



Université Panthéon-Assas

**BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droit pénal et sciences criminelles**

**Dirigé par Monsieur le Professeur Yves MAYAUD**

**2011**

***Pour une dépénalisation du droit de la  
presse ?***

**Clémentine CHATEIN**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Yves MAYAUD**

Clémentine CHATEIN

**POUR UNE DEPENALISATION  
DU DROIT DE LA PRESSE ?**

Mémoire réalisé sous la direction de  
Monsieur le Professeur Yves MAYAUD

Université Panthéon-Assas – Paris II  
Master 2 recherche Droit pénal et sciences pénales  
Année universitaire 2010-2011

## **Remerciements**

Je remercie Monsieur le Professeur Yves MAYAUD pour son soutien, ses précieux conseils, et sa grande disponibilité.

# SOMMAIRE

## **PREMIERE PARTIE : UNE IDEE DISCUTABLE**

Chapitre I : La philosophie sauvegardée par une dépénalisation partielle

Chapitre II : La philosophie rejetée par une dépénalisation totale

## **DEUXIEME PARTIE : DES MODALITES CONTESTABLES**

Chapitre I : Le rejet de l'extrême

Chapitre II : Le compromis possible

## Liste des principales abréviations

Bull. crim : Bulletin criminel de la Cour de cassation

CA : Cour d'Appel

C. Cass : Cour de cassation

Cass. Crim : Chambre criminelle de la Cour de cassation

CCE : Communication commerce électronique

CEDH : Cour Européenne des Droits de l'Homme

Cons. Const. : Conseil Constitutionnel

Convention EDH : Convention Européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales

CP : Code Pénal

CPP : Code de Procédure Pénale

D : Dalloz

DDHC : Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

JCP : JurisClasseur périodique

JO : Journal Officiel

JORF : Journal Officiel de la République Française

RSC : Revue de Sciences criminelles

RDP : Revue de droit public

RTDH : Revue trimestrielle des droits de l'homme

*« La presse est un élément jadis ignoré, une force autrefois inconnue,  
introduite maintenant dans le monde ; c'est la parole à l'état de foudre ;  
c'est l'électricité sociale. Pouvez-vous faire qu'elle n'existe pas ?  
Plus vous prétendez la comprimer, plus l'explosion sera violente.  
Il faut donc vous résoudre avec elle (...) »*

CHATEAUBRIAND, *Mémoires d'outre-tombe* (t. V), 1850.

« Y-a-t-il rien de plus tyrannique, par exemple, que d'ôter la liberté de la presse ? Et comment un peuple peut-il se dire libre, quand il ne lui est pas permis de penser par écrit ? »<sup>1</sup>. Ces termes, employés par Voltaire, permettent de comprendre l'enjeu, toujours actuel, que revêt la liberté de la presse. Si son principe semble aujourd'hui acquis, les modalités de sa mise en œuvre soulèvent toujours des interrogations. Un régime répressif l'organise et la protège. Mais la question de la dépenalisation du droit de la presse est depuis peu posée.

Au sens large, la presse regroupe l'ensemble des moyens d'information quel qu'en soit le mode d'expression (presse écrite, parlée, audiovisuelle). Dans une conception plus étroite, on parle de presse pour désigner la presse écrite, l'ensemble des publications imprimées et publiées, périodiques ou non<sup>2</sup>. Nous nous en tiendrons à cette dernière conception, la question de la dépenalisation étant notamment posée par rapport à ce droit.

Dans cette conception, le droit de la presse est principalement constitué de la loi du 29 juillet 1881. Celui-ci ne saurait cependant être entendu que par rapport à cette loi. En effet, avec le temps, de nombreux textes sont venus enrichir le droit de la presse. On peut citer notamment les articles 9 et 9-1 du Code civil, relatifs à la protection de la vie privée et à la présomption d'innocence. Certaines dispositions du Code pénal ont également trait au droit de la presse, ou du moins plus largement à la liberté d'expression<sup>3</sup>. Enfin, plusieurs lois extérieures contiennent des dispositions concernant ce droit<sup>4</sup>.

La loi du 29 juillet 1881 reste néanmoins le principal fondement du droit de la presse ; elle contient notamment l'essentiel du droit pénal de la presse, à propos duquel se pose la question de la dépenalisation.

---

<sup>1</sup> VOLTAIRE, Correspondances (2734, 16 octobre 1765).

<sup>2</sup> CORNU (G.) Vocabulaire juridique, PUF, 2005.

<sup>3</sup> Ainsi, divers délits de provocation, susceptibles d'être commis par la presse, ont été maintenus et développés dans le Code pénal (Voir notamment les articles 223-13, 227-18, -19, -20 et -21, 431-6...). Cependant, il convient d'exclure les délits de diffamation et d'injure non publiques car ils concernent les rapports entre particuliers et non la liberté de la presse (articles R 621-1 et R621-2 du Code pénal).

<sup>4</sup> Citons, à titre d'exemple, la loi du 2 juillet 1931.

La loi du 29 juillet 1881, ou loi sur la liberté de la presse, marque l'aboutissement d'une longue lutte menée depuis la révolution de 1789 contre l'arbitraire du pouvoir exécutif<sup>5</sup>. Après l'avènement de la République en 1875, la victoire politique des républicains est confirmée par l'élection d'une nouvelle chambre en octobre 1887, puis par la démission de Mac Mahon et l'élection de Jules Grévy à la Présidence en juin 1879.

Cette loi s'inscrit dans une œuvre législative de grande ampleur entreprise par la République à la même époque (lois scolaires en 1881 et 1882 ; loi sur la liberté de la réunion en juin 1881 ; lois municipales en mars 1882 et avril 1884 ; loi sur les syndicats en mars 1884).

Dans le domaine de la presse, le législateur de 1881 fait alors table rase des lois antérieures en leur substituant une loi unique. Cet effort de codification sans précédent donne naissance à une véritable charte de la presse. A la multitude de textes hérités des régimes antérieurs – selon Eugène Lisbonne, rapporteur du projet de loi, quarante-deux lois, décrets et ordonnances correspondant à trois cent vingt cinq articles – est substitué un texte unique de soixante-cinq articles (soixante-dix en réalité mais les cinq derniers étaient transitoires)<sup>6</sup>. Ce projet, dont l'initiative revient à Alfred Naquet, mettra cinq ans à aboutir. L'adoption définitive de la loi, le 21 juillet 1881, consacre la liberté de la presse.

Son titre « Loi sur la liberté de la presse » et son article premier, « l'imprimerie et la librairie sont libres », symbolisent la philosophie libérale du législateur : elle est alors qualifiée de loi « d'affranchissement et de liberté »<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Sur la loi du 29 juillet 1881, v. not. ALBERT (P.), « Un siècle de liberté de la presse : que reste-il de la loi de 1881 ? », in *Revue de politique parlementaire*, suppl. au n°896 ; DE BELLESCIZE (D.), « La loi du 29 juillet 1881 à l'aube de l'an 2000 », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas/Paris II, Dalloz 2000, p. 1413 ; DERIEUX (E.), « La loi du 29 juillet 1881 », in *RDP*, 1981, p.1501.

<sup>6</sup> « La loi du 29 juillet 1881 constitue un véritable Code de la presse, comprenant toute la législation autrefois éparse dans plus de quarante documents de diverses origines, relatifs à l'imprimerie, à la librairie, à la presse périodique, ou non périodique, au colportage, à l'affichage, à la vente sur la voie publique, et aux crimes et délits commis par la voie de la presse ou tous autres moyens de publications (...). La confusion qui régnait dans notre législation sur la presse avant la loi de 1881 (...). Cette législation ne comprenant pas moins de 42 lois, décrets et ordonnances renfermant 325 articles. Au milieu de ces actes législatifs si divers d'origine, si disparates, si contradictoires, les parties intéressées étaient aussi peu fixées sur les droits qui leur appartenaient que sur les obligations qu'elles avaient à remplir, et les jurisconsultes eux-mêmes avaient peine à distinguer les dispositions abrogées de celles en vigueur, et à dégager, de ces textes épars, la loi applicable. De tous ces textes, le législateur de 1881 a fait table rase, en leur substituant une loi unique, véritable Code de la presse (BARBIER, *Code expliqué de la presse*, t.1, 2<sup>e</sup> édition, 1911).

<sup>7</sup> « C'est une loi d'affranchissement et de liberté. Si le principe de liberté n'est pas formulé dans une de ces déclarations qui, d'ordinaire (...) sont placées en tête, comme une sorte de programme que la loi vient ensuite plus ou moins réaliser, ce sont les dispositions pratiques de celle-ci qui tiendront lieu de programme lui-même (...). Jusqu'à présent nous n'avons rencontré, à vrai dire, que des déclarations de principes, des formules générales ne se traduisant pas en textes de lois (...). Nous ne proclamons pas la liberté, nous faisons mieux, nous



Les trois premiers chapitres de cette loi sont relatifs à la police de la presse. Le premier traite de l'imprimerie et de la librairie ; le second de la presse périodique, et le troisième de l'affichage, du colportage et de la vente sur la voie publique. La loi détermine ensuite les conditions suivant lesquelles les écrits en tous genre peuvent être conçus et publiés. Dans son chapitre IV, elle qualifie les crimes et délits qui peuvent se commettre par la voie de la presse ou par tout autre moyen de publication. Le chapitre V est relatif à la procédure en matière de délits de presse.

Une des conditions et des caractéristiques essentielles du régime libéral instauré par cette loi réside dans le fait qu'il s'agit d'un régime répressif. Réduits au strict minimum, les contrôles nécessaires ne peuvent intervenir que postérieurement à la publication, pour réprimer des abus - suppression de la censure, de l'autorisation préalable, et du dépôt de cautionnement -. Ils ne peuvent être que le fait de juges, agissant alors selon une procédure régulière, en application de dispositions légales définissant les seules limites indispensables à la liberté de la presse. Cette loi marque ainsi la fin des délits d'opinion : désormais, seuls sont punissables les actes qualifiés de crimes ou délits d'après les principes généraux du droit pénal, et non ceux qui ne relèvent pas d'une définition légale<sup>8</sup>.

Comme les révolutionnaires, les républicains reconnaissent que la liberté a ses bornes. Directement inspirée des principes posés par les articles 4<sup>9</sup> et 11<sup>10</sup> de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789, la loi de 1881 sanctionne les abus de la liberté. Pour l'essentiel en effet, elle se consacre à la définition des délits de presse et à leur sanction. Les infractions énoncées par la loi de 1881 ont, par ailleurs, vocation à s'appliquer non seulement aux écrits publiés, mais également à tout propos rendu public par n'importe quel moyen.

L'application de la loi de 1881 est quelque peu particulière :

---

la réalisons » (Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner les diverses propositions de loi relatives à la liberté de la presse, par M. Lisbonne, député. Chambre des députés, séance du 5 juillet 1880).

<sup>8</sup> C'est-à-dire des délits susceptibles de donner lieu à des procès de tendance, notamment le délit d'attaque à la Constitution, au principe de la souveraineté du peuple et du suffrage universel ; le délit d'attaque contre le respect dû aux lois et l'inviolabilité des droits qu'elles ont consacré ; le délit d'outrage à la République dont l'abandon souleva de vigoureuses protestations ; le délit d'attaque contre la liberté des cultes, le principe de la propriété et les droits de la famille ; l'excitation à la haine et au mépris du Gouvernement ; l'outrage à la morale publique ou religieuse.

<sup>9</sup> DDHC, Art. 4 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ».

<sup>10</sup> DDHC, Art. 11 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

Tout d'abord, en ce qui concerne la détermination des personnes responsables en vertu de cette loi : l'article institue un système de responsabilité en cascade : sont responsables dans l'ordre suivant : 1) les directeurs de publication ou éditeurs ; 2) à leur défaut, les auteurs ; 3) à défaut des auteurs, les imprimeurs ; 4) à défaut des imprimeurs, les vendeurs, distributeurs ou afficheurs.

C'est surtout la procédure qui se révèle particulièrement dérogoire au droit commun, avec notamment l'institution d'une courte prescription de trois mois, à compter de la publication ou de l'accomplissement du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait (article 65)<sup>11</sup>.

Les poursuites obéissent également à des formalités particulièrement contraignantes (articles 50 et 53 de la loi). Enfin, les dispositions concernant les circonstances atténuantes, le non cumul des peines et la non aggravation des peines résultant de récidive instituent un système privilégié.

Pour le législateur, il faut protéger ainsi la liberté, non seulement en ne retenant que l'incrimination des infractions strictement limitées à la préservation de l'ordre public, mais aussi en entourant les poursuites de protections propres à éviter toute pression excessive sur la presse.

Malgré de nombreuses modifications, notamment son adaptation aux nouvelles technologies<sup>12</sup>, la loi du 29 juillet 1881 reste néanmoins la pierre angulaire du droit de la presse. Peu de textes législatifs ont eu un destin et une longévité comparables, ce qu'expriment les nombreux termes employés à son égard : « socle sacré (J. Saint Cricq), « socle garantissant la liberté de son exercice professionnel (J.-P. de Kerraoul), « édifice » (R. Badinter), « monument républicain » (J.-Y. Monfort).

La question de la rénovation de ce « monument historique »<sup>13</sup> se pose cependant de manière de plus en plus récurrente, mais s'avère sensible car comme l'exprime R. Badinter, s'inspirant

---

<sup>11</sup> La loi du 9 mars 2004 a toutefois porté ce délai à un an pour la provocation à la discrimination, à la haine ou à la violence, pour la diffamation et pour l'injure, lorsque ces infractions revêtent une dimension raciste, ainsi que pour la contestation des crimes contre l'humanité commis par le régime nazi.

<sup>12</sup> La communication audiovisuelle est considérée comme un mode de publication depuis la loi n°85-1317 du 13 décembre 1985 qui a introduit l'article 41-1 dans la loi du 29 juillet 1881.

<sup>13</sup> DE BELLESCIZE (D.), « La loi du 29 juillet 1881 à l'aube de l'an 2000 », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas/Paris II, Dalloz 2000, p. 1413.

d'une expression de Montesquieu, « il y a certains édifices auxquels il faut toucher très peu et encore avec une main tremblante »<sup>14</sup>.

Il semble ainsi difficile de toucher à cette loi, à tel point qu'un auteur a pu la qualifier de « loi tabou »<sup>15</sup>. Telle est l'opinion d'une majeure partie de la doctrine, qui reconnaît tout de même l'existence de quelques imperfections et qu'un ravalement serait opportun. Si d'aucuns ont proposé l'abrogation de la loi de 1881<sup>16</sup>, ils sont rares.

Pourtant, cette grande loi sur la liberté de la presse fait l'objet d'une proposition de dépenalisation exprimée en 2008. Le rapport de la Commission Guinchard « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée »<sup>17</sup> propose soixante-cinq propositions, parmi lesquelles figure celle (douzième proposition) de la création d'un pôle civil « diffamation et injure » (dépenalisées) dans chaque Tribunal de grande instance. Il est précisément énoncé, au titre de cette proposition que « la commission propose la dépenalisation de la diffamation [NB : et de l'injure aussi, comme l'indique le titre de la même proposition] à l'exception des diffamations présentant un caractère discriminant (raciste, sexiste...). Ainsi, seule la voie civile (référé, demande au fond de dommages et intérêts et autres mesures civiles) sera possible».

Compte tenu de l'étendue des suites de ce rapport<sup>18</sup>, il paraît légitime de se demander ce qu'il en sera à propos de cette proposition. Si elle a été reprise dans un discours du Président de la République en 2009<sup>19</sup>, elle ne connaît actuellement pas de réponse en terme législatif.

Selon J.-H. Robert, le terme de dépenalisation est teinté d'un certain flou<sup>20</sup> : tantôt il désigne la disparition de toute sanction juridique attachée à une norme<sup>21</sup>, tantôt, - et plus souvent - il s'applique à la substitution d'une sanction civile ou administrative à une sanction jusque là pénale<sup>22</sup>. L'observation de l'évolution du droit positif montre que les deux phénomènes ont existé, mais de manières très inégales. L'abandon de toute sanction juridique n'intéresse que

<sup>14</sup> Colloque du Syndicat de la presse quotidienne régionale, 14-15 juin 1991, Hôtel Lutetia

<sup>15</sup> DE BELLESCIZE (D.), « La loi du 29 juillet 1881 à l'aube de l'an 2000 », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas/Paris II, Dalloz 2000, p. 1413.

<sup>16</sup> DERIEUX (E.), « Faut-il abroger la loi de 1881 ? », in *Légipresse* n°154, sept. 1998.

<sup>17</sup> Rapport de la Commission sur la répartition des contentieux, « l'ambition raisonnée d'une justice apaisée », 2008, disponible sur le site du ministère de la justice. Voir spécialement p.289 à 293.

<sup>18</sup> Une partie importante de ces préconisations a déjà été intégrée dans des textes législatifs et règlementaires adoptés ou en cours d'adoption, notamment en matière civile.

<sup>19</sup> Le 7 janvier 2009, devant la Cour de cassation, Nicolas Sarkozy critiquant la « pénalisation excessive de notre droit » a annoncé un projet de loi comportant « les dispositions nécessaires pour faire de la diffamation un droit de la réparation civile ».

<sup>20</sup> ROBERT (J-H), « La dépenalisation », in *Archives de philosophie du droit*, t.41, 1997, p. 191.

