, p. 9188 et 9192).

⁴ C. proc. pén., art. 145, al. 6, C. proc. pén., art. 199, al. 2 et C. proc. pén., art. 221-3, al. 3.

⁵ P. PIOT, *op. cit.*, p. 209. V. aussi l'intervention d'un député lors de l'élaboration de la loi du 15 juin 2000, estimant nécessaire de « différencier les mesures relevant de la fonction d'investigation qui, bien entendu doivent rester secrètes pour être efficaces, et celles relevant de la fonction juridictionnelle. Les fonctions juridictionnelles doivent être publiques [...] » (Assemblée nationale, 1^{re} séance du 24 mars 1999, *J.O.* du 25 mars 1999, p. 2783).

⁶ *Ibid.*, p. 323.

⁷ CEDH, 15 nov. 2005, n° 67175/01, *Reinprecht c/ Autriche*, § 34, estimant qu' « il n'y a dans la jurisprudence actuelle de la Cour aucun élément qui corrobore l'argument du requérant selon lequel les audiences sur la légalité de la détention provisoire devraient être publiques ».

⁸ M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, Ellipse, 3^e éd., 2010, p. 488. La position de l'auteur est toutefois plus nuancée dans l'édition suivante de son ouvrage (4^e éd., 2017, p. 608).

Avant de le constater, il convient d'ajouter qu'une dernière évolution survint en 2008, concernant les personnes potentiellement irresponsables. L'article 199-1 du Code de procédure pénale fut alors abrogé pour être remplacé par l'article 706-122 du Code de procédure pénale¹. Là encore, la prérogative accordée à une partie de solliciter la publicité de l'audience, en l'occurrence la partie civile, fut supplantée par une publicité de droit. Or, cette audience publique est vivement critiquée par certains auteurs, qui s'interrogent notamment « *sur la compatibilité de cette publicité avec le respect dû à la vie privée, à la dignité humaine. La personne atteinte d'un trouble mental mérite-t-elle de vous voir ainsi sa pathologie dévoilée ? Au-delà de la curiosité des victimes, est-il bien nécessaire de satisfaire la curiosité des médias ?* »² L'utilité d'une telle procédure est également mise en doute³. Ceci étant précisé, il convient à présent de constater la relativité de la publicité des audiences au cours de l'instruction.

2. La publicité relative des audiences au cours de l'instruction

520. La sanction édulcorée de la méconnaissance de la publicité. Le premier facteur relativisant l'exigence de publicité au stade de l'instruction est la jurisprudence de la Cour de cassation instaurant une simple nullité à grief⁴ en cas de violation des exigences textuelles en la matière. *A priori*, dès lors que la publicité des audiences de l'instruction repose sur les mêmes fondements que la publicité des audiences de jugement, la méconnaissance des régimes concernés devrait être appréciée avec la même rigueur. Pourtant, si la chambre criminelle a pu être exigeante sur certains points, à savoir le fait que les juges écartent la publicité dans un arrêt ou une ordonnance distincte⁵, fassent référence aux motifs légaux en cas de refus de faire droit à une demande de publicité⁶, ou encore s'assurent que la défense ait la parole en dernier en cas

¹ Loi n° 2008-174 du 25 février 2008.

² E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., note 30, p. 680. L'auteur ajoute : « *Il semble que de tels procès public et prétendument contradictoires aient la même fonction que les procès fait aux choses ou aux animaux dans l'Antiquité et durant le haut moyen-âge : exorciser, par une réaction judiciaire, le souvenir des faits en question* » (ibid., n° 844, p. 679).

³ Ibid. : « *Soit la personne mise en cause a retrouvé son discernement ou le contrôle de ses actes et sa mise en cause la met en porte-à-faux dans la mesure où on lui demande de s'expliquer sur quelque chose qu'elle n'a pas compris ou qu'elle n'a pu empêcher [...]. Soit la personne en cause n'a pas retrouvé son discernement ou le contrôle de ses actes, et elle n'est même pas en mesure de s'expliquer* ». Adde : H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la "dangerosité" et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *Dr. pén.*, 2008, étude 5, n° 53.

⁴ Sur la théorie des nullités en procédure pénale, v. *supra* n° 481.

⁵ Cass. crim., 10 janv. 1994, n° 93-84.846, *Bull. crim.* n° 10.

⁶ Cass. crim., 15 mai 2002, *Bull. crim.* n° 114 ; Cass. crim., 23 sept. 2009, n° 09-84759.

de publicité sollicitée par le mis en examen¹, elle n'a pas été aussi rigoureuse, loin s'en faut, quant à la nature de la nullité attachée au non-respect de l'exigence de publicité. En effet, « à mesure que le législateur a multiplié les lois pour imposer la rupture avec une vision de la procédure imprégnée par le principe de l'inquisitoire, la jurisprudence [...] a évolué en réaction, au point de ne plus attacher aucune sanction à la méconnaissance du principe de la publicité de l'audience au motif, non prévu par la loi – et surtout pas par le législateur ! –, que cette dernière survient pendant la phase d'instruction »². Ainsi, alors que la publicité de l'audience n'était encore prévue que par exception, les juges répugnaient-ils à sanctionner sévèrement l'absence de mise en œuvre de la publicité sollicitée³. Or, s'il est légitime de considérer, lorsque la publicité est le principe, que l'absence de mise en œuvre d'un huis clos ne porte pas nécessairement atteinte aux intérêts du mis en cause, ce raisonnement ne peut être transposé à l'hypothèse où la publicité est l'exception, du fait de l'importance qui s'y attache⁴.

Pire, les juges du quai de l'Horloge ont également nié à la publicité de droit, introduite par la loi du 5 mars 2007, tout caractère d'ordre public. Quelques mois après l'entrée en vigueur de cette réforme, il a pu être jugé que l'inobservation de la formalité prévue par l'article 199, alinéa premier, du Code de procédure pénale, « ne saurait donner ouverture à cassation que s'il en résulte une atteinte aux intérêts de la partie concernée »⁵, solution réitérée par la suite⁶. Or, une telle solution est évidemment critiquable au regard du principe de légalité, dès lors que « la position de la Cour de cassation est la négation pure et simple de la volonté du législateur »⁷, d'autant que l'article 592 du Code de procédure pénale pose clairement le principe d'une nullité d'ordre public en cas de méconnaissance de l'exigence de publicité. Du

¹ Cass. crim., 16 oct. 2001, *Bull. crim.* n° 208 ; *D.* 2002, somm., p. 1459, obs. J. PRADEL.

² P. PIOT, *op. cit.*, p. 315.

³ En ce sens, D. KARSENTY, « Le droit au procès équitable », in Cour de cassation, Rapp. annuel 2001, Deuxième partie : Études et documents, Études sur le thème des libertés, admettant que « la tendance reste aux solutions traditionnelles [...] certaines décisions ont retenu que cette violation [de la publicité] était sans incidence sur la validité de la procédure dès lors qu'il n'était pas démontré ou allégué l'existence d'un grief pour l'intéressé ».

⁴ P. PIOT, *op. cit.*, p. 319 : « Une publicité accidentelle alors que son absence avait été décidée, n'est, pour les parties, qu'un retour à la garantie qu'apporte une audience publique, ce dont les parties privées ne peuvent guère se plaindre. En revanche, supprimer la publicité, c'est porter atteinte aux droits de la défense ». Comp. Cass. crim., 8 févr. 1990, *Bull. crim.* n° 69, admettant que le caractère public d'une audience de la chambre d'accusation, alors qu'elle aurait dû se tenir en chambre du conseil, ne portait pas atteinte aux intérêts de l'intéressé.

⁵ Cass. crim., 25 juill. 2007, *Bull. crim.* n° 187 ; RSC 2008, p. 933, obs. R. FINIELZ.

⁶ Cass. crim., 23 janv. 2013, n° 12-87382 ; Cass. crim., 17 sept. 2014, *Bull. crim.* n° 190.

⁷ P. PIOT, *op. cit.*, p. 318. V. aussi, R. FINIELZ, obs. préc., estimant que la solution « s'accorde difficilement avec le dispositif mis en place par le législateur, et la volonté qu'il a clairement exprimée : faire de l'audience sur la détention une audience publique, afin d'assurer le contrôle des motifs du placement en détention et éviter tout arbitraire du juge [...]. Sa pleine mise en œuvre par le juge supposait ainsi une sanction équivalente à celle de la violation du principe de publicité à l'audience de jugement ».

fait de cette solution, l' « exigence nouvelle de publicité est ainsi vidée de son contenu »¹. En somme, cette jurisprudence constitue un obstacle juridique majeur² à la mise en œuvre effective du principe de publicité des audiences au stade de l'instruction. Reste à évoquer les obstacles factuels à son application.

521. La mise en œuvre délicate de la publicité en pratique. Changer des habitudes pluriséculaires n'est pas chose aisée. Dès lors, exiger que des audiences traditionnellement privées deviennent publiques peine à s'imposer dans la pratique judiciaire, d'autant que « l'exigence de publicité posée par la loi intervient dans un contexte de fermeture grandissante des palais de justice au public, particulièrement dans les tribunaux de province »³, du fait notamment de la volonté d'éviter les agressions de magistrats⁴ ou de diminuer les coûts que supposent l'ouverture des tribunaux. Un auteur peut donc légitimement s'interroger en ces termes : « *Qu'en est-il de l'effectivité du principe de publicité des débats [...] en matière de détention provisoire, lorsque l'audience est organisée dans un bureau inaccessible au public, par l'effet de systèmes de sécurité de plus en plus poussés ou plus simplement lors de la tenue d'un débat le week-end lorsque le tribunal de grande instance est fermé au public ?* »⁵ C'est sans doute du fait de cette réalité que la Cour de cassation n'a aucune difficulté à affirmer que « le fait que la porte fût fermée ne signifiait pas que le public eût été empêché d'entrer »⁶, ce qui revient à présumer la témérité des justiciables ou des journalistes, ainsi que leur facilité à s'orienter dans les méandres des palais de justice français.

¹ R. FINIELZ, obs. préc.

² Auquel on peut ajouter la difficulté de soulever une contestation sur ce point, v. P. PIOT, *op. cit.*, p. 312 : « *Devant la chambre de l'instruction, la question de la publicité des débats devant le juge des libertés et de la détention ne peut donc être abordée qu'à l'occasion d'un appel contre une décision de placement en détention ou de maintien en détention* ». Surtout, aux termes des textes étudiés, la décision des magistrats instructeurs relatives à la publicité « n'est susceptible de pourvoi en cassation qu'en même temps que l'arrêt portant sur la demande principale ».

³ *Ibid.*, p. 321.

⁴ *Ibid.*, p. 322.

⁵ A.-C. BERGÈRE, « Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles », art. préc. Dans le même sens, P. PIOT, *op. cit.*, *loc. cit.* : « *Souvent voit-on désormais une porte, nécessitant un code ou une clé pour la franchir, séparer les bureaux et salles destinés à recevoir au public des autres locaux. Or, c'est précisément dans ces bureaux, situés derrière une porte fermée même aux heures d'ouverture du tribunal, que se déroulent les audiences "publiques" [...]. Quelle est d'ailleurs, bien souvent, la réalité d'un débat contradictoire devant le juge des libertés et de la détention pour un avocat d'une petite ou moyenne juridiction de province : sonner à la porte de service d'un tribunal ; se faire accueillir par un policier de l'escorte qui vous fait cheminer par des couloirs plongés dans le noir ; déposer ses vêtements dans la salle d'audience qui a au moins l'utilité de servir de vestiaire, et débattre en audience réputée "publique" devant le juge des libertés et de la détention dans une pièce étroite, absolument inaccessible pour le public* ».

⁶ Cass. crim., 18 juin 2008, *Bull. crim.* n° 157, préc.

En résumé, le « *mouvement apparent d'extension du domaine de la publicité du procès pénal ne trouve pas de concrétisation dans la réalité, dès lors que l'accès effectif du public aux salles d'audience n'est pas amélioré, loin de là* »¹. Si, à propos de la diffusion de l'information pendant la phase préparatoire, on a vu que le primat du secret posé par les textes était mis à mal dans les faits par une médiatisation constante de cette phase, la publicité des audiences, quasiment érigée en principe au stade de l'instruction, se heurte au contraire à la réalité d'une justice demeurant, pour l'essentiel, secrète. C'est dire que le secret de l'enquête et de l'instruction, gage de l'efficacité des investigations, n'est qu'atténué par l'opposition privé-public et demeure le principe en la matière. Un constat comparable peut être établi à propos du secret entourant la peine.

§2. L'atténuation du secret entourant la peine

522. En droit positif, aucun texte ne consacre un éventuel « *secret de l'exécution la peine* »². Pourtant, si le prononcé de la peine est nécessairement public, son exécution échappe au regard du public³. En l'occurrence, le postulat sur lequel repose le système pénal contemporain est qu'une justice pénale efficace est celle qui permet l'amendement du condamné, prélude à sa réinsertion dans le corps social. Or, cet amendement ne saurait survenir lorsque le condamné est soumis aux regards désapprobateurs du public. Il convient néanmoins de rappeler que, longtemps, au contraire, la publicité du châtiment était gage de répression effective, pour diverses raisons (A). Cet éclairage historique soulève alors la question de savoir si les quelques fenêtres de publicité existant en droit positif suffisent à combler la demande de justice de la société (B).

A. Le lent déclin de la publicité entourant la peine

523. Il s'agit de revenir ici sur la fameuse question posée par FOUCAULT : « *Comment le modèle coercitif, corporel, solitaire, secret, du pouvoir de punir s'est-il substitué au modèle*

¹ P. PIOT, *op. cit.*, p. 325.

² J. FRINCHABOY, « De la transparence en demi-teinte de l'exécution des peines », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2020, p. 73 : « *S'il n'existe pas de disposition légale qui, à l'instar du secret de l'enquête et de l'instruction, prescrive de garder cette phase secrète, la détermination post-sentencielle de la peine n'a pas pour autant été soumise aux mêmes règles de publicité que l'audience de jugement* ».

³ *Ibid.* : « *Tel un tableau en demi-teinte, l'exécution des peines se situe entre l'ombre et la lumière* ».

représentatif, scénique, signifiant, public, collectif ? Pourquoi l'exercice physique de la punition [...] s'est-il substitué, avec la prison qui en est le support institutionnel, au jeu social des signes de châtement, de la fête bavarde qui les faisait circuler ? »¹ Si, pour l'auteur, cette évolution est principalement due au passage à une société disciplinaire, dont la clôture est une caractéristique principale², c'est surtout, plus largement, l'évolution des fonctions de la peine qui permet d'expliquer ce changement de paradigme.

Pour rappel, ces fonctions sont multiples, les présentations étant variables sur ce point en doctrine. On admettra qu'en droit positif, certains objectifs de la peine sont étroitement liés au *condamné*. Il en va ainsi de l'*affliction*³ inhérente à la peine, auquel est supposé succéder l'*amendement*⁴ du condamné afin que celui-ci puisse atteindre l'objectif final de *réinsertion*⁵ vers le lequel tend le système pénal contemporain⁶. D'autres objectifs visent à préserver les intérêts de la *société*, ainsi du caractère dissuasif attaché à la fonction d'*intimidation*⁷ de la peine, de la préservation du corps social par la *neutralisation*⁸ du coupable, ainsi que de la logique rétributive de *compensation*⁹ parfois mise en avant. Or, certains de ces objectifs ont des finalités positives – l'amendement, la réinsertion, la compensation¹⁰ – et n'ont que récemment été valorisés comme fondements essentiels des politiques pénales¹¹, tandis que d'autres sont davantage connotés négativement – l'affliction, l'intimidation et la neutralisation – et constituent davantage le substrat historique de la peine. Or, il s'agit ici de constater que c'est bien ce passage d'un système répressif, essentiellement focalisé sur la sévérité de la peine, à un droit pénal plus humaniste qui explique pourquoi le châtement public, évident jusqu'à la Révolution (1), a été progressivement évincé à la suite de celle-ci (2).

¹ M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, 2008 (1975), p. 155.

² *Ibid.*, p. 166 : « La discipline exige la clôture, la spécification d'un lieu hétérogène à tous les autres et fermé sur lui-même. Lieu protégé de la monotonie disciplinaire ».

³ E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 1015 et s. V. aussi, E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, p. 212 et s.

⁴ E. DREYER, *op. cit.*, p. 1021 et s. ; E. GARÇON et V. PELTIER, *op. cit.*, p. 216 et s.

⁵ E. GARÇON et V. PELTIER, *op. cit.*, p. 225. V. aussi E. DREYER, *op. cit.*, p. 1022 et s., évoquant la « *resocialisation* ».

⁶ C. pén., art. 130-1, 2^o.

⁷ P. MORVAN, *Criminologie*, *op. cit.*, p. 351 et s., l'auteur distinguant entre l'« *intimidation collective* » et l'« *intimidation individuelle* ».

⁸ *Ibid.*, p. 269 et s. ; E. DREYER, *op. cit.*, p. 1018 et s.

⁹ E. GARÇON et V. PELTIER, *op. cit.* p. 208 et s.

¹⁰ À tout le moins, si l'on rattache à cette idée les théories modernes de justice restauratrice. En ce sens, P. MORVAN, *op. cit.*, n^o 310 p. 388.

¹¹ T. PECH, « Neutraliser la peine », in *Et ce sera justice*, éd. O. Jacob, 2001, p. 171.

1. L'évidence du châtement public avant la Révolution

524. L'importance du châtement public dans l'Antiquité. Dans la Grèce Antique, le châtement public revêtait une importance du fait de son caractère exemplaire, mais l'exécution publique ne devait pas muer en spectacle dégradant, il n'était pas question de supplice. En effet, pour PLATON, la mesure était de mise, dès lors que « *quiconque subit une peine, et est châtié d'une manière raisonnable, en devient meilleur, et gagne à la punition, ou il sert d'exemple aux autres, qui, témoins des tourments qu'il souffre, en craignent autant pour eux, et s'améliorent* »¹. Si l'on retrouve, en droit romain, cette logique d'exemplarité, comme en témoigne la maxime « *metus ad omnes, poena ad paucos* »², attribuée à CICERON, le châtement devient précisément supplice à cette époque³. Plus encore, les finalités attachées à l'exécution publique de la peine se diversifient. Apparaît ainsi la notion d'infamie⁴ et certaines marques au visage visent à flétrir l'honneur du condamné⁵. Enfin, une logique de compensation est parfois au cœur du châtement public⁶. En bref, les trois buts assignés à la peine sont « *la correction du coupable, la réparation du dommage et l'exemple donné à la multitude* »⁷. Sous l'Ancien Régime, ces différentes finalités vont être exacerbées.

525. La centralité du châtement public sous l'Ancien Régime. L'exemplarité du châtement est plus que jamais de mise sous l'Ancien Régime, et ce, pour plusieurs raisons. On retrouve ici la justification classique du caractère dissuasif et intimidant de la peine prononcée. En effet, l'exemplarité « *suppose à la fois la sévérité de la peine et sa publicité. La peine exemplaire implique une mise en scène qui est pour le public un enseignement moral et un avertissement*

¹ PLATON, *Gorgias*, 525 b. Dans le même sens, v. *Protagoras*, 324b.

² « *La crainte doit aller à tous, et la peine à un petit nombre* ».

³ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 32, p. 74, rappelant que le Code Théodosien parlera de *supplicia exquisita*, « *supplices recherchés* ». Pour SÉNÈQUE, « *les suppliciés seront un exemple pour tous et puisqu'ils n'ont pas voulu se rendre utile à qui que ce soit, que du moins ils servent la chose publique par leur mort* » (*De Ira*, I, VI, 4).

⁴ Sur la notion d'infamie, mélange de droit et de fait, devenue un statut privant le citoyen de divers droits, v. B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, op. cit., p. 341 et s. ; J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, op. cit., n° 32 bis, p. 75.

⁵ En ce sens, J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, op. cit., n° 15, p. 41. V. toutefois, B. BEIGNIER, op. cit., note 7, p. 343, affirmant que c'est seulement avec les législations barbares et l'apparition de la condamnation à avoir les cheveux rasés que « *l'infamie va être matérialisée par un signe visible, ce qu'ignorait le droit romain* ».

⁶ V. *ibid.*, loc. cit., évoquant la « *similitude du supplice* ». V. aussi, D. 48, 18, 28, 15 : « *il a été décidé par plusieurs que les assassins de grands chemins subiraient le supplice de la croix à l'endroit même où ils ont commis leurs crimes afin que [...] les autres soient dissuadés de [commettre] de semblables forfaits, [mais aussi] afin que cette peine, infligé sur le lieu même de l'infraction, console les parents et les proches de leur victime* ».

⁷ P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, op. cit., p. 332.

dissuasif»¹. De nombreux écrits de l'époque² ainsi que la plupart des textes alors en vigueur³ confirment l'importance conférée à cette pédagogie de la crainte. Le poids accordé à cette considération ne peut néanmoins se comprendre que si l'on réalise à quel point la plupart des criminels échappaient à la répression pénale à cette époque⁴. Plus encore, l'Ancien Régime se caractérisant par la restauration progressive d'une justice publique, corollaire de la construction de l'État moderne, l'enjeu était donc autant l'intimidation du public que le rétablissement de la souveraineté du Roi – « *fontaine de Justice* » et tributaire du *ius puniendi* –, mise à mal par la commission de l'acte délictueux⁵. Au surplus, dès lors que le procès était secret de la commission de l'infraction jusqu'au prononcé de la peine, la logique d'exemplarité était concentrée sur l'exécution de la peine⁶. Cela permet de comprendre le spectacle morbide qui entoure l'exécution de la peine capitale à cette époque⁷.

¹ J.-M. CARBASSE, « La peine en droit français, des origines au XVII^e siècle », in *La peine – Punishment 2*, De Boeck Université, 1992, p. 164.

² V. not. J. DOMAT, estimant dans ses *Lois civiles* que la justice doit « *contenir par la vue et la crainte des peines ceux qui ne s'abstiennent des crimes que par cette crainte ; et c'est cet exemple qui diminue le nombre des crimes, qu'on verrait étrangement multipliés par l'impunité* » (cité par J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, n° 138, p. 287). De même, pour HOBBS, « *le but de la peine n'est pas la vengeance, mais la terreur* » (*Léviathan*, Folio, 2012 (1651), p. 466, § 28).

³ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit. loc. cit.*, rappelant que vers 1160-1180, les statuts d'Arles reprennent la formule romaine de l'exemplarité pénale : *Ut unius pena sit metus multorum*. V. aussi le préambule de l'ordonnance criminelle de 1670, énonçant la nécessité de « *contenir par la crainte des châtiments ceux qui ne sont pas retenus par la considération de leur devoir* ».

⁴ En ce sens, J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, n° 136, p. 281 : « *Si l'on considère le caractère relativement limité de la répression judiciaire par rapport à la délinquance effective, peut-être peut-on expliquer l' "éclat" terrible de certains châtiments par le désir au moins inconscients des juges d'assurer une sorte d'expiation collective des forfaits, la sévérité des peines infligées aux criminels appréhendés permettant de rétablir une espèce d'équilibre global en compensant l'impunité des autres* » ; et les auteurs d'ajouter : « *Pour que le principe dissuasif fonctionne, il suffisait que les peines puissent être sévères à l'occasion* » (*ibid.*, n° 138, p. 288).

⁵ En ce sens, v. J.-L.-E. ORTOLAN, *Cours de législation pénale comparée*, Joubert, 1841, p. 112 : « *La marque, comme la fourche patibulaire, est un signe de souveraineté* ». M. FOUCAULT, *Surveiller et punir, op. cit.*, p. 58 : « *Le supplice judiciaire est à comprendre aussi comme un rituel politique. Il fait partie, même sur un mode mineur, des cérémonies par lesquelles le pouvoir se manifeste [...], un cérémonial pour reconstituer la souveraineté en un instant blessée* ». L'auteur évoque ainsi la volonté de provoquer un « *spectacle de terreur par le spectacle du pouvoir faisant rage sur le coupable* » (p. 69). Il ajoute également que « *dans les cérémonies de supplice, le personnage principal, c'est le peuple, dont la présence réelle et immédiate, est requise pour leur accomplissement* ». Or, le spectacle pénal n'était pas sans risque politique pour le souverain, dès lors que la foule convoquée pour assister au châtimement pouvait tout autant souhaiter s'emparer du condamné si elle considérait la sanction trop douce qu'encourager le supplicié si, au contraire, la condamnation lui paraissait injuste.

⁶ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 53 : « *au coupable de porter en plein joué sa condamnation et la vérité du crime qu'il a commis. Son corps montré, promené, exposé, supplicié, doit être comme le support public d'une procédure qui était jusque-là restée dans l'ombre* ».

⁷ Par ex., J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, n° 146, p. 301. Après avoir évoqué les diverses façons de mettre à mort un individu, selon le crime commis – la pendaison pour les voleurs et homicides simples, le bûcher pour les auteurs d'infractions contre la religion, le fait d'être « *bouillis* » pour les faux monnayeurs, la roue pour les voleurs de grands chemins – et sa condition – la pendaison pour les roturiers, la décapitation pour les nobles – les auteurs évoquent la sanction du régicide : « *L'écartèlement à quatre chevaux, aggravé par une série de "tourments" préalables et de peines accessoires [...]; c'était le plus horrible, le plus spectaculaire et le plus exceptionnel* ». V. aussi B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit, op. cit.*, p. 351.

C'est encore l'idée d'exemplarité qui explique les procès publics faits aux animaux¹ et les procès en effigie², procès si particuliers qu'ils sont difficilement compréhensibles pour un esprit moderne. Or, c'est « évidemment par la recherche de l'exemple spectaculaire que s'expliquent les exécutions en effigie »³. Quant aux procès publics concernant des animaux, « les exigences profondes du corps social qui, dès lors qu'un mal a été commis, attend une compensation purificatrice et rétributive se conjuguent ici avec le souci des gens de justice de déployer aussi largement que possible le spectacle pénal afin d'en accroître la vertu exemplaire »⁴.

Comme le suggère cette dernière assertion, on retrouve aussi sous l'Ancien Régime la logique de la *compensation* du dommage causé à la société. En effet, « on trouve quelques cas de reproduction quasi théâtrale du crime dans l'exécution du coupable : mêmes instruments, mêmes gestes. Aux yeux de tous, la justice fait répéter le crime par les supplices, le publiant dans sa vérité et l'annulant en même temps dans la mort du coupable »⁵.

Plus encore que l'exemplarité et la logique de compensation, l'*infamie* était au cœur de châtement public. Du fait de la valeur anciennement accordée à l'honneur⁶, de multiples peines étaient susceptibles de flétrir celui du condamné. Certaines étaient simplement infamantes, en ce que, « sans infliger au condamné une lésion physique quelconque, [elles l'atteignaient] dans sa réputation (fama) et dans son honneur (avec toutes les conséquences de droit attachées à ce statut) en le plaçant dans une posture humiliante ou ridicule »⁷. Les peines les plus

¹ P.-J. DELAGE, *La condition animale*, op. cit., n° 66, p. 188, évoquant une « logique faite de mysticisme et de catharsis ».

² J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, op. cit., n° 140, p. 290 : « Lorsque la sentence de mort avait été rendue par contumace, ce qui arrivait souvent, le condamné était représenté par un mannequin de paille ou de papier qui était pendu, décapité ou livré aux flammes à la place du coupable en fuite ».

³ Ibid. : « les exécutions en effigie étaient très fréquentes encore au XVII^e siècle : en 1665, sur 347 condamnations à mort prononcées par les Grands Jours d'Auvergne, 324 ont été exécutées en effigie ».

⁴ Ibid., 277. Et les auteurs d'ajouter (p. 290) : « Quels que soient les motifs qui font condamner l'animal, les juges cherchent toujours à faire en sorte que son élimination soit un exemple utile aux hommes. Ce souci d'exemplarité l'emporte parfois sur toute autre considération ».

⁵ M. FOUCAULT, op. cit., p. 55. V. aussi, C. GAUVARD, « Mémoire du crime, mémoire des peines. Justice et acculturation pénale en France à la fin du Moyen Âge » in *Saint-Denis et la royauté : études offertes à Bernard Guénée*, Publications de la Sorbonne, 1999, p. 700, précisant que c'est dans cette optique de compensation que « la sentence décide souvent qu'une partie de la peine doit être exécutée sur les lieux du crime, de façon à donner satisfaction sur place à l'ensemble de la communauté autant qu'à la partie adverse ».

⁶ P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Mémoire sur les peines infamantes*, Merigot, 1780, p. 832 : « Le caractère dominant de notre nation est, comme l'on sait, une extrême délicatesse sur le point d'honneur [...]. D'où il faut conclure qu'un des principaux objets de notre législation criminelle dans ce Royaume doit tendre à déterminer la manière dont on doit procéder dans l'imposition de ces sortes de peines qui emportent l'infamie ou la flétrissure des condamnés » V. aussi : L.-M. LE PELLETIER DE SAINT-FARGEAU, *Rapport sur le projet de Code pénal*, in *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, t. XXVI, Librairie Administrative P. Dupont, 1887, p. 331 : « Il faut que le condamné paraisse devant le peuple dans un état humiliant, c'est-à-dire qu'il faut que le peuple le voie pendant quelques heures tout chargé de l'opprobre de son crime ».

⁷ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, op. cit., n° 150, p. 308.

emblématiques étaient le pilori et le carcan¹, mais aussi la course² – à ne pas confondre avec le charivari³ –, ou encore la peine de la cage⁴. D'autres peines étaient non seulement infamantes mais aussi afflictives, comme la fustigation⁵. On notera toutefois que « *les juges condamnaient souvent les jeunes délinquants primaires à la peine du fouet “sous la custode”, c'est-à-dire à l'intérieur de la prison, donc sans public : cette peine, assimilée à une simple correction de type “paternel”, n'emportait pas infamie* »⁶ ; apparaissait donc déjà la nécessité de fixer des limites à une exécution de la peine totalement transparente. Enfin, on ajoutera qu'un mécanisme visait certes à ternir l'honneur du condamné, mais en vue, notamment, de réhabiliter celui-ci, dans une logique de pardon, à savoir l'amende honorable⁷. Comme le souligne la doctrine : « *Le rituel plus ou moins complexe de la pénitence publique a été en quelque sorte “sécularisé” à partir des XIII^e-XIV^e siècles, lorsque les justices séculières l'ont adoptée en l'adaptant : s'y ajoute alors, pour le coupable et sa victime, l'idée que l'honneur blessé de celle-ci doit être réparé par l'humiliation de celui-là* »⁸. L'objectif était donc tant compensatoire pour la victime que d'expiation pour le condamné, dès lors qu'il échappait aux conséquences néfastes attachées au statut d'infamie, quand du moins l'amende honorable n'était pas le prélude à une exécution

¹ Le premier consistait en un « *simple pilier (c'est le sens exact du mot italien pilori), mais aussi un pan de mur, pour une échelle de bois, auquel on attachait le malfaiteur pour le livrer aux regards, risées et injures du public* », tandis que le second désignait une « *lourde pièce de bois percée de trois trous pour enserrer le cou et les poignets du condamné* » et constituait donc une forme aggravée d'exposition publique (*ibid.*, n° 151, p. 308). Une telle exposition était la sanction privilégiée des atteintes aux mœurs, telles que la prostitution, l'adultère, la bigamie ou l'inceste (L. MAES, « Les délits de mœurs dans le droit pénal coutumier de Malines », art. préc., p. 18 et s.).

² J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, *loc. cit.* : « *Il s'agissait de contraindre le condamné à parcourir les rues les plus fréquentées de la localité, précédé du crieur public qui sonnait de la trompette et ameutait les gens* ». Là encore, si des voleurs ou des débiteurs ayant organisé une faillite frauduleuse pouvaient être soumis à ce châtement, « *la course frappait surtout, en droit coutumier méridional, les coupables d'adultère : la femme adultère et son amant* » (*ibid.*, n° 151, p. 309), tandis que le proxénète était, quant à lui, soumis à la course sur l'âne, c'est-à-dire à être promené « *en ville assis sur un âne, mais à l'envers, “la tête tournée vers la queue”* ». *Adde* : L. VERDON, « La course des amants adultères. Honte, pudeur et justice dans l'Europe méridionale du XIII^e siècle », *Rives méditerranéennes*, 2008, n° 31, p. 57.

³ Là où la course était bien une peine prononcée par un juge, le charivari participait des sanctions sociales diffuses et perdura longtemps après la disparition des peines de courses (A. BRUGUIÈRE, « *Pratique du charivari dans la France d'Ancien Régime* », in J. le GOFF et J.-C. SCHMITT (éd.), *Le charivari*, De Gruyter, 1981, p. 175 et s. V. aussi, D. FABRE, « Familles. Le privé contre la coutume », art. préc.).

⁴ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, *loc. cit.* Cette peine, visant la femme « *médisante, querelleuse ou mal famée* » – mais aussi des proxénètes ou des prostituées –, consistait à « *placer la condamnée dans une cage de fer ou dans une vaste corbeille d'osier, ou même simplement de la lier par une corde sous les aisselles, et ainsi de la plonger à trois reprises dans l'eau froide d'une rivière* ».

⁵ *Ibid.*, n° 151, p. 310 : « *Exécuté en public, ce châtement était évidemment infamant* ».

⁶ *Ibid.*

⁷ Celle-ci tire son origine de l'institution de la pénitence publique existant en droit canonique (*ibid.*, n° 49, p. 109), laquelle allait céder sa place à la confession auriculaire à partir du XII^e siècle (G. DUBY, « L'émergence de l'individu », in P. ARIÈS et G. DUBY (dir.), *Histoire de la vie privée, op. cit.*, t. 2, p. 527 : « *Mais peut-on imaginer révolution plus radicale et d'un effet plus profond et prolongé sur les attitudes mentales que le passage d'une cérémonie aussi ostentatoire que l'avait été la pénitence publique [...] à ce simple dialogue, celui des exempla, entre le pêcheur et le prêtre [...] ?* »

⁸ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, n° 152 bis, p. 312.

capitale¹. En toute hypothèse, il s'agissait bien d'une peine², laquelle se déroulait en public selon un rituel particulier³.

En somme, sous l'Ancien Régime, toutes les fonctions assignées à la peine convergent vers le châtimement public. À compter de la Révolution, celui-ci va toutefois progressivement disparaître.

2. L'éviction progressive du châtimement public après la Révolution

526. L'évolution des fonctions de la peine. La première cause du déclin du châtimement public est la succession des politiques pénales à compter de la Révolution mettant l'accent sur des fonctions différentes de la peine, de plus en plus incompatibles avec la publicité de son exécution. Ainsi, l'exemplarité de la peine apparut-elle progressivement moins indispensable. Dans un premier temps, celle-ci fut confrontée à l'idée d'utilité sociale, « *premier fondement des peines* » pour les Constituants⁴. Or, l'utilitarisme est loin d'être hostile à la publicité de la peine, ce qu'atteste de façon éloquente cette injonction de BENTHAM : « *Rendez vos peines exemplaires, donnez aux cérémonies qui les accompagnent une sorte de pompe lugubre* »⁵. En réalité, cette philosophie a surtout conduit à la remise en cause du supplice, davantage que du principe d'une exécution publique de la peine. Pour BECCARIA : « *Le frein le plus puissant pour arrêter le crime n'est pas le spectacle terrible mais momentané de la mort d'un scélérat, c'est le tourment d'un homme privé de sa liberté* »⁶, d'où l'accent mis par le philosophe sur les travaux forcés, jugés plus exemplaires. Les révolutionnaires firent donc écho à ces idées⁷,

¹ *Ibid.* : « À l'époque moderne, l'amende honorable n'était prononcée à titre principal que pour des infractions bénignes ; le plus souvent, c'est une peine accessoire qui précède un supplice plus rigoureux, en particulier la peine de mort ».

² Au sein de l'ordonnance criminelle de 1670, elle figure entre le fouet et le bannissement à temps dans « l'ordre des peines » (titre XXV, art. 13).

³ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit., loc. cit.* : « À la fin du Moyen Âge, les formes de l'amende honorable sont à peu près fixées. On conduisait le coupable sur le lieu de son forfait, ou devant la maison de sa victime, ou à la porte de l'église. Il s'agenouillait, nu-tête, en chemise, tenant à la main une torche ou un flambeau dont le poids devait être proportionnel à la gravité du crime commis, et il demandait pardon en rappelant de façon plus ou moins circonstanciée les méfaits qu'il avait commis, avant d'exprimer des regrets complets ».

⁴ *Ibid.*, n° 223, p. 440.

⁵ J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale*, t. 2, Rey et Gravier, 3^e éd., 1830, p. 286.

⁶ C. BECCARIA, *Traité des délits et de peines*, Droz, Genève, 1965, p. 87 : « Il faut donc choisir des peines et une manière de les infliger qui, toute proportion gardée, fasse l'impression la plus efficace et la plus durable possible sur l'esprit des hommes, et la moins cruelle sur le corps du coupable ».

⁷ A. DUPORT, *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés au nom du comité de constitution*, *op. cit.*, art. 13 : « Toute peine dont le spectacle peut porter les hommes à la cruauté, et diminuer en eux le respect pour la dignité de l'espèce humaine, la société n'a pas le droit de l'établir ». V. aussi, L.-M. LE PELLETIER DE SAINT-FARGEAU, *Rapport sur le projet de Code pénal*, *op. cit.*, p. 327 : « ce n'est pas à un exemple, c'est à un spectacle que tout ce peuple accourt ; une curiosité cruelle l'y invite ».

LE PELETIER allant même jusqu'à proposer l'ouverture au public des prisons une fois par mois pour que la privation de liberté soit visible par tous¹.

Par la suite, les auteurs rattachés à l'école néoclassique, dont la doctrine se voulait une synthèse entre les théories de la justice et l'utilité sociale², continuèrent de vanter les mérites de l'exemplarité au regard de cet idéal utilitariste³, tout en remettant en cause diverses peines infamantes du fait de leur inefficacité⁴. Ce n'est donc qu'avec l'école positiviste, à la fin du XIX^e siècle, que cette fonction pluriséculaire de la peine fut mise au second plan : « *Les réponses publiques prônées par les thèses de l'école italienne ne se fondaient pas sur l'exemplarité des peines, mesures inefficaces dès lors qu'elles prenaient en considération le mode de pensée de ceux qui ne sont pas criminels* »⁵, quoique les critiques des auteurs fussent surtout portées contre la publicité de l'audience pénale, davantage que sur le châtement public⁶. Quant à l'approche médicale de l'école de la défense sociale nouvelle dans la seconde moitié du XX^e siècle, elle ne se prêtait évidemment pas à l'exposition publique du condamné, ce sur quoi l'on reviendra.

Pour lors, on peut ajouter que trois autres raisons expliquent la remise en cause de la primauté de l'exemplarité. D'abord, contrairement à l'Ancien Régime où l'État moderne était en construction et où le Roi incarnait la justice, l'idée de la Nation et le principe de légalité s'imposèrent après la Révolution, si bien que l'enjeu de la préservation de la souveraineté du pouvoir en place par le châtement public était moins prégnant⁷. Ensuite, l'évolution des mœurs quant au spectacle de la violence a contribué au déclin de la publicité du châtement, dès lors qu'elle reposait en partie sur la fascination qu'exerçait le spectacle du supplice sur la foule. Or, de nombreuses voix s'élevèrent à compter de la moitié du XIX^e siècle pour exprimer la

¹ L.-M. LE PELLETIER DE SAINT-FARGEAU, *op. cit.*, p. 328.

² J. LARGUIER, P. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Dalloz, 23^e éd., 2018, p. 4.

³ Par ex., v. P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. 2, Guillaumin, 2^e éd., 1855, p. 280 : « *C'est au moyen des peines exemplaires qu'on obtient l'effet le plus important de la punition, celui d'intimider [...]. L'exemple est très utile, lorsqu'au sentiment de la crainte se joint une impression morale, solennelle et durable. Il est efficace lorsque l'exécution de la peine suit de près le délit et qu'elle est publique* ».

⁴ J.-L.-E. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 615, estimant que le carcan ou le pilori « *agissent en sens inverse des bons ou mauvais sentiments du condamné : tandis que le coupable perversi s'en rit ou les brave, le coupable égaré [...] s'en afflige et les envisage comme la partie la plus rigoureuse du châtement* ».

⁵ P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal*, *op. cit.*, p. 337.

⁶ V. not., C. LOMBROSO, *L'homme criminel ; criminel né, fou moral, épileptique, criminel fou, criminel d'occasion*, Alcan, 2^e éd., 1895, p. 53, estimant que la publicité ne faisait que nourrir « *la vanité qu'on rencontre dans toutes les professions, spécialement dans celle du crime* ».

⁷ En ce sens, M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, *op. cit.*, p. 129 : « *Ce n'est plus la restauration terrifiante de la souveraineté qui va soutenir la cérémonie du châtement, c'est la réactivation du Code, le renforcement du lien entre l'idée de crime et l'idée de la peine. Dans la punition, plutôt que de voir la présence du souverain, on lira les lois elles-mêmes* ».

répulsion que suscitait alors l'étalage public de la violence étatique¹. Enfin, on a vu que le principe de publicité de l'audience devint central au XIX^e siècle², ce qui minimisa l'importance pédagogique de l'exécution publique de la peine et assigna aussi au prononcé public du jugement la fonction compensatoire de la peine³.

Le déclin du châtement public s'explique aussi par l'effacement progressif de l'infamie attachée à la peine. Là encore, plusieurs facteurs ont contribué à remettre en cause cette affliction morale infligée au condamné. En premier lieu, le caractère disproportionné du châtement public a pu être critiqué par l'école néoclassique, laquelle prônait la responsabilité personnelle du délinquant qui, partant, ne pouvait être condamné à une peine dont la sévérité n'aurait pour objet que d'intimider la population⁴. Par la suite, à mesure que l'honneur devenait une valeur moins centrale dans la société Française, les critiques se sont focalisées sur le caractère dégradant de cette humiliation. DURKHEIM, écrivait déjà qu'il y a « *une véritable et irrémédiable contradiction à venger la dignité humaine offensée dans la personne de la victime en la violant dans la personne du coupable* »⁵, ce dont les juges de Strasbourg se feront plus tard l'écho en estimant que la publicité « *peut constituer un élément pertinent pour apprécier si une peine est "dégradante" au sens de l'article 3* »⁶.

Plus encore, le châtement public heurtait frontalement l'idée centrale de l'école de la défense sociale nouvelle, à savoir l'importance accordée au relèvement moral du condamné, ce qui évoque les fonctions d'amendement et, surtout, de resocialisation attachées à la peine en droit contemporain⁷. C'est ainsi que l'idéal de la cellule monastique, de l'isolement propice à la méditation sur soi et à la réformation du condamné, s'imposa dans les mentalités

¹ Par ex. *Le Figaro*, 8 sept. 1878 (Cité par P. PIOT, *op. cit.*, p. 348) : *Ce que j'ai vu, ce n'était pas une exécution capitale, c'était une scène d'abattoir. Une sorte de mouton à face d'homme, livré à trois bouchers qui le saignent et le tuent, et qui, sans horreur, comme s'il s'agissait d'un poulet, trempent leurs mains dans son sang et jettent le corps informe dans un fourgon, comme une viande de boucherie* ». V. aussi, E. TAIEB, « Le processus de dépublicisation des exécutions dans la France de la III^e République », *Frontières*, vol. 19, n° 1, 2006, p. 53.

² V. *supra* n° 496.

³ En ce sens, A. VITU, « Le principe de la publicité dans la procédure pénale », in *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. XVI, 1968, p. 308, estimant que ce prononcé « réaffirme aux yeux de tous la valeur de l'ordre social et moral qu'avait lésé l'infraction ; [...] rassure la collectivité en neutralisant officiellement le ferment d'anarchie ou de décomposition que le délinquant avait un instant semé. Le jugement pénal publiquement et solennellement prononcé assure en quelque sorte une fonction réparatrice ».

⁴ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. 1, Guillaumin, 4^e éd., 1872, p. 160 : « *que devient la moralité de la peine ? Qu'est l'homme qu'on punit ? Un moyen* ». Dans le même sens, v. E. ACOLLAS, *Les délits et les peines*, Delagrave, 1887, p. 130 (cité par E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 1287, p. 1007) : « *Punir pour empêcher les autres d'imiter le délinquant ; mais quelle négation de la justice envers le délinquant lui-même ! Et qui donc a le droit d'ajouter à la peine d'un homme pour prévenir le délit des autres ?* »

⁵ E. DURKHEIM, *L'année sociologique*, vol. 4, PUF, 1901, p. 90.

⁶ CEDH, 25 avr. 1978, n° 5856/72, *Tyrer c/ Royaume-Uni*, § 30.

⁷ V. *supra* n° 523.

contemporaines ; idéal évidemment nié par le phénomène actuel de surpopulation carcérale¹. Cette importance de la soustraction du condamné au regard du public, en vue de sa rémission morale, a également contribué au changement de paradigme tenant à évincer la publicité de l'exécution de la peine pour la magnifier au stade de l'audience².

Au surplus, le déclin de l'infamie a également résulté de deux autres évolutions. D'une part, avec l'apparition du casier judiciaire, la marque des récidivistes a disparu, de même que l'opprobre inhérente à celle-ci³. D'autre part, l'humiliation publique n'a plus été jugée le meilleur moyen pour réhabiliter un condamné dans la société, ce qui était partiellement le but de l'amende honorable⁴. À celle-ci, succéda la procédure de la réhabilitation, prévue par le Code pénal de 1791, laquelle supposait une cérémonie publique et solennelle au terme laquelle la bonne conduite du condamné était récompensée et sa faute expiée⁵. Comme le relève un auteur du milieu du XIX^e siècle, en « *entourant ainsi la réhabilitation de solennités et comme d'une "certaine pompe", la Constituante croyait en relever le caractère "et la rendre plus féconde". Elle se trompait. Le vrai repentir a une pudeur qui craint la publicité : la lecture publique de la condamnation, la présence nécessaire du condamné, et la cérémonie quelque peu théâtrale dont il était l'objet, rendaient pour beaucoup la réhabilitation peu désirable, et ce ne fut pas un des moindres obstacles au développement de cette institution que ces solennités* »⁶. Plus encore, on a pu relever qu' « *un acte de l'autorité ne rétablira jamais un homme dans l'opinion ; c'est à lui de regagner l'estime par une conduite qui efface le souvenir de ses fautes* »⁷. Dès lors, les solennités attachées à la cérémonie de réhabilitation disparurent dans le Code d'instruction criminelle. Si celui-ci prévoyait tout de même une obligation de

¹ V. not., J.-M. DELARUE, « Quelques questions obsédantes sur la prison », *Esprit*, nov. 2016, p. 33.

² Selon R. BADINTER : « *Le public réclame le châtement. Et si l'institution judiciaire n'assouvissait pas le besoin d'une punition, cela produirait une frustration formidable [...]. Cela dit, une fois la dramaturgie judiciaire accomplie, la substitution du traitement à la punition permet la réinsertion sans toucher au rituel. Et le tour est joué* », cité in M. FOUCAULT, *Dits et écrits, 1954-1988*, vol. 2, Gallimard, 2001, p. 294.

³ V. *supra* n° 408.

⁴ V. *supra* n° 525.

⁵ C. pén. 1791, 1^{re} partie, Titre VII, art. 6 : « *Si la majorité est pour que l'attestation soit accordée, deux officiers municipaux revêtus de leur écharpe [...] conduiront le condamné devant [le] tribunal criminel. Ils y paraîtront avec lui dans l'auditoire, en présence des juges et du public. Après avoir fait lecture du jugement prononcé contre le condamné, ils diront à haute voix : Un tel a expié son crime en subissant sa peine ; maintenant sa conduite est irréprochable : nous demandons au nom de son pays que la tache de son crime soit effacée* ». V. L.-M. LE PELLETIER DE SAINT-FARGEAU, *Rapport sur le projet de Code pénal, op. cit.*, p. 331, évoquant un « *baptême civique [...] accompagné de solennités* ».

⁶ A. LAIR, *De la réhabilitation des condamnés dans le droit romain et dans le droit français ancien et moderne, comparée dans ses effets avec la grâce, l'amnistie et la révision*, Tunot, 1859, p. 84.

⁷ Déclaration de Cambacérés lors de l'élaboration du Code d'instruction criminelle, citée par P. PIOT, *Du caractère public du procès pénal, op. cit.*, p. 358.

publier une annonce légale lors de la demande de réhabilitation¹, cette exigence fut abandonnée par la suite, de même que le caractère public de l'audience prononçant la réhabilitation². Cette procédure n'est donc plus subordonnée à aucune condition de publicité³.

En toute hypothèse, si l'infamie n'a pas totalement disparu du droit pénal contemporain⁴ – elle demeure d'ailleurs un objectif essentiel de la peine complémentaire de publication de la décision pénale⁵ – elle se fait plus discrète et la stigmatisation inhérente à toute condamnation pénale⁶ ne passe plus par l'exécution publique du châtement, constat que l'on peut encore approfondir.

527. L'évolution des modalités d'exécution de la peine. Les différents facteurs théoriques expliquant le déclin du châtement public, exposés précédemment, ont logiquement conduit à la disparition progressive des peines étroitement dépendantes de la publicité. Quant aux expositions publiques, le pilori disparut en 1789, mais le carcan fut maintenu dans le Code pénal de 1791⁷, ainsi que dans le Code pénal de 1810⁸. Il fallut attendre la loi du 28 avril 1832 pour que cette peine soit abolie. Si l'exposition publique du condamné demeurerait tout de même une option pour le juge, quoique la peine fût tombée en désuétude⁹, elle fut presque totalement supprimée par le décret du 12 avril 1848¹⁰. Seul l'auteur d'un parricide condamné à mort pouvait encore être concerné par cette peine, jusqu'à ce que l'exécution de la peine capitale cesse d'être publique en 1939, ce sur quoi l'on reviendra.

¹ C. d'instruction criminelle de 1808, art. 625.

² P. PIOT, *op. cit.*, p. 359.

³ C. pén., art. 133-12 et s.

⁴ M. VAN DE KERCHOVE, *Quand dire c'est punir, essai sur le jugement pénal*, *op. cit.*, 2005, p. 35 : « la peine est constituée de deux caractères essentiels : d'une part, la privation d'un bien, ou si l'on préfère, l'imposition d'un mal (en termes objectifs) ou d'une souffrance (en termes subjectifs), qu'on vise généralement en parlant de la dimension "afflictive" de la peine ; d'autre part, une marque de réprobation sociale, un blâme, une stigmatisation ou, si l'on préfère, une atteinte à l'honneur susceptible de susciter la honte, à laquelle on se réfère habituellement en parlant de la dimension "infamante" de la peine ».

⁵ V. *infra* n° 531.

⁶ CEDH, 25 avr. 1978, *Tyrer c/ Royaume Uni*, préc., § 30 : « la Cour constate d'abord qu'un individu peut être humilié par le simple fait qu'on le condamne au pénal ». Sur la théorie de la stigmatisation (*labeling theory*), v. P. MORVAN, *Criminologie*, *op. cit.*, n° 142 et s.

⁷ C. pén. 1791, Première partie, Titre I, art. 1^{er} et 33.

⁸ C. pén. 1810 (version d'origine), art. 13, pour les parricides – celui-ci devant être par ailleurs « conduit sur le lieu de l'exécution, en chemise, nu-pieds, et la tête couverte d'un voile noir » – et art. 22 pour les condamnés aux travaux forcés.

⁹ P. PIOT, *op. cit.*, p. 342.

¹⁰ Aux termes de celui-ci : « Considérant que la peine de l'exposition publique dégrade la dignité humaine, flétrit à jamais le condamné et lui ôte par le sentiment de son infamie, la possibilité de la réhabilitation ; Considérant que cette peine est empreinte d'une odieuse inégalité, en ce qu'elle touche à peine le criminel endurci, tandis qu'elle frappe d'une atteinte irréparable le condamné repentant ; Considérant enfin que le spectacle des expositions publiques éteint le sentiment de pitié et familiarise avec la vue du crime ; Décrète : La peine de l'exposition publique est abolie ».

Si la plupart des peines infamantes de l'Ancien Régime ont disparu à la Révolution, une innovation fut néanmoins introduite à cette occasion, à savoir la peine de dégradation civique. Introduite dans le Code pénal de 1791¹, cette peine était « *une véritable excommunication civile entourée d'un impressionnant cérémonial* »². Son caractère public disparut néanmoins avec le Code pénal de 1810 et la peine fut remplacée en 1994 par l'interdiction des droits civiques, civils et de famille³. Quant aux peines de mutilations, elles refirent surface à la fin du droit intermédiaire⁴ et furent bien présentes dans le Code pénal de 1810⁵, avant de disparaître avec la loi de 1832 précitée. De surcroît, si l'exécution en effigie était toujours prévue par les dispositions postérieures à la Révolution⁶, « *cette procédure, dont on s'était demandé si l'abolition de l'exposition publique ne l'avait pas supprimée, fut modernisée par la loi du 2 janvier 1850 qui en fit moins une exécution par effigie qu'une mesure d'information* »⁷, un lien de filiation direct entre cette mesure et la peine complémentaire de publication, seule réminiscence du châtement public en droit positif, étant ainsi établi.

Enfin, l'évolution de la publicité entourant la peine capitale est évidemment emblématique du déclin des châtements publics. Si, au XIX^e siècle, « *la peine de mort restait publique et attirait parfois des foules très nombreuses* »⁸, la « *dépublicisation* »⁹ de celle-ci passa d'abord par la disparition du cérémonial autour de l'exécution¹⁰. C'est ainsi qu'un décret du 25 novembre 1870 supprima l'échafaud, ramenant la guillotine à même le sol et privant ainsi

¹ C. pén. 1791, 1^{re} partie, Titre I, art. 31 : « *Le coupable qui aura été condamné à la peine de dégradation civique, sera conduit au milieu de la place publique où siège le tribunal criminel qui l'aura jugé. Le greffier du tribunal lui adressera ces mots à haute voix : Votre pays vous a trouvé convaincu d'une action infâme : la loi et le tribunal vous dégradent de la qualité de citoyen français. Le condamné sera ensuite mis au carcan au milieu de la place publique ; il y restera pendant deux heures, exposé au regard du peuple* ». V. aussi, l'art. 32, prévoyant l'hypothèse où le condamné ne disposerait pas des droits civiques, ce qui concernait les femmes, les étrangers et les repris de justice ; dans ces cas, la formule était la suivante : « *Tel, ou telle... est condamnée à la peine du carcan* ».

² B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit, op. cit.*, p. 358. Sur la dégradation militaire et son historique, v. les remarques de l'auteur (note 3).

³ Sur cette évolution, *ibid.*

⁴ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, n° 239, p. 463 : « *Le projet de l'an IX revenait même à certaines solutions de l'ancien droit, plus ou moins "améliorées" : marques des récidivistes ; amputation du poing comme accessoire de la peine de mort en cas de meurtre aggravé* ».

⁵ *Ibid.*, n° 240, p. 464, rappelant que ledit code « *revient encore au droit de l'Ancien Régime en rétablissant une mutilation, l'ablation du poing, peine accessoire de la peine de mort appliquée aux parricides. De même voit-on resurgir la marque au fer rouge. Expressément écartée en 1791 comme cruelle et contraire à l'objectif de réhabilitation du condamné [...], la marque, rétablie dès 1801 pour les récidivistes, devient dans le code de 1810 la peine accessoire de toutes les peines perpétuelles et des travaux forcés à temps* ».

⁶ C. pén. 1791, 2^e partie, Titre IX, art. 8 ; C. des délits et des peines du 25 oct. 1795, art. 472 ; C. d'instruction criminelle de 1808, art. 472.

⁷ B. BEIGNIER, *op. cit.*, p. 355.

⁸ P. PIOT, *op. cit.*, p. 344.

⁹ E. TAIEB, art. préc., p. 50.

¹⁰ P. PIOT, *op. cit.*, p. 345 : « *Plus question de decorum, mise en scène ou déclaration : il fallait se débarrasser au plus vite de cette basse besogne, même si les textes continuaient d'en exiger la publicité* ».

une partie de la foule du spectacle macabre¹. Par la suite, les circonstances permettant la publicité de l'exécution firent l'objet de nombreux aménagements. Quant au temps de l'exécution, d'abord, à partir du début du XX^e siècle, celle-ci cesse de se dérouler en journée et le couperet tombe à l'aube ou de nuit². Ensuite, quant au lieu de la mise à mort, la place de Grève est d'abord remplacée en 1832 par les faubourgs ouvriers³, avant que la guillotine ne fasse l'objet d'un « *arraisonnement pénitentiaire* »⁴. Les exécutions publiques prirent ainsi place, entre 1909 et 1939, devant le porche de la prison de la Santé⁵. Enfin, quant aux personnes susceptibles de rendre compte de l'exécution, le 15 janvier 1877, « *une circulaire du ministère de l'Intérieur demanda aux préfets de ne plus délivrer aux journalistes d'autorisations d'accès à l'intérieur des prisons le jour des exécutions capitales* »⁶. Il n'en demeure pas moins que, lors de la dernière exécution publique en France, le 17 juin 1939, des journalistes prirent de nombreux clichés de la scène, l'exécution étant même filmée⁷. C'est d'ailleurs la diffusion internationale de ces images qui semble avoir conduit à la suppression de la publicité de la peine capitale⁸ par le décret du 24 juin 1939, texte abrogeant donc également l'exposition publique du parricide. Cette suppression, pouvant paraître tardive au regard des évolutions étrangères sur ce point⁹, illustre donc bien le déclin progressif des vertus antérieurement prêtées aux châtiments publics. Cela étant, la soif de transparence marquant l'époque contemporaine soulève la question de l'éventuelle insuffisance des fenêtres de publicité contemporaine.

¹ B. BEIGNIER, *op. cit.*, p. 351, notant par ailleurs les motifs « *assez mesquins* » de ce décret, lequel évoque surtout une volonté de préserver le budget de la justice d'une charge inutile.

² *Ibid.*

³ P. PIOT, *op. cit.*, p. 346.

⁴ E. TAIEB, art. préc., p. 52 : « *D'une part, cet arrondissement pénitentiaire montre, sous un jour inattendu, la conquête du droit pénal par la prison [...]. D'autre part, "l'emprisonnement" de la guillotine s'impose comme une solution technique allant dans le sens des restrictions de publicité que le pouvoir essaie continûment d'imposer* ».

⁵ P. PIOT, *op. cit.*, *loc. cit.* : « *La même procédure était utilisée en province, où les exécutions étaient organisées au plus près des prisons dans lesquelles les condamnés étaient détenus* ».

⁶ *Ibid.*

⁷ <http://www.bdfci.info/film/495/>.

⁸ P. PIOT, *op. cit.*, p. 347. L'auteur évoque toutefois l'affirmation du journal *Le Matin*, en 1978, selon laquelle la dernière exécution publique donna lieu « *à de telles scènes d'hystérie que le président de la République, Albert Lebrun, décida huit jours plus tard à ne plus autoriser le public à assister aux exécutions* ». V. aussi, contredisant ce récit et le dénonçant comme relevant d'une légende urbaine, F. VANSTEEGER, « La peine de mort dans le Nord de 1880 à 1981 », th. dacty., Lille 2, 1985, p. 334 et s.