<sup>21</sup> DELMAS-MARTY (M.), *Modèles et mouvements de politique criminelle*, Economica, 1983, p.159

<sup>22</sup> CALAIS-AULOY (M.-T.), « La dépenalisation en droit pénal des affaires », in *Recueil Dalloz*. 1988, p.315, n°2, note 5.

les règles relatives aux mœurs. En revanche, l'abolition d'une sanction pénale au profit d'une autre, qui ne l'est pas, est un sujet très actuel, dans les discours politiques plus que dans les actes législatifs. La raison de ces préoccupations est d'ailleurs souvent pratique.

En l'espèce, dépénaliser la diffamation et l'injure amène à s'interroger plus largement sur une éventuelle dépénalisation du droit de la presse.

La loi du 29 juillet 1881 fait partie de ces grandes lois sur lesquelles le législateur hésite à revenir, compte tenu de leur importance symbolique<sup>23</sup>. Il est alors pertinent d'étudier ces lois dans le contexte actuel, d'observer la manière dont elles ont pu s'adapter à l'évolution de la société. A cet égard, on peut constater que la loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite « Loppsi 2 » entrée en vigueur le 16 mars 2011<sup>24</sup> contient un article 2 qui semble pouvoir faire concurrence à une infraction de presse, la diffamation.

Preuve en outre de l'actualité de la loi du 29 juillet 1881, la Cour d'appel de Bordeaux a rendu le 5 mai dernier un arrêt<sup>25</sup> sur le fondement de l'article 2 de la loi de 1881. C'est la loi du 4 juillet 2010 qui avait introduit cet article proclamant un principe général de protection du secret des sources journalistiques<sup>26</sup>.

L'étude de cette loi à la lumière d'un droit inexistant au moment du vote de cette dernière, le droit européen, est également intéressante. La Cour européenne des droits de l'homme est aujourd'hui compétente pour juger de la conformité des dispositions de cette loi au droit européen<sup>27</sup>. Le droit de la presse doit donc faire face à de nouvelles exigences. Remarquons à cette occasion qu'une disposition de la loi de 1881 condamnée par la Cour européenne est actuellement en cours d'examen devant le Conseil constitutionnel pour le contrôle de sa constitutionnalité<sup>28</sup>. Celui-ci doit très prochainement rendre sa décision.

---

<sup>23</sup> On pense notamment à la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 relative au contrat d'association.

<sup>24</sup> Loi n° 2011-267 du 16 mars 2011 d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, dite « Loppsi 2 ».

<sup>25</sup> CA Bordeaux, 5 mai 2010, relatif au secret des sources du journal « Le Monde » dans l'affaire Bettencourt : DAVET (G.) LHOMME (F.), « Secret des sources du « Monde » : l'enquête du procureur Courroye invalidée », in *Le Monde*, 7 mai 2010, p.12.

<sup>26</sup> Loi n°2010-1 du 4 janvier 2010 relative à la protection du secret des sources journalistiques.

<sup>27</sup> Notamment sur le fondement de l'article 10 de la Convention EDH, proclamant la liberté d'expression.

<sup>28</sup> Le Conseil constitutionnel a été saisi le 24 mars 2011 d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 35 alinéa 3 b). Il doit rendre sa décision le 11 mai 2011.

Plus encore, la mutation des supports de la presse, avec le développement d'internet, conduit à d'indispensables adaptations de ce droit. L'étude de la dépenalisation du droit de la presse doit nécessairement les prendre en compte.

Une nouvelle branche du droit découle de ces évolutions technologiques que certains auteurs nomment « droit de la communication » ou « droit des médias ».

Cette modernisation voulue du droit de la presse par le biais de la dépenalisation n'est pas propre à ce droit, mais s'inscrit dans un certain mouvement de dépenalisation plus général, commencé notamment en droit des affaires<sup>29</sup>. La question est de savoir si le moyen de la dépenalisation est réellement une solution efficace aux difficultés rencontrées par certaines branches du droit aujourd'hui.

Face à ces multiples éléments à prendre en considération, il convient de se demander si une dépenalisation du droit de la presse serait opportune.

Fondamentalement, la question de la dépenalisation du droit de la presse amène à s'interroger plus précisément sur la pertinence du droit pénal en la matière et sur les valeurs qu'il entend protéger. Selon le type de dépenalisation, le droit de la presse n'est pas touché de la même façon. Une dépenalisation partielle semble respecter l'esprit même de la loi du 29 juillet 1881 et du droit de la presse ; mais une dépenalisation totale serait en rupture avec cette loi. L'idée de dépenalisation du droit de la presse paraît donc discutable (première partie).

Une proposition de dépenalisation en la matière existe depuis 2008, mais elle peut être fortement critiquée ; une autre voie peut être proposée. Les modalités de la dépenalisation telle qu'envisagée actuellement doivent donc être contestées en elles même et compte tenu de l'existence d'autres solutions (seconde partie).

---

<sup>29</sup> Ainsi, le groupe de travail, présidé par Jean-Marie Coulon, a proposé de supprimer de nombreuses infractions en droit des affaires dans son rapport « La dépenalisation de la vie des affaires », janvier 2008.

## **PREMIERE PARTIE**

### **UNE IDEE DISCUTABLE**

La dépenalisation est aujourd'hui pratiquée dans certaines branches du droit afin de les adapter aux contraintes actuelles, afin de la moderniser. Le droit de la presse, constitué essentiellement de la loi du 29 juillet 1881 a également besoin d'être quelque peu remodelé, mais il ne faut être conscient qu'il s'agit d'un droit aux nombreuses particularités et à l'esprit spécifique. Alors il faut se demander si l'idée même de dépenalisation peut être envisagée en

droit de la presse. L'esprit de la loi de 1881 serait-il préservé ? On peut considérer qu'une dépenalisation partielle semble respecter la philosophie de cette loi, en lui permettant de s'adapter à certaines exigences contemporaines (chapitre premier). Cependant, il est permis de douter de l'opportunité d'une dépenalisation totale en pensant qu'elle irait fortement à l'encontre de l'esprit de la loi de 1881 et du droit de la presse. (chapitre second).

## **CHAPITRE I**

### **LA PHILOSOPHIE SAUVEGARDEE PAR UNE DEPENALISATION PARTIELLE**

---

La dépenalisation peut être seulement partielle. Mesurée, cette dépenalisation permet de davantage prendre en compte les valeurs essentielles protégées. En réalité, cette dépenalisation peut même avoir pour effet de les renforcer. C'est ce qui a pu être constaté lors de dépenalisations effectuées en droit de la presse : la dépenalisation partielle a été facteur de renforcement de la liberté de la presse (première section). En cela, il est possible d'appeler à une dépenalisation ponctuelle, très mesurée du droit de la presse (seconde partie).

## **SECTION I : LA LIBERTE DE LA PRESSE RENFORCEE PAR LES DEPENALISATIONS EFFECTUEES**

Deux types de dépenalisation ont pu être constatés en droit de la presse, tous les deux bienvenus. L'un a consisté à alléger la sanction pénale des infractions de presse (I), l'autre à abroger des dispositions jugées contraires à la liberté de la presse et plus généralement à la liberté d'expression (II).

### **I La dépenalisation partielle de la sanction pénale**

Cette dépenalisation partielle a été mise en œuvre par la loi du 15 juin 2000<sup>30</sup> renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes (A). Elle s'est avérée particulièrement opportune (B).

#### **A. L'apport de la loi du 15 juin 2000**

La dépenalisation partielle du droit de la presse peut permettre à ce dernier de s'adapter à de nouvelles exigences contemporaines. La loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits de victimes - dite « loi Guigou - qui comporte toute une série de dispositions relatives au droit de la presse<sup>31</sup> en est un exemple. L'essentiel des modifications apportées consiste en la suppression, assez large mais non générale, de la plupart des dispositions de la loi du 29 juillet 1881 « sur la liberté de la presse » ; exception faite des infractions qui comportent un caractère discriminatoire (raciste ou sexiste)<sup>32</sup>.

Ainsi, l'article 30 de la loi du 15 juin 2000 enlève, d'un certain nombre d'articles de la loi du 29 juillet 1881, la mention de la peine d'emprisonnement. Tel est le cas des infractions

---

<sup>30</sup> Loi n°2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la présomption d'innocence et la protection des victimes.

<sup>31</sup> Voir not. AUVRET (P.), « Histoire et objet du droit de la communication », in *Jurisclasseur communication*, fasc.1100 ; DERIEUX (E.), « La loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de la victime et droit de la communication », in *JCP G*, 2000, act. p.1463 ; DERIEUX (E.), « La loi du 15 juin 2000 et la droit de la communication », in *Petites Affiches*, 18 juillet 2000 n°142, p. 16.

<sup>32</sup> La loi n°2000-516 du 15 juin 2000, renforçant la présomption d'innocence et la protection des victimes, a modifié plusieurs dispositions de la loi de 1881. Les plus importantes modifications sont : la suppression de la plupart des peines d'emprisonnement de la loi de 1881 qui étaient devenues obsolètes ; la réduction du délai d'exercice du droit de réponse, ramené à trois mois (article 13 de la loi de 1881) ; l'insertion des nouveaux articles 35 ter et 35 quater visant à réglementer la diffusion de certaines images d'affaires judiciaires.



d'offense au Président de la République (article 26) ; de fausse nouvelle (article 27) ; de diffamation envers les cours, les armées, les corps constitués, les administrations (article 30) et, par renvoi fait à l'article précédent, envers un membre du gouvernement, un parlementaire, un fonctionnaire, un dépositaire ou agent de l'autorité publique (article 31) ; de diffamation envers les particuliers (article 32) ; d'injure (article 33) ; d'offense envers les chefs d'Etat et membres de gouvernements étrangers (article 36) ; d'outrage envers les représentants diplomatiques étrangers (article 37)<sup>33</sup>.

Ces peines de prison n'étaient, pour de telles infractions, pratiquement jamais appliquées<sup>34</sup> par les juridictions françaises. Elles n'en restaient pas moins dans la loi de 1881.

La suppression de ces peines a donc été opportune, allant dans le sens d'un renforcement de la liberté de la presse.

## **B. L'opportunité de cette dépénalisation**

E. Derieux, considérait qu' « *il n'est cependant pas juridiquement ou intellectuellement satisfaisant de conserver, dans notre arsenal juridique national, des dispositions que l'on sait ne pas pouvoir ou ne pas vouloir appliquer. Cela constitue une grave atteinte à l'idée de droit* ».

Par une telle mesure, il a ainsi été répondu à une démarche engagée, auprès du ministère de la Justice, notamment par « Reporters sans frontières ». L'association avait fait observer que de nombreux Etats étrangers, pratiquant une véritable censure, se référaient à de telles dispositions du droit français - la France étant considérée comme une « terre de liberté » et la « patrie des droits de l'homme » -. Mais ceux-ci en avaient une application toute différente et n'hésitaient donc pas à mettre des journalistes en prison<sup>35</sup> pour de telles infractions. Il convenait donc de priver d'un tel argument les autorités de ces pays.

---

<sup>33</sup> DERIEUX (E.), « Justice pénale et droits des médias », in *Justices*, n°10, avril/juin 1998, p. 148.

<sup>34</sup> Lorsque de telles peines d'emprisonnement ont, de façon très exceptionnelle, été prononcées, elles ont généralement été accompagnées du sursis.

<sup>35</sup> Voir not. : « France : supprimer les peines de prison pour délit de presse », in *La lettre de Reporter sans frontières*, février 2000, n°146 ; N. Copin, « Une regrettable exemplarité française », in *La Croix* du 13 mars 2000 ; « Un progrès de l'exemplarité française », in *La Croix* du 26 juin 2000.

Cette dépenalisation partielle permet également d'être en adéquation avec les exigences européennes en la matière. Celles-ci préconisent régulièrement la suppression des peines d'emprisonnement pour les délits de presse.

Ainsi, dans sa Déclaration sur la liberté du discours politique dans les médias adoptée le 12 février 2004, le Comité des Ministres a affirmé que « *La diffamation ou l'insulte par les médias ne devrait pas entraîner de peine de prison, sauf si cette peine est strictement nécessaire et proportionnée au regard de la gravité de la violation des droits ou de la réputation d'autrui, en particulier si d'autres droits fondamentaux ont été sérieusement violés à travers des déclarations diffamatoires ou insultantes dans les médias, comme le discours de haine.* »

La Cour européenne des droits de l'homme a également pris position sur la question : elle a d'ailleurs récemment statué que : « *Si la fixation des peines est en principe l'apanage des juridictions nationales, la Cour considère qu'une peine de prison infligée pour une infraction commise dans le domaine de la presse n'est compatible avec la liberté d'expression journalistique garantie par l'article 10 de la Convention que dans des circonstances exceptionnelles, notamment lorsque d'autres droits fondamentaux ont été gravement atteints, comme dans l'hypothèse, par exemple, de la diffusion d'un discours de haine ou d'incitation à la violence* »<sup>36</sup>.

La Cour se positionne ainsi clairement en faveur de l'abrogation des peines de prison en cas de diffamation, dès lors qu'il n'y pas eu atteinte grave à d'autres droits fondamentaux.

C'est surtout l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe qui exprime de manière régulière son désaccord quant à l'existence de peines d'emprisonnement en matière de délits de presse. En 2003<sup>37</sup>, puis en 2007, elle s'est prononcée en faveur de la suppression des peines d'emprisonnement pour les délits de presse. Elle considère en effet que « *chacun de ces cas d'emprisonnement est une entrave inacceptable à la liberté d'expression et fait peser une réelle épée de Damoclès sur les journalistes dans l'exercice de leur travail dans l'intérêt public. C'est la société toute entière qui pâtit des conséquences des pressions que peuvent ainsi subir des journalistes muselés dans l'exercice de leur métier. Le rapporteur est d'avis que les peines carcérales pour diffamation doivent être abrogées sans délais. Il exhorte*

---

<sup>36</sup> CEDH, *Cumpănă et Mazăre c/ Roumanie*, 17 décembre 2004, § 115.

<sup>37</sup> Voir la Recommandation 1589 (2003) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, relative à la liberté d'expression dans les médias en Europe.

*uramment les Etats membres du Conseil de l'Europe dont les législations prévoient encore des peines de prisons, mais n'y ayant jamais recours, de les abroger sans délais afin de ne plus offrir une excuse trop évidente, quoique injustifiée, aux Etats y ayant encore recours pour refuser d'abolir des dispositions similaires de leurs législations »<sup>38</sup>*

Un certain nombre d'États membres du Conseil de l'Europe ont ainsi supprimé les peines de prison en cas de diffamation<sup>39</sup>.

Par la loi du 15 juin 2000, le législateur a permis au droit de la presse d'anticiper certaines exigences contemporaines, en particulier européennes, exigences favorables à la liberté de la presse. C'est dire qu'une dépenalisation partielle du droit de la presse peut se révéler opportune quant à sa modernisation, tout en respectant la philosophie de la loi du 29 juillet 1881, à savoir le respect de la liberté de la presse.

Un deuxième type de dépenalisation est intervenu, qui a consisté à l'abrogation ponctuelle de certaines dispositions pénales du droit de la presse. Il s'agissait de dispositions défavorables à la liberté de la presse, leur abrogation a donc renforcé l'esprit de la loi du 29 juillet 1881.

## **II Des dépenalisations ponctuelles bienvenues**

Ces dépenalisations ponctuelles ont eu lieu grâce notamment à l'intervention de la Cour européenne des droits de l'homme. Certaines de ces abrogations sont en effet intervenues suite à des condamnations par le juge européen (A) ; d'autres ont été effectuées en vue d'anticiper une condamnation européenne (B.).

### **A. La mise en conformité avec les exigences européennes**

L'influence européenne s'explique par l'importance qu'accorde la Cour européenne à la liberté de la presse, composante de la liberté d'expression. Sur ce fondement, elle a condamné

---

<sup>38</sup> Rapport de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 25 juin 2007, « Vers une dépenalisation de la diffamation », pt. 56.

<sup>39</sup> Parmi les Etats européens qui n'ont pas supprimé les peines d'emprisonnement en matière de délits de presse, on peut notamment citer la Turquie et l'Azerbaïdjan.

plusieurs dispositions de la loi du 29 juillet 1881 qui ont alors été abrogées par le législateur français.

### 1. L'importance de la liberté de la presse au niveau européen

Le droit de la presse doit faire face à l'émergence du droit européen et ces exigences en matière de libertés fondamentales, notamment avec la naissance de la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales (Convention EDH) entrée en vigueur en 1953 mais ratifiée par la France seulement en 1974. La Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) est chargée d'en assurer le respect.

Celle-ci considère notamment que la liberté de la presse est essentielle au bon fonctionnement de la démocratie<sup>40</sup>. C'est ainsi que la presse jouit d'un statut particulièrement privilégié, par le biais de l'article 10 de la Convention EDH relatif à la liberté d'expression<sup>41</sup>, et ce dès les premiers arrêts de la Cour européenne. Ainsi, selon la formule employée par le juge européen : « On se trouve dans un cas où l'article 10 exige un niveau particulièrement élevé de protection »<sup>42</sup>.

La définition objective de la « liberté d'expression » énoncée par le texte moderne de l'article 10 de la Convention, notamment par l'instauration de limites que seule la loi peut fixer en déterminant les abus répréhensibles, est bien proche de la définition du droit naturel à la « libre communication des pensées et des opinions », contenue dans l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme sur lequel s'est appuyé le législateur de 1881<sup>43</sup>.

---

<sup>40</sup> CEDH., 8 juillet 1986, *Lingens c/ Autriche*, série A, n°103, §41.

<sup>41</sup> L'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dispose en effet :

« 1- Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les Etats de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2- L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ».

<sup>42</sup> Par exemple CEDH., 22 octobre 2007, *Lindon et Otchakovky-Laurens c/ France*, req. n° 21279/02 et 36448/02, §62.

<sup>43</sup> LECLERC (H.), « La loi de 1881 et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Légicom* n°28, 2002/3, p.85 et s.

L'article 10 de la Convention y ajoute le droit de recevoir ou de communiquer des informations mais, lui aussi, prévoit, dans son deuxième alinéa que des conditions, restrictions et sanctions peuvent être imposées, à la condition qu'elles soient « prévues par la loi ». Cependant, la loi ne peut limiter la liberté sous n'importe quel prétexte. Il faut qu'elle protège l'un des intérêts limitativement énumérés, et de surcroît, ces mesures restrictives ne sont admises que si elles « constituent des mesures nécessaires dans une société démocratique ».

La Cour a défini ce qu'est une loi, dans l'arrêt *Sunday Time*<sup>44</sup>, et vérifie que cette loi protège bien un des intérêts énumérés à l'article 10 de la Convention EDH<sup>45</sup>. Mais c'est en s'attachant à la notion de nécessité dans une société démocratique de la condition, sanction ou restriction, que la Cour va construire sa jurisprudence. Dans l'arrêt *Handyside*<sup>46</sup>, elle a précisé et le répètera à longueur d'arrêts, que « son rôle de surveillance commande à la Cour de prêter une extrême attention aux principes propres à une société démocratique. La liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. ». Les travaux parlementaires préparatoires au vote de la loi de 1881 montrent que ce fut aussi le souci constant du législateur français qui donnait une force concrète aux principes.

Dans ce même arrêt, la Cour énonce une formule qu'elle reprendra à de nombreuses reprises par la suite : « La liberté d'expression vaut non seulement pour les informations, les idées accueillies avec ferveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique »<sup>47</sup>.

La loi du 29 juillet 1881, charte de la liberté et de la presse en France<sup>48</sup>, va voir ses dispositions contrôlées sur le fondement de l'article 10 de la Convention, que ce contrôle soit effectué par la Cour européenne elle-même ou par les juridictions françaises. C'est ce contrôle

---

<sup>44</sup> CEDH., 26 avril 1973, *Sunday Time c/ RU*, série A, n°30.

<sup>45</sup> Rappelons à ce sujet que les intérêts à protéger varient légèrement selon la nature des droits qui ne sont pas dérogeables, qu'il s'agisse de la protection de la vie privée, prévue à l'article 8 de la Convention européenne, de conscience et de religion de l'article 9 ou de la liberté de réunion ou d'association de l'article 11.

<sup>46</sup> CEDH., *Handyside c/ RU*, 7 décembre 1976, série A, n°24.

<sup>47</sup> CEDH., *Handyside c/ RU*, 7 décembre 1976, série A, n°24.

<sup>48</sup> GUERDER (P.), « La loi de 1881 sur la liberté de la presse à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », in *Gaz. Pal.*, 2003 n°357, p.3 et s.

qui va être à l'origine de plusieurs condamnations de la France pour non-conformité des dispositions de la loi de 1881 aux prescriptions de l'article 10 de la Convention, amenant le législateur à dépénaliser certaines infractions contenues dans cette loi.

## 2. Des condamnations européennes sources de dépénalisation

La Cour européenne a condamné certaines dispositions de la loi de 1881, les jugeant attentatoires à la liberté de la presse. Le législateur a donc abrogé ces dispositions. Il s'agit des anciens articles 14 (a) et 36 (b) de cette loi.

### a - La non-conformité et l'abrogation de l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881

L'arrêt *Ekin* du 17 juillet 2001<sup>49</sup> est relatif à la non-conformité des dispositions de l'article 14 de la loi de 1881. Il met un terme définitif à une disposition qui avait donné lieu à de nombreuses controverses. Ce texte qui rencontra une forte opposition en 1881<sup>50</sup> et qui fut modifié à la veille de la Deuxième Guerre mondiale par un décret du 6 mai 1939, permettait au ministre de l'Intérieur d'interdire « la circulation, la distribution ou la mise en vente en France des journaux ou écrits, périodiques ou non, rédigés en langue étrangère » mais également « les journaux et écrits en provenance étrangère rédigés en langue française, imprimés à l'étranger ou en France ». Les sanctions prévues en cas d'infraction étaient lourdes. La loi du 15 juin 2000, a supprimé la plupart des peines d'emprisonnement encourues en matière de droit de la presse, mais a maintenu celle d'un an qui menace ceux qui, malgré l'interdiction, ont mis en vente, distribué ou repris la publication des écrits interdits. Dans tous les cas, la saisie administrative des écrits ou de leurs reproductions était autorisée.

Les ministres de l'Intérieur ont fait usage de ce texte pour toutes sortes de motifs. C'est l'absence d'une procédure administrative d'urgence qui rendait notamment peu réparatrice l'annulation de l'interdiction de diffusion - même si le contrôle du Conseil d'Etat se révélait parfois exigeant-. Mais surtout, ce dernier avait largement limité son propre pouvoir, en jugeant que l'appréciation à laquelle le ministre se livre du danger que représentent pour

---

<sup>49</sup> CEDH, Association *Ekin* c/France du 17 juillet 2001, *Légipresse* 185-III, p. 169, note E. Derieux ; CCE., novembre 2001, comm.n° 119, obs. A. Lepage ; D. 2002, p. 2770, obs. Th. Massis.

<sup>50</sup> JO du débat du 25 janvier 1881, p. 52.

l'ordre public les ouvrages interdits n'était pas susceptible d'être discutée par la juridiction administrative<sup>51</sup>. Et la chambre criminelle allait dans le même sens<sup>52</sup>.

En l'espèce, l'association Ekin avait publié un livre intitulé « Eukadi en guerre » en faveur de l'indépendance du pays basque. La diffusion de cet ouvrage encourageant le séparatisme et justifiant le recours à l'action violente avait été interdite au motif qu'elle était de nature à causer des dangers pour l'ordre public. Le Conseil d'Etat, par un arrêt du 9 juillet 1997, a annulé l'arrêté ministériel en raison de la gravité de l'atteinte à la liberté de la presse constituée par la mesure litigieuse. Mais il a rejeté le moyen tiré de l'incompatibilité de l'article 14 de la loi de 1881 avec la Convention EDH au motif que, justement par son arrêt, il contrôlait le pouvoir donné au ministre le avec la Convention européenne, d'où la compatibilité avec cette dernière. L'interdiction de la diffusion ayant duré plus de neuf ans, l'association Ekin a demandé la réparation de son préjudice au ministre de l'Intérieur, qui a rejeté cette demande.

Devant la Cour européenne, les requérants ont justifié leur recours par le fait que l'article 14 subsistant dans le droit positif faisait peser une menace permanente sur leur droit à la liberté d'expression. Ils faisaient également valoir que le contrôle a posteriori sans possibilité de sursis était insuffisant, tout comme la réparation du préjudice causé par la décision d'interdiction - la procédure ayant duré huit ans -.

Sur le fond, la Cour estime que si le texte de l'article 10 n'interdit pas en tant que telles des restrictions préalables à la publication, celles-ci présentent un caractère si dangereux, particulièrement dans le domaine du droit de la presse qui diffuse des informations périssables s'opposant à tout retard à la publication, qu'il convient de les soumettre à un examen particulièrement rigoureux. Elle constate que le texte de l'article 14 « semble heurter de front le libellé même de l'article 10 de la Convention selon lequel les droits qui y sont reconnus valent sans considération de frontière », et que le monde d'aujourd'hui n'est pas celui de la veille de la Deuxième Guerre mondiale.

Et, comme l'avait fait le Conseil d'Etat, elle constate qu'en l'espèce, l'arrêté du ministre de l'Intérieur ne correspond ni au besoin social impérieux ni à la proportion au but poursuivi qu'exige la nécessité démocratique de la restriction.

---

<sup>51</sup> CE, 17 décembre 1958, D. 1858, p. 175, concl. Braibant.

<sup>52</sup> Cass. Crim., 6 mai 1959, Bull. crim. n°233.

Elle aurait pu s'en tenir à cela, mais elle précise qu'il convient de condamner les dispositions de la loi française : « L'ingérence que constitue l'article 14 de la loi de 1881 modifiée ne peut être considérée comme nécessaire dans une société démocratique ».

Se conformant à la condamnation européenne, le législateur français a donc fait le choix d'abroger cette disposition par un décret du 4 octobre 2004<sup>53</sup>.

Il s'agit ainsi d'une dépénalisation sèche, l'incrimination de l'article 14 de la loi de 1881 étant totalement supprimée. On constate donc qu'une dépénalisation partielle du droit de la presse peut permettre de se conformer aux exigences européennes en matière de libertés fondamentales.

Le même constat peut être fait à propos de l'ancien article 36 de la loi du 29 juillet 1881.

#### b - La non-conformité du délit d'offense envers chef d'Etat étranger : l'article 36 de la loi de 1881

La Cour européenne des droits de l'homme a considéré, dans un arrêt du 25 juin 2002, que l'article 36 de la loi du 29 juillet 1881 incriminant le délit d'offense à chef d'Etat étranger était contraire aux articles 10 et 6 de la Convention<sup>54</sup>. Concernant ce dernier, la Cour européenne a estimé que la preuve des faits n'étant pas possible, cela rendait la mesure « excessive pour protéger la réputation et les droits d'une personne ».

L'article 36 de la loi réprimait « l'offense commise publiquement envers les chefs d'Etat étrangers, le chef d'un gouvernement étranger ou le ministre des Affaires étrangères d'un gouvernement étranger ». Il était loin d'être tombé en désuétude. Plusieurs poursuites ont été récemment conduites sur son fondement<sup>55</sup>.

En l'espèce, le journal « Le Monde » avait publié en 1995 un article présentant le Maroc comme le premier exportateur mondial de haschich, en se référant à un rapport d'enquête

---

<sup>53</sup> Décret n°2004-1044 du 4 octobre 2004, art. 1.

<sup>54</sup> CEDH, 25 juin 2002, Colombani et autres c/ France : D. 2003, p. 715, 2<sup>nde</sup> esp., note B. Beignier et B. de Lamy ; D. 2002, somm. P. 2571, obs J.-F. Renucci.

<sup>55</sup> Cass. Crim., 22 juin 1999, Légipresse n°165-III, p. 138 ; Cass., 2° civ., 28 septembre 2000 ; Cass., 2° civ., 28 septembre 2000, Bull. civ. II n°136.



réalisé à la demande de la Commission de l'Union européenne par l'observatoire géopolitique des drogues (OGD). L'article du journal mettait en cause l'entourage du roi Hassan II, impliqué dans le trafic de stupéfiants, et insinuait la complicité du roi dans ce trafic.

La Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 6 mars 1997, avait retenu le caractère offensant du propos. Le directeur de la publication du journal et l'auteur de l'article incriminé ayant été condamnés, la chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 20 octobre 1998, avait rejeté leur pourvoi<sup>56</sup> - alors que les juridictions françaises, notamment la 17<sup>ème</sup> chambre du tribunal de grande instance de Paris (chambre de la presse)<sup>57</sup>, commençaient à contester la conformité de ce délit avec les prescriptions de la Convention -.

La Cour européenne a statué quatre ans plus tard sur le recours individuel en violation de l'article 10 de la Convention, par un arrêt du 25 juin 2002.

Elle a alors, de façon particulièrement claire, déclaré l'article 36 lui-même de la loi de 1881 incompatible avec l'article 10 de la Convention EDH<sup>58</sup>.

Pour cela, elle retient l'impossibilité de faire valoir l'exceptio veritatis - possibilité de rapporter la preuve de la matérialité des faits - comme moyen de défense, ce qui constitue « une mesure excessive pour protéger la réputation et les droits d'une personne, quand bien même il s'agit d'un chef d'Etat ou de gouvernement ». C'est le principe même du délit qu'elle met en cause, en ce qu'il confère aux chefs d'Etat un statut « exorbitant du droit commun » et les soustrait à la critique en raison de leur fonction. Elle considère que les délits d'injure et de diffamation suffiraient « pour faire sanctionner comme tout un chacun(...) dans des conditions de droit communes à toute personne » des propos attentatoires à son honneur ou sa réputation ou s'avérant outrageants.

Selon la Cour européenne, l'article 36 de la loi de 1881 accorde donc aux chefs d'Etat un statut, un privilège exorbitant qui ne saurait se concilier avec la pratique et les conceptions politiques d'aujourd'hui. La Cour condamne « cette raison diplomatique qui fait de la justice

---

<sup>56</sup> Cass. Crim., 20 octobre 1998, bull crim 1998 n°267

<sup>57</sup> TGI Paris, 25 avril 2001, L'Égipresse n°182-III, p.103, commentaire M.-N. Louvet.

<sup>58</sup> CEDH, 25 juin 2002, Colombani et autres c/France requête n° 51279/99, L'Égipresse n0195-III, p.159, note H. Leclerc ; D.2002, p. 2767, obs. J.-Y. Dupeux ;

un instrument de la raison d'Etat, au nom de laquelle le gouvernement français a tenté de justifier l'existence de cette infraction »<sup>59</sup>.

Elle conclut son raisonnement de façon explicite en énonçant que « le délit d'offense tend à porter atteinte à la liberté d'expression et ne répond à aucun besoin social impérieux susceptible de justifier cette restriction ».

C'est donc bien le texte législatif lui-même qui est remis en cause, et le législateur a pris acte de cette condamnation : l'article 52 de la loi du 9 mars 2004, dite loi Perben II<sup>60</sup>, supprime le délit prévu à l'article 36 de la loi du 29 juillet 1881.

La loi de 1881 a donc été touchée à plusieurs reprises, en ses articles 14, relatif au régime restrictif des publications étrangères<sup>61</sup>, et 36, incriminant le délit d'offense à chef d'Etat étranger<sup>62</sup>, en raison de leur non-conformité à l'article 10 de la Convention EDH.

Dans le domaine de la liberté d'expression<sup>63</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme, interprétant et appliquant l'article 10 de la Convention, s'est fortement impliquée, et ceci bien avant que la France ne ratifie la Convention<sup>64</sup>. Mais pendant longtemps, les juridictions françaises ont été réservées, estimant que le système de protection de la liberté et la répression de ses abus organisés par la loi du 29 juillet 1881 et par la jurisprudence subtile ne nécessitaient pas que l'on fit appel aux principes européens. Les choses ont changé depuis et l'article 10 de la Convention EDH s'est installé dans nos arrêts.

## **B. L'anticipation des exigences européennes source de dépenalisation**

La loi de 1881 subit à présent les épreuves du contrôle conventionnalité<sup>65</sup>.

---

<sup>59</sup> LECLERC (H.), « La loi de 1881 et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Légicom* n°28, 2002/3, p.91.

<sup>60</sup> JORF., 10 mars 2004, p.4567.

<sup>61</sup> CEDH 17 juillet 2001, Association Ekin c/ France : CCE, novembre 2001, comm.n°119, obs. A. Lepage.

<sup>62</sup> CEDH, 25 juin 2002, Colombani et autres c/France, requête n° 51279/99 ; D. 2003, p. 715, 2<sup>nde</sup> esp., note B. Beignier et B. de Lamy ; D. 2002, somm. P.. 2571, obs J.-F. Renucci.

<sup>63</sup> LECLERC (H.), « La loi de 1881 et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Légicom* n°28, 2002/3, p.85 et s.

<sup>64</sup> Par exemple, deux arrêts essentiels *SundayTime c/RU* du 26 avril 1973 (A.30) ou *Handyside c/RU* du 7 décembre 1976 (A.24)

<sup>65</sup> GUERDER (P.), La loi de 1881 sur la liberté de la presse à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, in *Gaz. Pal.*, 2003 n°357, p.3 et s.

En effet, en vertu de l'article 55 de la Constitution, le traité a une autorité supérieure à la loi ; son application directe a enfin été consacrée par la Cour de cassation avec l'arrêt *Jacques Vabre* de 1975<sup>66</sup>.

Les juridictions nationales peuvent donc apprécier la compatibilité des textes nationaux avec la Convention EDH. Indépendamment de toute condamnation de la CEDH, il est donc de plus en plus fréquent que des juridictions nationales écartent l'application de dispositions de la loi française qu'elles jugent incompatibles avec l'article 10 Convention EDH<sup>67</sup>.

Ainsi, la Cour de cassation a spontanément écarté l'application de l'article 38 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881, au motif que cet article était notamment incompatible avec l'article 10 de la Convention EDH<sup>68</sup>.

Ce texte confus interdisait la publication par tous les moyens de photographies, gravures, dessins, portraits ayant pour objet la reproduction de tout ou partie des « circonstances » d'un certain nombre de crimes et délits.

A l'occasion de la publication de la photographie de la victime, partiellement dénudée, d'un attentat commis dans une station de RER, le Tribunal correctionnel de Paris, le 10 septembre 1996<sup>69</sup>, et la Cour d'appel de Paris, le 18 septembre 1997<sup>70</sup>, avaient jugé que cette incrimination n'était pas conforme au principe de légalité et à l'article 10 de la Convention EDH.

Sur un pourvoi dans l'intérêt de la loi, la chambre criminelle, en rejetant ce recours, a confirmé cette incompatibilité, en raison de l'imprécision des termes de la loi, du caractère aléatoire de leur interprétation par le juge, et de l'absence de garanties réelles quant à la prévisibilité des poursuites.

Suivant cette jurisprudence, le législateur a supprimé l'article 38 alinéa 3 par la loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence. C'est donc encore un exemple de dépenalisation sèche d'une disposition non conforme aux exigences européennes.