⁹ E. TAIEB, art. préc., p. 49, rappelant que cette publicité a été supprimée en 1860 aux Pays-Bas, entre 1851 et 1863 dans les États allemands, en 1868 en Angleterre, en 1900 en Espagne, ou encore entre 1833 et 1936 dans les différents États des États-Unis d'Amérique.

B. L'insuffisance des fenêtres de publicité contemporaine

528. On le sait, les fenêtres de publicités quant à l'exécution de la peine sont peu nombreuses. Les audiences relatives à cette exécution ne peuvent en effet revêtir un caractère public que de façon très exceptionnelle¹. Pourtant, le public et, surtout, la victime, ne se désintéressent pas de la phase post-sentencielle, si bien que des voix commencent à se faire entendre pour réclamer une publicité plus étendue de ces audiences (1). Par ailleurs, si la peine complémentaire de publication n'est pas, techniquement, une fenêtre de publicité, dès lors que le prononcé de la peine doit nécessairement être public², elle est tout de même supposée accroître de façon significative la portée de ce prononcé, les foules ne se pressant pas, en pratique, dans les tribunaux. En réalité, l'efficacité relative de cette peine conduit à son contournement par des acteurs privés et pose la question de son avenir (2).

1. La publicité réclamée des audiences post-sentencielles

529. Les justifications classiques de l'absence de publicité des audiences. Par rapport au mouvement contemporain attachant une importance déterminante à la publicité de l'audience, la phase de l'exécution de la peine fait figure d'exception notable. En effet, cette phase « *est dérogatoire aux principes directeurs régissant le procès pénal, et notamment au principe de la publicité des débats qui relève du droit au procès équitable. La transparence de la peine exécutée s'en trouve affectée, ce qui pose la question des intérêts de la société et de la victime* »³. Plusieurs justifications peuvent expliquer le secret qui entoure cette phase de la procédure pénale. D'abord, ce secret est compatible avec l'évolution exposée précédemment tenant au fait qu'à ce stade, « *il s'agit essentiellement de favoriser la réinsertion du délinquant afin de prévenir la commission de nouvelles infractions à l'avenir* »⁴. Ainsi, le rappel public de la sanction infligée nuirait au condamné, lequel pourrait prétendre à une sorte de « *droit à l'oubli* »⁵, favorable à sa resocialisation ; ce à quoi l'on peut ajouter que « *le contentieux de*

¹ V. *supra* n° 390.

² V. *supra* n° 392.

³ J. FRINCHABOY, « De la transparence en demi-teinte de l'exécution des peines », art. préc.

⁴ *Ibid.* Et l'auteur d'ajouter : « *Si cette phase n'est pas accessible aux regards du public, cela peut s'expliquer par l'idée que l'équilibre social est censé être rétabli par la condamnation du coupable et le prononcé de la peine. La suite du processus répressif intéresse en quelque sorte moins la société pour être centrée sur le sort de la personne condamnée, sa situation personnelle et ses perspectives d'avenir* ».

⁵ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, 2016, Dalloz Action, n° 01.3.

l'application des peines étant moins axé sur l'infraction commise que sur la situation personnelle du condamné, l'absence de publicité est sans doute une manière de garantir le respect de sa vie privée »¹.

Ensuite, le caractère purement juridictionnel des audiences post-sentencielles pourrait être discuté, dès lors que les missions du juge d'application des peines « *ont longtemps eu une coloration administrative et l'application des peines a également subi l'influence des procédures post-sentencielles, pour lesquelles le principe de publicité était traditionnellement exclu* »².

Enfin, l'absence de publicité s'explique surtout par le fait que le juge de l'exécution n'ait pas à traiter du « *bien-fondé d'une accusation en matière pénale* »³, au sens où l'entend la Cour européenne des droits de l'homme⁴. Dès lors que la culpabilité de l'intéressé est admise à ce stade, l'exigence d'une audience en chambre du conseil dans le cadre de ce contentieux a pu être déclarée conforme aux exigences de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme⁵. Malgré ces justifications, l'opacité des audiences de phase post-sentencielle est aujourd'hui remise en cause.

530. La remise en cause de l'absence de publicité des audiences. Il est indéniable que la phase de l'exécution des peines est aujourd'hui une « *phase déterminante durant laquelle la peine est amenée à évoluer dans le temps avec la possibilité, pour les acteurs de l'exécution des peines, de la transformer et d'en changer la nature* »⁶. En effet, le juge d'application des peines, poursuivant la personnalisation de la peine initiée par la juridiction de jugement⁷ dispose d'un éventail de mesure de plus en plus large⁸, si bien que la peine prononcée publiquement à l'audience, théoriquement satisfaisante tant pour la société que pour la victime, peut être totalement différente de celle qui sera concrètement exécutée *in fine*. L'absence de droit de regard du public sur la mutation potentielle de la peine pose donc question, d'aucuns

¹ J. FRINCHABOY, art. préc.

² *Ibid.*

³ Cass. crim., 21 sept. 2016, n° 15-83954 : *AJ pénal* 2017, p. 49, obs. M. HERZOG-EVANS. V. aussi, Cass. crim., 21 oct. 1997 : *Procédures* 1998, n° 45, obs. J. BUISSON.

⁴ CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, préc., § 8 ; CEDH, 23 nov. 2006, *Jussila c/ Finlande*, préc., § 43.

⁵ Cass. crim., 2 juin 2004, n° 03-87954 ; Cass. crim., 15 févr. 2005, n° 04-81.775, *Bull. crim.* n° 58 ; *AJ pénal* 2005, p. 205, obs. M. HERZOG-EVANS ; Cass. crim., 15 avr. 2015, n° 14-80.417.

⁶ J. FRINCHABOY, art. préc.

⁷ C. proc. pén., art. 712-16.

⁸ E. GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., p. 477 et s.

jugeant l'inaccessibilité totale des audiences « *difficilement défendable* »¹. D'autant que si le caractère secret de l'audience joue, *a priori*, en faveur du condamné, certaines mesures peuvent lui être préjudiciables – que l'on songe à la révocation ou au retrait d'une mesure d'aménagement de la peine² – et le public pourrait jouer son rôle de contrôle, amenant le juge à bien réfléchir aux conséquences de sa décision éventuelle.

D'aucuns considèrent que la situation est amenée à évoluer, dès lors que la jurisprudence devient plus exigeante quant aux garanties du procès équitable lors de la phase post-sentencielle³ et que la publicité des audiences concernées est souvent de mise à l'étranger⁴. On peut ajouter que la Cour de cassation, classiquement, considère que la méconnaissance de l'exigence de tenir une audience en chambre du conseil à ce stade n'est sanctionnée que d'une simple nullité à grief⁵. L'importance attachée à la publicité aux autres stades de la procédure pourrait ainsi être étendue à la phase post-sentencielle. Il n'est pas certain, cependant, que cette évolution soit la bienvenue, au regard des justifications évoquées plus haut. Les risques d'une transparence excessive sont réels, si bien que la solution serait peut-être d'introduire davantage de publicité restreinte, comme c'est le cas devant les juridictions pour mineurs⁶. C'est d'ailleurs l'évolution qui semble se profiler au regard de la place de la victime en cette matière. En effet, quoi qu'elle ne soit plus partie civile à ce stade⁷ et que le juriste pénaliste soit traditionnellement réservé quant à la place grandissante prise par cette figure en droit pénal contemporain⁸, la victime bénéficie de nouvelles dispositions lui permettant d'être informée à divers égards des mesures prises à l'égard de la peine du condamné⁹.

¹ P. FAUCHER, « Fasc. 40 : Juridictions de l'application des peines. – Débat contradictoire, commission de l'application des peines, modification des mesures en cours », *J.-Cl. Procédure pénale*, 2010 (màj 2021), n° 11.

² Y. CARPENTIER, « Le clair-obscur de l'application des peines. Réflexions à propos de la décision QPC du 10 novembre 2017 du Conseil constitutionnel », *Dr. pén.*, 2018, étude 1.

³ Cass. crim., 15 avr. 2015, n° 14-82622, *Bull. crim.* n° 92 ; *Dr. pén.* 2015, comm. 91, obs. E. BONIS-GARÇON ; *AJ pénal* 2015, p. 270, obs. M. HERZOG-EVANS ; Cons. const., 10 nov. 2017, n° 2017-671 QPC. Pour J. FRINCHABOY (art. préc.) : « *Ces décisions, quoiqu'encore assez isolées et limitées dans leur portée, semblent être le signe d'une avancée vers une plus grande équité de la procédure d'application des peines qui pourrait se prolonger par une généralisation du principe de publicité* ».

⁴ P. FAUCHER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵ Cass. crim., 9 mai 1978, *Bull. crim.* n° 144. V. aussi Cass. crim., 16 févr. 1988, *Bull. crim.* n° 77 ; Cass. crim., 7 mai 1996, *Bull. crim.* n° 61.

⁶ V. *supra* n° 505.

⁷ Cass. crim., 15 mars 2006, n° 05-83684, *Bull. crim.* n° 81 ; *D.* 2006, p. 1250 ; *AJ pénal* 2006, p. 267, obs. M. HERZOG-EVANS ; *RSC* 2007, p. 350, chron. P. PONCELA.

⁸ V. not., E. FORTIS, « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale », *Arch. pol. crim.*, 2006/1, n° 28, p. 41.

⁹ C. proc. pén., art. 707, IV évoquant le droit de la victime d'être informée, si elle le souhaite, de la fin de l'exécution d'une peine privative de liberté, dans certains cas. Par ex., lorsqu'une personne a été condamnée pour une infraction de nature sexuelle et qu'une interdiction d'entrer en relation avec la victime ou la partie civile a été décidée, elle peut être informée de la libération anticipée de cette personne, si elle en a formé la demande (C. proc. pén., art. 712-16-2, al. 6).

La question d'un éventuel élargissement de l'accessibilité de l'audience aux personnes les plus directement concernées par l'évolution d'une peine prononcée, telles que « *la famille, la victime, les partenaires au projet* »¹, pourrait donc se poser, au moins dans certains contentieux. Reste à évoquer le contournement de la peine complémentaire de publication.

2. Le contournement de la peine complémentaire de publication

531. L'efficacité discutée de la peine de publication. La peine complémentaire de publication est apparue comme le dernier vestige des châtiments publics ayant constitué le droit commun de la peine pendant de nombreux siècles². Les attentes sont donc grandes à son égard, dès lors que l'on devrait pouvoir la présenter comme l'instrument garantissant un équilibre entre le secret entourant, dans les faits, le prononcé de la peine et les pulsions vindicatives animant toujours la société contemporaine, malgré le déclin de l'infamie infligée juridiquement. Or, il n'est pas certain que la peine évoquée soit à la hauteur de cette tâche herculéenne. En effet, il est exact que « *dans une société où la communication tient une place politique, sociale, commerciale et technique importante, [la peine étudiée] est, en effet, une arme redoutable, redoutée voire à double tranchant* »³. On a aussi pu écrire que « *cette publicité des condamnations est parfois ressentie, par certains délinquants soucieux de leur réputation, plus lourdement que la peine elle-même* »⁴. La peine serait d'autant plus efficace lorsqu'elle viserait des personnes morales⁵, ce qui est le plus souvent le cas en pratique, quoiqu'il soit alors davantage question d'une mesure d'information que d'une véritable peine selon certains⁶.

¹ P. FAUCHER, *op. cit.*, *loc. cit.*

² V. *supra* n° 523 et s.

³ V.-O. DERVIEUX, « "Name and Shame" », art. préc. V. aussi, W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Paris, 1988, n° 413, p. 390, estimant que « *l'affichage est une peine avant tout humiliante, donnant à l'opprobre que jette la condamnation sur le délinquant une audience singulièrement élargie* ». V. toutefois, D. THOMAS, « Fasc. 20 : Affichage ou diffusion de la décision prononcée », *op. cit.*, n° 2 : « *Outre cette fonction vexatoire, l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée illustre aussi le rôle pédagogique de la sanction pénale en faisant mieux connaître les interdits légaux et les conséquences de leur transgression, autant de raisons qui interdisent de voir dans cette mesure une peine humiliante* », d'où la compatibilité de cette sanction avec l'art. 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, prohibant les traitements inhumains ou dégradants (Cass. crim., 26 mars 1990, *Bull. crim.*, 1990, n° 131).

⁴ R. MERLE et A. VITU, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 760, p. 974.

⁵ V.-O. DERVIEUX, « "Name and Shame" », art. préc.

⁶ En ce sens, v. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1576, p. 1201, pour qui « *l'objectif est moins de punir en infligeant un blâme moral au groupement que de prévenir le public de la condamnation prononcée et donc du danger que ce groupement présente. L'atteinte à la réputation de la personne morale semble être davantage une conséquence que le but de cette sanction* ».

Paradoxalement, c'est sans doute la sévérité reconnue à cette peine qui tempère son efficacité. En effet, on a vu que le régime qui l'encadre est exigeant et en fait une peine assez rigide¹, la circulaire du 14 mai 1993 allant même jusqu'à enjoindre au ministère public de requérir cette peine avec parcimonie, en particulier du fait que les médias désignés pour diffuser l'information ne peuvent s'y opposer. Dans certaines matières, notamment en droit pénal des médias, cette peine n'est d'ailleurs que rarement prévue², sans doute pour ménager, là encore, la liberté d'expression. Or, certains le regrettent, dès lors, précisément, que « *cette peine complémentaire assurerait à la répression une véritable efficacité* »³. En réalité, le meilleur témoignage de l'incapacité de la peine étudiée à atteindre l'objectif qui lui est fixé est son contournement quasiment quotidien, l'infamie étant aujourd'hui moins infligée par les tribunaux que par des personnes privées.

532. L'infamie infligée par des personnes privées. Comme le présentait un auteur à la fin du siècle dernier, « *la disparition de la notion d'infamie légale, n'entraînera sans doute pas la disparition de la notion elle-même. À défaut d'une sanction, l'infamie subsistera toujours en tant que l'une de ces sanctions sociales diffuses* »⁴. Ce constat présente une actualité certaine à l'heure du « *pilori médiatique* », lequel assouvit le besoin qu'éprouve le public d'une justice expéditive et vindicative, si tant est que l'on puisse alors parler de justice. Le phénomène ne date pas d'hier⁵ mais se trouve évidemment renforcé par l'ampleur et la rapidité de la diffusion permise par Internet et les réseaux sociaux⁶. En somme, tout se passe « *comme si la discrétion dans l'exécution des peines (les coupables ne sont plus exposés en place publique ; les prisons*

¹ V. *supra* n° 409.

² V., par ex., Loi du 29 juillet 1881, art. 24 bis, al. 5.

³ E. DREYER, *Droit de la communication, op. cit.*, n° 1585, p. 860 : « *En effet, il faut que la profession soit informé des condamnations prononcées contre ceux de ses membres qui en ignorent les règles ; l'attention du public doit également être attirée sur ces délits de presse prétendument commis en son nom. Et c'est faussement qu'on invoquerait intérêt contraire de la victime qui peut souhaiter à discrétion. La plupart du temps, en effet, le procès n'aura pas lieu sans son accord ; il en va de même pour l'indication de son nom dans le communiqué judiciaire. Elle dispose donc, en toute hypothèse d'un droit de veto* ».

⁴ B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit, op. cit.*, p. 365.

⁵ J.-H. ROBERT, « Justice jacobine », *Dr. pén.*, 2019, repère 8 : « *Pendant la Révolution, il existait aussi une justice sans tribunaux, celle des feuilles et gazettes comme L'Ami du Peuple de Marat et Le Père Duchesne de Hébert, qui offraient à la vindicte populaire une pâture bienvenue* ».

⁶ *Ibid.* : « *Médiapart peut être placé dans leur postérité, qui pourchasse les nouveaux aristocrates avec la diffusion bien plus grande, assurée par l'Internet. Ses malheureuses victimes, engluées dans la Toile, ne font que se ligoter davantage en se débattant comme une mouche victime de l'araignée [...] Cette fois, ce sont les réseaux sociaux qui remplacent la rue révolutionnaire pour estourbir les mal-pensants* ». V. aussi, par ex., *Le Monde*, « Un mur de la honte pour les commentaires homophobes », 2 nov. 2016, évoquant le recensement de commentaires homophobes par le journal *L'Union-L'Ardenne* et la publication des noms de leurs rédacteurs. V. aussi, à propos de la question voisine des œuvres s'inspirant de faits judiciaires réels, A. PASCAL, *La justice pénale et les médias, op. cit.*, p. 295 et s.

sont éloignées des centres-villes, etc.) avait exacerbé le ressentiment des victimes. L'assurance d'une indemnisation (grâce à un fonds de garantie [...]) ne fait pas disparaître le besoin d'une sanction spectaculaire »¹. Tout au plus peut-on relever que les pratiques françaises de « *shaming* » paraissent moins excessives que celles mises en œuvre outre-Atlantique², et que l'impunité n'est pas totale, dès lors que, par exemple, les publications de décision de justice peuvent donner lieu à des condamnations sur divers fondements³. Il n'est pas certain, cependant, que l'honneur avili des personnes soumises au « *buzz* » médiatique⁴ puisse être véritablement rétabli par de telles décisions⁵.

Le degré de transparence entourant la peine devrait donc être repensé. On a ainsi pu écrire que « *le maintien de l'ordre social ne peut être obtenu par des peines prononcées en catimini et purgée à la sauvette* »⁶, ou encore que « *le secret a permis une dégradation intolérable des conditions de détention. La discrétion dans l'exécution des peines a donc généré d'autres formes d'abus sans que, pour autant, un caractère dissuasif puisse être réellement reconnu à la peine* »⁷. D'aucuns en viennent ainsi à suggérer le rétablissement de peines publiques modernisées⁸, ce qui fait écho à la théorie australienne de la « *honte réintégrative* » (*reintegrative shaming*) – opposée à la « *honte stigmatisante* » (*stigmatic shaming*) –, laquelle

¹ E. DREYER, *op. cit.*, n° 126, p. 106. L'auteur ajoute : « *Si on comprend parfaitement ce que de tels spectacles pouvaient avoir d'indigne, on est aussi obligé d'admettre que la sanction a perdu alors une partie de sa valeur intimidante en devenant moins visible* » (*ibid.*, n° 1288, p. 1009).

² A.-M. MCALINDEN, *The shaming of sexual offenders : risk, retribution and reintegration*, Hart, 2007. Dans cet ouvrage, l'auteur évoque notamment des campagnes de « *name and shame* », dans les années 2000, à l'encontre d'auteurs d'infractions sexuelles, voire de personnes simplement suspectées d'avoir commis de telles infractions, prenant diverses formes : encarts dans des journaux, signes apposés sur le domicile de la personne ou encore *t-shirts* affirmant sa culpabilité et portés par ses voisins. Ces campagnes ont évidemment eu des conséquences désastreuses, comme l'accusation d'innocents ou l'incendie volontaire du domicile de la personne dénigrée. L'auteur mentionne aussi la place prépondérante de la pénitence publique dans la société américaine.

³ V.-O. DERVIEUX, « *"Name and Shame"* », art. préc. : « *De fait, si en principe rien ne s'oppose à la publication d'une décision de justice sauf exceptions légales, sa mise en œuvre reste délicate et peut donner lieu à condamnation sur le fondement de la responsabilité civile (abus de droit), de la concurrence déloyale (dénigrement) ou de la protection de la personne (vie privée, présomption d'innocence)* ». V. aussi, pour des exemples de condamnation pour diffamation : Cass. crim., 28 févr. 1989, n° 88-82.355 ; Cass. crim., 17 nov. 2015, n° 14-81.410.

⁴ V. l'épisode glaçant de la série dystopique à succès *Black Mirror*, « *Haine virtuelle* », imaginant que tous les auteurs de *tweets* haineux payent le prix fort pour leurs publications.

⁵ Quant aux publications judiciaires relatives à l'innocence constatée, v. *supra* n° 410.

⁶ J.-P. DOUCET, *La loi pénale*, Saint Gildas de Rhys, 3^e éd., 2003, p. 262, n° III-113. V. aussi, R. LALLEMAND, « *Le droit de punir et le dialogue ambigu du pénaliste et de la conscience publique* », in *Punir, mon beau souci*, *Rev. Univ. Bruxelles*, 1984/1-3, p. 28, estimant que la publicité de la peine « *garantit le lien social autant qu'elle arrête l'arbitraire* ». *Contra* : M. MEKKI, « *Considérations sociologiques sur le droit des sanctions* », in *Les sanctions en droit contemporain*, Dalloz, 2012, p. 59

⁷ E. DREYER, *op. cit.*, n° 1288, p. 1009.

⁸ J.-M. CARBASSE et P. VIELFAURE, *op. cit.*, n° 9 bis, p. 29 : « *Ne pourrait-on envisager de remettre au goût du jour une sorte d'amende honorable modernisée qui aurait le mérite, tout en satisfaisant le légitime désir de réparation des victimes, de sanctionner les petits délinquants par une petite atteinte à leur ego volontiers surdimensionné, tout en les signalant, par la publicité de la cérémonie, à la vigilance publique ?* »

consiste à blâmer l'acte du délinquant « *publiquement afin de l'inciter à reconnaître sa faute, assumer sa responsabilité, demander pardon à la victime, accepter la réparation de son dommage et finalement lui permettre de regagner une respectabilité* »¹. La mise en œuvre de cette théorie a pu aboutir à des résultats satisfaisants à l'étranger, mais seulement pour des délits mineurs et ou pour la délinquance juvénile². Comme toute mesure de justice restauratrice, elle ne pourrait se substituer pleinement à la pénalité classique. Enfin, de façon plus mesurée, d'aucuns estiment que, « *sans établir ces spectacles de foire, une plus grande transparence dans l'exécution des peines pourrait mettre fin au malentendu actuel entre la population et sa justice* »³, ce qui renvoie à la question de la publicité des audiences de la phase post-sentencielle, évoquée plus haut⁴. En toute hypothèse, il est peu probable que le législateur se focalise prochainement sur de tels remèdes, son attention étant actuellement portée sur l'*open data* des décisions de justice, anonymisées en matière pénale⁵. Dès lors, la peine de demain a vocation à être abstraitement intimidante, davantage qu'à réinvestir le champ de l'exemplarité personnalisée.

533. Conclusion de section. Si, pour VOLTAIRE, « *le secret d'ennuyer est celui de tout dire* »⁶, celui de fasciner est peut-être de ne rien révéler. Le secret innommé entourant la peine en droit contemporain semble en effet alimenter les fantasmes des justiciables à l'égard de la justice française, tout autant que leurs incompréhensions quant à son fonctionnement. Pas plus que l'on ne met une lumière sous le boisseau, la noirceur de l'âme humaine semble – paradoxalement – devoir être soumise, dans une certaine mesure, aux lueurs du chandelier. Cette mesure est permise par l'opposition privé-public et les bien-nommées « *fenêtres* » de publication qu'elle induit, en ce qu'elles permettent précisément au public d'apercevoir les conséquences qu'engendrent la violation de la norme pénale, tout en restant extérieur au fonctionnement interne de la justice pénale, à laquelle n'a pas vocation à se substituer une justice populaire. Ces fenêtres semblent toutefois devoir être rénovées afin de remplir pleinement leur office.

¹ P. MORVAN, *Criminologie, op. cit.*, n° 116, p. 129.

² *Ibid.*, évoquant des expériences menées en Australie et le fait que le faible taux de criminalité au Japon serait dû au recours important à cette « *honte réintégrative* ».

³ E. DREYER, *op. cit. loc. cit.* Et l'auteur de citer : F. DESPREZ, *Rituel judiciaire et procès pénal*, LGDJ, 2009, p. 111, n° 164 ; A. GARAPON, *La Raison du moindre État*, éd. O. Jacob, 2010, p. 143.

⁴ V. *supra* n° 529 et s.

⁵ V. *supra* n° 21.

⁶ VOLTAIRE, *Œuvres complètes*, t. IX, Garnier, p. 429.

534. Conclusion de chapitre. L'apport majeur de l'approche historique des rapports entre secret et transparence, dans le cadre de la justice pénale, aura été la mise en lumière du changement de paradigme qu'a connu la matière à compter de la Révolution. Avant celle-ci, le procès pénal est secret de l'instruction au prononcé de la peine, tandis qu'avec l'exécution publique du châtiment, la transparence est de mise. La monarchie absolue déchuée, les investigations demeurent secrètes, mais le procès concentre la logique de transparence et l'exécution de la peine est soustraite aux regards du public. Malgré ces évolutions, une constante est le besoin de tempérer la transparence ou le secret aux différentes phases de la procédure, afin de maintenir un équilibre entre le droit à l'information du public et l'efficacité de la justice pénale.

Conclusion de titre. L'opposition privé-public s'inscrit donc, discrètement, au confluent des conflits si voyants entre intérêts privés ou publics ou entre transparence et secret. Là où les citoyens réclament la liberté d'expression, le droit au respect de la vie privée ou un procès pénal focalisé sur la réhabilitation du condamné, le législateur leur concède des aires où s'exprimer librement, des refuges contre les intrusions de la société ou de l'État, des audiences auxquelles le public est exceptionnellement exclu pour s'assurer d'un jugement équitable et sereinement rendu, ou au contraire admis pour éviter tout risque d'arbitraire. Là où la société réclame la sécurité et la préservation de l'ordre public, le législateur répond par la sanction de l'indiscipline commise en public, le durcissement du maintien de l'ordre dans les rassemblements publics, ou encore par la pédagogie supposément inhérente à la publicité des audiences. C'est dire, en substance, que le clivage privé-public vise à garantir l'équilibre du droit pénal.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

535. Les fonctions de l'opposition privé-public, à savoir permettre la flexibilité du droit pénal et en garantir l'équilibre, se présentent comme les deux faces d'une même pièce : la préservation du caractère libéral du droit pénal français. Si, sur un plan *technique*, cette opposition se greffe sur divers mécanismes du droit pénal – éléments constitutifs de l'infraction, circonstances aggravantes, causes de neutralisation de la répression pénale, actes de police ou audiences pénales – et permet d'introduire des limites et des degrés dans la répression pénale, c'est-à-dire d'y distiller une dose de flexibilité, c'est donc, sur un plan *politique*, pour accompagner les évolutions incessantes de la politique pénale¹ et parvenir à l'équilibre devant exister entre liberté et répression.

Plus encore, l'autonomie de la dichotomie étudiée par rapport aux autres acceptions des termes « *privé* » et « *public* » a pu être soulignée à maintes reprises. D'un côté, il est vrai que, dans de nombreuses hypothèses, on trouve une *concordance* entre ces différentes acceptions, tout comme c'était le cas sur le plan conceptuel². Ainsi, eu égard à la préservation de la sphère privée, la protection pénale du droit au respect de la vie privée et du droit à la sûreté s'inscrit dans des lieux privés ou a pour objet des communications privées. Quant à la préservation de l'ordre public, à l'inverse, les lieux et réunions publiques sont particulièrement concernés, que l'on songe à la pénalisation des incivilités qui y sont commises ou à la judiciarisation du maintien de l'ordre dans les rassemblements publics. De même, la transparence de la justice pénale, liée au contrôle démocratique de la façon dont la justice est rendue, suppose la publicité des audiences, là où ce sont souvent les intérêts des parties privées au procès pénal qui justifient qu'une audience se tienne porte close.

D'un autre côté, le caractère transversal de l'opposition privé-public conduit souvent à une *discordance* entre les différentes acceptions des termes qui la composent. En effet, l'encadrement des mesures de police exercées dans les lieux publics – comme la vidéoprotection ou les opérations « *coups de poing* » – vise notamment à protéger la sphère privée de l'individu, son droit à l'anonymat dans les lieux publics. De même, lorsque le législateur conditionne la répression de nombreux délits d'expression au caractère public de l'expression, c'est autant pour cantonner la répression aux abus troublant l'ordre public que

¹ J.-H. ROBERT, « La politique pénale : ressorts et évolution », art. préc. : « *La politique pénale, on l'aura compris, n'est pas un long fleuve tranquille, traversée qu'elle est par des courants contraires et tourbillonnants, sur lequel les décideurs dérivent plus qu'ils ne gouvernent* ».

² V. *supra* n° 308.

pour préserver la liberté de communication privée, donc la sphère privée. Par ailleurs, la préservation des intérêts sociétaux ou étatiques justifie que certains lieux où se déroule la vie publique soient appréhendés comme des lieux clos et que les intrusions en leur sein soient réprimées. Quant au caractère public de l'audience pénale, il peut parfois être bénéfique aux parties privées, ce qu'atteste l'affaire Patrick Dils où l'accusé réclamait la publicité de l'audience de la cour d'assises des mineurs pour que son innocence soit plus facilement reconnue. Enfin, les hypothèses où le huis clos est prononcé dans l'intérêt de la justice ou pour préserver l'ordre ou les mœurs montrent bien que l'inaccessibilité peut permettre de préserver des intérêts publics.

Au demeurant, il n'est guère surprenant que ce soit dans la seconde série d'hypothèses que l'on relève le plus d'occurrences du *caractère commun* – communications non publiques, établissements scolaires, audiences à publicité restreintes, par exemple – ainsi que de la *gradation de la répression pénale* – que l'on songe aux peines moins sévères encourues pour la diffamation non publique par rapport à celles de la violation de la diffamation publique, ou celles fulminées en matière d'intrusion dans un lieu culturel, comparée à celles réprimant une violation de domicile ; ou encore à la possibilité, unique en son genre, de tenir l'audience de la cour d'assises des mineurs à huis clos, à publicité restreinte ou portes ouvertes.

C'est dire, finalement, que la malléabilité des concepts déduits de l'opposition privé-public rejaillit sur le plan juridique, en ce qu'elle permet la flexibilité de la répression pénale et en garantit l'équilibre.