On peut cependant constater qu'il en a transféré la substance dans un nouvel article 35 quater de la même loi. Est ainsi désormais incriminée « la diffusion, par quelque moyen que ce soit

---

<sup>66</sup> Cass. Mixte, 24 mai 1975, Bull. civ. n°4, JCP 1975, II, 18180 ? Gaz. Pal., Rec. 1972, 2, 470, D. 1975, 497

<sup>67</sup>LEPAGE (A.), « Le droit de la presse à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Légicom* n°30, 2004/1, p. 76 et s.

<sup>68</sup> Cass. Crim. 20 février 2001.

<sup>69</sup> TGI Paris, 10 septembre 1996, *Légipresse* n°138-III, p. 7 note E. Derieux.

<sup>70</sup> CA Paris, 18 septembre 1997, *Gaz. Pal.* 1997.2, p.697.

et quel qu'en soit le support, de la reproduction des circonstances d'un crime ou d'un délit, lorsque cette reproduction porte gravement atteinte à la dignité d'une victime et qu'elle est réalisée sans l'accord de cette dernière ». Les termes de cette incrimination sont très proches de ceux de l'ancien alinéa 3 de l'article 38, écarté par la Cour de cassation pour manque de précision. Il n'est pas sûr que cet article sorte vainqueur d'un contrôle de la Cour de cassation.

Nous avons fait le constat qu'une certaine dépenalisation partielle pouvait bénéficier au droit de la presse et la philosophie de la loi du 29 juillet 1881. Ce travail doit donc être continué, certaines dispositions obsolètes appellent en effet une dépenalisation ponctuelle afin de consolider le droit de la presse dans sa légitimité et sa cohérence.

## **SECTION II : LA LIBERTE DE LA PRESSE CONSOLIDABLE PAR UNE DEPENALISATION PONCTUELLE**

Certaines dispositions de la loi devraient être nécessairement dépenalisées au vu des condamnations précédentes (I). Pour d'autres, l'opportunité de leur dépenalisation peut être avancée (II).

### **I Des dépenalisations nécessaires**

Certaines dispositions sont tombées en désuétude, parce que dans le contexte politique actuel, elles ne seraient pas acceptables si elles devaient empêcher toute critique, nécessaire et constitutive d'une société démocratique, de l'action des principaux dirigeants.

On peut se demander si certaines infractions prévues par des lois de circonstances, ou d'autres totalement archaïques, parfois presque tombées en désuétude ne subiront pas, lorsqu'elles seront concrètement soumis à l'examen de leur conformité avec la Convention, le sort de l'article 14, de l'article 38 alinéa 3 ou de l'article 36 de la loi de 1881.

Selon P. Wachsmann<sup>71</sup>, la condamnation du régime spécial institué par l'article 36 de la loi de 1881<sup>72</sup> implique nécessairement celle de l'article 37 qui incrimine pareillement l'outrage « envers les ambassadeurs et ministres plénipotentiaires, envoyés, chargés d'affaires ou autres agents diplomatiques accrédités auprès du gouvernement de la République ». Elle implique également la condamnation de l'article 26 qui fait de même pour l'offense au Président de la République française. En effet, pour ces deux incriminations, la possibilité de prouver l'exactitude des faits allégués est impossible.

Le délit d'offense au Président de la République apparaît comme une survivance du crime de lèse-majesté, dont le projet de la loi de 1881 prévoyait même qu'il fût étendu aux outrages au Sénat et à la Chambre des députés. Ce délit provoqua des débats passionnés sur la survivance d'une telle infraction.

Ces débats ne sont pas clos, et depuis la Constitution de 1958, ils se sont amplifiés en raison du rôle politique accru du Président de la République<sup>73</sup>. La chambre criminelle n'a pas protesté<sup>74</sup>, estimant que la modification des pouvoirs du Président de la République ne pouvait avoir de conséquence sur l'incrimination. La jurisprudence est même allée très loin en considérant que la critique de sa politique était constitutive du délit parce qu'elle rejaillissait sur sa personne<sup>75</sup>.

---

<sup>71</sup> Wachsmann (P.), « Le délit d'offense envers un chef d'Etat étranger à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », in *RTDH* (55/2003), p. 975-997.

<sup>72</sup> CEDH, 25 juin 2002, Colombani et autres c/France.

<sup>73</sup> ROBERT (J.), Propos sur la liberté de la presse, in *Recueil Dalloz*, 1964, chron.194.

<sup>74</sup> Cass. Crim., 13 juillet 1960, Bull. crim. n°375.

<sup>75</sup> Cass. Crim., 31 mai 1975, D. 1965 p.645.

Critiqué, ce délit était tombé en désuétude. En effet, M. Giscard d'Estaing avait pris l'engagement de ne pas faire usage de poursuites fondées sur l'article 26, M. Mitterrand s'en était également abstenu, tout comme M. Chirac.

Il n'en reste pas moins que ce délit subsiste alors que sa définition semble pourtant heurter la jurisprudence européenne.

Prenons l'exemple de l'affaire *Lingens*<sup>76</sup>. Ce journaliste avait été condamné pour avoir sévèrement mis en cause le chancelier Kreisky et son rôle dans une brigade SS pendant la Seconde Guerre mondiale. La Cour rappelle alors que « la liberté de la presse fournit à l'opinion publique l'un de ses meilleurs moyens de connaître et juger les idées et les attitudes des dirigeants », que « les limites de la critique admissible sont donc plus larges pour un homme politique que pour 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 », que « les exigences de la protection de la réputation d'un homme politique fût-il chef de l'Etat, doivent être mises en balance avec la libre discussion des questions politiques ».

La Cour européenne estime donc, et l'a répété à de nombreuses reprises, que les personnes publiques et surtout les hommes politiques, qui sont le plus souvent les cibles de ce qui est susceptible de relever de la diffamation, doivent accepter une critique plus grande que les particuliers du fait même de leurs fonctions.

Toute disposition juridique qui apporterait une protection contre la diffamation renforcée aux hommes politiques membres du gouvernement et hauts fonctionnaires semble donc se révéler incompatible avec l'article 10 de la Convention EDH. C'est ce que rappelle l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe dans sa résolution « Vers une dépenalisation de la diffamation » de 2007<sup>77</sup>.

Cette infraction a pourtant ressurgi dans une récente affaire.

---

<sup>76</sup> CEDH, 8 juillet 1986, *Lingens c/ Autriche*, série A, n°103.

<sup>77</sup> Résolution 1557(2007), « Vers une dépenalisation de la diffamation », Adde Recommandation 1814 du 4 octobre 2007, pt 17§6.

Dans cette affaire, une personne, Hervé Eon, a brandi une affichette où été inscrit « Casse-toi, pov'con » lors du passage du cortège présidentiel<sup>78</sup>, le 28 août 2008 à Laval (Mayenne). Il a été ensuite condamné à une amende symbolique de trente euros avec sursis pour "offense au chef de l'Etat", une condamnation qu'il a contestée en vain jusque devant la Cour de cassation : par un arrêt rendu le 4 novembre 2009, celle-ci a rejeté le pourvoi formé par Hervé Eon. Ce dernier a donc vu sa peine confirmée.

Il a cependant introduit une requête en avril 2010 devant la Cour européenne des droits de l'homme, estimant que sa condamnation à 30 euros d'amende avec sursis constitue une violation de sa liberté d'expression.

Dernièrement, lundi 2 mai 2011, la Cour EDH a indiqué, avoir demandé à la France des éclaircissements concernant la condamnation infligée à l'homme qui avait brandi une pancarte portant l'inscription "*Casse-toi, pov'con*" devant le président Nicolas Sarkozy. Le gouvernement français doit formuler sa réponse au plus tard le 16 septembre.

Il faut maintenant attendre la décision à venir de la Cour européenne, qui jugera de la conformité ou non de ce délit à l'article 10 de la Convention EDH. Il est cependant permis de douter de la conformité de ce délit avec les exigences européennes.

Une dépénalisation de ce délit s'impose nécessairement<sup>79</sup>, tout comme celle du délit incriminé à l'article 37 de la loi (outrage à agents diplomatique étranger), étant donné les condamnations intervenues à propos d'une disposition proche de ces dernières. La liberté de la presse en serait renforcée.

---

<sup>78</sup> La phrase "*Casse-toi, pov'con !*" avait été popularisée via une vidéo diffusée en 2008 sur Internet où l'on voyait Nicolas Sarkozy lancer cette invective à un visiteur qui refusait de lui serrer la main au Salon de l'agriculture de Paris.

<sup>79</sup> Le 19 novembre 2008, une proposition de loi visant à abroger le délit d'offense au Président de la République a d'ailleurs été déposée par le sénateur Jean-Luc Mélenchon : « L'ambiguïté qui entoure le délit d'offense au Président est illustrée par l'utilisation pénale très fluctuante qui en a été faite depuis sa création. L'essentiel des poursuites pour offense ont été engagées au début de la Ve République par le Général de Gaulle dans un contexte complètement révolu aujourd'hui où la vie du chef de l'État avait été menacée à plusieurs reprises. Hormis cette période troublée, l'utilisation de cette incrimination est restée extrêmement marginale et arbitraire, ce qui traduit à la fois sa faible utilité et justification juridique. Il n'a ainsi été utilisé que 6 fois en 59 ans sous la III République et n'a entraîné aucune poursuite sous les présidences successives de MM. Valéry Giscard D'Estaing, François Mitterrand et Jacques Chirac qui ont refusé d'y avoir recours. ». Jean-Luc Mélenchon, « Proposition de loi visant à abroger le délit d'offense au Président de la République », [www.senat.fr](http://www.senat.fr), 19 novembre 2008.

Pour d'autres infractions prévues dans la loi de 1881, la question de leur dépénalisation peut être posée, mais de manière moins forte compte tenu de l'absence de condamnation directe ou indirecte de la Cour européenne.

## **II Des dépénalisations potentiellement bienvenues**

Une autre incrimination pourrait être considérée comme contraire aux exigences européennes. Il s'agit du délit prévu à l'article 27 de la loi de 1881 qui réprime la publication de fausses nouvelles, « lorsqu'elle aura troublé la paix publique ou aura été susceptible de la troubler ». C'est le décret-loi du 30 octobre 1935 qui a permis les poursuites lorsque la nouvelle est simplement susceptible de troubler la paix publique. Certes, la jurisprudence interprète l'incrimination de façon assez étroite puisqu'il faut qu'il s'agisse d'une « nouvelle », c'est-à-dire de la révélation d'un fait, ce qui exclut une information ancienne ou un commentaire, même s'il s'avère tendancieux ou malveillant, et que l'on doit établir que cette nouvelle a troublé la paix publique ou qu'elle est de nature à la faire. Il appartient au ministère public de prouver la fausseté et la mauvaise foi<sup>80</sup>.

La jurisprudence apparaît cependant fluctuante selon les circonstances<sup>81</sup>. Ce texte semble donc en contradiction avec les exigences de prévisibilité de loi étant donné la marge d'appréciation que permet la formule « troublé la paix publique ou aura été susceptible de la troubler ».

Ainsi, H. Leclerc estime qu'« en raison des formulations particulièrement fortes de la Cour européenne sur la nécessité et le rôle éminent de la presse, son devoir d'informer sur toutes les questions d'intérêt général sans qu'une prudence excessive vienne la paralyser (...), il est probable que l'infraction serait malmenée par la Cour européenne »<sup>82</sup>.

Une dépénalisation, au moins dans le sens d'une diminution du champ d'application de cette infraction serait donc bienvenue.

---

<sup>80</sup> Cass. Crim., 16 mai 1954, Bull. crim. n°111.

<sup>81</sup> Voir l'analyse de LECLERC (H.), « La loi de 1881 et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Légicom* n°28, 2002/3, p.95.

<sup>82</sup> LECLERC (H.), « La loi de 1881 et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Légicom* n°28, 2002/3, p.96.



H. Leclerc met également en avant les infractions prévues aux articles 39<sup>83</sup> et 40<sup>84</sup>, dont la quasi-désuétude devrait être à l'origine d'une réflexion quant à leur maintien. Cela peut en effet poser problème quant à la prévisibilité de la loi, puisque pratiquement aucune interprétation jurisprudentielle ne permet de connaître les limites de ces infractions.

Enfin, l'article 39 interdit de rendre compte de certains procès. Dans certaines hypothèses (excluant celles relatives à la vie privée), la question de sa conformité aux articles 6 - exigence de publicité du procès pour qu'il soit considéré comme équitable - et 10 de la Convention EDH - liberté d'expression, d'information - peut également être posée.

Une certaine dépenalisation partielle, ponctuelle du droit de la presse semble donc respecter la philosophie de la loi du 29 juillet 1881. Bien plus, elle peut permettre de la renforcer. Mais il s'agit là d'une dépenalisation mesurée, dont les objectifs et les résultats diffèrent d'une dépenalisation totale du droit de la presse. Cette dernière, beaucoup plus radicale, semble au contraire aller à l'encontre de la philosophie, de l'esprit de la loi de 1881.

## **CHAPITRE II**

### **LA PHILOSOPHIE REJETEE PAR UNE DEPENALISATION TOTALE**

---

---

<sup>83</sup> Loi du 29 juillet 1881, Art. 39 : « Il est interdit de rendre compte des procès en diffamation dans les cas prévus aux paragraphes a, b et c de l'article 35 de la présente loi. Il est pareillement interdit de rendre compte des débats et de publier 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. Cette interdiction ne s'applique pas au dispositif des décisions, qui peut toujours être publié.

Les dispositions qui précèdent ne s'appliquent pas aux publications techniques à condition que soit respecté l'anonymat des parties.

Dans toutes affaires civiles, les cours et tribunaux pourront interdire le compte rendu du procès. ».

Il est également interdit de rendre compte des délibérations intérieures, soit des jurys, soit des cours et tribunaux. Toute infraction à ces dispositions sera punie d'une amende de 18 000 euros. »

<sup>84</sup> Loi du 29 juillet 1881, Art. 40 : « Il est interdit d'ouvrir ou d'annoncer publiquement des souscriptions ayant pour objet d'indemniser des amendes, frais et dommages-intérêts prononcés par des condamnations judiciaires, en matière criminelle et correctionnelle, sous peine de six mois d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, ou de l'une de ces deux peines seulement. »

Une dépenalisation totale du droit de la presse signifierait alors que c'est le droit civil qui l'organiserait. Or le droit pénal semble bien plus légitime en l'espèce. En effet, le droit pénal s'affirme comme un garant certain de l'équilibre instauré par la loi du 29 juillet 1881 (première section), en même tant qu'un garant certain des valeurs protégées par le droit de la presse (seconde section).

## **SECTION I : LE DROIT PENAL, GARANT CERTAIN DE L'EQUILIBRE DE LA LOI DE 1881**

La loi du 29 juillet 1881 instaure un subtil équilibre entre la liberté de la presse et la protection des droits d'autrui. Le droit pénal apparaît comme le plus à même de garantir cet équilibre. C'est pour cela que le choix a été fait d'un régime répressif (II), et non du régime de responsabilité civile (I).

### **I Le rejet justifié du régime de responsabilité civile**

Le rejet du régime de responsabilité civile était parfaitement légitime au moment du vote de la loi du 29 juillet 1881 (A). Il l'est toujours aujourd'hui (B).

#### **A. Le rejet originaire du régime de responsabilité civile**

En 1881, le député Charles Floquet offre un véhément plaidoyer en faveur du droit civil : « (...) il s'agit de savoir si nous voulons continuer à entasser les unes sur les autres ces lois inutiles dont je vous ai parlé, inutiles contre les coups d'Etat, inutiles contre les révolutions, si nous voulons enrichir d'une loi nouvelle le dictionnaire de toutes les lois de la presse ou si nous voulons entrer dans une voie nouvelle<sup>85</sup>. Cette voie nouvelle « c'est celle qui conduit au droit commun. [...] En matière répressive, le droit commun c'est, au point de vue civil, l'article 1382 du Code civil qui rend chacun responsable de son fait, de sa faute, et l'oblige à

---

<sup>85</sup> Chambre des députés, séance du 25 janvier 1881, JO, Chambre, Débats, 26 janvier 1881, p.58

réparer le dommage qu'il a causé. En matière criminelle, c'est la complicité... et, à côté de cette complicité, la culpabilité directe pour les délits contre les personnes ».

Cette interrogation sur l'opportunité d'une loi sur la presse, dès lors que le principe de sa liberté était acquis, s'est répétée dans l'histoire du droit de la presse. M. de Serres, en 1819, avait déjà soutenu qu'il n'y avait pas lieu d'instituer pour la presse une législation pénale distincte. Il considérait en effet que la presse, dont on peut se servir comme d'un instrument pour commettre un crime ou un délit, ne donnait cependant lieu à la création ni à la définition d'aucun crime ou délit particulier et nouveau. Pour lui, la presse entre, comme tout autre instrument d'action, dans le droit commun, et en y entrant, elle n'obtient « aucune faveur qui lui soit propre, elle ne rencontre aucune hostilité qui lui soit particulière »<sup>86</sup>.

Mais ce projet de loi fut fortement contesté.

Déjà la voie pénale avait été clairement préférée à la voie civile par la Commission présidée par E. de Girardin, à la presque unanimité, en 1879. Elle est à nouveau fermement justifiée par son rapporteur, lors de discussions préparatoires<sup>87</sup>. E. Lisbonne énonce ainsi trois raisons motivant le recours à un dispositif répressif.

Tout d'abord, il invoque le caractère souvent « illusoire » de la responsabilité civile compte tenu de l'insolvabilité de l'auteur s'il était connu.

De plus, cette responsabilité, aux mains de la vindicte publique, est jugée une arme d'une utilisation impossible. Selon lui, la réparation prévue par l'article 1382 ne peut en effet s'appliquer qu'à des intérêts civils, qu'à des intérêts privés.

Enfin, l'application exclusive de l'article 1382 est considérée contradictoire avec les principes du droit commun. Le Code pénal réprimant certains outrages non publics, il s'agirait alors d'être plus indulgent en matière de délits commis par la voie de la presse qu'en matière de délits commis par la voie de la parole, plus indulgents en faveur des délits commis publiquement qu'en faveur des délits commis non publiquement.

Ainsi, les carences potentielles de la responsabilité civile, sa moindre sévérité et son inadéquation à la défense des intérêts publics sont mis en avant pour légitimer la pénalisation du droit de la presse. Le besoin est exprimé d'un instrument juridique « fort ».

---

<sup>86</sup> M. de Serres, cité dans : Lisbonne (E.), Proposition de loi sur la presse, Chambre des députés, Rapport n°2865, 1879, p.7 ; p.12.

<sup>87</sup> Chambre des députés, séance du 24 janvier 1881, JO, Chambre, Débats, 25 janvier 1881, p. 34

Ce rejet de la responsabilité civile en matière d'infractions de presse apparaît toujours légitime de nos jours.

## **B. Le rejet toujours légitime du régime de responsabilité civile**

Le rejet du régime de responsabilité civile en matière de presse apparaît aujourd'hui toujours légitime, au regard non seulement de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1), mais également au regard de l'article 10 de la Convention EDH (2).

### 1. La légitimité du rejet du régime de responsabilité civile au regard de l'article 11 de la DDHC

L'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 dispose que « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

Cet article réserve donc l'abus comme une exception à la liberté d'expression à la condition qu'il s'agisse d'un cas d'abus déterminé par la loi. Or l'article 1382 ne répond pas forcément à cette exigence.

Tout d'abord, on peut penser que la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ne donne pas au juge le pouvoir de déterminer les cas dans lesquels la liberté d'expression peut faire l'objet d'un abus susceptible de l'entraver.

Ensuite, l'abus semble possible seulement lorsque l'on se trouve confronté à une conduite relevant d'un cas déterminé par la loi au préalable. Le « fait quelconque » présent auquel il fait référence dans l'article 1382 du Code civil constitue-t-il un « cas déterminé » ? Il est possible d'en douter. L'adjectif « déterminé » signifie : « précisé, défini, délimité avec précision ». Par conséquent, en visant « les cas déterminés par la loi », on peut penser que les auteurs de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen entendent renvoyer à une législation spéciale et détaillée et non à un principe général flou. L'article 1382 du Code civil ne donne aucune précision de nature à préciser les éléments de la faute. Le « fait quelconque » est une notion vague, ne paraissant donc pas correspondre au « cas déterminé » au sens de la Déclaration.

La volonté était de ne limiter l'exercice de la liberté fondamentale d'informer que dans des cas suffisamment précis ; et ce afin que le citoyen ne puisse être soumis à aucun arbitraire, et sache précisément dans quels cas une expression de la pensée est susceptible d'être sanctionnée.

La légitimité de l'utilisation de l'article 1382 du Code civil, texte insuffisamment précis dans la détermination des conduites répréhensibles, peut donc être mise en doute au regard des exigences de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Elle peut également l'être au regard de l'article 10 de la Convention EDH.

## 2. La légitimité du rejet du régime de responsabilité civile au regard de l'article 10 de la Convention EDH

La même exigence de précision se trouve dans l'affirmation européenne de la liberté d'expression. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, née de l'application de l'article 10 de la Convention EDH, indique que les ingérences dans l'exercice de la liberté doivent être prévues par la loi, répondre à un but légitime visé par l'alinéa 2 de l'article 10 et être nécessaires dans une société démocratique. La compatibilité de l'article 1382 du Code civil avec le système européen peut donc être discutée à deux égards<sup>88</sup>.

Tout d'abord, il convient de déterminer si l'article 1382 du Code civil peut être considéré comme une loi au sens de l'article 10§2 de la Convention EDH. Dans son célèbre arrêt *Sunday Times* du 26 avril 1979<sup>89</sup>, la Cour européenne a statué sur les contours de la notion de loi au regard de l'article 10§2 de la Convention. Elle a admis le principe d'un droit jurisprudentiel, dès lors qu'il s'agit d' « une norme avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite, en s'entourant au besoin de conseils éclairés ».

Mais c'est l'arrêt *Kruslin* qui a répondu à la question de l'appréciation d'une disposition de droit continental conçue en termes vagues, et complétée par la pratique jurisprudentielle. Par cet arrêt, la France a été condamnée pour une atteinte aux droits de l'homme liée à sa

---

<sup>88</sup> Sur cette problématique : BIGOT (C.), « Le champ d'application de l'article 1382 du code civil en matière de presse, in LACABARATS (A.) DUPEUX (J.-Y.), *Liberté de la presse et droits de la personne*, Actes du colloque du 20 juin 1997, Dalloz, 1997, p.63 ; DE LAMY (B.), « Les tribulations de l'article 1382 du code civil au pays de la liberté d'expression », in *Libre Droit, Mélanges Ph le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 275 ; LECLERC (H.), « La loi de 1881 et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Légicom* n°28, 2002/3, p.85 et s.

<sup>89</sup> CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times*, série A n°30.

règlementation relative aux écoutes téléphoniques<sup>90</sup>. Cette décision contient plusieurs précisions utiles.

En premier lieu, il ne faut pas écarter un système juridique de droit écrit complété par une interprétation jurisprudentielle. Un texte vague peut suffire si son interprétation judiciaire est suffisamment précise.

En second lieu, la Cour rappelle l'exigence liée à la qualité de la loi qui implique à la fois son accessibilité et sa prévisibilité. Une « sécurité juridique suffisante » est en effet nécessaire, qui conduit à rejeter un droit qui n'indique pas avec assez de clarté l'étendue et les modalités d'une ingérence dans l'un des droits reconnus par la Convention EDH.

On peut donc se demander si l'article 1382 du Code civil tel qu'interprété aujourd'hui permet à un journaliste de déterminer sa conduite avec suffisamment de prévisibilité. Peut-on en effet considérer que la jurisprudence de cet article sur la liberté d'expression est assez constante et certaine, précise et prévisible pour constituer une norme législative suffisamment nette<sup>91</sup> ? Et s'il revient au juge de préciser les éléments de la faute dans l'exercice du droit d'informer, l'article 1382 ne contient-il pas un risque d'arbitraire incompatible avec l'exigence de qualité de la loi requise par la Cour européenne ? Il est donc de douter quant à la possible application de l'article 1382 du Code civil en matière de presse.

Ensuite, on peut se demander si la protection par l'article 1382 du Code civil est strictement nécessaire dans une société démocratique. La Cour européenne a rappelé dans plusieurs décisions qu'elle exigeait un « besoin social impérieux » de recourir à l'ingérence dans la liberté<sup>92</sup>. Pour cela, elle veille au respect de la proportionnalité de la mesure limitant la liberté. Compte tenu du caractère vague des termes de l'article 1382, on peut douter de la conformité de son application générale en matière de presse.

L'affirmation constitutionnelle et la garantie européenne de la liberté d'expression permettent de rejeter le choix d'un régime de responsabilité civile en matière de presse.

---

<sup>90</sup> CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c/ France*.

<sup>91</sup> LECLERC (H.), « La loi de 1881 et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Légicom* n°28, 2002/3, p.85 et s.

<sup>92</sup> Voir CEDH 26 avril 1979, *Sunday Times*, série A, n°30.

La jurisprudence française va d'ailleurs en ce sens puisqu'elle a exclu l'application de l'article 1382 du Code civil du domaine de la liberté de la presse<sup>93</sup>. Après une progressive marginalisation de l'article 1382 du Code civil, les juges du droit ont proclamé : « Vu l'article 1382 du Code civil ; Attendu que les abus de la liberté d'expression envers les personnes ne peuvent être poursuivis sur le fondement de ce texte ». Le principe général de responsabilité civile est totalement évincé de la liberté d'expression lorsque le propos vise une personne, physique ou morale. C'est la liberté d'expression elle-même qui justifie l'exclusion de l'article 1382 du Code civil. Le bannissement du principe général de responsabilité civile repose sur son incompatibilité avec la liberté fondamentale.

C'est ce qu'exprimait le Doyen Carbonnier en 1951, dans une chronique célèbre<sup>94</sup>, qui avait ainsi montré les dangers d'une application générale de l'article 1382 en matière de liberté d'opinion<sup>95</sup>. Il soutenait qu'il y aurait une sorte d'inaptitude de l'article 1382 à régir « les bienfaits et les méfaits de langue des hommes », selon son expression.

La légitimité du droit civil rejetée en matière de presse, c'est le choix du droit pénal qui a été opéré en 1881, choix que l'on peut penser opportun.

## **II Le choix opportun d'un système répressif**

Le droit pénal semble davantage respectueux de l'esprit de la loi de 1881. Il en même un garant tant du point de vue substantiel (A) que du point de vue procédural (B.).

### **A. Un droit pénal substantiel garant de la liberté de la presse**

Le droit pénal substantiel est un garant certain de la liberté de la presse compte tenu de l'existence des principes de légalité (1) et d'interprétation stricte de la loi pénale (2).

#### **1. La liberté de la presse protégée par le principe de légalité**

Le libellé de l'article 11 de la Déclaration de 1789 semble impliquer que la communication des pensées et des opinions soit l'objet d'un régime répressif, puisqu'il indique que cette activité est libre, sous la seule réserve des abus auxquels elle donnerait lieu. C'est, en effet, la

---

<sup>93</sup> Voir not. Cass. 1ère Civ., 27 sept. 2005, Bull. civ. I, n°348 ; RTD civ. 2006. 126, obs. P. Jourdain ; D. 2006, Jur. 485, note T. Hassler et Jur. 768, note G. Lecuyer.

<sup>94</sup> CARBONNIER (J.), « Le silence et la gloire », in Dalloz, 1951, chron. 119.

<sup>95</sup> MASSIS (T.), « La portée générale de l'article 1382 du code civil ne peut pas être limitée, en matière de presse, à une atteinte aux droits fondamentaux des personnes », in *Recueil Dalloz*, 1994, p.193.

caractéristique du régime répressif que de permettre le libre exercice d'une activité, à la condition que le comportement en question ne tombe pas sous le coup d'une infraction précédemment définie avec une clarté suffisante par la loi pénale<sup>96</sup>. Contrairement à ce que suggère le terme « répressif », il s'agit là du régime le plus libéral, puisqu'il interdit toute ingérence préalable des pouvoirs publics et confie ensuite aux tribunaux répressifs, le soin de vérifier, au terme d'une procédure assurant la garantie des droits de la défense, que les faits donnant lieu à poursuite correspondent bien à la définition légale de l'infraction.

En effet, selon le principe de légalité des délits et des peines, il ne peut y avoir de crimes, délits ou de contraventions sans une définition préalable en ce sens, contenue dans un texte destiné à en fixer les éléments constitutifs, tout comme doivent y figurer les sanctions applicables.

Largement consacré aux niveaux international<sup>97</sup> et national<sup>98</sup>, ce principe a une portée constitutionnelle, de par son inscription dans le Préambule de la Constitution ; mais également supranationale, puisqu'il figure à l'article 7 de la Convention EDH à laquelle la France est partie.

Historiquement, ce principe est né de la volonté de lutte contre un système arbitraire où la répression s'exerçait de manière trop incertaine pour les justiciables et leur liberté, en raison notamment de l'absence d'incriminations renvoyant à des interdits préalablement et clairement déterminés. Ainsi, tout au long du XIX<sup>ème</sup> siècle, le combat pour la liberté de la presse a revêtu la forme d'un combat contre la censure (entendue comme régime d'autorisation administrative préalable) et pour la mise en place d'un régime répressif. Après les dérives révolutionnaires et l'autoritarisme impérial, c'est sous la Restauration qu'auront lieu à la Chambre des députés les affrontements entre libéraux et conservateurs, marqués par une succession très rapide de lois contradictoires. C'est la loi du 29 juillet 1881, qui met un terme à ce « combat » en faisant triompher le régime répressif.

---

<sup>96</sup> WACHSMANN (P.), « Liberté d'expression », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2007, p.391

<sup>97</sup> Art.7 de la Convention EDH du novembre 1950 ; art. 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par L'assemblée générale des Nations Unies le 16 décembre 1966 ;

<sup>98</sup>Le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 renvoie à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen adoptée le 26 août 1789 par l'Assemblée constituante, dont l'article 8 énonce le principe de légalité ; Le principe de légalité est également consacré à l'article 111-3 du Code pénal.



Toute la légitimité de la loi, aux yeux de ses défenseurs réside dans le fait qu'elle prend pour règle le droit pénal commun<sup>99</sup>. Ces délits de droit commun, définis comme ceux qui portent atteinte à la sécurité publique ou à la liberté d'autrui et qui impliquent nécessairement une intention coupable, sont opposés aux délits d'opinion, de doctrine, les délits de tendance que ne veut pas maintenir la loi nouvelle.

Il était donc justifié en 1881 que la liberté de la presse obéisse à ce régime qui va de pair avec le principe de légalité. Si cet enjeu politique du principe de légalité a quelque peu perdu de sa force, il n'en revêt pas moins un intérêt technique toujours important.

La connaissance est l'enjeu premier du principe de légalité en droit pénal<sup>100</sup>. Il est essentiel que les poursuites soient fondées sur une réaction sociale prévisible. Seule la préexistence de l'incrimination et sa connaissance sont à même de répondre à cet impératif. Il faut cependant que cette connaissance soit effective, ce qui signifie que les textes doivent être déterminés quant à leur portée ; le législateur se doit donc de définir les crimes et délits « en termes suffisamment clairs et précis »<sup>101</sup>, et « de déterminer les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés »<sup>102</sup>. Du principe de légalité découle également une règle de nécessité<sup>103</sup>, garant de mesure dans l'élaboration du droit pénal et dans la politique d'incrimination suivie par le législateur. Ceci permet d'apprécier la définition des crimes et des délits, de contrôler leur constitutionnalité. Enfin, le principe de légalité la loi pénale est facteur de justice car il est le garant d'une égalité de traitement entre tous les justiciables devant la loi pénale.

Encore aujourd'hui, la liberté de la presse et les droits de la défense sont donc tout d'abord protégés intrinsèquement par la notion d'infraction pénale qui va de pair avec le principe de légalité. Les faits qui n'entrent pas précisément dans les prévisions de la loi doivent alors rester impunis. Le droit pénal offre ainsi l'avantage de fixer précisément ce qui est prohibé et de connaître les conséquences exactes de la transgression. Ainsi, en matière de presse, toutes les fois où un comportement journalistique sera critiqué, il y a lieu d'apprécier si chacun des éléments d'une infraction à la loi sur la presse sont réunis, à défaut de quoi, le principe de liberté reprendra son empire.

---

<sup>99</sup> MALLEY-POUJOL (N.), « Abus de droit et liberté de la presse », in *Légipresse*, n° 143, juillet/août 1997, p. 81 et s.

<sup>100</sup> MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, PUF, 2010, p. 28 et s.

<sup>101</sup> Cons. Constit., 21 janvier 1981 (n°80-127 DC), JO 22 janv. 1981, p.308.

<sup>102</sup> Cons. Constit., 27 juillet 2000 (n°2000-433 DC), JO 2août, p.11922.

<sup>103</sup> DDHC, Art. 8 : « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ».

Cette philosophie se situe donc à l'opposé de celle du droit de la responsabilité civile qui au contraire, constitue un instrument général de sanction des comportements préjudiciables à autrui<sup>104</sup>.

Sous l'angle de la prévisibilité, la législation pénale moderne apparaît donc comme la plus sûre des garanties.

Il est un autre principe inhérent au droit pénal qui justifie le choix de ce dernier en matière de liberté de la presse, c'est le principe d'interprétation stricte de la loi par le juge.

## 2. La liberté de la presse protégée par le principe d'interprétation stricte de la loi pénale

Le juge pénal détient un pouvoir déclaratif et non constitutif, il doit se soumettre aux prévisions de la loi, en restituant parfaitement ses termes. Cette règle est posée par l'article 111-4 du Code pénal : « La loi pénale est d'interprétation stricte ». Le juge a le devoir de restituer les incriminations prévues dans ce qui en caractérise à la fois la lettre et l'esprit<sup>105</sup>.

Le régime répressif fondé sur une absence de contrôle préalable des publications et la seule répression a posteriori des infractions, prédéfinies par la loi pénale, que les écrits publiés pourraient contenir<sup>106</sup> est donc opportun en la matière.

« En résumé, point de mesure préventives, et répression des seuls actes qui réunissent tous les caractères des délits de droit commun, tels sont les deux principes qui servent de fondement à la liberté de la presse, et tels sont ceux auxquels la loi du 29 juillet 1881 a voulu donner une pleine consécration », écrit Barbier<sup>107</sup>. Cette référence au droit pénal commun signifie que les infractions doivent être définies avec une précision propre à éviter la possible incrimination

---

<sup>104</sup> Ou encore des lois plus récentes du 17 juillet 1970 relative à la vie privée (instituant l'article 9 du Code civil) ou du 4 janvier 1996 instituant l'article 9-1 du Code civil destiné à protéger la présomption d'innocence. Dans le cadre de ces deux dernières lois, le législateur a au contraire opté pour un régime qui laisse au juge une grande latitude de qualification, en se bornant à poser un principe de non-intrusion dans la vie privée (loi du 17 juillet 1970), ou de respect de la présomption d'innocence (loi du 4 janvier 1993). Toutefois, l'incrimination prévue par l'article 9-1 a été plusieurs fois modifiée et contient des dispositions très précises relatives à ces éléments constitutifs, signe que le parti pris adopté en 1970 pour la protection de la vie privée qui a effectivement entraîné une appréciation extensive de la protection, n'a pas été jugé tout à fait satisfaisant pour la recherche de l'équilibre entre la liberté de l'information et les droits de personnes.