CONCLUSION GÉNÉRALE

536. Au terme de cette étude, de nombreux efforts ont été déployés pour ramener l'opposition entre les termes « *privé* » et « *public* » dans le giron de la rationalité juridique. Pourtant, malgré tous les critères proposés pour conceptualiser cette opposition ou pour en dégager les finalités, les conclusions dégagées ont souvent été marquées par la nuance, la souplesse, parfois l'incertitude. On pourrait se consoler en rappelant l'évidence, parfois oubliée, selon laquelle le droit, qu'il soit pénal ou non, n'est pas « *cet absolu dont souvent nous rêvons* »¹, qu'il demeure avant tout cette « *science inexacte* »² en perpétuelle reconstruction. Il semble toutefois nécessaire d'insister sur le fait que l'absence de rigidité de l'opposition privé-public n'est pas subie, comme elle l'est pour d'autres notions ou concepts juridiques³. Au contraire, l'élasticité de la dichotomie étudiée participe de l'essence même de celle-ci.

537. Sur le plan conceptuel, on peut rappeler, dans ces dernières lignes, que de nombreux obstacles s'opposent à son appréhension unitaire. Premièrement, les trois objets concernés par le clivage privé-public – les lieux, les réunions, les communications – sont divers et leurs définitions s'entrecroisent parfois. Deuxièmement, s'il est possible de conceptualiser un caractère privé et un caractère public, en mettant en avant le critère de l'accessibilité, entendu objectivement ou subjectivement, ce critère subit les influences des concepts découlant des autres acceptions des termes « *privé* » et « *public* », qu'il s'agisse de la vie privée ou sociale, de la propriété privée ou publique, du secret ou du notoire, ou encore du service public. Dès lors, loin d'être une partition binaire, la dichotomie étudiée mue en gradation, propice à un dépassement de cette binarité. Plus encore, troisièmement, on a vu que la zone intermédiaire entre les caractères privé et public ainsi conceptualisés était des plus conséquentes, du fait, cette fois, de l'articulation contradictoire entre les concepts évoqués et le critère de l'accessibilité. La friction entre la vie professionnelle et l'accessibilité est sans doute la plus emblématique de cette logique, les lieux de travail, les communications et les réunions professionnelles

¹ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, op. cit., p. 487.

² G. VÉDEL, cité par P. THULL in *La Lettre du Cadre Territorial*, n° 227, 15 févr. 2002 : « *Je suis professeur de droit, donc en charge de sciences inexactes ou plutôt expérimentales* ».

³ Que l'on songe à l'universalité si souvent affirmée des droits de l'homme, constamment contredite par la réalité des turpitudes humaines. À l'heure où ces lignes sont écrites, Kaboul est retombée aux mains des talibans.

conduisant fréquemment le législateur et le juge à accentuer tantôt le caractère privé de ces deniers, tantôt leur caractère public.

538. Le fait que l'opposition étudiée soit empreinte de diversité, de gradation et de non-binarité résulte en réalité des fonctions assignées à celle-ci, autant qu'elle permet précisément à ces finalités d'être mises en œuvre. D'abord, les usages de l'opposition privé-public sont eux-mêmes variés. Il s'agit parfois pour le législateur de limiter la répression pénale en faisant dépendre la constitution de l'infraction ou sa neutralisation du caractère privé ou public de certains lieux, réunions ou communications, voire en renforçant les contraintes procédurales pesant sur les forces de l'ordre en fonction de tels caractères. Parfois, on retrouve l'idée de gradation, cette fois juridique, lorsque le législateur prévoit qu'un comportement est plus ou moins sévèrement sanctionné selon son caractère privé, commun ou public, la gradation étant alors génératrice de conflits de qualification ou s'exprimant à travers des circonstances aggravantes. Dans le même ordre d'idées, la portée de la répression pénale est également graduée selon le degré de publicité des débats lors de l'audience pénale, ou celui de la communication d'informations par l'institution judiciaire au cours du procès pénal.

539. Malgré ces usages ciblés et divers, l'ambition de l'opposition privé-public s'est aussi révélée grande, l'étude diachronique de ses évolutions ayant montré à quel point elle visait à garantir l'équilibre du droit pénal, matière soumise à des mouvements contradictoires. Pour tenter de remédier au tiraillement du droit pénal entre les intérêts individuels et les intérêts sociétaux ou étatiques, le législateur, dans une logique de transaction, utilise l'opposition étudiée pour aménager des aires de liberté ou pour cibler la répression pénale, dans l'optique de légitimer son action. Par ailleurs, pour remédier aux excès potentiels qu'induisent la transparence et le secret à l'égard du fonctionnement de la justice pénale, des fenêtres de publicité ont été introduites pour tempérer le secret lors des phases préparatoires et post-sentencielles, tandis que le législateur a admis que les audiences de jugement, en principe publiques, puissent exceptionnellement se tenir portes closes. Ces évolutions révèlent, là encore, la volonté d'une répression pénale équilibrée.

540. Si l'ambition de maintenir un équilibre est grande – voire noble¹ –, il n'en demeure pas moins que, par définition, un équilibre est mouvant : « *Le rassurant de l'équilibre, c'est que rien ne bouge. Le vrai de l'équilibre, c'est qu'il suffit d'un souffle pour tout faire bouger* »². D'où la nécessité que la dichotomie étudiée reste adaptable, utilisée de façon ciblée et précise, qu'elle demeure sous-jacente aux évolutions du droit pénal. Le revers d'une telle ambition est donc que l'opposition privé-public n'a pas vocation à la permanence et à la stabilité, pas plus, d'ailleurs, que les études s'attellant décrire ses évolutions. Ainsi, ni l'une, ni les autres n'échappent-elles à la réalité des rapports entre temps et droit : « *D'un calendrier que l'on effeuille, il est une fin, il n'est pas de conclusion. Si ce n'est celle de l'Ecclésiaste. Eh quoi ! se dira-t-on, ce n'était que cela, la quête du mémorable dans le droit ? la poursuite du vent* »³ ; aux futures études centrées sur le partage entre « *privé* » et « *public* » de l'établir.

¹ J. GRENIER, *Nouveau Lexique*, Fata Morgana, 1969 : « *Il est aussi noble de tendre à l'équilibre qu'à la perfection ; car c'est une perfection que de garder l'équilibre* ».

² J. GRACQ in *Les préférences de Julien Gracq - Entretiens avec Jean Paget et Jean Daive*, France Inter, 2006, n° 211873.

³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 223.

ANNEXES

Schéma : les trois conceptions de l'opposition prive-public

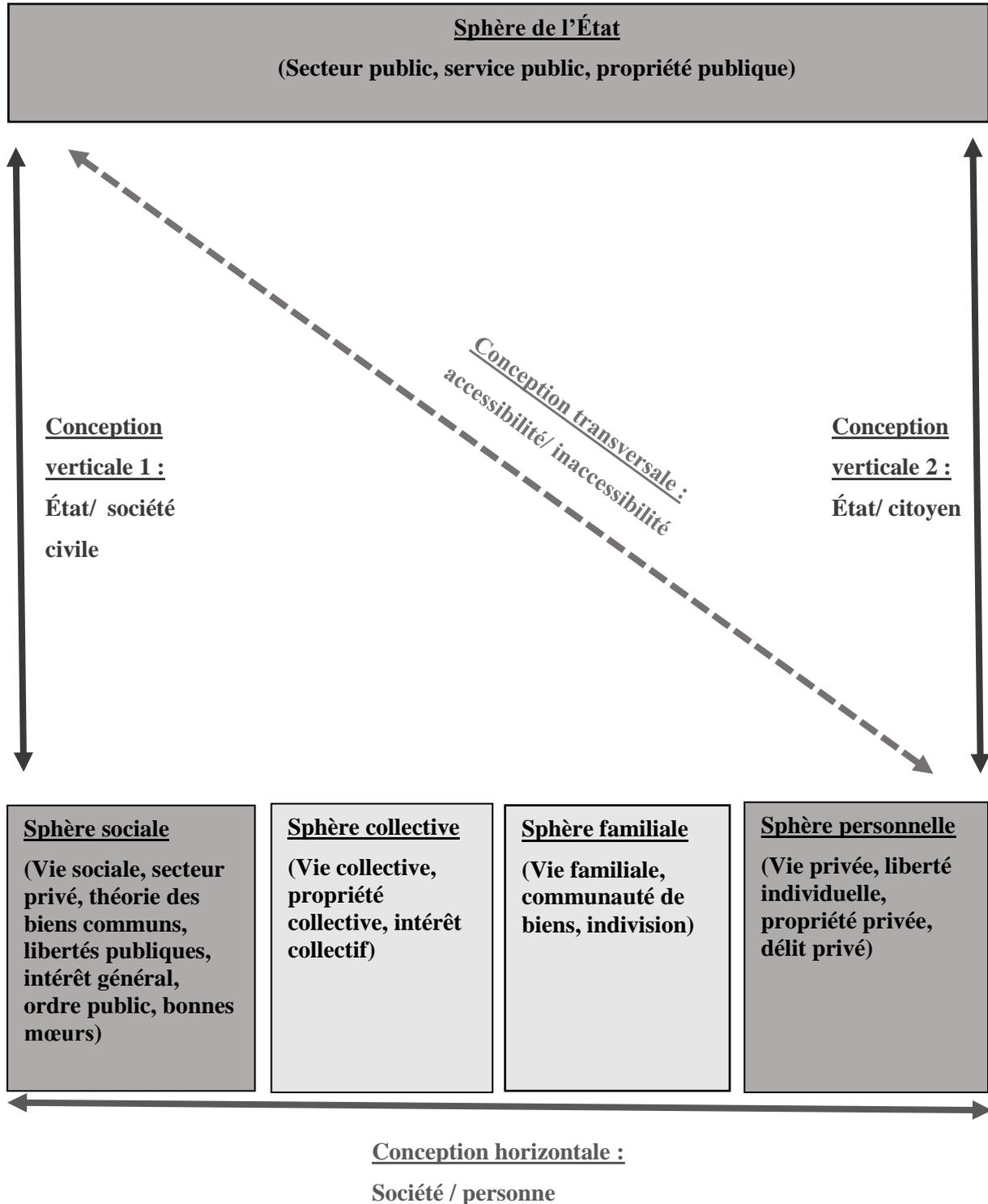


Tableau n° 1 : privé, public, commun

	Privé	Commun	Public
Lieux	<p>Lieu privé</p> <ul style="list-style-type: none"> - Domicile. - Véhicule personnel. - Entrepôt et contenant assimilé à un lieu privé (coffre, bagage, vêtement, système informatique). - Lieux affectés à la sécurité nationale. 	<p>Lieu affecté à un usage collectif</p> <ul style="list-style-type: none"> - Parties communes. - Lieu de travail clos. - Aire de compétition d'une enceinte sportive. - Locaux où l'on use en société de stupéfiants. - Établissement de prostitution. - Établissements d'enseignement. - Établissements pénitentiaires. - Lieux historiques ou culturels. - Salle d'audience. 	<p>Lieu public</p> <ul style="list-style-type: none"> - Voie publique. - Lieux affectés au transport de voyageurs. - Commerces. - Enceinte sportive. - Enceinte des fêtes foraines. - Lieux de culte.
Communi-cations	<p>Communication confidentielle</p> <ul style="list-style-type: none"> - Communication à un destinataire unique. - Communication à un cercle de famille. - Communication à une ou plusieurs personne(s) tenue(s) à la confidentialité. 	<p>Communication non publique</p> <ul style="list-style-type: none"> - Communication à des copropriétaires. - Communication à des actionnaires ou des associés. - Communication à un groupe d'élèves. - Communication à des professionnels ou des spécialistes. 	<p>Communication publique</p> <ul style="list-style-type: none"> - Communication au grand public. - Communication à un public de mineurs, de personnes interdites de jeux, de personnes handicapées.
Réunions	<p>Réunion privée</p> <ul style="list-style-type: none"> - Réunion familiale. - Audience en chambre du conseil, à huis clos. - Comité secret. 	<p>Réunion non publique</p> <ul style="list-style-type: none"> - Réunion d'actionnaires. - Assemblée générale de copropriétaires. - Audience en publicité restreinte. 	<p>Réunion publique</p> <ul style="list-style-type: none"> - Attroupement, manifestation, réunion publique. - Manifestations sportives, récréatives, commerciales, culturelles et cultuelles. - Audience publique. - Séances publiques.

Tableau n° 2 : L'encadrement renforcé des actes de police du fait de l'opposition privé-public

	Lieu(x) ou communication(s) engendrant l'exclusion de l'acte	Lieu(x) ou communication(s) entraînant l'encadrement renforcé de l'acte
Perquisition de droit commun	-Ambassade (Conv. de Vienne du 18 avr. 1961 sur les relations diplomatiques, art. 22).	-Lieu clos (C. proc. pén., art. 56, 57, 59, 76, 94, 95, 96) -Lieux protégeant un secret (C. proc. pén., art. 56-1 à 56-5 et 698-3).
Perquisition nocturne	-Locaux d'habitation (C. proc. pén., art. 706-28, 706-90 al. 1 ^{er} et 706-91 al. 1 ^{er}).	-Lieu clos (C. proc. pén., art. 706-89) -Locaux d'habitation (C. proc. pén., art. 706-90, al. 2 et 706-91, al. 2). -Locaux où l'on use en société de stupéfiants ou dans lesquels sont fabriqués, transformés ou entreposés illicitement des stupéfiants (C. proc. pén., art. 706-28). -Lieux où des personnes se livrant à la prostitution sont reçues habituellement (C. proc. pén., art. 706-35).
Perquisition en l'absence de l'occupant du lieu		Lieu clos (C. proc. pén., art. 706-94).
Perquisitions et visites administratives	- <u>Lieux protégeant un secret</u> : CSI, art. L. 229-1 (« <i>Lieux affectés à l'exercice d'un mandat parlementaire ou à l'activité professionnelle des avocats, des magistrats ou des journalistes et les domiciles des personnes concernées</i> »). - <u>Local d'habitation</u> : C. proc. pén., art. 78-2-1 et CSP, art. L. 3421-5 (« <i>domicile</i> »). Comp. C. douanes, art. 66 (« <i>partie des locaux qui est affectée à un usage privé</i> »). - <u>Local syndical</u> : C. transports, art. L. 5332-6 (« <i>parties à usage exclusif d'habitation et [...] locaux syndicaux [dans les navires]</i> »).	- <u>Lieu privé</u> : C. douanes, art. 64 ; LPF, art. L. 16 B et L. 38 (« <i>en tous lieux, même privés</i> »). Comp., C. com., art. L. 450-4 ; CMF, art. L. 621-12 (« <i>en tous lieux</i> »). - <u>Lieux protégeant un secret</u> : CMF, art. L. 621-12 (renvoi à C. proc. pén., art. 56-1 à 56-3). - <u>Local d'habitation</u> : C. conso., art. L. 512-6 ; C. com., art. L. 450-3, al. 3 ; (« <i>lieux [étant] également à usage d'habitation</i> ») ; C. env., art. L. 172-5, al. 5. et L. 172-6, al. 2 (« <i>les domiciles et les locaux comportant des parties à usage d'habitation</i> ») ; C. trav., art. L. 8113-1 (« <i>locaux habités</i> »). Comp., C. rur., art. L. 205-1, III et L. 942-4, al. 6 (« <i>lieux [comportant] des parties à usage d'habitation</i> ») ; C. douanes, art. 63 <i>ter</i> , dern. al. (« <i>partie affectée à usage privatif des [locaux professionnels et entrepôts]</i> »). - <u>Lieu à usage professionnel (en général)</u> : C. proc. pén., art. 78-2-1 ; C. douanes, art. 63 <i>ter</i> , al. 1 ^{er} et 2 ; C. com., art. L. 450-3, al. 1 ^{er} et 2 ; C. conso., art. L. 512-5, al. 2 et 3 ; C. env., art. L. 172-5,

		<p>al. 3 (formulation la plus répandue : « tous lieux utilisés à des fins professionnelles et [...] lieux d'exécution d'une prestation de services, ainsi [que] tous moyens de transport à usage professionnel » ; « ces mêmes lieux lorsque ceux-ci sont ouverts au public ou lorsqu'à l'intérieur de ceux-ci sont en cours des activités de production, de fabrication, de transformation, de conditionnement, de transport ou de commercialisation »).</p> <p><u>-Lieu à usage professionnel (spécifique) :</u> C. douanes, art. 66 (locaux des prestataires de services postaux et des entreprises de fret express) ; C. trav., art. L. 8113 (lieux soumis à l'inspection du travail) ; C. rur., L. 205-1, II et L. 942-4, 3° et 4° (locaux liés à la production alimentaire) ; C. déf., art. L. 2339-1 (locaux liés à la fabrication d'armes) ; C. pén., art. 56-1, al. 12 (lieux liés à la profession d'avocat).</p> <p><u>-Navires :</u> C. douanes, art. 62 ; C. transport art. L. 5332-6, al. 1^{er} ; C. proc. pén., art. 78-2-2, III bis ; C. rur., art. L. 942-4, 1° et L. 942-5 ; C. env., art. L. 172-5, 2°.</p> <p><u>-Autres :</u> CSP, art. L. 3421-5 (« Lieux où s'exerce le transport public de voyageurs, terrestre, maritime ou aérien, ainsi leurs annexes et dépendances ») ; C. rur., art. L. 942-4, 2° (« halles à marée »).</p>
<p>Mandat d'amener ou de recherche</p>		<p>Lieu d'habitation (C. proc. pén., art. 77-2 et 134 : « Domicile »).</p>
<p>Fouilles</p>	<p>-Véhicules spécialement aménagés à usage d'habitation et effectivement utilisés comme résidence (C. proc. pén., art. 78-2-2, II).</p>	<p><u>-Véhicule :</u> C. proc. pén., art. 78-2-2, II, 78-2-3, 78-2-4, 78-2-5 (« Véhicule circulant, arrêté ou stationnant sur la voie publique ou dans des lieux accessibles au public ») ; C. douanes, art. 60 (« moyens de transport »).</p> <p><u>-Véhicule professionnel :</u> C. douanes, art. 63 ter, al. 1^{er} ; C. com., art. L. 450-3, al. 1^{er} ; C. rur., art. L. 205-1, al. 4 et L. 205-6, al. 3 (« moyens de transport à usage professionnel ») ; C. env., art. L. 172-5, al. 4 ; C. rur., art. L. 942-7 (véhicules transportant des produits alimentaires) ; C. transport art. L. 5332-6, al. 1^{er} et art. L. 6342-4, I (véhicules spéciaux dans les ports et aéroports).</p> <p><u>-Bagage :</u> C. proc. pén., art. 78-2-2, III, 78-2-4, 78-2-5 ; CSI, art. L. 613-2 ;</p>

		<p>C. transport, art. L5332-6, al. 1^{er} et art. L. 6342-4, I.</p> <p><u>-Coffre</u> : C. douanes, art. 64, II, d) ; LPF, art. L. 16B, II, d) et L. 38, 2.</p> <p><u>-Vêtements</u> : C. proc. pén., art. 63-6 ; CSI, art. L. 613-2, L. 613-3 et R. 434-1 ; C. transport art. L. 5332-6, al. 2 et art. L. 6342-4, II ; L. pénit., art. 57 (palpations de sécurité) ; C. douanes, art. 60 ; C. transport, art. L. 5332-6, al. 1^{er} et art. L. 6342-4, I (« <i>visite [...] des personnes</i> ») ; C. proc. pén., art. 63-7 et 64 (fouille intégrale).</p>
Perquisition informatique		<p>-Système informatique présent sur les lieux d'une perquisition (C. proc. pén., art. 57-1, 76-3 et 97-1 ; CSI, art. L. 229-5 ; C. douanes, art. 64, 2, c ; LPF, art. L. 16 B, IV <i>bis</i> et L. 38, 4 <i>bis</i>).</p>
Captation de données informatiques	<p><u>-Exclusion de l'installation du dispositif technique</u> : Lieux protégeant un secret (C. proc. pén., art. 706-102-5, renvoyant aux art. 56-1, 56-2, 56-3 et 56-5 – mais non 56-4 – et 100-7 du même Code).</p>	<p><u>-Encadrement renforcé du régime</u> : Système informatique (C. proc. pén., art. 706-102-1 ; CSI, art. L. 853-2)</p> <p><u>-Encadrement renforcé de l'installation du dispositif technique</u> : Véhicule ou lieu privé (C. proc. pén., art. 706-102-5 ; CSI, art. L. 853-3) ; lieu d'habitation (<i>id.</i>).</p>
Fixation d'image	<p><u>-Exclusion de l'installation du dispositif technique</u> : lieux protégeant un secret (C. proc. pén., art. 706-96-1, renvoyant aux art. 56-1, 56-2, 56-3 et 56-5 – mais non 56-4 – et 100-7 du même Code).</p>	<p><u>-Encadrement renforcé du régime</u> : lieu privé (C. proc. pén., art 706-96 ; CSI, art. L. 853-1).</p> <p><u>-Encadrement renforcé de l'installation du dispositif technique</u> : véhicule ou lieu privé (C. proc. pén., art. 706-96-1 ; CSI, art. L. 853-3) ; lieu d'habitation (<i>id.</i>).</p>
Vidéoprotection et vidéosurveillance	<p><u>-Mise en œuvre par l'autorité publique</u> : intérieur des immeubles d'habitation et leurs entrées (CSI, art. L. 251-3).</p> <p><u>-Mise en œuvre par des commerçant ou des personnes morales</u> : voie publique (CSI, art. R. 252-3, 4°).</p> <p><u>-Mise en œuvre par des copropriétaires</u> : entrée des habitations privées et voie publique (CSI, art. L. 272-2, relatif à la transmission des images captées à l'autorité publique).</p>	<p><u>-Voie publique</u> : CSI, art. L. 251-2 et C. proc. pén., art. 39-3, 41 art. 81 (v., Cass. crim., 18 juin 2019, n° 18-86.421 ; Cass. crim., 8 déc. 2020, n° 20-83.885).</p> <p><u>-Lieux publics</u> : CSI, art. L. 251-2 et L. 223-1 (lieux et établissements ouverts au public « <i>particulièrement exposés à des risques d'agression ou de vol</i> » ou « <i>exposés à des actes de terrorisme</i> », voire « <i>leurs abords immédiats</i> » quand le système est mis en place par un commerçant ou une personne morale) ; CSI, art. L. 223-3 (transport collectifs, centrales nucléaires et aéroports) ; Loi pénit., art. 58 (« <i>espaces collectifs présentant un risque d'atteinte à l'intégrité physique des personnes au sein des établissements pénitentiaires</i> »).</p> <p><u>-Réunion publique</u> : CSI, art. L. 252-6 et s. (« <i>manifestation ou rassemblement</i> »).</p>

		<i>de grande ampleur présentant des risques particuliers d'atteinte à la sécurité des personnes et des biens »)</i>
Sonorisations	- <u>Exclusion de l'installation du dispositif technique</u> : lieux protégeant un secret (C. proc. pén., art. 706-96-1, renvoyant aux art. 56-1, 56-2, 56-3 et 56-5 – mais non 56-4 – et 100-7 du même Code).	- <u>Encadrement renforcé du régime</u> : paroles prononcées à titre privé ou confidentiel (C. proc. pén., art 706-96 ; CSI, art. L. 853-1). - <u>Encadrement renforcé de l'installation du dispositif technique</u> : véhicule ou lieu privé (C. proc. pén., art. 706-96-1) ; lieu d'habitation (<i>id.</i>)
Interceptions de correspondances, accès à distance aux correspondances, et « IMSI catcher »	-Correspondances avec un avocat relevant de l'exercice des droits de la défense (C. proc. pén., art. 100-5, al. 2). -Correspondances avec un journaliste permettant d'identifier une source en violation de l'article 2 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (C. proc. pén., art. 100-5, al. 3).	-Correspondances émises par la voie des communications électroniques (C. proc. pén., art. 100 et s., 706-95, et 727-1, 1° ; CSI, art. L852-1 et s., L. 854-1 et L. 855-1 A). -Ligne d'un député ou d'un sénateur, ligne dépendant du cabinet d'un avocat ou de son domicile, ligne dépendant du cabinet d'un magistrat ou de son domicile (C. proc. pén., art. 100-7). -Correspondance utile à la manifestation de la vérité (C. proc. pén., art. 100-5). -Correspondances stockées par la voie par la voie des communications électroniques accessibles au moyen d'un identifiant informatique (C. proc. pén., art. 706-95-1 et s.). -Correspondances émises ou reçues par un équipement terminal (C. proc. pén., art. 706-95-20).
Data mining		-Contenus librement accessibles sur les sites Internet des opérateurs de plateforme en ligne de mise en relation, manifestement rendus publics par leurs utilisateurs (Loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019, art. 154).
Géolocalisation	- <u>Exclusion de l'installation du dispositif technique</u> : lieux préservant un secret (C. proc. pén., art. 230-34, renvoyant aux articles 56-1 à 56-5 et à l'article 100-7 du même Code).	- <u>Encadrement renforcé de l'installation du dispositif technique</u> : lieu d'habitation (C. proc. pén., art. 230-34 et 230-35) ; lieux privés destinés ou utilisés à l'entrepôt de véhicules, fonds, valeurs, marchandises ou matériel et véhicules (C. proc. pén., art. 230-34) ; autres lieux privés (à savoir surtout les lieux à usage professionnel, <i>id.</i>) V. aussi, C. douanes, art. 67 bis-2 (renvoyant aux dispositions du C. proc. pén.) ; CSI, art. L. 853-3 (n'évoquant que les lieux privés, les véhicules et les lieux d'habitation).

Saisies	Correspondances entre un avocat et son client (Loi du 31 décembre 1971, art. 66-5), sauf exceptions (v. <i>supra</i> n° 359).	<p><u>-Impact ponctuel du lieu clos :</u> nécessité d'un accès légitime au lieu et respect des horaires légaux généralement exigé (v. <i>supra</i> n° 352).</p> <p><u>-Autres :</u> C. douanes, art. 66 (« envois postaux ») et 60 (« marchandises ») ; C. transport, art. L. 5332-6, al. 1^{er} (« colis », « marchandises ») et art. L. 6342-4, I (« courrier postal », « colis postaux », « fret », « approvisionnements de bord », « fournitures destinées aux aérodromes »).</p>
Constatations, transport, contrôle d'identité, convocation d'un témoin, exécution d'une décision pénale ou civile		<p><u>-Impact ponctuel du lieu clos :</u> nécessité d'un accès légitime au lieu et respect des horaires légaux généralement exigé (pour des références jurisprudentielles, v. <i>supra</i> n° 350 et s.).</p>

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES GÉNÉRAUX (MANUELS, TRAITÉS)

- BARBIER, G.**, *Code expliqué de la presse*, t. 1, Marchal et Billard, 1887.
- BEIGNIER, B., DE LAMY, B., DREYER, E.**, *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009.
- BENTHAM, J.**, *Traité des preuves judiciaires*, Bossange, 1823.
- BERGEL, J.-L.**, *Méthodologie juridique*, PUF, 3^e éd., 2018.
- BIGOT, C.**, *Pratique du droit de la presse*, Dalloz, 3^e éd., 2020.
- BLIN, H., CHAVANNE, A. et DRAGO, R.**, *Traité du droit de la presse. Ancien Code de la presse de Barbier*, Librairies techniques, 1969.
- BOULOC, B.**, *Droit pénal général*, Dalloz, 26^e éd., 2019.
- CARBASSE, J.-M. et VIELFAURE, P.**, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 2014.
- CARBONNIER, J.**, *Droit civil*, PUF, Quadrige, 2004.
- CHASSAN, J.-P.**, *Traité des délits et contraventions de la parole, de l'écriture et de la presse*
- CHAUVEAU A. et HÉLIE F.**, *Théorie du code pénal*, t. 4, Legrand et Descauriet, 1852.
- CONTE, P.**, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 6^e éd., 2019.
- CORNU, G.**, *Linguistique juridique*, Montchrestien, 2005.
- DAREAU, F.**, *Traité des injures dans l'ordre judiciaire*, Prault, 1775.
- DESPORTES, F. et LAZERGES-COUSQUER, L.**, *Traité de procédure pénale*, Economica, 4^e éd., 2015.
- DELMAS-MARTY, M.**, *Les grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992.
- DONNEDIEU DE VABRES, H.**, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 3^e éd., 1947.
- DOUCET, J.-P.**, *La loi pénale*, Saint Gildas de Rhys, 3^e éd., 2003.
- DREYER, E.**, *Droit pénal général*, LexisNexis, 5^e éd., 2019.
- DREYER, E.**, *Droit de la communication*, LexisNexis, 1^{re} éd., 23 août 2018.
- DURKHEIM, E.**, *L'année sociologique*, vol. 4, PUF, 1901.
- FABREGUETTES, P.-J.-É.**, *Traité des infractions de la parole, de l'écriture et de la presse*, 2 vol., Chevalier-Marescq et Cie, 1884.
- FAVOREU, L.**, *Droits des libertés fondamentales*, Dalloz, 7^e éd., 2015.
- GARÇON, É.**, *Code pénal annoté*, Sirey, 2^e éd., 1959.
- GARÇON, E. et PELTIER, V.**, *Droit de la peine*, LexisNexis, 3^e éd., 2019.
- GASSIN, R., CIMAMONTI, S., BONFILS, P.**, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011.
- GUINCHARD, S. et BUISSON, J.**, *Procédure pénale*, LexisNexis, 12^e éd., 2019.