<sup>105</sup> Pour plus de précisions, voir not. MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, PUF, 2010, p.133 et s.

<sup>106</sup> WACHSMANN (P.), « Liberté d'expression », in *Jurisclasseur*, fasc.800.

<sup>107</sup> BARBIER, *Code expliqué de la presse*, t.1, 2<sup>e</sup> édition, 1911, p.3.

des « délits d'opinion, d'une qualification assez vague pour laisser une large place à l'arbitraire et aux procès de tendance »<sup>108</sup>.

Les principes du droit pénal substantiel offrent donc certaines garanties importantes pour la liberté de la presse. Il en est de même de la procédure pénale qui paraît mieux adaptée que la procédure civile au procès de presse.

### **B. Un droit pénal procédural garant de la liberté de la presse**

Bien plus, le débat public est au centre du procès de presse et de ce point de vue, la procédure pénale offre les meilleurs garanties<sup>109</sup> : elle est orale, contradictoire ; les droits de la défense sont respectés ; l'audience assure l'égalité des armes (audition des témoins, interrogatoire des parties).

En outre, la responsabilité pénale étant personnelle, le procès pénal a une véritable fonction déontologique : le journaliste doit répondre personnellement de ses propos et rendre compte de la qualité de son enquête. Les journalistes et directeurs de publication ont conscience de cette responsabilité accrue qui est le pendant de leur liberté d'expression. « Ils l'assument, la revendiquent »<sup>110</sup>.

L'audience correctionnelle offre ainsi une tribune où les sujets les plus graves pour la démocratie peuvent être librement abordés. Ainsi, Nicolas Bonnal<sup>111</sup> croit en « l'exemplarité du procès de presse, public et contradictoire ». Il considère que les enjeux débattus sont très souvent « liés, non seulement aux grands débats qui irriguent nos sociétés, mais aussi à ces questions cruciales pour une démocratie que sont la liberté et la qualité de l'information dont disposent les citoyens ».

Ces débats inhérents au procès de presse s'adaptent plus difficilement aux règles écrites de la procédure civile. Les débats y ont un caractère plus confidentiel. En ce qui concerne l'audition des témoins, le prévenu est privé devant le juge civil du bénéfice des dispositions

---

<sup>108</sup> BARBIER, op.cit., p.3

<sup>109</sup> DE BELLESCIZE (D.), « Les médias sous l'ère Sarkozy ? mi-2008-mi-2009 », in *Constitutions*, 2010, p.123.

<sup>110</sup> ADER (B.), BONNAL (N.), FILIPPETTI (A.), OLIVENNES (D.), VAL (P.), CHAILLOU (C.), « Il ne faut pas dépénaliser la diffamation », in *Le Monde*, 27 janvier 2009 .

<sup>111</sup> BONNAL (B.), « Le spectre de la dépénalisation du droit de la presse », in *Légicom* n°45, 2010/2.

du Code de procédure pénale autorisant à solliciter du juge un mandat d'amener des témoins à la barre<sup>112</sup>.

Le régime répressif est donc une garantie de la liberté d'expression, de la liberté de la presse.

L'existence de ces principes fait du droit pénal le meilleur protecteur de la liberté d'expression. Si en 1881 il était justifié pour des raisons propres à la période, il l'est toujours en tant que garant de la liberté d'expression. La jurisprudence a ainsi progressé dans le cadre pénal, des principes de légalité et d'interprétation stricte de la loi. Supprimer le droit pénal en la matière reviendrait à bouleverser de manière préoccupante la protection de la liberté de la presse. D'autant plus que le régime de responsabilité civile n'est quant à lui pas de nature à offrir de telles garanties, en terme de prévisibilité notamment.

Si le droit pénal apparaît comme protecteur de la philosophie de la loi du 29 juillet 1881, il est également le plus adapté à cette dernière. En effet, les valeurs que le législateur entend protéger au travers des infractions de presse semblent propres à la matière pénale.

## **SECTION II : LE DROIT PENAL, REFLET DES VALEURS PROTEGEES PAR LE DROIT DE LA PRESSE**

La loi pénale n'est pas seulement descriptive d'un crime ou d'un délit. Le droit pénal n'intervient donc pas sans une « raison ou une logique destinée à en canaliser le cours »<sup>113</sup>. La cause première de la création d'infractions est l'utilité sociale, comme en témoigne la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 : son article 5 limite le champ d'action de la loi à des considérations d'ordre social : « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société... ». Le droit pénal n'est donc pas neutre.

L'étude « positive » d'une infraction permet de comprendre positivement la valeur que le législateur entend protéger (I). L'identification de ces valeurs peut également se faire de façon

---

<sup>112</sup> MASSIS (T.), « Faut-il dépénaliser la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ? », in *Gaz.Pal.*, 4 septembre 2008, n°248, p. 2.

<sup>113</sup> MAYAUD (Y.), « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire*, 2010, p. 3.

négative, notamment grâce à l'existence de faits justificatifs spéciaux (II). Il ressort de ces analyses que les valeurs protégées par les infractions de presse relèvent bien de l'intérêt général.

### **I L'analyse « positive » des valeurs protégées par les infractions de presse**

L'analyse des infractions de presse doit se faire distinctement, selon que l'on s'intéresse aux délits contre les personnes (diffamation et injure) (B) ou aux autres (A). On peut alors constater que ces infractions ont toutes pour objectif la protection de l'intérêt général.

#### **A. Les infractions autres que les délits contre les personnes protectrices de l'intérêt général**

L'incrimination se met au service d'un ordre, l'ordre public pénal fondé sur des critères relatifs d'utilité sociale, dont la conception suppose nécessairement un choix préalable de valeurs. Le législateur choisit des valeurs permettant une certaine cohésion de la société, des valeurs facteurs d'équilibre des relations sociales.

La cadre général recherché par les défenseurs du droit de la presse est ainsi posé dès 1881 : « La répression a (...) son objectif et ses limites. Elle ne s'attache qu'aux actes que le rédacteur de l'exposé des motifs de la loi du 17 mai 1819 considérait comme des délits de droit commun. Ces sont les actes inspirés par l'intention de troubler l'ordre social, c'est-à-dire, de nuire à la sécurité de la collectivité des citoyens, de porter atteinte à l'intérêt privé, actes que le droit commun incrimine, abstraction faite des moyens à l'aide desquels leur auteur a pu les accomplir. C'est la responsabilité des actes que nous avons seule prévue, la responsabilité des actes qui portent atteinte à la liberté d'autrui et à la sécurité. En somme, on a le droit de dire que la presse et la parole sont libres, quand la presse, quand la parole ne sont soumises qu'à la condition de réparer le préjudice causé par l'exercice individuel de la liberté. »<sup>114</sup>.

Ainsi, chaque crime, chaque délit est censé composer une partie de l'ordre pénal qu'il engage. A toute infraction correspond donc une « cause particulière d'incrimination, une ratio

---

<sup>114</sup> Rapport fait au nom de la commission chargée d'examiner les diverses propositions de loi relatives à la liberté de la presse, par M. Lisbonne, député. Chambre des députés, séance du 5 juillet 1880.

spécifique, un mobile précis d'existence au nom d'un bien collectif à défendre »<sup>115</sup>. Chaque infraction a sa raison d'être.

Depuis toujours, le droit pénal vise à la défense de l'intérêt général, non à celui des intérêts particuliers, même s'il n'est pas exclu que ceux-ci puissent de temps en temps coïncider<sup>116</sup>. Il s'agit de savoir si l'intervention du droit pénal en matière de presse est légitime. Autrement dit, il convient donc de se demander si les infractions de presse relèvent bien de l'intérêt général, auquel cas, une dépénalisation totale serait un bouleversement des valeurs engagées en matière de presse.

C'est donc s'intéresser à la ratio legis des infractions de presse, aux valeurs que la législateur estime dignes d'une attention particulière. Si pour certaines d'entre elles, la valeur semble explicite, pour d'autres, une minutieuse analyse s'impose.

Concernant les incriminations de provocations de crimes et délits (articles 23 et 24 de la loi de 1881), elles sont directement en lien avec certaines infractions définies dans le Code pénal. On peut donc penser que les valeurs protégées par celles-ci sont identiques.

En référence à certaines infractions du livre II du Code pénal, sont ainsi protégées la vie humaine (provocation d'atteinte volontaire à la vie, article 24-1) et l'intégrité corporelle (provocation d'atteintes volontaires à l'intégrité de la personne et provocation d'agression sexuelle, article 24-1).

La protection des mineurs est aussi prise en compte, notamment par l'article 39 bis<sup>117</sup> de la loi. Précisons que le Code pénal fait de même en consacrant un chapitre à la protection des mineurs et de la famille (livre II, titre II, chapitre VII « Des atteintes aux mineurs et à la famille »).

---

<sup>115</sup> MAYAUD (Y.), Ratio legis et incrimination, in *RSC*, 1983. 597.

<sup>116</sup> Conte (Ph.), « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Mélanges Béguin*, Litec, 2004, p. 141.

<sup>117</sup> Art. 39 bis : « Est puni de 15 000 euros d'amende le fait de diffuser, de quelque manière que ce soit, des informations relatives à l'identité ou permettant l'identification :

- d'un mineur ayant quitté ses parents, son tuteur, la personne ou l'institution qui était chargée de sa garde ou à laquelle il était confié ;
- d'un mineur délaissé dans les conditions mentionnées aux articles 227-1 et 227-2 du code pénal ;
- d'un mineur qui s'est suicidé ;
- d'un mineur victime d'une infraction (...). »

La dignité semble également garantie à travers certaines incriminations prévues par la loi de 1881 : les articles 24-2-5 et 24-2-6 peuvent être rapprochés des incriminations présentes au sein du livre II titre II chapitre V « Des atteintes à la dignité de la personne », section 1 : « des discriminations ». Le but recherché par le législateur est donc bien la protection de la dignité humaine.

Cette valeur est également sous jacente aux incriminations prévues aux articles 39 quater<sup>118</sup> et 39 quinquies<sup>119</sup>, tout comme pour l'article 24-2-5 et 24-2-6 qui peuvent être rapprochés des incriminations présente au sein du livre II titre II chapitre V « Des atteintes à la dignité de la personne », section 1 : « des discriminations ». Le but recherché par le législateur serait donc la protection de la dignité humaine.

Est également présente la défense de l'être humain, de l'humanité : l'article 24-2-2 incrimine « l'apologie des crimes visés au premier alinéa, des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité ou des crimes et délits de collaboration avec l'ennemi ». La valeur protégée semble celle visée par le livre II, titre I du Code pénal « Des crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine », à savoir l'humanité.

La propriété n'est pas exclue des valeurs protégées par la loi de 1881 : l'article 24-2 incrimine la provocation aux « vols, extorsions et destructions, dégradations et détériorations volontaires dangereuses pour les personnes », en se rapportant au livre III du Code pénal relatif aux « crimes et délits contre les biens ».

Enfin, la sûreté de l'Etat relève des intérêts essentiels du législateur, comme le laisse supposer l'article 24-2-2 incrimine la « provocation à un crime ou délit portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la nation prévus par le titre 1<sup>er</sup> du livre IV du Code pénal ». L'incrimination prévue à l'article 27 alinéa 2 relève aussi de cet intérêt essentiel, ou plus

---

<sup>118</sup> Art. 39 quater : « Il est interdit, moins de trente ans après la mort de l'adopté, de publier par le livre, la presse, la radiodiffusion, le cinématographe ou de quelque manière que ce soit, une information relative à la filiation d'origine d'une personne ayant fait l'objet d'une adoption plénière... »

<sup>119</sup> Art. 39 quinquies : « Le fait de diffuser, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support, des renseignements concernant l'identité d'une victime d'une agression ou d'une atteinte sexuelles ou l'image de cette victime lorsqu'elle est identifiable est puni de 15 000 euros d'amende(...) ».

précisément, c'est l'intérêt au maintien d'un certain niveau moral dans l'armée ou dans la Nation<sup>120</sup> qui est en cause.

De même, l'incrimination prévue à l'article 37 de la loi de 1881 qui concerne les délits contre les agents diplomatiques étrangers a pour raison d'être la protection de la sûreté de l'Etat et plus précisément l'intérêt à l'existence de relations pacifiques avec les nations étrangères.

La sûreté de l'Etat semble également être la valeur protégée par l'article 39 sexies de la loi<sup>121</sup>.

Proche de la protection de la sûreté de l'Etat, le délit de fausses nouvelles incriminé à l'article 27 de la loi exige pour être retenu que la paix publique ait été troublée ou susceptible d'avoir été troublée. C'est alors bien l'ordre public qui est protégé, au sens de la tranquillité et de la sûreté publique<sup>122</sup>.

Dans le même registre, les articles 28 et 39 semblent s'intéresser à la protection de l'autorité de l'Etat, en protégeant l'institution de la justice. On peut voir ici une référence au livre IV, titre III « Des atteintes à l'autorité de l'Etat », chapitre IV « Des atteintes à l'action de la justice ».

Il convient de mettre à part le délit d'offense au Président de la République prévu à l'article 26 de la loi de 1881, qui nous semble davantage issu du crime de lèse-majesté existant sous l'Ancien Régime que de la volonté de protéger la sûreté de l'Etat.

Il convient à présent d'analyser les délits contre les personnes, la diffamation et l'injure contre les particuliers.

---

<sup>120</sup> Loi du 29 juillet 1881, Art 27 alinéa 2 : « Les mêmes faits seront punis 135 000 euros d'amende, lorsque la publication, la diffusion ou la reproduction faite de mauvaise foi sera de nature à ébranler la discipline ou le moral des armées ou à entraver l'effort de guerre de la Nation.

<sup>121</sup> Loi du 29 juillet 1881, Art. 39 sexies : « Le fait de révéler, par quelque moyen d'expression que ce soit, l'identité des fonctionnaires de la police nationale, de militaires, de personnels civils du ministère de la défense ou d'agents des douanes appartenant à des services ou unités désignés par arrêté du ministre intéressé et dont les missions exigent, pour des raisons de sécurité, le respect de l'anonymat, est puni d'une amende de 15 000 euros.

<sup>122</sup> Loi du 29 juillet 1881, Art. 27 alinéa 1 : « La publication, la diffusion ou la reproduction, par quelque moyen que ce soit, de nouvelles fausses, de pièces fabriquées, falsifiées ou mensongèrement attribuées à des tiers lorsque, faite de mauvaise foi, elle aura troublé la paix publique, ou aura été susceptible de la troubler, sera punie d'une amende de 45 000 euros. ».



## **B. Les infractions de diffamation et l'injure, reflets de la protection de l'homme dans la société**

On l'a précédemment expliqué, la loi pénale remplit une double fonction. En premier lieu, la fonction classique de répression permet une détermination des comportements qui portent atteinte à l'ordre social et qui vont être sanctionnés par des peines.

En deuxième lieu, la fonction expressive permet la détermination du système des valeurs d'une société. Chaque incrimination détermine donc un bien juridique fondamental<sup>123</sup>.

Les incriminations de diffamation et d'injures sont délicates car les biens qu'elles protègent ne sont pas des biens matériels, palpables, précisément définis en eux-mêmes. Ce sont des biens immatériels qui touchent la sphère morale, psychologique et philosophique. Il convient de se demander en quoi une dépénalisation à l'égard de la diffamation et de l'injure serait nocive, autrement dit pourquoi ces infractions relèvent nécessairement du droit pénal.

L'article 29 de la loi de 1881, reprenant l'article 13 de la loi du 17 mai 1819<sup>124</sup>, définit la diffamation comme « toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ». Le délit suppose en outre qu'une publicité soit donnée à ce fait par l'un des moyens énoncés à l'article 23, sinon l'infraction ne constitue que la contravention de l'article R.621-1 du Code pénal.

La définition de la diffamation renvoie donc expressément à l'intérêt protégé. Cependant, le terme de considération est ajouté à la mention de l'atteinte à l'honneur.

Quelques auteurs, reprenant les travaux préparatoires de la loi de 1819, estiment que la différence entre l'honneur et la considération tient au fait que le premier renvoie à la morale individuelle et le second au regard d'autrui<sup>125</sup>. L'honneur serait l'idée que l'on se fait de soi par opposition à la considération qui est l'idée que se font les autres de soi. Porter atteinte à la considération d'une personne, c'est troubler sa position sociale ou professionnelle, c'est

---

<sup>123</sup> VIRIOT-BARRIAL (D.), « A la découverte de la notion d'injure et de diffamation », in *Liberté de la presse et droit pénal*, XIIes Journées de l'Association française de droit pénal en hommage au Doyen Fernand Boulan, Aix-en-provence, 17 et 8 mars 1994 (PUAM, 1994), p. 35.

<sup>124</sup> « Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé est une diffamation. (...) Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure. »

<sup>125</sup> Voir sur ces discussions, Le Poittevin, *Traité de la presse*, t.2, Paris, 1903.

attenter à l'idée que les autres ont pu s'en faire. Mais la jurisprudence ne tient pas compte de cette opposition tant elle semble délicate<sup>126</sup>.

La Cour de cassation définit l'honneur par référence objective à une notion générale, au contenu communément admis. Elle estime qu'il y a diffamation à imputer des faits généralement réprouvés, même à une personne qui les approuve, et que l'opinion personnelle de la victime est inopérante<sup>127</sup>. Les propriétés sociales de chacun sont cependant prises en compte.