- GRELLET-DUMAZEAU, T.**, *Traité de la diffamation, de l'injure et de l'outrage*, t. 1, Joubert, 1847.
- HÉLIE, F.**, *Traité de l'instruction criminelle*, Plon, 1866.
- HUET, J. et DREYER, E.**, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, 2011.
- LE POITTEVIN, G.**, *Traité de la presse*, Librairies Larose, 1902.
- LEPAGE, A., MAISTRE DU CHAMBON, P. SALOMON, R.**, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, 5^e éd., 2018.
- LEPAGE, A. et MATSOPOULOU, H.**, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015.
- LUCAS-SCHLOËTTER, A., LUCAS, H.-J., LUCAS, A.**, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, 5^e éd., 2017.
- MERLE, R. et VITU, A.**, *Traité de droit criminel. Droit pénal général*, 2 vol., Cujas, 7^e éd., 1997.
- MOREHAM, N., WARBY, M.**, *The law of privacy and the media*, Oxford University Press, 2016.
- MORVAN, P.**, *Criminologie*, LexisNexis, 3^e éd., 2019.
- ORTOLAN, J.-L.-E.**, *Éléments de droit pénal*, Plon, 3^e éd. 1863.
- PIN, X.**, *Droit pénal général*, Dalloz, 12^e éd., 2021.
- PRADEL, J.**, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e éd., 2019.
- PRADEL, J.**, *Procédure pénale*, Cujas, 20^e éd., 2019.
- PRADEL, J. et DANTI-JUAN, M.**, *Droit pénal spécial*, Cujas, 7^e éd., 2017.
- RASSAT, M.-L.**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 8^e éd., 2018.
- RASSAT, M.-L.**, *Droit pénal général*, Ellipses, 4^e éd., 2017.
- RASSAT, M.-L.**, *Procédure pénale*, Ellipse, 3^e éd., 2010.
- REBUT, D.**, *Droit pénal international*, Dalloz, 3^e éd., 2019.
- ROSSI, P.**, *Traité de droit pénal*, 2. vol., Guillaumin, 1855-72.
- TERRÉ, F. et MOLFESSIS, N.**, *Introduction au droit*, Dalloz, précis, 13^e éd., 2021.
- TERRÉ, F. et SIMLER, P.**, *Doit civil. Les biens*, Dalloz, 10^e éd., 2018.
- VERNY, E.**, *Procédure pénale*, Dalloz, 7^e éd., 2020.
- VITU, A.**, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, 2 vol., Cujas, 1982.
- VIVANT, M. et BRUGUIÈRE, J.-M.**, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, 4^e éd., 2019.

II. OUVRAGES SPÉCIAUX (MONOGRAPHIES, THÈSES, MÉMOIRES)

- BARREAU-SALIOU, C.-T.**, *Les publicités légales : information du public et preuve des actes*, LGDJ, 1991.
- BEIGNIER, B.**, *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1995.
- BRENAUT, M.**, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, th. Paris 2, 2016.
- BESSE, T.**, *La pénalisation de l'expression publique*, LGDJ, 2019.
- CARBONNIER, J.**, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001.
- CARBONNIER, J.**, *Essais sur les lois*, Anthologie du droit, 2013 (1995).
- CARRASCO-DAËRON, M.**, *La dissimulation en droit pénal*, LGDJ, 2016.

- CASADO, A., *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, IRJS éditions, 2015.
- CASSIA, P., *Dignité(s): une notion juridique insaisissable ?*, Dalloz, 2016.
- CHAMARD, C., *La distinction des biens publics et des biens privés*, Dalloz, 2004.
- COLLET, P., *L'acte coercitif en procédure pénale*, LGDJ, 2018.
- DELAGE, P.-J., *La condition animale, essai juridique sur les justes places de l'Homme et de l'animal*, Mare et Martin, 2016.
- DE LAMY, B., *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ, 2000.
- DEJEAN DE LA BÂTIE, A., *Les faits justificatifs spéciaux*, LGDJ, 2020.
- DEQUATRE, F., *L'intégrité morale en droit pénal*, th. Paris 2, 2021.
- DOMINJON, L., *La protection du secret des correspondances et le droit pénal*, Bosc frères, 1938.
- DUMÉNIL, G., *Le domicile en droit pénal*, LGDJ, 2016.
- DUPORT, A., *Principes fondamentaux de la police et de la justice, présentés au nom du comité de constitution*, chez Baudoin, 1791.
- DUPORT, F., *La publicité des décisions pénales*, Mougin-Rusand, 1899.
- ESMEIN, A., *Histoire de la procédure criminelle en France*, Panthéon Assas, 2010 (1882).
- FABREGUETTE, P.-J.-É., *De la complicité intellectuelle et des délits d'opinion, de la provocation et de l'apologie criminelles, de la propagande anarchiste*, Marescq aîné, 1894-95.
- FACQ, L., *De la publicité élément constitutif de l'infraction*, Imprimerie George Thomas, 1935.
- FRAGU, E., *Des bonnes mœurs à l'autonomie personnelle. Essai critique sur le rôle de la dignité humaine*, th. Paris 2, 2015.
- GÉNY, F., *Des droits sur les lettres missives : étudiés principalement en vue du système postal français ; essai d'application d'une méthode critique d'interprétation*, Sirey, 1911.
- GRIDEL, J.-P., *Le signe et le droit : les bornes, les uniformes, la signalisation routière et autres*, LGDJ, 1979.
- HAHN DE BYKHOVETZ, B., *Les faits justificatifs de la diffamation*, th. Paris 2, 2018.
- KAYSER, P., *La protection de la vie privée*, PUAM, 1995.
- LAPLATTE, C., *L'outrage public à la pudeur et la contravention d'affiches indécentes*, la Renaissance, 1967.
- LAVAUD-LEGENDRE, B., *Où sont passées les bonnes mœurs ?*, PUF, 2005.
- LEMOINE, V., *Le régime juridique des constatations policières sur Internet*, L'Harmattan, 2014.
- LEPAGE, A., *La connaissance du fait en droit*, th. Paris 11, 1998.
- LINDON, R., *Une création prétorienne : les droits de la personnalité*, Dalloz, 1974.
- MCALINDEN, A.-M., *The shaming of sexual offenders : risk, retribution and reintegration*, Hart, 2007.
- MUYART DE VOUGLANS, P.-F., *Mémoire sur les peines infamantes*, Merigot, 1780.
- MORNET, M.-N., *La vidéosurveillance et la preuve*, PUAM, 2004.
- OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M., *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique : essai d'analyse critique*, Presses de l'Université de Saint-Louis, 1981.

- PASCAL, A.**, *La justice pénale et les médias : approches juridique et sociologique*, th. Paris 2, 2016.
- PELTIER, V.**, *Le secret des correspondances*, PUAM, 1999.
- PERRIN, M.**, *Le statut pénal de l'animal*, L'Harmattan, 2016.
- PIN, X.**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002.
- PIOT, P.**, *Du caractère public du procès pénal*, th. Nancy, 2012.
- POUYANNE, J.**, *L'auteur moral de l'infraction*, PUAM, 2003.
- PRETOT, S.**, *Les communautés d'intérêts : essai sur des ensembles de personnes dépourvus de personnalité juridique*, PUAM, 2016.
- RIBEYRE, C.**, *La communication du dossier pénal*, PUAM, 2007.
- RIPERT, G.**, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, 1955.
- SAFI, F.**, *Le prosélytisme intellectuel et le droit pénal*, LGDJ, 2014.
- THELLIER DE PONCHEVILLE, B.**, *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010.
- TROPER, M.**, *La distinction droit public-droit privé et la structure de l'ordre juridique, Pour une théorie juridique de l'État*, PUF, 1994.
- VAN DE KERCHOVE, M.**, *Quand dire c'est punir*, Presses de l'Université de Saint-Louis, 2005.

III. ENCYCLOPÉDIES JURIDIQUES

- AUVRET, P.**, « Fasc. 3020 : Éléments constitutifs des infractions à la loi de 1881 », *J.-Cl. Communication*, 2006 (màj. 2020).
- AUVRET, P.**, « Fasc. 3020 : Fausses nouvelles », *J.-Cl. Communication*, 2003 (màj. 2019).
- BEAUSSONIE, G.**, « Fasc. 71 : Délits d'exploitation de l'image pornographique d'un mineur », *J.-Cl. Communication*, 2018.
- BEAUSSONIE, G.**, « Fasc. 56 : Protection pénale de la vie privée », *J.-Cl. Communication*, 2016.
- BEAUSSONIE, G.**, « Fasc. 3403 : Secret des correspondances », *J.-Cl. Communication*, 2014 (màj. 2017).
- BITAN, F.**, « Fasc. 4740 : Courrier électronique », *J.-Cl. Communication*, 2011 (màj. 2018).
- BOUZON-ROULLE, A.**, v° « Uniforme-Costume », *Rép. pén.*, 2014.
- BRANET, S.**, « Fasc. 26 : nationalisation d'entreprises », *J.-Cl. Propriétés publiques*, 2020.
- BRISSY, S.**, « Fasc. 17-11 : Discriminations », *J.-Cl. Travail Traité*, 2018 (màj. 2021).
- BUISSON, J.**, « Fasc. 10 : contrôles, vérifications et relevés d'identité », *J.-Cl. Procédure pénale*, 2019 (màj. 2020).
- BUISSON, J.**, « Fasc. 20 : Crimes et délits flagrants », *J.-Cl. Procédure pénale*, 2021.
- CHARVIN, Y. et ROUSSEL, G.**, v° « Explosifs », *Rép. pén.*, 2010
- COURTIN, C.**, v° « Contravention », *Rép. pén.*, 2010 (màj. 2020).
- DELBOS, V.**, v° « Droit de réunion », *Rép. pén.*, 2014.
- DETRAZ, S.**, « Fasc. 30 : Douanes. – Procédure », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2016 (màj. 2020).

- DETRAZ, S.**, « Fasc. 72 : Diffusion de messages nocifs pour les mineurs », *J.-Cl. Communication*, 2015 (màj. 2021).
- DREUILLE, J.-F.**, « Fasc. 20 : Attroupements », *J.-Cl. Pénal Code*, 2019 (màj. 2021).
- DREUILLE, J.-F.**, « Fasc. 20 : Dissimulation illicite du visage à l’occasion de manifestations sur la voie publique », *J.-Cl. Pénal Code*, 2017.
- DREUILLE, J.-F.**, « Fasc. 20 : Intrusion dans les lieux historiques ou culturels », *J.-Cl. Pénal Code*, 2016.
- DREUILLE, J.-F.**, « Fasc. 20 : Intrusion dans un établissement d’enseignement scolaire », *J.-Cl. Pénal Code*, 2015.
- DREUILLE, J.-F.**, « Fasc. 20 : Manifestations et réunions publiques », *J.-Cl. Pénal Code*, 2019.
- DREYER, E.**, « Fasc. 20 : Contrefaçons et fraudes en matière littéraire et artistique – Éléments constitutifs. Sanctions. », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2019.
- DREYER, E.**, « Fasc. 20 : Diffamation et injure non publiques avec, ou sans, caractère discriminatoire », *J.-Cl. Pénal Code*, 2017 (màj. 2020).
- DUMONT J., et BONNET, A.**, « Fasc. 20 : Transports, perquisitions et saisies », *J.-Cl. Procédure pénale*, 2013 (màj. 2021).
- GRAS, F.**, « Fasc. 3460 : Publicité pour le tabac », *J.-Cl. Communication*, 2012 (màj. 2019).
- ERÉSÉO, N.**, « Fasc. 3480 : Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl. Communication*, 2009 (màj. 2021).
- EVEILLARD, G. et CARPI-PETIT, S.**, « Fasc. 409 : Domaine privé », *J.-Cl. Administratif*, 2012.
- FAUCHER, P.**, « Fasc. 40 : Juridictions de l’application des peines. – Débat contradictoire, commission de l’application des peines, modification des mesures en cours », *J.-Cl. Procédure pénale*, 2010 (màj 2021).
- FIALAIRE, J.**, « Fasc. 210 : Police des réunions et manifestations », *J.-Cl. Administratif*, 2012 (màj. 2021).
- FOURNIER, S.**, « Fasc. 20 : Pratiques commerciales trompeuses », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2016 (màj. 2020).
- GUÉRIN, D.**, « Fasc. 20 : Circonstances aggravantes définies par le code pénal – Effraction et escalade », *J.-Cl. Pénal Code*, 2019 (màj. 2021).
- GUERRIN, M.**, v° « Nullités de procédure », *Rép. pén.*, 2019, (màj. 2021).
- GUÉRY, C.**, v° « Instruction préparatoire », *Rép. pén.*, 2018 (màj. 2021).
- HUET A., et KOERING-JOULIN, R.**, « Fasc. 403-10 : Compétence des tribunaux répressifs. français et de la loi pénale française », *J.-Cl. Droit international*, 2013 (màj. 2020).
- JEANDIDIER, W.**, « Fasc. 20 : Vol », *J.-Cl. Pénal Code*, 2020.
- JEANDIDIER, W.**, « Fasc. 95 : Infractions relatives à l’établissement et à la présentation des comptes sociaux », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2020 (màj. 2021).
- LEMOULAND, J.-J. et PIETTE G.**, v° « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ.*, 2019.
- LÉNA, M.**, v° « Jugement », *Rép. pén.*, 2008 (màj. 2019).
- LEPAGE, A.**, v° « Droits de la personnalité », *Rép. civ.*, 2009 (màj. 2021).
- LESCLOUS, V.**, « Fasc. 20 : Enquête préliminaire », *J.-Cl. Procédure pénale*, 2012 (màj. 2018).
- MALABAT, V.**, « Fasc. 20 : Publicité réglementée », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2012 (màj. 2014).

- MALABAT, V.**, v° « Infractions sexuelles », *Rép. pén.*, 2002 (màj. 2021).
- MARÉCHAL, J.-Y.**, « Fasc. 20 : Sport », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, 2013.
- MATSOPOULOU, H.**, « Fasc. 20 : Violation de domicile », *J.-Cl. Pénal Code*, 2009 (màj. 2016).
- MOREAU P., et LATOUR, X.**, « Fasc. 1100 : Vidéoprotection », *J.-Cl. Communication*, 2015 (màj. 2020).
- MURBACH-VIBERT, M.**, v° « Attroupements », *Rép. pén.*, 2017 (màj. 2019).
- MURBACH-VIBERT, M.**, v° « Manifestations », *Rép. pén.*, 2016 (màj. 2019).
- PECH, L.**, « Fasc. 28 : Conflit de lois et compétence internationale des juridictions françaises », *J.-Cl. Communication*, 2018.
- PELLETIER H. et BEAUVAIS, D.**, « Fasc. 20 : Atteinte à la représentation de la personne », *J.-Cl. Pénal Code*, 2016.
- PELTIER, V.**, « Fasc. 20 : Atteintes au secret des correspondances commises par des particuliers », *J.-Cl. Pénal Code*, 2019.
- PRONIER, J.**, « Fasc. 20 : Géolocalisation », *J.-Cl. Procédure pénale*, 2015 (màj. 2018).
- RASCHEL, E.**, « Fasc. 128 : Outrage à agents diplomatiques étrangers », *J.-Cl. Communication*, 2015 (màj. 2017).
- RASCHEL, E.**, « Fasc. 136 : Les immunités. Article 41 de la loi du 29 juillet 1881 », *J.-Cl. Communication*, 2016 (màj. 2020).
- RASSAT, M.-L.**, « Fasc. 20 : Mise en péril des mineurs », *J.-Cl. Pénal Code*, 2015 (màj. 2019).
- RASSAT, M.-L.**, « Fasc. 20 : Proxénétisme et infractions qui en résultent », *J.-Cl. Pénal Code*, 2009 (màj. 2020).
- RIAS, N.**, « Fasc. 20 : Distribution d'argent à des fins publicitaires sur la voie publique », *J.-Cl. Pénal Code*, 2013.
- RIAS, N.**, « Fasc. 20 : Violation des dispositions réglementant les professions exercées dans les lieux publics », *J.-Cl. Pénal Code*, 2012 (màj. 2020)
- ROBERT, A.-G.**, « Fasc. 20 : Diffusion de messages contraires à la décence », *J.-Cl. Pénal Code*, 2009.
- ROBERT, J.-H.**, « Fasc. 20 : Discrédit sur une décision juridictionnelle », *J.-Cl. Pénal Code*, 2014 (màj. 2019).
- ROBERT, J.-H.** « Fasc. 20 : Outrages à magistrats et envers d'autres personnes représentant la personne publique », *J.-Cl. Pénal Code*, 2014 (màj. 2021).
- ROBERT, J.-H.**, « Fasc. 20 : Publication en vue d'influencer les décisions juridictionnelles », *J.-Cl. Pénal Code*, 2014.
- ROBERT, J.-H.**, « Fasc. 3170 : Apologies et provocations de crimes et délits », *J.-Cl. Communication*, 2015.
- ROBERT, J.-H.**, « Fasc. 92 : La provocation à des actes de terrorisme et leur apologie », *J.-Cl. Pénal Code*, 2015 (màj. 2020).
- ROETS, D.**, « Fasc. 20 : Classifications des infractions », *J.-Cl. Pénal Code*, 2010.
- SAINT-PAU, J.-C.**, « Fasc. 20 : Jouissance des droits civils. – Droit au respect de la vie privée. – Régime. Actions civiles », *J.-Cl. Communication*, 2019.

- SAINT-PAU, J.-C.**, « Fasc. 34 : Droit au respect de la vie privée – Définition conceptuelle du droit subjectif », *J.-Cl. Communication*, 2016 (màj. 2019).
- SEGONDS, M.**, « Fasc. 20, Outrage à l’hymne national ou au drapeau tricolore », *J.-Cl. Pénal Code*, 2017.
- SUDRE, F.**, « Fasc. 6524 : Convention européenne des droits de l’homme – Droits garantis. – Droit au respect de la vie privée et familiale. – Principes directeurs. – Protection de la vie privée », *J.-Cl. Europe*, 2018.
- TILLET, E.**, v° « Histoires des doctrines pénales, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale », *Rép. pén.*, 2002 (màj. 2010).
- TOURET DE COURCY, F.**, v° « Enfance délinquante », *Rép. pén.*, 2005.
- THOMAS, D.**, « Fasc. 20 : Affichage ou diffusion de la décision prononcée », *J.-Cl. Pénal Code*, 2016 (màj. 2017).
- VITU, A. et ROUSSEAU, F.**, « Fasc. 20 : Atteintes au secret de la défense nationale », *J.-Cl. Pénal Code*, 2015.

IV. ARTICLES DE DOCTRINE

Articles issus de mélanges ou d’ouvrages collectifs

- AUBY, J.-B.**, « Espaces publics et espaces privés dans la ville et dans le droit », in *Mél. Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 197.
- AUVRET, P.**, « La répression de l’apologie dans le cadre de l’article 24 de la loi sur la presse », in DROIN, N. et JEAN-BAPTISTE, W. (dir.), *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : une nécessité ?*, LGDJ, 2017, p. 91.
- BART, J.**, « *Res communes omnium, res nullius, res publicae, res universitatis* », in CORNU, M. et ROCHFELD, J. (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 1052.
- BENABOU, V.-L.**, « Liens et droit d’auteur : un tandem iconoclaste », in *Études en l’honneur du professeur Jérôme Huet*, LGDJ, 2017, p. 1.
- BEIGNIER, B.**, « “De la langue perfide, délivre moi...” », réflexions sur la loi du 13 juillet 1990 dite “Loi Gayssot” », in *Pouvoir et liberté. Études offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 497.
- BERNARD, A.**, « La protection de l’intimité par le droit privé. Éloge du ragot ou comment vices exposés engendrent vertu », in *Le for intérieur*, CURAPP, 1995, p. 153.
- BOUCHERON, J.**, « L’ouvrage de presse », in *Mél. Patin*, Cujas, 1965, p. 369
- CAILLOSE, J.**, « Le public du droit administratif », in *Mél. Yves Jégouzo*, Dalloz, 2009, p. 383.
- CARBONNIER, J.**, « Communauté – communisme – propriété », in *Écrits. Textes rassemblés par R. Verdier*, PUF, 2010, 2^e éd., p. 381.
- CARBONNIER, J.**, « La nature des règles définissant les cas de déviance ou de délinquance et la signification de leur application », in *Écrits. Textes rassemblés par R. Verdier*, PUF, 2010, 2^e éd., p. 885.
- CARBONNIER, J.**, « Le double visage du droit pénal aux lueurs de sa triple genèse », in *Écrits. Textes rassemblés par R. Verdier*, PUF, 2010, 2^e éd., p. 920.

- CHEVALLIER, J.**, « Présentation » in *Public/privé*, CURAPP, PUF, 1995, p. 5.
- CHEVALLIER, J.**, « L'ordre juridique », in *Le droit en procès*, CURAPP, PUF, 1983, p. 7.
- CONTE, P.**, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité, études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 141.
- CONTE, P.**, « "Effectivité", "inefficacité", "sous-effectivité", "surrefficacité"... : variations pour droit pénal », in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 125.
- COUV RAT, P.**, « La famille, parent pauvre du droit pénal », in *Le droit non civil de la famille*, PUF, 1983, p. 133.
- COVIAUX, J.-C.**, « Le secret des antécédents criminels », in LASSOUARN, Y. et LAGARD, P. (dir.), *L'information en droit privé. Travaux de la conférence d'agrégation*, LGDJ, 1978, p. 485.
- DE BELLECIZE, D.**, « L'histoire, otage de la loi du 29 juillet 1881 ? », in *Clés pour le siècle*, Dalloz, 2000, p. 1273.
- DEPREZ, F.**, « Le vêtement et le droit pénal », in POUSSON, A. et REGOURD, S. (dir.), *Le vêtement saisi par le droit*, LGDJ, 2015, p. 141.
- DERIEUX, E.**, « La notion de "publication" en droit de la communication », in *Droit et actualité, études offertes à Jacques Béguin*, Litec, 2005, p. 275.
- DESMONS, É.**, « Du blasphème considéré comme une infraction politique (sur la protection juridique du communautarisme) » in DESMONS, É. et PAVEAUD M.-A., (dir.), *Outrages, insultes, blasphèmes et injures : violences du langage et polices du discours*, L'Harmattan, 2008, p. 53.
- DREYER, E.**, « L'opportunité d'une sortie des infractions de presse de la loi du 29 juillet 1881 au regard d'un exemple précis : le cas du délit d'apologie du terrorisme et de provocation aux actes de terrorisme », in DROIN, N. et JEAN-BAPTISTE, W. (dir.), *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : une nécessité ?*, LGDJ, 2017, p. 37.
- DREYER, E.**, « La loi pénale applicable à la contrefaçon littéraire ou artistique », in *Mélanges André Lucas*, t. 1, LexisNexis, 2014, p. 251.
- DROIN, N.**, « Le traitement de l'offense au chef de l'État dans le cadre créé depuis l'abrogation de l'article 26 de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 », in DROIN, N. et JEAN-BAPTISTE, W. (dir.), *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : une nécessité ?*, LGDJ, 2017, p. 125.
- FRANÇON, A.**, « Les sanctions pénales de la violation du droit moral », in *Mélanges offerts à Jean-Jacques Burst*, Litec, 1997, p. 178
- GASSIN, R.**, « Considérations sur le but de la procédure pénale », in *Mélange J. Pradel*, Cujas, 2006, p. 109.
- GUILLEN, R.**, « Droit public ou droit privé », in *Mél. Offerts à J. Brethe de la Gressay*, Bière, 1967, p. 311.
- HILAIRE, J.**, « Du crieur public à l'ordinateur : histoire des publicités légales », in SAYAG A. (dir.), *Publicités légales et information dans les affaires*, Litec, 1992, p. 11.
- HUBRECHT, H.**, « Le droit français de la manifestation », in FAVRE, P. (dir.), *La manifestation*, Presses de la FNSP, p. 185.

- LEVELEUX-TEXEIRA, C.**, « Injure à Dieu, outrage au roi. Le blasphème à la fin du Moyen Âge et au début de l'époque moderne : un crime limite », in DESMONS, É. et PAVEAUD M.-A., (dir.), *Outrages, insultes, blasphèmes et injures : violences du langage et polices du discours*, L'Harmattan, 2008, p. 31
- LEPAGE, A.**, « Les limites de la liberté d'expression dans le Code pénal : l'étoffement des incriminations », in *Études en l'honneur du professeur Jérôme Huet*, LGDJ, 2017, p. 241.
- LEPAGE, A.**, « Le secret, figure polymorphe du droit pénal », in *Mélanges Germain Michel*, LexisNexis, 2015, p. 473.
- LEPAGE, A.**, « La diffamation et l'injure non publiques, entre infractions de droit commun et infractions de presse », in *Droit et technique. Mélanges en l'honneur de Xavier Linnant de Bellefonds*, Litec, 2009, p. 326.
- LOCHAK, D.**, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs : puissance et impuissance de la norme juridique », in *Les bonnes mœurs*, CURAPP, PUF, 1994, p. 15.
- MADIOT, Y.**, « De l'évolution sociale à l'évolution individualiste du droit contemporain », in *Les orientations sociales du droit contemporain, Écrits en l'honneur de Jean Savatier*, PUF, 1992, p. 353.
- MALABAT, V.**, « Retour sur le résultat de l'infraction », in *Mélanges Jacques-Henri Robert*, LGDJ, 2012, p. 443.
- MALLET-POUJOL, N.**, « De la télématique à l'Internet : les chausse-trappes de la responsabilité en cascade », in *Études en l'honneur du professeur Jérôme Huet*, LGDJ, 2017.
- MAYAUD, Y.**, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et code d'instruction criminelle – Livre du Bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 104.
- OST, F. et VAN DE KERCHOVE, M.**, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », in *Les bonnes mœurs*, CURAPP, PUF, 1994, p. 105.
- ROCHFELD, J.**, « Biens communs (approche juridique) » in CORNU M., et ROCHFELD F. (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 101.
- ROLIN, F.**, « L'espace public en droit administratif », in BUI-XUAN O. (dir.), *Droit et espace(s) public(s)*, Fondation Varenne, 2013, p. 59.
- SAINT-BONNET, F.**, « Sujets, citoyens, concitoyens. Espace public et communauté politique », in BUI-XUAN, O. (dir.), *Droit et espace(s) public(s)*, Fondation Varenne, 2013, p. 21.
- SAINT-PAU, J.-C.**, « L'incrimination des atteintes à l'intimité sexuelle par l'article 226-2-1 », in *Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuic*, Éditions universitaires de Lorraine, 2018, p. 339.
- SAINT-PAU, J.-C.**, « La responsabilité pénale des infractions de presse », in *Travaux de l'ISCJ*, Cujas, 2011, t. 1, p. 229.
- SÉRIAUX, A.**, « L'espace public », in *Droit et technique. Mélanges en l'honneur de Xavier Linnant de Bellefonds*, Litec, 2009, p. 433.
- SUDRE, F.**, « L'interdiction de l'abus de droit de l'article 17 de la CEDH, et les délits de presse », in DROIN, N. et JEAN-BAPTISTE, W. (dir.), *La réécriture de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 : une nécessité ?*, LGDJ, 2017, p. 166.

VITU, A., « Le principe de la publicité dans la procédure pénale », in *Annales de la faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, t. XVI, 1968, p. 308.

VON LEWINSKI, S., « Réflexions sur la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne en droit d'auteur, en particulier sur le droit de communication au public », in *Mélanges Lucas André*, LexisNexis, 2014, p. 775.

Articles de revue

ADER, B., « Enfin on va pouvoir voir comment se rend notre justice ! », *Légipresse*, 2021, p. 185.

AGOSTINELLI, X., « Diffamation, injure et provocation à la discrimination raciale », *Légicom*, 2002/3, n° 28, p. 47.

Alix, J., « La répression de l'incitation au terrorisme », *Gaz. Pal.*, 24 févr. 2015, p. 11

Alix, J., « Réprimer la participation terroriste », *RSC*, 2014, p. 849.

AMBROISE-CASTÉROT, C., et COMBEAU, C., « La procédure pénale dans la balance : entre secret et transparence », *Les Cahiers de la Justice*, 2014, n° 3, p. 373.

ATTAL, Y., « Bilan de la législation française : La loi Évin est-elle partie en fumée ? », *Gaz. Pal.*, mars 2000, n° 82, p. 16.

AUROY, B., « La localisation des infractions commises sur Internet ou la délicate rencontre entre la loi du 29 juillet 1881 et les nouvelles technologies », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 618.

AUTRIC, J.-B., « Loi sur le tabagisme : ce qu'elle implique pour les associations », *Juris associations*, 2008, n° 378, p. 27.

AUVRET, P., « La détermination des personnes responsables », *Gaz. Pal.*, 14 mai 2002, p. 17.

BAZEX, M., « L'implosion du dualisme de juridictions », *Pouvoirs*, 1988, n° 46, p. 35.

BELLOIR, P., « L'application des règles de procédure pénale aux infractions commises sur le réseau Internet », *Légalis.net*, 2002/2, p. 10.

BEAUSSONIE, G., « Immeuble et domicile en droit pénal », *AJ pénal*, 2016, p. 59.

BEAUSSONIE, G., « De l'opération de perquisition effectuée ou débutée dans la partie commune d'un habitat collectif », *Gaz. pal.*, 11 févr. 2014, p. 623

BEAUVAIS, P., « Extension et contrôle de la coercition pénale dans l'espace public », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2020, p. 69.

BELFANTI, L., « Poursuite et répression du délit d'exhibition sexuelle », *Gaz. Pal.*, 27 oct. 2012, p. 19.

BÉNÉJAT, M., « Continuum de sécurité et transports », *AJ Pénal*, 2021, p. 138.

BENESTY, G., « Le clair-obscur du contrôle de la vidéosurveillance », *AJDA*, 2010, p. 764.

BÉNICHOU, D., « Cybercriminalité : jouer d'un nouvel espace sans frontière », *AJ pénal*, 2005, p. 224.