Porter atteinte à l'honneur d'une personne revient donc à toucher à ce qu'elle a de plus intime en lui imputant des manquements à la probité ou à ses devoirs de famille<sup>128</sup>, des infractions ou des condamnations pénales<sup>129</sup> ou un comportement inadmissible<sup>130</sup> ; en insinuant à un journaliste qu'il manque d'indépendance et d'objectivité...

Enfin, le délit de diffamation n'est pas dirigé contre n'importe quelle atteinte à l'honneur. Pour que la qualification soit retenue, il faut l'allégation d'un fait déterminé et précis.

Un autre moyen de porter atteinte à l'honneur que la diffamation est l'injure. Il y a alors absence de dimension factuelle du discours injurieux (article 29 de la loi de 1881 : « Toute expression outrageante, termes de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait est une injure. »).

Les atteintes à l'honneur que sont la diffamation et l'injure peuvent être formulées par l'imputation d'un fait précis ou sans imputation d'aucun fait.

C'est donc l'impact de la divulgation qui justifie que le fait soit dans le champ pénal.<sup>131</sup> La personne est présentée à tous comme ayant commis des faits le plus souvent susceptibles de qualification pénale, comme des malversations, des tricheries, des atteintes aux morts.

---

<sup>126</sup> BEIGNIER (B.), *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1995, p.153 et s.

<sup>127</sup> Cass. Crim., 15 novembre 1900, Bull. Crim. N°333

<sup>128</sup> Cass. Crim., 23 décembre 1968.

<sup>129</sup> Cass. Crim., 22 avril 1958, Bull. crim. n°333.

<sup>130</sup> Cass. Crim., 28 janvier 1986, Bull. crim. n°36.

<sup>131</sup> BOULOC (B.), « Vers un déclin de la sanction pénale des atteintes à la dignité? », in *Recueil Dalloz*, 2009, p.1373.

Et ces accusations sont diffusées publiquement, notamment par des médias ou par internet. Assurément, du fait de cette diffusion, la personne est à tout jamais atteinte dans son honneur et sa considération.

La diffamation et l'injure tendent donc à protéger la dimension sociale de la personne : « La liberté de s'établir en tant qu'individualité n'est plus en cause. Il est question d'assurer une certaine paix entre les membres de la société. On ne peut impunément agresser l'image sociale que chacun d'eux entend donner en agressant son amour propre. Entre la déférence et le dédain, il existe un juste milieu dans lequel chacun peut estimer voir respecter par autrui son être social et éviter le rejet et la honte que des paroles malveillantes peuvent provoquer. »<sup>132</sup>.

Le législateur, en incriminant la diffamation et l'injure, était donc conscient que l'atteinte à l'honneur et à la considération d'une personne était un délit grave susceptible d'entraîner une très grande souffrance, voire de bouleverser et d'annuler des vies<sup>133</sup>. La diffamation ou l'injure touche la personne dans son être le plus profond, dans « ce qui constitue sa raison de vivre »<sup>134</sup>. Le caractère pénal de l'infraction de diffamation exprime ainsi la réprobation sociale de la transgression de la loi.

L'honneur susceptible d'être mis en cause par une diffamation ou une injure n'est pas seulement celui des particuliers puisque la loi française identifie plusieurs autres catégories de diffamations et d'injures : les diffamations et injures envers les cours, les tribunaux, les armées, les corps constitués, et les administrations publique ; les diffamations et les injures envers un membre du gouvernement ou un parlementaire, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un juré ou un témoin à raison de sa déposition ; les diffamations et les injures envers la mémoire des morts, celles-ci n'étant punissables que pour autant que leurs auteurs auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux, ou légataires universels vivants ; les diffamations et injures raciales ou religieuses, les diffamations et injures à caractère homophobe ou raciste, ou sexiste.

---

<sup>132</sup> LECUYER (G.), *Liberté et responsabilité*, Dalloz, vol.56, 2006, p. 89.

<sup>133</sup> Se souvenir des campagnes diffamatoires à l'encontre des hommes politiques comme Roger Salengro, ministre de l'Intérieur, sous le Front populaire du gouvernement de Léon Blum, ou plus proche, le Président de la République Georges Pompidou, ou bien encore Pierre Bérégovoy.

<sup>134</sup> MASSIS (T.), « Faut-il dépénaliser la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ? », in *Gaz. Pal.*, 4 septembre 2008, n °248, p.2.

De plus, cette démultiplication des catégories protégées au titre des diffamations et des injures suggère que ces infractions débordent le cadre de la protection d'un droit individuel pour participer de la protection des institutions et, depuis récemment, de la protection d'un ordre social qui refuse les distinctions fondées sur la race et qui valorise le pluralisme des croyances.

Enfin, ces catégories peuvent être rapprochées de certains types d'infractions présentes dans le Code pénal. Il est en effet possible constater que le nouveau Code pénal entré en vigueur en 1994 a consacré d'une manière indirecte certaines composantes de la notion d'honneur qui transparaissent à travers l'interprétation de la diffamation et de l'injure. Celles-ci se retrouvent dans le chapitre V du livre deuxième relatif aux crimes et délits contre les personnes, qui concerne les atteintes à la dignité de la personne. On peut notamment rapprocher deux types d'infractions.

On trouve notamment les discriminations raciales, ethniques, nationales ou religieuses, celles fondées sur le sexe, la situation de famille, les mœurs, l'état de santé, le handicap, les opinions politiques et l'appartenance syndicale (article 225-1). Or les articles 32 et 33 de la loi de 1881 punissent plus sévèrement la diffamation et l'injure « raciales », c'est-à-dire commises envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ; ils punissent également plus sévèrement les diffamations et injures fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle ou l'handicap.

Enfin, la dignité de la mémoire est protégée par l'incrimination des atteintes au respect dû aux morts. (article 225-17). En parallèle, l'article 34 de la loi de 1881 incrimine les diffamations ou injures dirigées contre la mémoire des morts dans les cas où les auteurs de ces diffamations ou injures auraient eu l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération des héritiers, époux ou légataires universels vivants.

Cette mise en parallèle<sup>135</sup> s'avère donc intéressante ; elle permet de se conforter dans l'idée que l'honneur est une valeur qu'il appartient au droit pénal de protéger.

---

<sup>135</sup> On peut à cette occasion remarquer que de nombreux auteurs de manuels de « droit pénal spécial » font entrer la diffamation et l'injure dans les atteintes à la dignité.

Un autre indice du caractère fondamentalement pénal de l'incrimination de diffamation peut être tiré du caractère de certains faits justificatifs.

En effet, deux lectures des textes d'incrimination sont possibles. L'une est fondée sur les éléments constitutifs renvoyant au comportement sanctionné, l'autre consiste à rechercher dans le fait justificatif spécial les données permettant de confirmer, voire d'affiner, ce que livre la première<sup>136</sup>. On rejoint là les valeurs sociales protégées. Il faut procéder à l'étude de ces faits justificatifs spéciaux en matière de presse afin de se convaincre la légitimité du droit pénal en la matière, la protection recherchée étant d'intérêt publique.

## **II La légitimité du droit pénal en matière de presse révélée par les faits justificatifs spéciaux**

La diffamation peut être « rendue légitime par les faits justificatifs ordinaires, comme l'ordre de la loi », mais elle connaît également « des causes de justification qui lui sont propres, l'exceptio veritatis et la bonne foi ». Commençons par l'étude de l'exception de vérité.

### **A. La protection de l'intérêt général révélée par l'existence de l'exceptio veritatis**

En principe, les faits justificatifs, dès lors qu'ils neutralisent l'élément légal, ne peuvent résulter que de la loi, seul le législateur étant compétent à suspendre l'application d'une incrimination. C'est le cas de l'exception de vérité, prévue à l'article 35 de la loi de 1881, mais pas de la « bonne foi », rare construction prétorienne dérogeant à cette règle.

Les faits justificatifs ont pour objet « d'assurer l'impunité dans des cas où l'infraction est constituée ». Ils font « disparaître toute responsabilité pénale », même en présence d'une intention coupable, du moment que les propos ont leur légitimité.

Les faits justificatifs spéciaux sont caractérisés par une destination ou une affectation particulière. Autrement dit, la justification ne concerne qu'une incrimination isolée, sans possibilité d'extension. La justification peut donc être considérée comme la version négative de l'incrimination : elle donne une contre-définition du crime ou du délit légalement sanctionnée.

---

<sup>136</sup> Y. MAYAUD, La loi pénale, instrument de valorisation sociale, in *Code pénal et Code d'instruction criminelle*, Livre du bicentenaire, 2010.

Par sa spécificité, la justification se présente comme une définition a contrario de l'infraction ; elle peut donc servir pour percer les raisons profondes qui ont conduit le législateur à intervenir, et appréhender avec précision le champ de l'infraction.

Dès 1881, l'article 35, 1er alinéa de la loi sur la liberté de la presse, prévoyait, selon des dispositions reprises de la loi de 1819, que la vérité des imputations diffamatoires exclut la responsabilité du prévenu lorsque le fait est relatif aux fonctions et vise les corps constitués, administrations ou personnes publiques, désignés dans les articles 30 et 31. Cette prescription est ensuite étendue aux directeurs ou administrateurs des entreprises faisant publiquement appel à l'épargne ou au crédit.

Il s'agissait d'un fait justificatif institué pour inciter les citoyens à dénoncer les abus de la chose publique ou les excès de pouvoir des fonctionnaires et à protéger l'épargne publique<sup>137</sup>.

L'ordonnance du 6 mai 1944 est venue élargir le domaine de l'exceptio veritatis et poser le principe que la vérité des faits diffamatoires peut toujours être établie sauf lorsque l'imputation concerne certains faits<sup>138</sup>.

La vérité est encouragée sur toutes les questions méritant d'être publiquement évoquées : ainsi des faits relatifs aux fonctions dans le cas d'imputations contre les administrations, ou encore de ceux en relation avec la direction d'une entreprise individuelle, commerciale ou financière lorsqu'il est fait appel à l'épargne ou au crédit. Seule la vie privée échappe à son attraction, car elle ne présente a priori aucune dimension sociale, tout comme les faits qui remontent à plus de dix années, ou qui constituent une infraction amnistiée, prescrite ou ayant donné lieu à habilitation ou révision.

Mais l'exception justificative peut de nouveau jouer un rôle lorsque les imputations concernent des agressions ou atteintes sexuelles commises contre un mineur : alors la vie

---

<sup>137</sup> AUVRET (P.), « Diffamation », in *JurisClasseur Communication*, fasc. 3130

<sup>138</sup> Loi du 29 juillet 1881, Art. 35 alinéa 3 : « La vérité des faits diffamatoires peut toujours être prouvée, sauf :

a) Lorsque l'imputation concerne la vie privée de la personne ;

b) Lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années ;

c) Lorsque l'imputation se réfère à un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou la révision.»

privée n'est plus protégée, ce que le législateur conçoit comme un utile moyen de prévention<sup>139</sup>.

L'exceptio veritatis permet donc de penser que les débats d'intérêt général, portant sur des vérités bonnes à dire, sont parfois préférés à la protection de l'honneur ou de la considération des personnes. C'est donc moins la diffamation qui est sanctionnée que la calomnie, là où les atteintes à la réputation se doublent d'un mensonge socialement nuisible.

La bonne foi est un autre moyen de comprendre négativement que la diffamation cherche à protéger l'intérêt général.

### **B. La bonne foi, révélatrice de la dimension d'intérêt général de la diffamation**

En outre, le délit de diffamation comporte un élément intentionnel, l'intention de porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps diffamé. Mais, selon une jurisprudence ancienne et constante de la Cour de cassation, « les imputations diffamatoires sont réputées de droit faites avec intention coupable et cette présomption ne peut disparaître qu'en présence de faits justificatifs suffisants pour faire admettre la bonne foi »<sup>140</sup>. C'est donc au prévenu qu'incombe la preuve de sa bonne foi<sup>141</sup>.

La bonne foi repose sur quatre critères cumulatifs : l'objectivité, la prudence, l'absence d'animosité personnelle et la légitimité du but. On peut constater que la bonne foi joue souvent dans une fin de protection de l'intérêt général, qu'il soit expressément cité ou qu'il soit fait référence à d'autres intérêts derrière lesquels il se trouve : la protection du droit à l'information du public, des informations politiques et sociales, du droit de critique..

Le critère de la défense de l'intérêt général qui est utilisé par les juridictions françaises est renforcé par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Celle-ci estime

---

<sup>139</sup> L'article 35 de la loi du 29 juillet 1881 a été complété en ce sens par 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 (JO 18 juin, p.9255).

<sup>140</sup> Cass. Crim., 20 février 1990.

<sup>141</sup> Cette présomption de mauvaise foi n'est cependant pas jugée contraire à la présomption d'innocence édictée par l'article 6-2 de la Convention EDH, mais au contraire justifiée par la nécessité de protéger la réputation et les droits d'autrui au sens de l'article 10 de ladite Convention (Cass. Crim., 8 février 1990).

qu'une information, qui relève d'une "question d'intérêt général des plus sérieuses et s'inscrit dans un débat public", doit être librement diffusée<sup>142</sup>.

En la matière, l'influence européenne est importante. On peut le constater à travers la prise en compte du droit d'information qui a pris une importance considérable sous l'influence de la Cour européenne.

Pour la jurisprudence traditionnelle française, il ne s'agissait pas, en soi, d'une condition de la bonne foi. Mais les juridictions nationales ont évolué dans la prise en compte de ce qui apparaît pour les journalistes comme le fondement même de leur mission. Aujourd'hui, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, la jurisprudence française tend à consacrer la bonne foi du journaliste qui s'est contenté de retransmettre une information ou dont le but est d'informer le public<sup>143</sup>.

La bonne foi, comme l'exception de vérité, amènent au constat de l'importance de la protection de l'intérêt général au sein de l'incrimination de diffamation. Il ressort de l'incrimination de la diffamation et ses justifications que sont sanctionnées les atteintes à l'honneur nuisibles à la société, à l'intérêt général (fausses ou de mauvaise foi). Sont protégées les vérités bonnes à dire pour l'intérêt général ; dans ces circonstances, ce dernier prend le pas sur l'intérêt particulier. Telles qu'elle est aménagée, la diffamation apparaît comme devant relever du droit pénal, puisque étroitement liée à l'intérêt général.

L'absence de responsabilité tient à « l'utilité de l'infraction commise, de sorte que la société ne saurait trouver à redire à son existence ». Comme le soulignait Barbier, « toutes les fois que le but poursuivi est assez sérieux, assez légitime pour justifier le moyen employé, toutes les fois par exemple, qu'il apparaît que l'auteur de l'imputation a eu principalement en vue l'intérêt public, qu'il a entendu exercer un droit ou accomplir un devoir, le juge peut proclamer son innocence et le renvoyer des fins de la plainte »<sup>144</sup>.

Le fait justificatif spécial est donc un révélateur de la politique pénale et des valeurs objet de la protection de la loi.

---

<sup>142</sup> CEDH, 7 novembre 2006, *Mamère c/ France*, req. n° 12697/03.

<sup>143</sup> Par exemple : Cass. 2e civ., 27 mars 2003.

<sup>144</sup> BARBIER, *Code expliqué de la presse*, t.1, 2<sup>e</sup> édition, 1911



Une dépenalisation partielle et ponctuelle du droit de la presse est possible puisqu'elle permet de renforcer la liberté de la presse ; elle suit ainsi la philosophie de la loi du 29 juillet 1881. En revanche, une dépenalisation totale viendrait à l'encontre de l'esprit et de l'équilibre instauré par cette loi. L'idée de la dépenalisation du droit de la presse doit donc être « prise avec des pincettes ». Sa mise en œuvre doit être réfléchie et s'accompagner d'une réflexion d'ensemble sur la matière. Une dépenalisation du droit de la presse a été proposée, mais sa mise en œuvre semble teintée d'une certaine radicalité qu'il convient alors de contester.

## **DEUXIEME PARTIE**

### **DES MODALITES CONTESTABLES**

Les modalités d'une dépenalisation du droit de la presse doivent être fortement réfléchies en raison des intérêts primordiaux en présence. Une dépenalisation extrême sans mesure d'accompagnement comme il a été proposé par le rapport Guinchard est donc fortement contestable dans son principe et dans ses conséquences possibles (premier chapitre). D'autant qu'il existe d'autres modalités, davantage issues de l'idée de recherche de compromis. Ces idées, plus mesurées, méritent d'être exposées (second chapitre).

# CHAPITRE I

## LE REJET DE L'EXTREME

---

La Commission Guinchard a fait le choix de proposer la dépenalisation de la diffamation et de l'injure. Pourquoi seulement ces infractions ? Les infractions de diffamation et d'injure concernent pourtant l'essentiel du contentieux de la presse. La cohérence du droit de la presse pourrait pâtir de cette sélection. C'est ce reproche<sup>145</sup> qui a d'ailleurs pu être fait au droit pénal du chèque après la dépenalisation de l'émission de chèque sans provision en 1991<sup>146</sup>.

Au-delà de cette question de cohérence, la proposition de la Commission Guinchard nous apparaît contestable non seulement dans ses fondements (première section), mais également dans ses conséquences pratiques (seconde section).

### SECTION I : LES FONDEMENTS CONTESTABLES DE LA VOIE PROPOSEE

Nous présenterons dans un premier temps la proposition de dépenalisation de la Commission Guinchard (I), pour ensuite contester les fondements sur lesquels elle repose (II).