BEIGNER, B., « Vie privée et vie publique », *Arch. phil. droit*, n° 41, *Le privé et le public*, 1997, p. 163.

BERGÈRE, A.-C., « Le juge des libertés et de la détention, entre indépendance statutaire et dépendances matérielles », *AJ pénal*, p. 120.

- BIGOT, C.**, « L'utilisation du critère de l'intérêt général en droit interne : éléments pour un bilan », *Légipresse*, 2015, n° 323 p. 31.
- BLANCHETIER, P.**, « Point de départ du délai de prescription des délits de presse sur Internet : les classiques contre les modernes », *JCP*, 2002, II, 10028.
- BLIN, H.**, « Une conséquence inattendue de la loi du 1^{er} juillet 1972 sur la lutte contre le racisme : la perte de son caractère d'infraction de presse de la contravention d'injure non publique », *JCP*, 1973, I, 2546.
- BOSSAN, J.**, « Le droit pénal confronté à la diversité des intermédiaires de l'Internet », *RSC*, 2013, p. 295.
- BOSSAN, J.**, « Réflexions sur l'application du droit pénal aux liens hypertextes », *Légipresse*, 2021, p. 83.
- BREDIN, J.-D.**, « Secret, transparence et démocratie », *Pouvoirs*, 2001, n° 97, p. 5.
- BRENAUT, M. et SAFI, F.**, « Un an de question prioritaire de constitutionnalité en matière pénale (Juillet 2019 – Juillet 2020) », *Dr. pén.*, 2020, chron. 9.
- BRISSON, J.-F.**, « La surveillance des espaces publics », *Dr. adm.*, 2005, étude 19.
- BROYELLE, C.**, « La fin du dualisme juridictionnel : un point de vue universitaire », *Revue de droit d'Assas*, 2019, n° 18, p. 52.
- BRUGUIÈRE, J.-M.**, « Dans la famille des droits de la personnalité, je voudrais », *D.* 2011, p. 28.
- BUI-XUAN, O.**, « L'espace public : l'émergence d'une nouvelle catégorie juridique ? Réflexions sur la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public », *RFDA*, 2011, p. 551.
- CACHARD, O.**, « Juridiction compétente et loi applicable en matière délictuelle : retour sur la méthode de la focalisation », *RLDI* août-sept. 2010, suppl. au n° 63, n° 2098.
- CAHN, O.**, « Construction d'un maintien de l'ordre (il)légaliste », *RSC*, 2020, p. 1069.
- CAHN, O.**, « La répression des "black blocs", prétexte à la domestication de la rue protestataire », *Arch. pol. crim.*, 2010, n° 1, p. 165.
- CAILLOSSE, J.**, « Droit public-droit privé, sens et portée d'un partage académique », *AJDA*, 1996, p. 959.
- CALVÈS, G.**, « Les discours de haine et les normes internationales », *Esprit*, 2015, n° 418, p. 58.
- CAPPELLO, A.**, « La liberté d'expression : un nouveau fait justificatif ? », *AJ Pénal*, 2020 p. 339.
- CARCASSONNE, G.**, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, 2001, n° 97, p. 17.
- CARON, C.**, « Vie "pripuvéblique" », *CCE*, 2020, repère 6.
- CASSIA, P.**, « Le droit de la rue », *Pouvoirs*, 2008, n° 116, p. 65.
- CASTEX, L., FAVRO, K. et ZOLYNSKI, C.**, « La lutte contre la haine en ligne : de l'appel du 18 juin au discours de la méthode », *D.* 2021, p. 246.
- CAYLA, O.**, « Dissimulation du visage dans l'espace public : l'hypocrisie du juge constitutionnel trahie par la sincérité des circulaires ? », *D.* 2011, p. 1166.
- CHILSTEIN, D.**, « le droit de la communication à l'épreuve du droit pénal international », *Légicom*, 2014, n° 52, p. 56.

- CLAVERIE-ROUSSET, C.**, « Commentaire des principales dispositions de la loi numéro 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles ou sexistes », *Dr. pén.*, 2018, étude 23.
- CLÉMENT, É.**, « Les présomptions de grief en procédure pénale », *RSC*, 2020, p. 557.
- CLUZEL-MÉTAYER, L.**, « La vidéosurveillance des espaces publics », *Dr. adm.*, 2008, prat. 3.
- COLLET, P.**, « Les lacunes de la “vidéosurveillance” en procédure pénale », *D.* 2021, p. 1099.
- CONTE, P.**, « Présentation [des actes du colloque “Actualités de la liberté d’expression”] », *RPDP*, 2016, p. 13.
- CONTE, P.**, « L’Histoire et les juges », *Dr. pén.*, 2016, repère 3.
- CONTE, P.**, « La participation de la victime au processus pénal : De l’équilibre procédural à la confusion des genres », *RPDP*, 2009, p. 521.
- COURTAIGNE-DESLANDES, C.**, « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », *Dr. pén.*, 2013, étude 5.
- CROUZATIER-DURAND, F.**, « De la vidéosurveillance à la vidéoprotection, une nouvelle conciliation des exigences de sécurité et de liberté ? », *JCP A*, 2011, 2196.
- DABSOVILLE, B.**, « Les métamorphoses de la diffamation - Petite histoire de la diffamation de 1819 à nos jours », *RPDP*, 2016, p. 527.
- DARSONVILLE, A.**, « Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles », *AJ Pénal*, 2017, p. 532.
- DASSA, D.**, « Espace public et infractions de presse », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2020, p. 81.
- DASSA, D.**, « Le délit de provocation et d’apologie des actes de terrorisme : grandeur et servitude d’un délit d’opinion ? », *Gaz. Pal.*, 24 févr. 2015, p. 8.
- DE BÉCHILLON, D.**, « Voile intégral : éloge du Conseil d’État en théoricien des droits fondamentaux », *RFDA*, 2010, p. 467.
- DECIMA, O.**, « Du droit à la nullité en procédure pénale », *JCP G*, 2016, n° 45, 1176.
- DERIEUX, E.**, « La notion de “publication” : les insupportables incertitudes du droit », *JCP G*, 2010, n° 49, 2262.
- DERVIEUX, V.-O.**, « Justice pénale de l’essentiel », *AJ pénal*, 2020, p. 179.
- DERVIEUX, V.-O.**, « “Name and Shame” : publication et affichage, l’impossible droit à l’oubli ? », *Gaz. Pal.*, 1^{er} mars 2016, p. 29.
- DETRAZ, S.**, « La mutation de l’enquête de flagrance en enquête préliminaire », *D.* 2011, p. 2775.
- DRAGO R., et FRISON-ROCHE, M.-A.**, « Mystères et mirages des dualités des ordres de juridiction et de la justice administrative », *Arch. phil. droit*, n° 41, *Le privé et le public*, 1997, p. 135.
- DREYER, E.**, « Le lieu de l’atteinte à l’intimité de la vie privée », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2020, p. 84.
- DREYER, E.**, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G*, 2008, n° 1, 201.
- DROIN, N.**, « Outrage aux femmes et propos sexistes (misogynes) à l’épreuve de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 », *RSC*, 2017, p. 481

- DROIN, N.**, « La répression des excès d'Internet », *RPDP*, 2016, p. 77.
- DOUCET, J.-P.**, « La condition préalable de l'infraction », *Gaz. Pal.*, 1972, II, doct., p. 726
- DUBREUIL, C.-A.**, « L'interventionnisme du juge administratif », *RPDP*, 2016, p. 25.
- DUCOMTE, M.-C.**, « Pour une répression enfin loyale de l'intolérance », *Gaz. Pal.*, 28 mai 1988, doct., p. 303.
- DUFFULER-VIALLE, H.**, « La famille du XIXe siècle, un sanctuaire protégé par le droit au détriment des victimes de violences sexuelles », *AJ Pénal*, 2020 p. 273.
- DUMÉNIL, G.**, « Vers une dématérialisation du domicile : réflexions autour de la théorie du domicile virtuel en droit pénal », *Dr. pén.*, 2019, étude 17.
- DUMÉNIL, G.**, « Réflexions autour des délits de violation de domicile », *RPDP*, 2019, p. 543.
- EISENMANN, C.**, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Arch. phil. droit*, 1966, p. 25.
- FOURMENT, F.**, « La procédure pénale en état de crise d'urgence sanitaire », *RPDP*, 2020, p. 303.
- FRANCILLON, J.**, « De quelques atteintes à la réputation des personnes : e-réputation, cyberharcèlement, usurpation d'identité numérique, menace de révélation diffamatoire... », *RSC*, 2016, p. 544.
- FRANCILLON, J.**, « Médias et droit pénal, bilan et perspectives », *RSC*, 2000, p. 59.
- FRINCHABOY, J.**, « De la transparence en demi-teinte de l'exécution des peines », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2020, p. 73.
- FRAYSSINET, J.**, « Diffamation et injure par Internet : un droit inadapté à la protection des fonctionnaires », *AJFP* 2002, p. 33.
- GAGNOUD, P.**, « L'article 78 du Code de procédure pénale et la comparution forcée du témoin récalcitrant au cours de l'enquête préliminaire : ordre de comparution ou mandat d'amener policier ? », *Gaz. Pal.*, 12 août 2003, p. 2191.
- GALLOUX, J.-C.**, « Les lois n° 2014-315 du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon et n° 2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation », *RTD com.*, 2014, p. 579.
- GALLOUX, J.-C.**, « Ébauche d'une définition juridique de l'information », *D.* 1994, p. 229.
- GRAS, F.**, « Des lois scélérates aux premières applications par les tribunaux du délit d'apologie du terrorisme », *Légicom*, 2016, n° 57, p. 59.
- GOGORZA, A.**, « L'autorisation judiciaire pendant la phase policière. Libres propos sur la notion d'acte juridictionnel en procédure pénale », *RSC*, 2017, p. 247.
- GUÉVEL, D.**, « Caser la Voix », *D.* 2020, p. 1617.
- HALPÉRIN, J.-L.**, « L'essor de la "privacy" et l'usage des concepts juridiques », *Droit et société*, 2005, n° 61, p. 765.
- HANICOTTE, R.**, « Espaces publics, impasse des libertés », *JCP A*, 2012, n° 26, 2227.
- HERRAN, T.**, « L'impact de la loi relative à la sécurité publique sur la distinction entre la police judiciaire et la police administrative », *AJ pénal*, 2017, p. 472.
- HUGOT, J.-P.**, « La compétence universelle des juridictions françaises en matière délictuelle : vers des "enfers numériques" ? », *Légipresse*, 2007, n° 185, p. 119.

- KERLÉO, J.-F.**, « Un développement de la vidéoprotection », *Dr. adm.*, 2014, comm. 62.
- LACAZE, M.**, « La contravention du port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public : incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », *Dr. pén.*, 2012, étude 5.
- LAMBERT, T.**, « Le droit de visite et de saisie de l'administration fiscale : les tourments de l'article L. 16 B du livre des procédures fiscales », *Rev. sociétés* 2012, p. 71.
- LASSALLE, M.**, « À la recherche du principe de légalité procédurale en matière pénale », *D.* 2020, p. 1996.
- LATOUR, X.**, « Une privatisation partielle de la vidéoprotection sur la voie publique? », *JCP A*, 2015, n° 24, 4.
- LAZERGES, C.**, « La prévention de rue : un outil de protection de l'enfant et de l'adolescent », *Arch. pol. crim.*, 2010/1 (n° 32), p. 141.
- LE GOFFIC, C. et WAGNER, M.**, « La pénalisation de la contrefaçon », *Dr. pén.*, 2009, étude 26.
- LE MONNIER DE GOUVILLE, P.**, « La mutation du juge des libertés et de la détention », *AJ pénal*, 2019, p. 131.
- LEBLOIS-HAPPE, J.**, « La réforme de l'enquête par la loi de programmation 2018-2022 revue par le Conseil constitutionnel. Une "simplification" inégale et partielle », *AJ pénal*, 2019, p. 180.
- LEBRETON, T.**, « Les contrôles d'identité de police judiciaire », *AJ Pénal*, 2020, p. 571.
- LEPAGE, A.**, « L'article 226-2-1 du Code pénal. Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée », *CCE*, 2017, étude 1.
- LEPAGE, A.**, « Le droit pénal à l'ère de la souveraineté individuelle - De la contribution de l'individualisme à certaines évolutions contemporaines du droit pénal spécial », *Revue de droit d'Assas*, 2015, n° 10, p. 36.
- LEPAGE, A.**, « Réflexions sur la nouvelle extension du délit d'entrave à l'interruption volontaire de grossesse », *Dr. pén.*, 2017, n° 6, étude 15.
- LEPAGE, A.**, « Présentation des débats [lors du colloque "Le secret à l'ère de la transparence"] », *JCP G*, n° 47, hors-série, 19 nov. 2012, 100003.
- LEPAGE, A.**, « Droit pénal et Internet : la part de la tradition, l'œuvre de l'innovation », *AJ pénal*, 2005, p. 217.
- LEPAGE, A.**, « Vie privée du salarié et droit pénal », *AJ pénal*, 2005, p. 9.
- LETTERON, R.**, « Les débris de la loi "anti-casseurs" », *AJ Pénal*, 2019, p. 259.
- LEVADE, A.**, « Le Conseil d'État aux prises avec le voile intégral. Les enjeux d'un refus du risque juridique », *JCP G*, 2010, 406.
- LIBCHABER, R.**, « À la croisée des interprétations : le voile et la loi », *RTD civ.*, 2004, p. 161.
- LOISEAU, G.**, « Renforcement de la protection contre le démarchage téléphonique », *CCE*, 2020, comm. 71.
- LOISEAU, G.**, « Rapport de synthèse [du colloque "Le secret à l'ère de la transparence"] », *JCP G*, n° 47, hors-série, 19 nov. 2012, 100012.

- MAES, L.**, « Les délits de mœurs dans le droit pénal coutumier de Malines », *Revue du Nord*, t. 30, n° 117, mars 1948, p. 5.
- MALLET-POUJOL, N.**, « La répression du négationnisme ou l'impasse de l'article 24 *bis* de la loi de 1881 », *Légipresse*, 2017, p. 194.
- MALLET-POUJOL, N.**, « La notion de publication sur l'Internet et son incidence concernant la prescription des délits en ligne », *Légicom*, 2006/1, n° 35 p. 53.
- MALLET-POUJOL, N.**, « Appropriation de l'information : l'éternelle chimère », *D.* 1997, p. 330.
- MANSEUR-RIVET, M.**, « Droit de la presse et Internet : observations sur la prescription », *Gaz. Pal.*, 14 mai 2002, p. 13.
- MAYAUD, Y.**, « De la loi au Conseil constitutionnel, une réforme contrastée de la procédure pénale », *AJ pénal*, 2019, p. 176.
- MAYAUD, Y.**, « L'apologie du terrorisme, un "acte de terrorisme" qui n'en est pas un... », *D.* 2018, p. 1233.
- MAYAUD, Y.**, « La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente », *AJ Pénal*, 2013, p. 442
- MAYER, D.**, « L'information du public par la presse sur les affaires en cours d'instruction », *D.* 1995, p. 80.
- MAYER, D.**, « Plaidoyer pour la réhabilitation de la notion d'infraction permanente », *D.* 1979, chron., p. 23.
- MEULDERS-KLEIN, M.-T.**, « Vie privée, vie familiale et droits de l'homme », *RIDC*, 1992, p. 767.
- MISTRETTA, P.**, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC*, 2017, p. 273.
- MOLFESSIS, N.**, « Les lois domestiques », *Pouvoirs*, 2005, n° 130, p. 81.
- MORVAN, P.**, « La salle de shoot : lieu d'asile en droit pénal », *Dr. pén.*, 2016, étude 7.
- MOULY, C.**, « Propriété publique, propriété privée et justice », *Arch. phil. droit*, n° 41, *Le privé et le public*, 1997, p. 267.
- OLLARD, R. et DESAULNAY, O.**, « La réforme de la législation anti-terroriste ou le règne de l'exception pérenne », *Dr. pén.*, 2015, étude 1.
- PARIZOT, R.**, « Loi du 3 juin 2016 : aspects obscurs de droit pénal général », *RSC*, 2016, p. 376.
- PASCHOUD, A.-C.**, « L'interdiction de fumer : une règle encore difficile à observer », *LPA*, 1994, n° 9, p. 15.
- PELTIER, V.**, « Le traitement de l'information pendant l'instruction préparatoire. Exégèse de l'article 11, alinéa 3 du Code de procédure pénale », *Dr. pén.*, 2008, étude 16.
- PERRIER, J.-B.**, « Incivilités contraventionnelles », *RSC*, 2020, p. 430.
- PERRIER, J.-B. et RASCHEL, E.**, « Le négationnisme face aux droits et libertés garantis par la Constitution », *D.* 2016, p. 521.
- PERROUD, T.**, « L'*open data* des décisions de justice », *D.* 2021, p. 344.
- PIERROUX, E.**, « Facebook, Twitter et autres réseaux sociaux : petites injures entre "amis" », *Gaz. Pal.*, 3. déc. 2015, p. 4.

- PIN, X.**, « La privatisation du procès pénal », *RSC*, 2002, p. 245.
- PLANQUE, J.-C.**, « Ne créez pas le délit d'outrage sexiste ! », *JCP G*, 2017, 1314.
- POLLAUD-DULIAN, F.**, « Exception de cercle de famille. Caractère privé. Caractère lucratif », *RTD com.*, 2012, p. 332.
- PONCELA, P.**, « La pénalisation des comportements dans l'espace public », *Arch. pol. crim.*, 2010/1 (n° 32), p. 5.
- PRADEL, J.**, « Les dispositions de la loi du 17 juillet 1970 sur la protection de la vie privée », *D.* 1971, chron., p. 111.
- RASCHEL, E.**, « À propos du nouvel article 223-1-1 du Code pénal », *Légipresse*, 2021, p. 528.
- RASCHEL, E.**, « Quelques remarques sur la prescription de l'action publique des infractions de presse », *AJ Pénal*, 2021, p. 513.
- RASCHEL, E.**, « Pénalisation de la diffusion d'images des forces de l'ordre : une proposition de loi inutile et dangereuse », *D.* 2020, p. 2298.
- RASSAT, M.-L.**, « De la création d'un "outrage sexiste et sexuel" », *Dr. pén.*, 2018, étude 7.
- REBUT, D.**, « Écoutes téléphoniques incidentes d'avocats. Fin de partie ? », *JCP G*, 2016, 762.
- REBUT, D.**, « Le secret de l'enquête et de l'instruction, garantie du bon déroulement du procès pénal ? », *Légicom*, n° 50, 2013/2, p. 88
- RIBEYRE, C.**, « LOPPSI II : de nouvelles règles au service de la répression », *Dr. pén.*, 2011, étude 10.
- RICHER, L.**, « Service public et intérêt privé », *Arch. phil. droit*, n° 41, *Le privé et le public*, 1997, p. 293.
- RIVERO, J.**, « Droit public et droit privé : conquête ou *statu quo* ? », *D.* 1947, chron., p. 69.
- RIVOLLIER, V.**, « L'*open data* des décisions de justice : pas tout, pas tout de suite », *D.* 2020, p. 1626.
- ROBERT, J.-H.**, « Justice jacobine », *Dr. pén.*, 2019, repère 8.
- ROBERT, J.-H.**, « La politique pénale : ressorts et évolution », *Pouvoirs*, n° 128, 2009, p. 103.
- ROBERT, J.-H.**, « La dépénalisation », in *Arch. phil. droit*, n° 41, *Le privé et le public*, 1997, p. 191.
- RODOTÀ, S.**, « Vers les biens communs. Souveraineté et propriété au XXI^e siècle », *Tracés*, 2016, n° 16, p. 211, n° 38
- ROETS, D.**, « L'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore : opus 2 ! » *Gaz. Pal.*, 19 août 2010, p. 15.
- ROURE, S.**, « L'élargissement du principe de publicité des débats judiciaires : une judiciarisation du débat public », *RFDC*, n° 68, 2006, p. 767.
- ROUSSEAU, F.**, « Le volet pénal de la loi "anticasseurs" », *RSC*, 2019, p. 461.
- ROUSSEAU, J.**, « Le dualisme juridictionnel : le point de vue d'un praticien », *Revue de droit d'Assas*, 2019, n° 18, p. 55.
- ROUSSELET-MAGRI, A.**, « Les perquisitions "informatiques" à l'épreuve du principe de souveraineté, dans un contexte de mondialisation du stockage de données. Étude comparée en droit français et états-unien », *RSC*, 2017, p. 659.
- ROUSVOAL, L.**, « Espace public, crise sanitaire et droit pénal », *Gaz. Pal.*, 17 nov. 2020, p. 65.

- ROUX-DEMARE, F.-X.**, « L’appréhension pénale de la diffusion de son intimité sur Internet », *RPDP*, 2015, p. 41.
- SAENKO, L.**, « La loi numéro 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d’abord ! », *D.* 2018, p. 2031.
- SAFI, F.**, « L’amenuisement du régime de faveur de la loi de 1881 », *RPDP*, 2016, p. 37.
- SAFI, F.**, « De l’art de légiférer, ou quand la loi précise que même lorsqu’il n’y a pas exhibition sexuelle... il y a exhibition sexuelle ! », *D.* 2021, p. 1254.
- SAINT-BONNET, F.**, « La citoyenneté, fondement démocratique pour la loi anti-burqa. Réflexions sur la mort au monde et l’incarcération volontaire », *Jus politicum*, n° 7, 2012, p. 1.
- SAINT-BONNET, F.**, « Le combat pour les libertés publiques à la fin du Second Empire. Les “libertés sociales” comme dépassement de l’alternative entre libertés individuelles et libertés politiques », *Jus politicum*, n° 3, 2011, p. 7.
- SAINT-PAU, J.-C.**, « L’enregistrement clandestin d’une conversation », *Dr. pén.*, 2008, étude 17.
- SERINET, A.**, « L’instauration d’une répression des atteintes à l’intimité sexuelle par la loi pour une République numérique. Du délit d’atteinte à la vie privée au délit d’atteinte “à l’intimité sexuelle” », *D.* 2016, p. 1711.
- SONTAG-KOENIG, S.**, « Faites entrer les médias », *AJ Pénal*, 2020, p. 510.
- TABUTEAU, D.**, « Santé et liberté », *Pouvoirs*, 2009, n° 130, p. 97.
- TELLIER-CAYROL, V.**, « Non à l’outrage sexiste ! », *D.* 2018, p. 425.
- TESTU, F.-X.**, « La distinction du droit public et du droit privé est-elle idéologique ? », *D.* 1998, p. 345.
- THIERRY, J.-B.**, « Filmer pour l’histoire : l’enregistrement pour la constitution d’archives historiques de la justice », *AJ Pénal*, 2020, p. 458.
- THOMAS, Y.**, « La valeur des choses. Le droit romain hors la religion », *Annales. Histoire, Sciences Sociales*, 2002, n° 6, p. 1431.
- TOULEMON, A.**, « La publicité et l’intention en matière pénale », *Gaz. Pal.*, 1953, II, doctr., p. 12.
- TUSSEAU, G.**, « Critique d’une métonymie fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de “notion fonctionnelle” », *RFDA*, 2009, p. 641.
- VARET, V.**, « Liens hypertextes et droit d’auteur (suite et fin ?) : du baroque en jurisprudence », *Légipresse*, 2021, p. 265.
- VERGÈS, É.**, « La procédure pénale au temps des confluences. À propos des visites domiciliaires et saisies instituées par la loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme », *RSC*, 2018, p. 153.
- VERNIER, J.**, « La répression de la prostitution à la conquête de nouveaux espaces », *Arch. pol. crim.*, nov. 2010, n° 32, p. 75.
- VIVANT, M.**, « Cybermonde : Droit et droits des réseaux », *JCP*, 1996, I, 401
- VLAMYNCK, H.**, « Le point sur la captation de l’image et des paroles dans l’enquête de police », *AJ pénal*, 2011, p. 574.
- VLAMYNCK, H.**, « Le policier et l’inviolabilité du domicile », *AJ pénal*, 2011, p. 352.

VLAMYNCK, H., « Le maintien de l'ordre : manifestations, réunions publiques et attroupements », *AJ Pénal*, 2009, p. 289.

V. NOTES DE JURISPRUDENCES, OBSERVATIONS, COMMENTAIRES

- ANDREI, J., obs. ss. Cass. crim., 23 mars 2016, *AJ Pénal* 2016, p. 397.
- AZOULAY, W., obs. ss. Cass. crim., 29 sept. 2017, *Légipresse* 2017, p. 526.
- BEAUSSONIE, G., note ss. Cass. crim., 20 mai 2015, *JCP G* 2015, 887.
- BEAUSSONIE, G., obs. ss. Cass. crim., 28 juin 2017, *D.* 2017, p. 1885.
- BELLOIR, P., obs. ss. Cass. crim., 16 oct. 2012, *AJ pénal* 2013, p. 41.
- BERLIOZ, P., obs. ss. Cass. crim., 20 mai 2015, *RDC* 2015, n° 112n3, p. 951.
- BONFILS, P., obs. ss. Cass. crim., 21 janv. 2020, *AJ Pénal* 2020, p. 308.
- BONFILS, P., note ss. Cass. crim., 26 févr. 2020, *Dr. fam.* 2020, comm. 89.
- BRIGANT, J.-M., obs. ss. Cass. com., 14 oct. 2020, 2 arrêts, *RSC* 2021, p. 403.
- CLÉMENT, É., obs. ss. Cass. crim., 12 janv. 2021, *AJ Pénal* 2021, p. 214.
- CLÉMENT, É., obs. ss. Cass. crim., 1^e sept. 2020, *AJ pénal* 2020, p. 462.
- CLÉMENT, É., obs. ss. Cass. crim., 18 sept. 2019, *AJ Pénal* 2019, p. 561.
- COLLET, P., note ss. Cass. crim., 22 févr. 2017, *JCP G* 2017, 273.
- DALMASSO, R., obs. ss. Cass. soc., 12 sept. 2018, *RDT* 2019, p. 44.
- CONTE, P., note ss. Cass. crim., 20 mai 2015, *Dr. pén.* 2015, comm. 123.
- CONTE, P., note ss. Cass. crim., 16 oct. 2012, *RPDP* 2012, p. 377.
- CONTE, P., note ss. Cass. crim., 11 juill. 2017, *Dr. pén.* 2017, comm. 158.
- CONTE, P., note ss. Cass. crim., 19 juin 2018, *Dr. pén.* 2018, comm. 171.
- CONTE, P., note ss. Cass. crim., 26 févr. 2020, *Dr. pén.* 2020, comm. 69.
- CONTE, P., note ss. Cass. crim., 7 janv. 2020, *Dr. pén.* 2020, comm. 48.
- CORDIER, F., obs. ss. Cass. crim., 11 déc. 2018, *RSC* 2019, p. 417.
- COURSELLE-LABROUSSE, V., obs. ss. CEDH, 16 mai 2019, *AJ Pénal* 2019, p. 393.
- DANET, J., obs. ss. Cass. crim., 26 juin 2013, *RSC* 2013, p. 591
- DEJEAN DE LA BÂTIE, A., obs. ss. Cass. crim., 21 avr. 2020, *D.* 2020, p. 1662.
- DELAGE, P.-J., obs. ss. Cass. crim., 21 avr. 2020, *RSC* 2020, p. 679.
- DELAGE, P.-J., obs. ss. Cass. crim., 18 sept. 2019, *RSC* 2020, p. 118.
- DETRAZ, S., obs. ss. Cass. Crim., 28 juin 2017, *Gaz. Pal.*, 24 oct. 2017, p. 50.
- DETRAZ, S., obs. ss. Cass. crim., 20 mai 2015, *Gaz. Pal.*, 18 juin 2015, p. 8.
- DREYER, E., obs. ss. Cass. Crim., 13 oct. 2020, *RSC* 2021, p. 105.
- DREYER, E., obs. ss. Cass. Crim., 21 avr. 2020, *Légipresse* 2020, p. 272.
- DREYER, E., obs. ss. Cass. Crim., 19 juin 2018, *RSC* 2019, p. 111.
- DREYER, E., obs. ss. Cass. crim., 20 mai 2015, *AJ pénal* 2015, p. 413.
- DREYER, E., obs. ss. Cass. crim., 6 juin 2012, *Gaz. Pal.*, 2012, 2, p. 3021.
- DREYER, E., obs. ss. Cass. Crim., 25 oct. 2011, *Gaz. Pal.*, 14 janv. 2012, p. 296.

- DREYER, E.**, note ss. Cass. crim., 26 oct. 2010, *D.* 2011, p. 570.
- FINIELZ, R.**, obs. ss. Cass. Crim., 25 juill. 2007, *RSC* 2008, p. 933.
- FOURMENT, F.**, obs. ss. Cass. crim., 22 févr. 2017, *Gaz. Pal.*, 25 avr. 2017, p. 58.
- FRANCILLON, J.**, obs. ss. Cass. crim., 12 juill. 2016, *RSC* 2016, p. 535.
- FRANCILLON, J.**, obs. ss. Cass. crim., 14 déc. 2010, *RSC* 2011, p. 651.
- FRANCILLON, J.**, obs. ss. TGI Bayonne, ch. corr., 15 nov. 2005, *RSC* 2006, p. 93.
- FRANCILLON, J.**, obs. ss. Cass. crim., 3 févr. 2004, *RSC* 2004, p. 662.
- FUCINI, S.**, obs. ss. Cass. crim., 6 nov. 2013, *D. actu.*, 19 nov. 2013.
- GRYNBAUM, L.**, obs. ss. Cass. 1^{er} civ., 17 févr. 2011, *D.* 2011, p. 1113.
- HERZOG-EVANS, M.**, obs. ss. Cass. crim., 5 janv. 2010, *AJ pénal* 2010, p. 205.
- LAPOUSTERLE, J.**, obs. ss. Cass. crim., 11 mars 2008, *D.* 2008, p. 2256.
- LEPAGE, A.**, note ss. Cass. crim., 12 mai 2021, *CCE* 2021, comm. 55.
- LEPAGE, A.**, note ss. Cass. crim., 24 mars 2020, *CCE* 2020, comm. 49.
- LEPAGE, A.**, note ss. Cass. crim., 20 févr. 2019, *CCE* 2019, comm. 33.
- LEPAGE, A.**, note ss. Cass. com., 13 févr. 2019, *CCE* 2019, comm. 25.
- LEPAGE, A.**, note ss. Cass. crim., 30 mars 2016, *CCE* 2016, comm. 103.
- LEPAGE, A.**, obs. ss. Cass. crim., 3 nov. 2015, *RPDP* 2016, p. 147..
- LEPAGE, A.**, note ss. Cass. 1^{re} civ., 9 avr. 2014, *CCE* 2014, comm. 7.
- LEPAGE, A.**, note ss. Cass. 1^{re} civ., 10 avr. 2013, *CCE* 2013, comm. n° 81.
- LEPAGE, A.**, note ss. Cass. crim., 29 mars 2011, *CCE* 2011, comm. 89.
- LEPAGE, A.**, note ss. Cass. crim., 27 oct. 2009, *JCP G* 2010, I, 19.
- LEPAGE, A.**, note ss. Cass. crim., 7 juin 2011, *CCE* 2011, comm. 79.
- LEPAGE, A.**, note ss. Cass. crim., 28 avr. 2009, *CCE* 2009, comm. 102.
- LEPAGE, A.**, note ss. TGI Paris, 17^e ch. Corr., 28 janv. 1999, *CCE* 2000, comm. 58.
- LEVASSEUR, G.**, obs. ss. Cass. crim., 13 mai 1986, *RSC* 1987, p. 205.
- LEVASSEUR, G.**, obs. ss. Cass. crim., 22 mai 1974, *RSC* 1974, p. 877.
- MALABAT, V., et SAINT-PAU, J.-C.**, obs. ss. Cass. crim., 28 nov. 2006, *RPDP* 2007, p. 186.
- MALAURIE, P.**, note ss, TGI Paris, réf., 10 mars 2005 et CA Paris, 8 avr. 2005, *JCP G* 2005, II, 10109.
- MARON, A.**, note ss. Cass. crim., 2 mars 2005, *Dr. pén.* 2005., comm. 82.
- MARON, A.**, note ss. Cass. crim., 15 juin 1999, *Dr. pén.* déc. 1999, n° 157.
- MAYAUD, Y.**, obs. ss. Cass. crim., 31 mars 1999, *D.* 2000, somm., p. 33.
- MAYAUD, Y.**, obs. ss. Cass. crim., 3 juin 1997, *RSC* 1998, p. 104.
- MAYER, D. et CHASSAING, J.-F.**, obs. ss. Cass. crim., 15 juin 1999, *D.* 1999, jurispr., p. 689.
- MAYOUX, S.**, obs. ss. Cass. soc., 12 sept. 2018, *Gaz. Pal.* 2018, n° 37, p. 24.
- MOUYSSET, O.**, obs. ss. Cass. crim., 22 janv. 2019, *Dr. pén.* 2019, chron. 6.
- MURBACH-VIBERT, M. et BARRE, J.-F.**, obs. ss. Cass. crim. 22 févr. 2017, *AJ Pénal* 2017, p. 227.
- PAILLER, P.**, obs. ss. Cass. com., 14 oct. 2020, 2 arrêts, *RDBF* 2021, comm. 43.

- PRADEL, J.**, obs. ss. Cass. crim., 22 févr. 2017, *D.* 2017, p. 1676.
- RASCHEL, E.**, note ss. Cass. ass. plén., 25 oct. 2019, *CCE* 2020, n° 2, étude 4.
- ROBERT, J.-H.**, note ss. Cass. crim., 5 janv. 2021, *Dr. pén.* 2021, comm. 46.
- ROBERT, J.-H.**, note ss. Cass. crim., 6 mars 2001, *Dr. pén.* 2001, comm. 90.
- ROBERT, J.-H.**, note ss. Cass. crim., 28 oct. 1998, *Dr. pén.* 1999, comm. 71.
- SAENKO, L.**, obs. ss. Cass. crim., 28 juin 2017, *RTD com.* 2017, p. 713
- SAENKO, L.**, obs. ss. Cass. crim., 20 mai 2015, *D.* 2015, p. 1466.
- SERINET, A.**, obs. ss. Cass. crim., 2 nov. 2016, *D.* 2017, p. 203.
- SAINT-PAU, J.-C.**, obs. ss. Cass. crim., 14 févr. 2006, *D.* 2007, p. 1184.
- THIERRY, J.-B.**, obs. ss. Cass. crim., 1^{er} sept. 2020, *AJ pénal* 2020, p. 470.
- THIERRY, J.-B.**, obs. ss. CEDH, 4 déc. 2018, *AJ Pénal* 2019, p. 93.
- VICENTINI, J.-P.**, obs. ss. Cass. crim., 14 oct. 2020, *AJ Pénal* 2021, p. 38.
- VALAT, J.-P.**, obs. ss. Cass. crim., 21 janv. 2020, *RSC* 2020, p. 409.
- VÉRON, M.**, note ss. Cass. crim., 25 oct. 2011, *Dr. pén.* 2012, comm. 4.
- VÉRON, M.**, note ss. Cass. crim., 2 mars 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 104.
- VÉRON, M.**, note ss. Cass. 2^e civ., 3 juill. 2003, *Dr. pén.* 2003, comm. 118.
- WACHSMANN, P.**, obs. ss. Cons. const., 8 janv. 1991, *AJDA* 1991, p. 382.

VI. DICTIONNAIRES

- BERTAUD DU CHAZAUD, H.**, *Dictionnaire de synonymes et contraire*, Le Robert, 1997.
Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNTRL, en ligne).
- CORNU, G. (dir.)**, *Vocabulaire juridique*, PUF, 12^e éd., 2018.
- GUINCHARD, S. et DEBARD, T. (dir.)**, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, 29^e éd., 2021.
- JEUGE-MAYNART, I. (dir.)**, *Le petit Larousse illustré*, Larousse, 2016.
- LITTRÉ, E.**, *Dictionnaire de la langue française en 4 volumes*, Hachette, 1863-1872.
- MERLIN, P. et CHOAY F. (dir.)**, *Dictionnaire de l'urbanisme et de l'aménagement*, PUF, 1988.
- PUMAIN, D., PAQUOT, T., KLEINSCHMAGER, R.**, *Dictionnaire la ville et l'urbain*, Economica, 2006
- REY, A. (dir.)**, *Le Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2012.
- REY-DEBOVE, J., REY, A. (dir.)**, *Le petit Robert*, Le Robert, 2011.
- RIPERT, P.**, *Dictionnaire des dictons, proverbes et maximes*, MaxiPoche, 2002.

VII. OUVRAGES ET ARTICLES NON JURIDIQUES

- ARENDE, H.**, *Condition de l'homme moderne*, Pocket, 2002 (1958).
- AUBERT, N.**, « La visibilité, un substitut à l'éternité ? » in AUBERT, N. et HAROCHE, C. (dir.), *Les tyrannies de la visibilité*, Érès, 2013, p. 103.
- BACHELARD, G.**, *La poétique de l'espace*, PUF, 2012.

- BÉJA, A.**, « L'espace public, le bien commun par excellence », *Esprit*, nov. 2012, p. 71.
- BOLLIER, D.**, *La renaissance des communs : Pour une société de coopération et de partage*, Charles Leopold Mayer, 2014.
- BOURDIEU, P.**, *La Distinction : Critique sociale du jugement*, Les Éditions de Minuit, 1979.
- DE SINGLY, F.**, « Identité personnelle et identité statutaire », in *Arch. phil. droit*, n° 41, *Le privé et le public*, 1997, p. 53.
- DUBY, G. et ARIÈS, P. (dir.)**, *Histoire de la vie privée*. 5 t., Seuil, 1999.
- FUSTEL DE COULANGES**, *Cité antique*, livre III, Durand, 1864.
- HABERMAS, J.**, *L'espace public : archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, Payot, 1993 (1962).
- HARDIN, G.**, *La tragédie des communs*, PUF, 2018 (1968).
- HAROCHE, C.**, « Former les bonnes mœurs », in *Les bonnes mœurs*, CURAPP, PUF, 1994, p. 191.
- BERLIÈRE, J.-M.**, « La police des mœurs sous la III^e République », in *Les bonnes mœurs*, CURAPP, PUF, 1994, p. 267.
- BLEICH, E.**, « Deux poids, deux mesures ? La justice française face aux discours islamophobes », *Esprit*, 2015, n° 418, p. 33.
- BLEICH E., et GIRARD, C.**, « Que faire des discours de haine en démocratie ? », *Esprit*, 2015, n° 418, p. 5.
- BOUTON, C.**, « Le devoir de mémoire comme responsabilité envers le passé », in BIENENSTOCK, M. (dir.), *Devoir de mémoire ? : Les lois mémorielles et l'histoire*, L'éclat, 2014, p. 55.
- CRANSTON**, « Is there a right to privacy? », in *Il pubblico e il private*, *Archivio di filosofia*, 1979, II-III Padova, Cedam. Casa Editrice Dott-Antonio Milani, p. 99.
- DAYAN, D.**, « Télévision : le presque-public », *Réseaux*, 2000, n° 18, p. 429.
- DAYAN, D.**, « Les mystères de la réception », *Le Débat*, 1992, n° 71, p. 141.
- DEBRAY, R.**, *Jeunesse du sacré*, Gallimard, 2012.
- DEBRAY, R.**, *Ce que nous voile le voile : La République et le sacré*, Folio, 2006.
- DELARUE, J.-M.**, « Quelques questions obsédantes sur la prison », *Esprit*, nov. 2016, p. 33.
- DILHAC, M.-A.**, « Tolérer les extrêmes », *Esprit*, 2015, n° 418, p. 23.
- ELLUL, J.**, *La Parole humiliée*, Seuil, 1981.
- ERASME**, *Traité de civilité puérile*, Mille et une nuits, 2001 (1530).
- FEYEL, G.**, « Presse et publicité en France (XVIII^e et XIX^e siècles) », *Revue historique*, 2003, n° 628, p. 839.
- FILLIEULE, O. et JOBARD, F.**, *Politiques du désordre. La police des manifestations en France*, Seuil, 2020.
- FILLIEULE, O. et TARTAKOWSKY, D.**, *La manifestation*, Les presses de Sciences politiques, 2^e éd., 2013.
- FLICHY, P.**, *Une histoire de la communication moderne*, La Découverte, 2004.
- FOUCAULT, M.**, *Surveiller et punir : Naissance de la prison*, Gallimard, 2008 (1975).
- GOFFMAN, E.**, *Comment se conduire dans les lieux publics*, Economica, 2013 (1966).

- HALL, E.-T.**, *La dimension cachée*, Seuil, 2014 (1966).
- HARDIN, G.**, *La tragédie des communs*, PUF, 2018 (1968).
- HOBBS**, *Léviathan*, Folio, 2012 (1651).
- HOMO, L.**, *Rome impériale et l'urbanisme dans l'Antiquité*, Albin Michel, 1951.
- LEVY, A.**, « Évaluation étymologique et sémantique du mot “secret” », *Nouvelle revue de psychanalyse*, 1976, n° 14, p. 117 et s.
- JULLIARD, J.**, « Foule, public, opinion », *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, 2010, n° 1, p. 7.
- KANT, E.**, *Projet de paix perpétuelle*, Königsberg, Nicolovius, 1796.
- KUNDERA, M.**, *L'insoutenable légèreté de l'être*, Gallimard, 1990.
- LAVIGNE, J.-C.**, « Les jeux d'argent », *Revue d'éthique et de théologie morale*, 2010/4, n° 262, p. 7.
- LE MOËNNE, C.**, « Espace public et entreprise : penser la sphère professionnelle », in **PAILLIART, I.** (dir.), *L'espace public et l'emprise de la communication*, Ellug, 1995, p. 139.
- LÉVINAS, E.**, *Éthique et Infini*, Biblio essais, 1982.
- LIPOVETSKY, G.**, *L'ère du vide : Essais sur l'individualisme contemporain*, Gallimard, 1989.
- MÉNARD, H.**, « Convicium et clamor : la justice romaine face aux cris de la foule », in **CHAUVAUD, F.** et **PRÉTOU, P.** (éds.), *Clameur publique et émotions judiciaires : De l'Antiquité à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2019, p. 211.
- MERLIN-KAJMAN, H.**, « Le public : quelques réflexions historiques », in *Les sens du public. Publics politiques, publics médiatiques*, CURAPP, PUF, 2003, p. 101.
- MERLIN-KAJMAN, H.**, et al., *Public et littérature en France au XVIIe siècle*, Les Belles Lettres, 1994.
- MONGIN, O.**, « Métamorphoses de l'espace public », *Esprit*, nov. 12, p. 73.
- MONTESQUIEU**, *De l'esprit des lois*, Flammarion, 1979 (1748).
- MORGELIN, J.-M.**, « Pénitence publique et amende honorable au Moyen Âge », *Revue historique*, 1997, p. 225.
- MOUNIER, E.**, *Le personnalisme*, Que Sais-Je, 2001 (1949).
- NORA, P.** et **CHANDERNAGOR, F.**, *Liberté pour l'histoire*, CNRS éd., 2008
- ORWELL, G.**, *1984*, Folio, 1990 (1948).
- MÆGLIN, P.**, « L'espace public à l'école de la société pédagogique », in **PAILLIART, I.** (dir.), *L'espace public et l'emprise de la communication*,
- PAQUOT, T.**, *L'espace public*, La Découverte, 2009.
- PERROT, M.**, « Public, privé et rapports de sexe », in *Public / Privé*, CURAPP, PUF, 1995, p. 65.
- PINAULT, J.-P.**, « Le camp de la Lande », in **BIENENSTOCK, M.** (dir.), *Devoir de mémoire ? : Les lois mémorielles et l'histoire*, L'éclat, 2014, p. 146.
- POLIN, R.**, « Le sens du privé dans l'opposition du privé et du public », in *Il pubblico e il private*, *Archivio di filosofia*, 1979, II-III Padova, Cedam. Casa Editrice Dott- Antonio Milani, p. 173.

- QUÉRÉ, L.**, « Le public comme forme et comme modalité d'expérience », in *Les sens du public. Publics politiques, publics médiatiques*, CURAPP, PUF 2003, p. 113.
- PAVEAUD, M.-A.**, « "J'irai cracher sur ta France". Discours d'outrage aux emblèmes et symboles d'État », in DESMONS, É. et PAVEAUD M.-A., (dir.), *Outrages, insultes, blasphèmes et injures : violences du langage et polices du discours*, L'Harmattan, 2008, p. 109.
- RAWLS, J.**, *Théorie de la justice*, Seuil, 1997.
- RICOEUR, P.**, « Devenir capable, être reconnu », *Esprit*, n° 7, 2005, p. 127.
- RICOEUR, P.**, *Soi-même comme un autre*, Seuil, 2015 (1990).
- ROCHÉ, S.**, « Les violences policières en France », *Esprit*, janv. 2020.
- ROCHÉ, S.**, « Le LBD ou le chaos ? », *Esprit*, avr. 2019, p. 9.
- SARFATI, G.-E.**, « Le partage notionnel privé/public : esquisse d'une phénoménologie linguistique du sens commun », in CAIN, A. (dir.), *Espace(s) public(s), espace(s) privé(s). Enjeux et partages*, L'Harmattan, 2004, p. 28.
- SENNETT, R.**, *Les Tyrannies de l'intimité*, Seuil, 1995.
- SIMMEL, G.**, *Secret et sociétés secrètes*, Circé, 1996 (1908).
- TARDE, G.**, « Le public et la foule », *Revue des Deux mondes*, 15 juill. et 1^{er} août 1898.
- TARTAKOWSKY, D.**, « Quand la rue fait l'histoire », *Pouvoirs*, 2006, n° 1, p. 19.
- TISSERON, S.**, « Les nouveaux réseaux sociaux : visibilité et invisibilité sur le net », in AUBERT, N. et HAROCHE, C. (dir.), *Les tyrannies de la visibilité*, Érès, 2013, p. 119.
- TOCQUEVILLE, A.**, *De la démocratie en Amérique*, t. 2, Flammarion, 1981 (1835).
- VINCENT, C.**, « Rites et pratiques de la pénitence publique à la fin du Moyen Âge : essai sur la place de la lumière dans la résolution de certains conflits », *Actes des congrès de la Société des historiens médiévistes de l'enseignement supérieur public*, 2000, vol. 31, n° 1, p. 351.
- WIDLAK, S.**, « L'interdiction linguistique en français d'aujourd'hui », *Revue belge de Philologie et d'Histoire*, 1965, t. 3, fasc. 3, p. 932.
- WIEVIORKA, A.**, « L'abrogation des lois mémorielles est-elle une solution ? », in BIENENSTOCK, M. (dir.), *Devoir de mémoire ? : Les lois mémorielles et l'histoire*, L'éclat, 2014, p. 178.
- ZWEIG, S.**, *Découverte inopinée d'un vrai métier*, Folio, 2015.

INDEX ALPHABÉTIQUE

- A -

Abandon (ou dépôt) :

- D'armes, 68, 70, 453.
- D'ordures, 41, 253, 315, 453.
- D'enfant, 132, 329.

Accessibilité (ou inaccessibilité) :

- Appréciation objective, 194 s.
- Appréciation subjective, 215 s.
- Du lieu, 46 s., 69, 248.
- De la communication, 87, 93, 100, 104, 128, 133, 141, 144 s., 160, 319.
- De la réunion, 180 s.

Action civile, 7, 16, 40, 388, 409, 421.

Aéronefs (ou aérodromes), 253, 380, 359.

Agrément (du destinataire), 96 s., 111, 155, 156, 185, 218, 319, 370.

Affichage :

- De la condamnation pénale, 119, 392, 409, 531.
- D'une décision relative à l'innocence constatée, 410.
- D'un message illicite, 98, 130 s., 324, 438.

Aire de compétition, 270.

Annonce :

- D'ouverture de souscriptions en vue de prendre en charge l'amende d'autrui, 117.
- De distribution de pièces de monnaie, 117, 319.

Anonymat, 56, 290, 320, 329, 436, 484.

Apologie :

- De crimes ou délits, 299, 326, 421.
- Du terrorisme, 100, 117, 143, 322, 436.

Arrêt ou stationnement gênant, 253, 453.

Arrêtés (et ordre public), 453, 454, 460.

Assemblée délibérative, 261.

Atroupement, 55, 62, 70, 168, 169, 184, 208 s., 372, 456.

Audience :

- Publique, 213, 388 s., 490 s.
- De cabinet, 212, 213, 284, 389, 518.
- En chambre du conseil, 212, 213, 249, 284, 388 s., 389, 518, 529, 530.
- v. huis clos.
- v. publicité restreinte.

- B -

Bagage, 202, 209, 341, 484.

Biens :

- Atteintes aggravées (aux -), 377 s.
- Communs, 10.
- Privés ou publics, 8.

Bonne foi (fait justificatif), 322, 425.

Bonnes mœurs, 13, 14, 127, 139, 156 160, 256, 438, 458 s.

- C -

Cabinet :

- D'avocat, médecin, notaire, huissier, ou magistrat, 218, 247, 339, 340, 348, 349, 480, 483.
- Noir, 79.

Cadre d'enquête coercitif ajouté, 480, 483.

Captation de données informatiques, 243, 342, 349, 483.

Caractère :

- Privé ou public, 192 s.
- Commun, 264 s.

Casier judiciaire, 408, 526.

Casino, 54, 256, 271, 329.

Censure, 14.

Cercle de famille, 108, 112, 113, 114, 157, 244, 248, 293, 334.

Châtiment public, 523 s.

Circonstances aggravantes, 375 s., 461, 462.

Clameur publique, 126.

Codification (d'abus de la liberté d'expression), 440 s.

Coffre, 201, 202, 341.

Colis, 80, 202, 359.

Combat de coqs, 256, 330, 464.

Communauté d'intérêts :

- Définition, 111, 159, 186, 187, 244, 279.
- Application, 63, 100, 112, 133, 155, 156, 173.
- Portée incertaine, 117, 160, 281, 293, 294, 436, 437.
- Rattachement à la condition préalable, 319, 370.

Communication :

- Confidentielle ou privée :
 - o Définition, 75 s., 244, 247 s.,
 - o Et constitution, 235, 315, 325, 417, 438, 473.
 - o Et neutralisation, 334.
 - o Et actes de police, 359 s.
 - o Et communication judiciaire, 402, 403.
- Non publique :

- o Définition, 113, 279 s., 294, 300 s.
- o Et constitution, 221, 367 s., 431 s., 448.

- Publique :

- o Définition, 114 s., 256 s.
- o Et constitution, 317 s., 367 s., 417 s.
- o Et neutralisation, 331.
- o Et actes de police, 357 s.,
- o Et communication judiciaire, 397 s., 405, 409 s., 514 s., 531.

- Au public en ligne :

- o Définition 119, 143, 152,
- o Et constitution, 444.
- o Et aggravation, 382 s.
- o Et règles d'imputation, 320.
- o Et prescription, 324.

- Audiovisuelle, 118, 119, 134, 143.

- Par voie électronique,

- o Définition, 75, 78, 81 s., 97, 118, 120, 142 s.
- o Et aggravation, 382 s.
- o Et communication judiciaire, 409 s.

Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, 388, 391, 436.

Compétence :

- Territoriale, 325, 434.
- Extraterritoriale, 326, 342.

Compétition de jeux-vidéos, 255, 330.

Complicité (infractions de presse), 141, 146, 321, 322.

Compte rendu d'audience (ou de séance), 118, 213, 261, 331, 394.

Condition de publicité,

- Définition, 120, 317.
- Nécessité, 421 s.
- Disparition (v. déspecialisation).
- Recours en droit commun, 441 s.
- Absence, 446.
- Contournement, 438, 447.
- Occultation, 448.

Condition préalable,

- Définition, 314.
- Lieu, 27, 48, 196, 221, 315, 474.
- Réunion, 315, 372.
- Communication, 315, 450.
- Destinataire, 317, 319, 323, 326, 370.
- Donnée, 234.

Conflit de qualifications, 370 s.**Consentement :**

- À l'accès, 48, 63, 93, 217, 221, 222, 232, 253, 339 s., 373, 476.
- En matière d'infractions sexuelles, 459 s.

Constatations, 204, 268, 339, 344, 350, 357.**Contraventions :**

- De voirie, 8, 62, 131, 253.
- Et lutte contre les incivilités, 453.

Contrefaçon :

- Littéraire et artistique, 135, 140, 141, 144 s., 150, 244, 256, 261, 303, 322, 326, 331, 334, 357, 447.
- De signes réservés à l'État, 140.

Contrôle d'identité, 27, 341, 353, 455, 484.**Convocation coercitive, 354.****Correspondances :**

- Définition, 75, 77 s., 97 s., 227, 303.
- Circulant à découvert, 87, 105, 221, 367, 434.
- Atteinte au secret des –, 235, 315, 324, 473, 479.
- Accès à distance aux –, 359, 480, 483.
- Interceptions de –, 90, 325, 360, 480, 481, 483, 485.
- Saisies de –, 202, 359.

Courrier électronique, 81, 82, 256.**Covid-19, 67, 184, 240, 252, 269, 270, 285, 392, 454, 503.****Crieur public, 54, 125, 525.****Cris et chants séditieux, 424.****- D-****Data mining, 358.****Débat d'intérêt général, 151, 425.****Délibéré, 44, 46, 92, 212, 249, 274, 392, 483, 494.****Délit privé, 16.****Démarchage, 99.****Dépôt légal, 324.****Déspecialisation (délits de presse), 430.****Destruction, dégradation ou détérioration aggravées, 8, 270, 377.****Détention provisoire (audiences), 389, 518 s.****Diffamation ou injure :**

- Non publique, 27, 86, 87, 93, 100, 105, 111 s., 221, 279, 301 s., 326, 367 s., 431 s.
- Envers un particulier, 432.
- Envers un serviteur de l'État ou une institution publique, 7, 16, 423, 434.
- Discriminatoire ou haineuse, 426, 433, 434.

Diffusion :

- Définition, 118.
- D'images pédopornographiques, 133, 143, 144, 156, 160, 302, 303, 322, 382, 438.
- D'images d'une agression (*happy slapping*), 151, 444.
- D'informations inexactes sur le marché, 448.

- De l'image à caractère sexuel d'autrui (*revenge porn*), 160, 446.
- De l'image d'un mis en cause entravé ou détenu, 118, 141, 418.
- De la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, 118, 432.
- De messages choquants à un mineur, 118 119, 141, 144, 145, 256, 322, 438.
- De messages contraires à la décence, 70, 118, 130, 319.
- De procédés permettant la création d'une bombe, 118, 281.

Dignité humaine, 13 s., 438, 460, 467, 519, 526, 527.

Discrédit sur une décision de justice, 117, 313, 317, 324, 331, 441.

Dissimulation :

- Définition, 21.
- Du visage, 67, 260, 299, 330, 372, 443, 456, 466 s.

Distribution :

- Définition, 120, 137 s.
- De pièces de monnaies, 140, 141, 319, 445.

Divulgarion, 21, 290, 446, 471.

Domicile :

- Histoire, 34 s.
- Définition, 26, 202, 242, 270, 415, 471 s.
- Virtuel (théorie du –), 204.
- Inviolabilité, 339 s., 470.
- v. perquisitions et visites.
- Violation (de –), 221, 232, 248, 275, 298, 315, 373, 477.
- v. légitime défense nocturne.

Droit :

- Privé ou public, 5.
- Pénal (définition), 6.
- De la personnalité, 12, 395, 477.
- De réponse, 143, 317, 426.

- E -

Édition, 139, 150, 447.

Effraction, 34, 35, 201, 221, 270, 333, 377.

Élément :

- Matériel, 27, 140, 196, 221, 236, 317 s., 370, 417.
- Moral, 128, 141, 145, 146, 221, 222, 315, 321, 326, 322, 370, 433, 434.

Embarras de la voie publique, 55, 253, 453.

Entrave à l'IVG, 444.

Entreprise :

- De démoralisation, 371, 446.
- De presse, 21 247, 340, 426, 483.

Enquête,

- De flagrance ou préliminaire, 339 s.
- Proactive, 484.

Espace public :

- Théorie politique, 4, 138, 151, 167.
- Loi pénale, 67, 260, 466 s.

Établissement :

- D'enseignement ou d'éducation, 26, 64, 260, 269, 275, 291, 299, 373, 380.
- De prostitution, 110, 272, 317, 460.
- Pénitentiaire, 44, 70, 242, 269, 293, 298, 345, 380, 390, 526, 527.
- Recevant du public, 67.

État d'ivresse, 70, 255, 315, 373, 453.

Exceptio veritatis, 423, 425, 434.

Exécution :

- D'une décision civile ou pénale, 354.
- Capitale (v. peine de mort).

Exhibition :

- De signes racistes, 131, 319.

- Sexuelle
 - o Rattachement à l'exposition, 132, 319.
 - o Lieu de l'–, 36, 196 s., 299.
 - o Public de l'–, 62, 218, 244, 302.
 - o Élément moral, 133, 222.
 - o Justification, 425.
 - o Répression ambivalente, 461.

Exposition, 120, 129 s., 302, 331.

- F -

Faits justificatifs spéciaux, 425.

Fausses nouvelles, 119, 160, 303, 418.

Fenêtre :

- Brisée (théorie de la –), 454.
- De publicité, 21, 404 s., 508 s.

Fixation d'image (acte d'enquête), 268, 344, 349, 483.

Fouilles, 37, 202, 209, 243, 341, 455. 484.

Franchise universitaire, 70.

- G -

Géolocalisation, 241 s. 270, 348, 349, 471, 480 s.

- H -

Huis clos :

- Définition, 37, 212, 219, 240, 261, 285.
- Régime, 304, 388 s., 499, 502 s.

Hyperliens, 145, 227, 324.

- I -

Immunité (judiciaire ou parlementaire), 213, 261, 330, 331.

Imputation (règles spéciales), 119 141, 146, 320 s., 444, 446.

IMSI catcher, 360, 483.

Incivilités, 453 s.

Infraction :

- Formelle ou de résultat, 319.
- Occulte ou dissimulée, 324.
- Permanente, 324.
- De presse (procédure), 425 s., 434.
- Politique, 7, 208, 423, 456.
- Sexuelle, 382, 408, 459 s.
- Terroriste, 340, 403, 408, 436, 437.

Injure (v. diffamation et injure).

Installations nucléaires, 248, 270, 345.

Instruction :

- Actes d'–, 339 s., 480 s.
- Audiences lors de l'–, 389, 517 s.

Inviolabilité :

- Des ambassades, 330, 339.
- v. domicile.

- J -

Jeux d'argent et de hasard, 140, 143, 152, 256, 271, 329, 330, 334.

Jury (constitution), 391, 392.

- L -

Laïcité, 7, 260, 467.

Légitime défense nocturne, 34, 242, 333.

Lettre (v. correspondance).

Liberté :

- D'expression, 369, 383, 417 s., 512.
- De communication, 81, 85, 315.
- De réunion, 168s., 210, 416, 455.
- Publique ou individuelle, 4.

Lieu (ou local) :

- Définition, 31.
- Privé (ou clos) :
 - o Définition, 32 s., 198, 200 s., 217, 221, 226, 231, 241 s.
 - o Et constitution, 315, 373, 474.
 - o Et aggravation, 377.
 - o Et neutralisation, 333.
 - o Et actes de police, 338 s., 483, 485.
- Public :
 - o Définition, 51 s., 197, 252 s.
 - o Et constitution, 315, 372, 453, 460, 461, 466.
 - o Et aggravation, 378 s., 462.
 - o Et neutralisation, 329.
 - o Et actes de police, 338 s., 459, 484.
- Affecté à un usage collectif, 260, 269 s., 293, 298, 315, 373, 380, 454.
- Accessible aux regards du public, 36, 62, 195 s., 319, 461.
- Affecté à l'autorité militaire, 248, 373.
- Affecté à la production ou à la consommation de stupéfiants, 271, 329, 340.
- Affecté à un usage professionnel, 26, 242, 243, 269, 270, 298, 340, 345, 348, 485.
- Affecté au commerce, 140, 252, 254, 269, 270, 462.
- Affecté au secret de la défense nationale, 248, 349, 373.
- De culte, 34, 49, 70, 257, 260, 378, 467
- Destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs, 27, 132, 253, 269, 315, 380, 462.
- Habité / d'habitation (v. domicile).
- Historique ou culturel, 131, 221, 276, 290, 299, 373, 378.
- Juridictionnel, 249, 274, 348, 349, 483.
- Particulièrement exposé à un risque d'agression ou de vol,
- Syndical, 340.

- Utilisé ou destiné à l'entrepôt, 201, 243, 270, 348, 349, 377.
- v. espace public.
- v. établissement (d'éducation, de prostitution, pénitentiaire).
- v. parties communes, aire de compétition.
- v. véhicule personnel.
- v. voie publique.

- M -

Mandat (d'amener, de recherche et d'arrêt), 354, 403.

Manifestation :

- Définition, 168, 169, 209 s., 219, 222, 228.
- Sportive, récréative, culturelle ou culturelle, 255 s.
- Et constitution, 315, 317, 372, 443, 456.
- Et neutralisation, 330.
- Et actes de police, 345, 455, 484.

Menaces :

- Et définition de la communication publique, 127.
- De mort, 145, 383.

Mendicité agressive, 253, 373.

Moralité publique, 13 et s., 438, 458 s.

- N -

Navire, 340, 485.

Négationnisme, 7, 422, 531.

Notion :

- Conceptuelle, 30, 50, 71, 161, 188, 190, 245, 284.
- Fonctionnelle, 30, 199, 211, 252 s., 260, 269, 272, 282, 285, 306.

Nullité :

- D'un acte de police, 481

- D'une audience, 213, 391, 392, 499, 505, 520.

- O -

Offense au chef d'État, 423.

Ordre public :

- Définition, 13.
- Immatériel, 451, 458 s.
- Matériel, 451 s.

Outrage :

- À agent diplomatique étranger, 117.
- À un fonctionnaire ou à magistrat, 80, 86, 98, 104, 112, 249, 369, 370, 380, 430.
- À un symbole républicain, 110, 117, 256, 315, 443.
- À la pudeur, 133, 198, 218, 244, 379, 461.
- Aux bonnes mœurs, 156, 160, 256, 438.
- Sexiste, 27, 253, 380, 462.

- P -

Palpations de sécurité, 202, 341.

Paroles prononcées à titre privé ou confidentiel, 75, 88 s., 97, 227, 315, 359, 473.

Parties communes, 10, 40, 231, 268, 293, 298, 344, 345, 453, 454.

Peine :

- Fonctions, 523.
- De mort (dépublicisation), 527.
- Infamante, 524 s., 531.

Perquisitions :

- De droit commun, 34, 37, 202, 241, 268, 270, 298 s., 311, 339, 481
- Dans un lieu préservant un secret, 247 s., 274, 426, 480, 481, 482, 483.
- En l'absence de l'occupant, 340.

- Nocturnes, 110, 271, 272, 340, 436, 480, 481, 483.
- Sans assentiment, 340, 480, 483.
- Administratives, 340, 485.
- Informatiques, 203, 270 342.

Personne :

- Privée ou publique, 7, 231, 246, 250, 532.
- Interdite de jeux, 256.

Police administrative ou judiciaire, 345, 455, 484 s.

Port d'armes, 168, 208, 372.

Pratique commerciale trompeuse, 130, 139, 160, 303, 324, 446.

Prescription :

- Point de départ, 145, 324.
- Trimestrielle, 426, 434, 436.

Présentation ou publication de comptes inexacts, 280, 303, 324, 448.

Présomption d'innocence, 12, 389, 395, 397, 410 s., 426, 509, 511, 514, 515, 519.

Prison (v. établissement pénitentiaire).

Privacy :

- Conception américaine, 12.
- Conception anglaise, 21.

Privé :

- Définition de l'adjectif, 4, 9, 20, 22.
- v. caractère privé.

Profération, 89, 98, 100, 105, 120, 124 s., 160, 182, 218, 319, 320.

Projection, 120, 134 s.

Propagande ou publicité (en faveur de/du -) :

- Boissons alcooliques, 130, 140, 143, 144, 254, 256, 281, 322, 330, 331, 448.

- Moyens de se donner la mort, 139 444.
- Tabac, 130, 134, 139 s., 143, 187, 281, 322, 324, 331, 448.
- Vapotage, 130, 140, 331.

Propriété :

- Collective, 10, 231, 264.
- Privée ou publique, 8, 10, 40 s., 49, 61, 68, 70, 85, 86, 111, 230 s., 242, 253, 272

Provocation :

- À commettre un génocide, 117, 187, 444.
- À l'usage de stupéfiants, 446.
- À la désobéissance, 130, 437.
- À la rébellion, 128, 130, 139, 322, 442.
- À un attroupement armé, 127, 130, 139, 160, 303, 442.
- Antiétatique, 424, 442.
- Au suicide, 444.
- Émise par un ministre du culte, 119, 127, 130, 257, 442.
- Haineuse ou discriminatoire, 319, 367, 383, 420, 422, 433.

Proxénétisme hôtelier, 62, 272, 460.

Public :

- Définition de l'adjectif, 4, 9, 20, 22.
- Définition du substantif, 4, 22, 30.
- De la communication, 148 s.
- De la réunion, 183 s.
- Du lieu, 62.
- De mineurs, 256, 280
- De spécialistes, 281, 291.
- Français, 326.
- Nouveau, 145.
- v. caractère public.

Publication :

- Acceptions, 116.
- De presse, 14, 116 s., 139, 141, 320 s., 326, 331, 357, 409.
- De commentaires destinés à exercer des pressions sur la justice, 116, 322, 371, 441.

- De la décision pénale, 118, 119, 132, 143, 409, 531.
- Nouvelle –, 324.

Publicité :

- Légale, 21.
- Réglementée :
 - o Armes à feu, 281, 303.
 - o Consultation juridique, 99.
 - o Jeux en ligne, 134, 256.
 - o Offre d'emploi, 448.
 - o Médicaments, 62, 118, 144, 152, 281, 303, 334.
 - o Produits phytopharmaceutiques, 281, 303.
 - o v. propagande ou publicité.
- Restreinte, 212, 283 s., 388, 392, 505.
- v. condition de publicité.
- v. audience publique.

Publiquement, 22, 89, 117, 213, 315, 317, 392, 436, 438, 460, 464, 498.

- R -

Racolage, 460.

Rapporteur nécessaire, 103 s., 139, 218, 322, 370.

Rassemblements :

- Festifs, 256.
- v. Réunion publique.

Recel :

- D'apologie du terrorisme, 436.
- D'images pédopornographiques, 438.
- De contrefaçon, 447.
- De violation d'un secret, 512.

Refus de répondre aux questions d'un juge, 117, 315.

Réhabilitation (procédure de –), 526.

Représentation :

- D'une œuvre, 118, 120, 122, 134, 135, 144, 145, 244, 280, 331, 334.
- Fallacieuse d'autrui, 117, 156. 322, 446.

Reproduction (d'une œuvre), 119, 144, 145, 256, 280, 326, 331, 447.

Responsabilité (v. imputation).

Réunion publique :

- Définition, 49, 62, 64, 67, 111, 141, 162 s., 219, 222, 228.
- Articulation avec l'attroupement et la manifestation, 207 s.
- Spécifique, 212 s., 255 s., 261.
- Et constitution, 315, 372, 456.
- Et neutralisation, 330, 334, 464.
- Et régime des audiences pénales, 386 s., 490 s., 518 s., 530.

Révélation, 12, 21.

- S -

Salle de shoot, 329.

Saisie :

- De droit commun, 352.
- Dérogatoires (v. perquisitions).
- Immobilière, 21.
- Informatique (v. perquisitions).
- v. correspondance.

Secret :

- Définition, 20.
- Lien partiel avec l'opposition privé-public, 21.
- De l'enquête et de l'instruction, 249, 401 s., 489, 494, 509 s.
- De la défense nationale, 21, 248, 349, 373, 482.
- Entourant la peine, 522 s.
- Des affaires, 92, 235.
- v. correspondance.

Sécurité :

- Droit à la –, 34, 35, 242, 315, 333, 377 s., 436, 437, 450, 484.

- Privée, 5, 202, 341.

Service public, 5, 7, 44, 112, 260, 261, 273 s., 291, 299, 373.

Shaming, 532.

Sonorisations, 40, 89, 92, 226, 231, 243, 298, 349, 359, 481, 483.

Sûreté (droit à la –), 34, 35, 315, 470, 479 s.

Système informatique (et STAD), 203, 204, 217, 233 s., 342, 483.

- T -**Tabac :**

- Interdiction de fumer, 269, 293, 298, 299, 315, 454.
- v. propagande ou publicité.

Tapage injurieux ou nocturne, 425, 453.

Tauromachie, 330, 464.

Techniques spéciales d'enquête, 342, 344, 359, 360, 480 s.

Transparence :

- Définition, 21, 386, 392, 402, 408.
- De la justice pénale, 489 s.

Transport (sur le lieu de l'infraction), 351.

- U -

Usurpation ou imitation de signes, 117, 131, 187, 317, 443.

- V -**Vapotage :**

- Interdiction du –, 269, 293, 298, 299, 315.
- v. propagande ou publicité.

Véhicule :

- Affecté au transport collectif de voyageur, 27, 132, 253, 269, 315, 380, 462.
- Personnel, 46, 70, 201, 243, 341, 348, 349, 481, 484.
- Professionnel, 247, 270.
- v. aéronef.
- v. navire.

Vente :

- À la sauvette, 70, 140, 454.
- Ou mise en vente, 139 s.

Vêtement :

- Support d'une exposition, 130.
- Objet d'une exposition, 131.
- Contenant, 202, 341.
- Religieux, 269, 298, 466 s.

Vidéoprotection, 5, 37, 56, 68, 254, 268, 298, 299, 345, 480, 484.

Vidéosurveillance (judiciaire), 344.

Vie privée :

- Histoire, 11, 35, 79, 108, 243.
- Droit civil et supranational, 12, 84, 416, 471 s.
- Acception verticale (v. sûreté).
- Articulation avec l'inaccessibilité, 43, 84, 204, 226 s., 240 s., 270, 290.
- Atteinte à la – :
 - o Espionnage visuel, 12, 16, 32, 35, 40 s., 221, 315, 474, 477.

- o Espionnage auditif, 12, 16, 32, 35, 89 s., 301, 315, 324, 326, 425, 474.

- o Divulcation consécutive à l'espionnage, 12, 16, 152, 160, 249, 322, 446.

- Des parties au procès, 393, 397, 501, 506, 511, 519, 529.

Violation de domicile (v. domicile).

Violences aggravées, 55, 253, 380.

Visites administratives, 48, 340, 481, 485.

Voie publique :

- Définition, 24, 53 s., 64, 67 s., 70, 253, 260, 269.
- Et communication, 140, 319.
- Et rassemblements, 168, 208 s., 255, 257.
- Et constitution, 315, 372, 373, 453 s.
- Et actes de police, 344, 345, 348, 352 s., 484.

Vol :

- Aggravé, 34, 35, 53 s., 201, 242, 253, 270, 276, 299, 377 s.
- D'informations, 233 s.

Voyeurisme (*upskirting*), 36, 253, 380, 474.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
Section 1 : Les conceptions exclues des termes « public » et « privé » en droit pénal.....	4
§1. La conception verticale : l'État et le particulier	7
§2. La conception horizontale : la société et l'individu	17
Section 2 : La conception retenue des termes « public » et « privé » en droit pénal	35
§1. La conception transversale : l'accessible et l'inaccessible.....	36
A. La prise en compte partielle du partage entre le notoire et le secret.....	36
B. La focalisation sur l'opposition entre l'ouverture et la fermeture	42
§2. Les enjeux de l'opposition en droit pénal.....	47
PREMIÈRE PARTIE : L'IDENTIFICATION DE L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC EN DROIT PÉNAL.....	51
TITRE 1 : LES QUALIFICATIONS ISSUES DE L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC	55
CHAPITRE 1 : LES QUALIFICATIONS SIMPLES	59
Section 1 : La qualification de lieu privé	59
§1. L'évolution du lieu privé	60
A. La genèse du lieu privé	60
B. L'avenir du lieu privé.....	66
§2. La définition du lieu privé	69
A. Les critères de définition indifférents	69
1. La déconnexion du lieu privé et de la propriété privée.	69
2. La déconnexion du lieu privé et de la vie privée.....	72
B. Les critères de définition déterminants	74
1. Le critère objectif : la fermeture.....	74
2. Le critère subjectif : l'absence d'autorisation	75
Section 2 : La qualification de lieu public.....	78
§1. La genèse du lieu public	78
A. De la voirie aux lieux de sociabilité	79

B. Des lieux de sociabilité aux lieux d’anonymat	82
§2. La définition du lieu public	85
A. La définition doctrinale des lieux publics.....	85
1. La pertinence de la définition doctrinale.....	85
2. Les limites de la définition doctrinale.....	92
B. Les définitions textuelles et prétoriennes du lieu public.....	95
1. Les définitions textuelles insatisfaisantes du lieu public	95
2. La définition prétorienne satisfaisante du lieu public.	98
CHAPITRE 2 : LES QUALIFICATIONS COMPLEXES	103
Section 1 : Les communications privées ou publiques	103
Sous-section 1 : Les communications privées.....	105
§1. Les moyens de communication privée	106
A. La qualification de correspondance privée	106
1. La dualité apparente de la correspondance	107
2. L’appréciation unitaire de l’accessibilité de la correspondance.....	117
B. La qualification de paroles prononcées à titre privé ou confidentiel	126
1. Le domaine des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel	126
2. L’appréciation des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel.....	129
§2. Le destinataire de la communication privée.....	134
A. Le destinataire agréé par l’émetteur	135
1. Le lien direct entre l’émetteur et le destinataire	135
2. Le lien indirect entre l’émetteur et le destinataire.....	141
B. Les destinataires unis par des liens particuliers	147
1. Le cercle privé, critère potentiel de la communication privée	147
2. La communauté d’intérêts, critère actuel de la communication privée.....	151
Sous-section 2 : Les communications publiques.....	159
§1. La délicate appréhension sémantique de la communication publique	159
A. L’introuvable qualification générique	159
B. La nécessaire énumération des moyens de publication	165
§2. Les moyens de communication publique	168
A. Les moyens permettant une diffusion circonstanciée	169
1. La profération.....	169
2. L’exposition	176
3. La projection	184

B. Les moyens permettant une diffusion illimitée.....	186
1. La distribution.....	186
2. La communication au public par voie électronique.....	195
§3. Le public destinataire de la communication.....	208
A. L'apparition récente de la notion de public dans les textes pénaux.....	209
B. L'appréciation prétorienne délicate de la notion de public.....	213
1. L'insuffisance du critère du nombre.....	213
2. La nécessité d'une appréciation négative du public.....	218
Section 2 : Les réunions privées ou publiques.....	223
§1. L'apparition tardive de la qualification de réunion publique en droit pénal.....	223
A. La genèse de la réunion publique.....	224
B. La réunion publique et la loi pénale : du monisme au dualisme.....	226
§2. La définition de la réunion publique en droit pénal.....	230
A. L'absence de définition satisfaisante de la réunion publique.....	231
1. L'éclatement des critères jurisprudentiels.....	231
2. Le recensement incomplet des critères par la doctrine.....	234
B. La systématisation nécessaire des critères de la réunion publique.....	237
1. Les critères tenant à l'accessibilité de la réunion.....	238
2. Les critères tenant aux personnes présentes.....	241
TITRE 2 : LA CONCEPTUALISATION DE L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC.....	247
CHAPITRE 1 : LA CONCEPTUALISATION D'UN CARACTÈRE PRIVÉ ET D'UN CARACTÈRE PUBLIC	249
Section 1 : Le critère constitutif : l'accessibilité.....	249
§1. L'appréciation objective de l'accessibilité.....	249
A. L'identification de lieux spécifiés par leur accessibilité.....	250
1. Le lieu accessible aux regards du public.....	250
2. Les espaces clos assimilables à des lieux privés.....	253
B. L'identification de réunions spécifiées par leur accessibilité.....	262
1. L'attroupement et la manifestation.....	262
2. L'audience publique ou privée.....	269
§2. L'appréciation subjective de l'accessibilité.....	273
A. Le domaine de l'appréciation subjective.....	273
B. La nature de la volonté appréciée.....	279

Section 2 : Les critères indifférents : l'objet et la propriété	283
§1. L'objet et la propriété, facteurs d'interférence	284
A. Les interférences suscitées par l'objet	284
B. Les interférences suscitées par la propriété	287
1. La prise en compte discutable de la propriété du lieu	287
2. La prise en compte discutée de la propriété de l'information	288
§2. L'objet, vecteur de gradation.....	295
A. La gradation opérant sur le caractère privé.....	295
1. Inaccessibilité et vie privée	295
2. Inaccessibilité et secret.....	305
B. La gradation opérant sur le caractère public	310
1. Accessibilité et vie sociale	311
2. Accessibilité et vie politique	322
CHAPITRE 2 : LA CONCEPTUALISATION D'UN CARACTÈRE HYBRIDE : LE CARACTÈRE COMMUN	
.....	331
Section 1 : Les qualifications révélant un caractère commun	332
§1. Les lieux révélateurs d'un caractère commun	332
A. Les lieux clos affectés à la vie collective.....	332
1. Les lieux clos affectés à une activité sociale licite.....	332
2. Les lieux clos affectés à une activité illicite ou strictement réglementée	341
B. Les lieux clos affectés à un service public.....	345
§.2 Les communications et les réunions révélatrices d'un caractère commun.....	349
A. Les communications adressées à des professionnels.....	350
B. L'audience tenue en publicité restreinte	354
Section 2 : Les contours du caractère commun.....	357
§1. La nature du caractère commun : un concept hybride.....	357
A. L'hybridation entre l'accessibilité et l'objet.....	358
B. L'hybridation entre l'accessibilité et les personnes concernées	360
§2. L'utilité répressive du caractère commun	362
A. L'utilité du caractère commun des lieux	363
B. L'utilité du caractère commun des communications et des réunions	365
CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE.....	369

SECONDE PARTIE : LES FONCTIONS DE L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC EN DROIT PÉNAL 371

TITRE 1 : LA FLEXIBILITÉ DU DROIT PÉNAL PERMISE PAR L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC... 373

CHAPITRE 1 : LA LIMITATION DE LA RÉPRESSION PÉNALE PAR L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC ... 375

Section 1 : L'exclusion de la responsabilité pénale 375

§1. L'exclusion négative par l'absence de caractérisation de l'infraction 376

A. L'exclusion de la condition préalable en l'absence d'un caractère privé ou public établi 376

B. L'exclusion de l'élément matériel en l'absence d'une communication publique caractérisée 380

1. La complexité des rapports entre communication et élément matériel 382

2. Les conséquences de la complexité matérielle sur les poursuites pénales 395

§2. L'exclusion positive par la neutralisation de l'infraction..... 409

A. Le rôle particulier du caractère public au regard de la neutralisation de l'infraction.. 409

B. Le rôle limité du caractère privé au regard de la neutralisation de l'infraction..... 417

Section 2 : L'encadrement renforcé des actes de police 419

§1. L'encadrement renforcé du fait des lieux 420

A. Les actes intégrant dans leur définition les lieux privés ou publics 420

1. Les perquisitions et actes assimilés..... 421

2. Les captations d'images 433

B. Les actes ponctuellement concernés par les lieux privés..... 437

1. Les actes particulièrement intrusifs..... 438

2. Les actes ordinaires 440

§2. L'encadrement renforcé du fait des communications 444

A. La liberté relative des enquêteurs à l'égard des communications publiques..... 444

B. Le régime strict des actes portant sur des communications privées 446

CHAPITRE 2 : LA GRADATION DE LA RÉPRESSION PÉNALE PAR L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC ... 451

Section 1 : La gradation de la peine encourue 452

§1. La gradation fondée sur la gravité de l'infraction 452

A. La gradation évidente entre des infractions de gravités distinctes 453

1. La gradation certaine entre délits et contraventions de presse 453

2. La gradation niée entre délits de presse et outrages 454

B. La gradation implicite entre des infractions de gravités distinctes	458
§2. La gradation découlant de circonstances aggravantes.....	466
A. L'aggravation découlant du lieu de commission de l'infraction	466
1. L'aggravation d'atteintes aux biens	466
2. L'aggravation d'atteintes aux personnes.....	469
B. L'aggravation résultant du recours à la communication au public en ligne	471
Section 2 : La gradation de la portée du procès pénal.....	475
§1. La portée graduée des audiences pénales	475
A. La gradation entre les audiences privées ou publiques.....	476
1. Les audiences concernées par la gradation	476
2. Le moment de l'audience concerné par la gradation.....	481
B. La gradation entre la publicité de l'audience et sa diffusion	486
1. La diffusion classiquement limitée d'images d'audience	486
2. La diffusion accrue de l'audience récemment admise	490
§2. La portée graduée de la communication autour du procès pénal	493
A. La communication graduée dans la phase préparatoire	494
1. La gradation entre certaines communications privées dans la phase préparatoire.....	494
2. La fenêtre de publicité consentie au procureur de la République	496
B. La communication graduée dans la phase sentencielle.....	498
1. La communication autour de la peine prononcée.....	498
2. La communication relative à l'innocence constatée	503

TITRE 2 : L'ÉQUILIBRE DU DROIT PÉNAL GARANTI PAR L'OPPOSITION PRIVÉ-PUBLIC 509

CHAPITRE 1 : L'ÉQUILIBRE ENTRE LA PRÉSERVATION DES LIBERTÉS ET LA RÉPRESSION PÉNALE	511
Section 1 : La garantie d'une pénalisation mesurée des abus de la liberté d'expression.....	514
§1. La condition de publicité, garantie parmi d'autres en droit de la presse.....	515
A. Une garantie nécessaire pour apaiser la crainte du délit d'opinion	516
1. La nécessité d'une pénalisation prudente du discours de haine	517
2. La nécessité d'une pénalisation modérée de propos antiétatiques	524
B. Une garantie éclipsée par d'autres mécanismes protecteurs.....	530
§2. La condition de publicité, mécanisme protecteur fragile en dehors du droit de la presse	537

A. La déspecialisation des infractions de presse et la condition de publicité.....	538
1. Le cas particulier de la déspecialisation partielle des contraventions de presse	538
2. L'avenir variable de la condition de publicité après une déspecialisation totale	551
B. La codification d'abus de la liberté d'expression et la condition de publicité.....	561
1. Le recours à la condition de publicité	561
2. Le désintéret pour la condition de publicité.....	569
Section 2 : La garantie d'une protection pénale ciblée de certains intérêts	578
§1. La protection pénale de l'ordre public circonscrite par l'opposition privé-public	579
A. La défense de l'ordre public matériel dans les lieux ou rassemblements publics	580
1. La pénalisation des incivilités dans les lieux publics.....	580
2. La judiciarisation du maintien de l'ordre dans les rassemblements publics	587
B. La défense de l'ordre public immatériel dans les lieux ou rassemblements publics ...	593
1. La fragilisation progressive du lien entre caractère public et ordre public immatériel	594
2. La revitalisation récente du lien entre caractère public et ordre public immatériel	603
§2. La protection pénale de la sphère privée délimitée par l'opposition privé-public	609
A. La sanction de certaines immixtions dans la vie privée	610
1. Le constat du resserrement de la protection pénale sur les supports de la vie privée	610
2. Les conséquences du resserrement de la protection pénale sur les supports de la vie privée	615
B. L'encadrement des actes particulièrement attentatoires à la sûreté.....	618
1. La protection de la sûreté renforcée par les garanties entourant les actes coercitifs	619
2. La protection de la sûreté nuancée par l'introduction constante de mesures intrusives.....	623
 CHAPITRE 2 : L'ÉQUILIBRE ENTRE L'INFORMATION DU PUBLIC ET L'EFFICACITÉ DE LA JUSTICE	
PÉNALE.....	637
Section 1 : La transparence de la justice pénale tempérée	638
§1. L'importance du principe de publicité de l'audience de jugement	639
A. L'importance variable du principe de publicité de l'audience dans l'histoire.....	639
B. L'importance déterminante du principe de publicité de l'audience en droit positif ...	642
1. Un principe essentiel.....	642
2. Un principe d'ordre public.....	645
§2. La légitimité des tempéraments au principe de publicité de l'audience.....	648
A. L'absence de publicité de l'audience, protectrice des intérêts de la société.....	649
B. L'absence de publicité de l'audience, protectrice des intérêts des parties.....	651
Section 2 : Le secret de la justice pénale atténué	655
§1. L'atténuation du secret de l'enquête et de l'instruction	655

A. Le contrôle nécessaire de la diffusion des informations lors de la phase préparatoire	656
1. Le secret de l'enquête et de l'instruction fragilisé	656
2. La fenêtre de publicité du procureur, remède perfectible	659
B. La consécration artificielle de la publicité des audiences au cours de l'instruction	662
1. La consécration récente de la publicité des audiences au cours de l'instruction.....	663
2. La publicité relative des audiences au cours de l'instruction.....	666
§2. L'atténuation du secret entourant la peine	669
A. Le lent déclin de la publicité entourant la peine	669
1. L'évidence du châtement public avant la Révolution.....	671
2. L'éviction progressive du châtement public après la Révolution	675
B. L'insuffisance des fenêtres de publicité contemporaine	682
1. La publicité réclamée des audiences post-sentencielles.....	682
2. Le contournement de la peine complémentaire de publication.....	685
CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE.....	691
CONCLUSION GÉNÉRALE	693
ANNEXES.....	697
BIBLIOGRAPHIE	705
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	729
TABLE DES MATIÈRES	739

RÉSUMÉ

Les termes « *privé* » et « *public* », polysémiques, sont à l'origine de nombreuses notions juridiques et font l'objet de conceptions diverses. Au-delà du partage entre l'étatique et le particulier ou de la division entre la société et l'individu, cette thèse se focalise sur l'opposition entre l'accessible et l'inaccessible, peu étudiée en doctrine.

Ce qui a trait à cette conception, en droit pénal, doit être identifié. À l'analyse, trois figures autonomes apparaissent dans la loi pénale : les lieux, les communications et les réunions privés ou publics. Malgré leurs différences, la logique de l'accessibilité est commune à ces qualifications légales. Cela permet, d'une part, de conceptualiser un caractère privé et un caractère public et, d'autre part, de dégager un caractère hybride, tant les frontières entre privé et public sont mouvantes.

Une fois l'opposition privé-public identifiée, ses deux fonctions se révèlent : permettre la flexibilité du droit pénal et en garantir l'équilibre. Les usages du partage privé-public font ainsi ressortir la vraie nature du droit pénal contemporain, constamment tiraillé entre la répression et la préservation des libertés. C'est ainsi que le citoyen est libre de s'exprimer de façon outrancière en privé, tandis qu'en public tous les propos ne sont pas audibles ; que l'accès des forces de l'ordre à certains lieux ou communications privés est encadré ; ou encore que les magistrats peuvent décider de tenir une audience à huis clos pour préserver la sérénité des débats ou les intérêts des parties.

Au regard de ces enjeux, la maîtrise technique du clivage privé-public s'avère nécessaire, pour le législateur comme pour le juge ou la doctrine.

Mots-clés : *public/privé, lieu public, lieu privé, correspondances, réunion publique, publication, diffusion, infractions de presse, actes de police, audience pénale, châtement public, liberté d'expression, ordre public, vie privée, secret, droit du public à l'information.*

ABSTRACT

Polysemous, the terms “*private*” and “*public*” can be conceptualized in a variety of ways. Traditionally, these terms have referred to what is State-related and what is citizen-related or to the distinction between society and the individual. This study highlights one of the least studied approaches in the criminal law literature: the opposition between what is accessible and what is inaccessible.

Three elements present in French criminal law can be alternatively described as “*private*” or “*public*”: spaces, communications and gatherings. All these notions deal with accessibility. This enables conceptualizing a private nature and a public nature. Furthermore, the complex articulation of all the approaches regarding the public-private distinction leads to the emergence of a hybrid nature.

Once identified, the opposition between private and public appears to fulfill two main goals: bringing flexibility and balance to French criminal Law. The use of this opposition reveals that French criminal law is not entirely directed towards crime repression, it also aims at preserving fundamental freedoms. For example, one can utter offensive words in private, yet will be liable if said in public ; police cannot easily access private communications or spaces ; judges can set aside the principle of a public hearing and hold it behind closed doors, in order to preserve justice's serenity or parties' interests.

Considering these stakes, understanding precisely what is private and public in French criminal law is crucial for French lawmakers, judges and scholars.

Keywords : *public/private, public space, private space, correspondence, public gathering, publication, diffusion, speech crimes, police acts, criminal hearing, public penalty, freedom of speech, public order, privacy, secret, right to know.*