#### I Présentation de la proposition

Le rapport Guinchard propose une certaine dépenalisation (A). Il s'appuie pour cela sur des arguments spécifiques (B).

---

<sup>145</sup> LEPAGE (A.), « Un an de droit pénal des nouvelles technologies, octobre 2007-octobre 2008 », in *Droit pénal* n°12, décembre 2008, chron. 10 : « L'émission de chèque sans provision a été dépenalisée. Le résultat ? Un droit pénal du chèque qui souffre sérieusement d'un manque de cohérence (...) ».

<sup>146</sup> Loi du 30 décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des moyens de paiement.

## **A. La proposition**

Le 7 janvier 2009, devant la Cour de cassation, Nicolas Sarkozy critiquant la « pénalisation excessive de notre droit » a annoncé un projet de loi<sup>147</sup> comportant « les dispositions nécessaires pour faire de la diffamation un droit de la réparation civile »<sup>148</sup>. La finalité du projet, selon le Président, est de « réserver le droit pénal aux circonstances portant une atteinte directe aux personnes ou à la société »<sup>149</sup>.

Ce projet est inspiré d'une des propositions qui a le plus marqué l'année 2008 : celle de la Commission Guinchard sur « la répartition des contentieux »<sup>150</sup>. En effet, le 30 juin 2008, la Commission présidée par le professeur Serge Guinchard a remis son rapport au Garde des Sceaux en formulant de soixante-cinq propositions. L'une d'elle intéresse le droit de la presse<sup>151</sup>.

La Commission propose de réaliser un regroupement de certains contentieux au sein des juridictions spécialisées et de créer notamment un pôle civil, diffamation et injure dans chaque tribunal de grande instance. Dans le cadre de cette création, celle-ci « préconise la dépénalisation de la diffamation, à l'exception des diffamations présentant un caractère discriminant (racisme, sexisme) ; ainsi, seule la voie civile (référé, demande au fond de dommages et intérêts et autres mesures civiles), sera possible ». Toutes les autres diffamations ou injures, qu'elles concernent une personne privée ou publique, une personne vivante ou décédée, ne seront plus sanctionnées d'une peine pénale, et constitueront de simples fautes civiles. Le rapport de la Commission Guinchard sur la répartition des contentieux, propose donc de dépénaliser les délits de diffamation et d'injure, à l'exception de la diffamation ou injure commise en raison de l'appartenance de la personne à une ethnie, nation, race, religion, ou en raison de son orientation sexuelle ou d'un handicap.

---

<sup>147</sup> La proposition du chef d'Etat est également liée aux conséquences induites par l'affaire Vittorio de Philippis, cet ancien directeur de la publication de Libération interpellé en décembre 2008 chez lui à l'aube, menotté devant ses enfants, fouillé au corps et mis en cellule pour une simple affaire de diffamation (il n'avait pas répondu aux convocations du juge d'instruction). En l'occurrence, ce dérapage est à mettre au compte de la procédure pénale de droit commun plus qu'à celui de la loi de 1881.

<sup>148</sup> D. DE BELLESCIZE, Les médias sous l'ère Sarkozy ? mi-2008-mi-2009, in *Constitutions*, 2010 p.123.

<sup>149</sup> DE BELLESCIZE (D.), « Les médias sous l'ère Sarkozy ? mi-2008-mi-2009 », in *Constitutions*, 2010, p.123

<sup>150</sup> L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. Guinchard, Doc. Fr., 2008, p. 289, spéc. 290.

<sup>151</sup> L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. Guinchard, Doc. Fr., 2008, p. 289, spéc. 290.

Enfin, la commission, si elle maintient la pénalisation des diffamations et injure raciales, préconise, par extension, la suppression des délits contre les collectivités publiques et les personnes investies d'une autorité publique pour éviter un risque de rupture d'égalité, ce qui « permettrait à la France d'être en accord avec une résolution de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe »<sup>152</sup>.

Cette dépenalisation est préférée par la Commission à la création de juridictions spécialisées en droit de la presse<sup>153</sup>. La Commission prévoit en outre la suppression de la compétence résiduelle du tribunal d'instance pour les diffamations et injures non publique, par transfert au tribunal de grande instance<sup>154</sup>.

De grandes autorités judiciaires se sont révélées favorables à la proposition, d'autres ont montré leur opposition. Une grande partie de la doctrine et des praticiens sont très critiques sur cette proposition<sup>155</sup>. Cette dernière, contrairement à ce qui avait été annoncé n'a pas pour l'heure été suivie d'une loi<sup>156</sup>.

Cette proposition est fondée sur des raisons particulières qu'il convient d'exposer.

## **B. Les raisons avancées**

Deux raisons principales sont avancées. L'une a trait à la mise en conformité avec les exigences européennes (1) ; l'autre est relative à la procédure de presse considérée comme trop complexe (2).

### **1. Le fondement européen**

---

<sup>152</sup>Résolution 1557(2007), « Vers une dépenalisation de la diffamation », Adde Recommandation 1814 du 4 octobre 2007.

<sup>153</sup> BONNAL (B.), « Le spectre de la dépenalisation du droit de la presse », in *Légicom* n°45, 2010/2, p. 14.

<sup>154</sup> L'ambition raisonnée d'une justice apaisée, Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. Guinchard, Doc. Fr., 2008, p. 289, spéc. 290.

<sup>155</sup> DUPEUX (J.-Y.) et MASSIS (T.), « Droit de la presse, janvier 2008-décembre 2008 », in *Recueil Dalloz*, 2009, p.1779.

<sup>156</sup> DECHENAUD (D.), « Injure publique », in *Jurisclasseur*, fasc.95.

Le président de la Commission lui-même synthétise la première des raisons de cette proposition en expliquant que celle-ci est due à la volonté de « donner un signal fort de la France au Conseil de l'Europe qui, régulièrement, nous épingle sur ce sujet dans ses rapports et autres recommandations »<sup>157</sup>.

La dépenalisation de la loi sur la presse permettrait ainsi à la France de mettre sa législation en accord avec la résolution 1577 adoptée le 4 octobre 2007 par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Selon la Commission, ce texte invite les Etats membres « à bannir de leur législation relative à la diffamation toute protection renforcée des personnalités publiques conformément à la jurisprudence de la Cour et invite en particulier la France à réviser sa loi du 29 juillet 1881 à la lumière de la jurisprudence de la Cour » (point 17.6)<sup>158</sup>.

Le juge européen, le Conseil de l'Europe et l'Assemblée parlementaire européenne appelleraient depuis des années tous les pays européens à dépenaliser les infractions de presse. Mais ils opéreraient une distinction : la diffamation et l'injure doivent être dépenalisées, mais pour les discours de haine, la pénalisation devrait être maintenue. Cette différence clairement marquée tient à la nécessité de continuer à criminaliser le discours de haine. Il s'agirait là d'un impératif de régulation de l'ordre public, de pacification des conflits.

L'autre raison avancée par la Commission Guinchard quant à la dépenalisation de la diffamation et de l'injure a trait à la procédure de presse.

## 2. Le fondement procédural

La deuxième raison avancée par la Commission Guinchard tient à l'extrême complexité de la procédure édictée par la loi du 29 juillet 1881. En effet, la majorité des arguments avancés en faveur de la dépenalisation concerne les règles procédurales de la loi de 1881, qui seraient défavorables aux victimes<sup>159</sup>. Le président de la Commission explique qu'il est temps de « conforter la liberté de la presse et de protéger néanmoins les personnes victimes de diffamations ou d'injures autrement que par le recours au droit répressif, dont les pièges

---

<sup>157</sup> MASSIS (T.), « Faut-il dépenaliser la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ? », in *Gaz. Pal.*, 4 septembre 2008, n°248, p.2.

<sup>158</sup> DE BEIGNIER (B.), DE LAMY (B.), DREYER (E.), DE TAVIEAUX-MORO (N.), « Droit de la presse et des médias », in *JCP G*, n°45, 5 novembre 2008, I 209.

<sup>159</sup> DE BELLESCIZE (D.), « Les médias sous l'ère Sarkozy ? mi-2008-mi-2009 », in *Constitutions*, 2010, p.123

procéduraux ont été mis en place précisément pour éviter que l'on aboutisse trop aisément à la condamnation des journalistes ». Ainsi, selon la Commission, les règles instituées par la loi du 29 juillet 1881 se justifiaient à une époque où la liberté de la presse devait impérativement être protégée dans une République encore à ses débuts ; le but du législateur, en multipliant les dispositions dérogatoires, était de rendre particulièrement difficile toute action en justice dans ce domaine. Les particularismes procéduraux de cette loi ayant été maintenus, le droit de la presse se révélerait aujourd'hui d'une grande technicité et comportant de nombreuses chausse-trappes qui apparaissent en contradiction avec les règles de l'accès à la justice<sup>160</sup>.

S. Guinchard observe que si les arguments avancés en faveur et en défaveur de la dépenalisation ont été bien pesés par la Commission, au final, cette dernière a tranché pour le maintien de la loi de 1881, symbole de la liberté de la presse, et le transfert dans le Code pénal des délits de diffamation aggravés (à caractère raciste, sexiste...) ; mais la seule voie civile a été préférée pour les autres diffamations et injures<sup>161</sup>.

Les raisons avancées par la Commission Guinchard n'apparaissent cependant pas convaincantes.

## **II Des fondements contestables**

Les fondements de la proposition Guinchard sont contestables, qu'il s'agisse de la raison tenant à la procédure de presse (A) comme de l'argument européen (B).

### **A. Le fondement tenant à la procédure de presse discutable**

Le premier objectif de la proposition de dépenalisation serait la protection des victimes dont les droits seraient bafoués devant le juge répressif car les pièges procéduraux y seraient trop nombreux. Certains auteurs soutiennent cette position<sup>162</sup>.

Le professeur E. Derieux affirme à cet égard que « les particularismes de procédure pénale de la loi de 1881 sont bien connus des spécialistes de ce droit... Mais souvent d'eux seuls. (...)

---

<sup>160</sup> MASSIS (T.), « Faut-il dépenaliser la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ? », in *Gaz. Pal.*, 4 septembre 2008, n°248, p.2.

<sup>161</sup> MASSIS (T.), « Faut-il dépenaliser la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ? », in *Gaz. Pal.*, 4 septembre 2008, n°248, p.2.

<sup>162</sup> C. BIGOT observe à ce propos que cette idée est « est un serpent de mer, qui ressurgit régulièrement, aiguillonné par une doctrine qui souhaite faciliter la sanction des organes de presse », in BIGOT (C.), « Contentieux de la presse, les errements de la commission Guinchard », in *Légipresse* n°254, p. 109.

Elles ne garantissent pas l'égalité des armes et l'équilibre des droits. Par leur spécificités, elles assurent l'impunité des représentants des médias poursuivis »<sup>163</sup>.

Le professeur Dreyer soutient également cette position : « Au-delà du traitement de faveur reconnu aux médias, il faut ajouter l'habileté de certains praticiens qui profitent de ce droit pour faire l'étalage de leur dextérité. La justice trouve difficilement sa place en ce domaine où le juge, comme l'avocat, ne résistent pas au plaisir de se montrer virtuoses. Au-delà des prévisions de la loi, ils alimentent un droit excessivement formaliste : le bon sens est étranger à cette matière de spécialistes, d'initiés (...). Le système tourne à vide au seul avantage de ceux chargés de l'appliquer »<sup>164</sup>.

A l'opposé, de nombreux professionnels de la presse ont dénoncé ce projet<sup>165</sup> : qu'il s'agisse de magistrats, d'avocats (des victimes comme des journaux) ou des journalistes. M. Monfort, longtemps Président de la chambre de presse, comme Maître Dupeux, auditionnés par la commission Guinchard ont exprimé une opinion défavorable à cette proposition.

Bruno Frappat, responsable du pôle consacré aux métiers du journalisme lors des Etats généraux de la presse<sup>166</sup>, a reconnu, après avoir auditionné les experts, qu'il s'agissait d'une « fausse bonne idée ». Serait-ce la raison pour laquelle le Président de la République a omis d'évoquer la question dans son discours de clôture des Etats généraux de la presse ?

En effet, on peut penser que cette proposition méconnaît l'esprit et la lettre de la loi de 1881 qui procède d'un équilibre subtil entre la protection de la liberté d'expression et le droit des personnes.

C'est à tort que les règles de forme imposées par la loi du 29 juillet 1881 sont présentées comme obsolètes et archaïques. Au contraire, cette loi semble d'une certaine modernité car elle est conforme aux exigences posées par les conventions internationales, et notamment la Convention européenne des droits de l'homme : garantir d'une manière effective les droits de la défense, lutter contre l'arbitraire et l'imprécision en vue de protéger une liberté fondamentale : la liberté de la presse<sup>167</sup>.

---

<sup>163</sup> DERIEUX (E.), in *CCE*, 2006, p.14.

<sup>164</sup> DREYER (E.), in *JCP*, 2008-II-10078.

<sup>165</sup> DE BELLESCIZE (D.), « Les médias sous l'ère Sarkozy ? mi-2008-mi-2009 », in *Constitutions*, 2010, p.123

<sup>166</sup> Octobre-décembre 2008.

<sup>167</sup> MASSIS (T.), « Faut-il dépenaliser la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ? », in *Gaz. Pal.*, 4 septembre 2008, n °248, p.2.



Plusieurs articles de la loi du 29 juillet 1881 permettent d'affirmer que le procès équitable est respecté.

Tel est le sens de la disposition de l'article 53 de la loi qui prévoit, à peine de nullité, que « la citation précisera et qualifiera le fait incriminé ; elle indiquera le texte de loi applicable à la poursuite ». Ce texte rejoint les exigences de la Convention EDH concernant les règles du procès équitable : il rend effectif le droit pour l'accusé d'être informé, d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui.

Il a d'ailleurs été jugé par la Cour de cassation, dans un arrêt du 9 décembre 1999 que l'application de l'article 53 « ne méconnaît pas le droit à un procès équitable et le principe de l'égalité des armes dans les instances relatives aux infractions de presse »<sup>168</sup>.

De plus, l'article 29 de la même loi encadre très strictement les délits de diffamation et d'injure publique dans des éléments constitutifs définis qui rendent précises et prévisibles les cas de transgressions de la loi et les sanctions encourues.

Enfin, il en est de même de l'interdiction pour le juge de requalifier les faits poursuivis, la prohibition de requalifier constituant une garantie des droits de la défense.

Certes du côté de la victime, certaines difficultés ne peuvent être niées : prescription très courte de trois mois, intangibilité de la qualification, formalisme de la contre-offre de preuves, des embûches qui permettent aux praticiens de multiplier les incidents de procédure<sup>169</sup>.

Mais ces règles procédurales, si elles sont effectivement rigoureuses, ne sont pas insurmontables<sup>170</sup>. La jurisprudence ne considère pas que le droit d'accès au tribunal découlant de l'exigence de procès équitable juge soit entravé. Ainsi, elle a eu l'occasion de se prononcer sur la conformité du jeu combiné des articles 53 -qualification du texte du fait incriminé et indication du texte de loi applicable - et 65 - prescription de trois mois -de la loi de 1881, en considérant que : « l'exigence d'un tel formalisme protecteur de la liberté d'expression n'est pas une entrave au droit d'accès à la justice et n'est nullement disproportionnée au but recherché, et par conséquent n'est pas contraire aux dispositions des articles 6-1 et 9-1 de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>171</sup>.

---

<sup>168</sup> Cass. 2<sup>o</sup> Civ., 9 décembre 1999, Bull. n<sup>o</sup> 187.

<sup>169</sup> DE BELLESCIZE (D.), « Les médias sous l'ère Sarkozy ? mi-2008-mi-2009 », in *Constitutions*, 2010, p.123.

<sup>170</sup> DUPEUX (J.-Y.) et MASSIS (T.), « Droit de la presse, janvier 2008-décembre 2008 », in *Recueil Dalloz*, 2009, p.1779.

<sup>171</sup> CA Versailles, 14 avril 2005.

Ces règles protectrices des droits de la défense ont en outre pour contrepartie que les délits de diffamation et d'injure sont des infractions pénales engageant la responsabilité pénale de ses auteurs.

Et côté du directeur de publication, responsable en première ligne, et de l'auteur de l'écrit ou des propos, poursuivi comme complice, on peut penser que la présomption de mauvaise foi pèse aussi lourd dans la balance que les pièges procéduraux qui peuvent handicaper les victimes ; tout comme la quasi-impossibilité de faire la preuve du fait diffamatoire à l'audience. Même si à défaut, le prévenu peut établir sa bonne foi, mais celle-ci repose sur des critères précisés par la jurisprudence constituant un véritable code déontologique des pratiques journalistiques, avalisé par la Cour européenne des droits de l'homme.

A ce propos, on peut se reporter à l'intervention du professeur M. Véron à l'occasion du colloque organisé à la faculté d'Aix-en-Provence les 17 et 18 mars 1994<sup>172</sup>. Il mettait ainsi en évidence « le rôle et l'importance des règles de procédure dans la garantie des libertés fondamentales et l'exercice des droits de la défense. Valable en tous les domaines, cette observation vaut encore plus lorsqu'il s'agit d'apprécier l'ensemble du dispositif d'une loi sur la « liberté de la presse » (...). A qui profite l'ensemble de ce dispositif procédural ? (...) Contrairement à bien des idées reçues, les plateaux de la balance ne sont pas inégalement chargés et les règles de procédure n'avantagent pas systématiquement le prévenu. L'égalité est notamment assurée par nombre de solutions et d'interprétations jurisprudentielle, qui ne lui sont pas favorables ». En définitive, pour le professeur Veron, « on peut considérer que l'ensemble constitué par les dispositions législatives et leur interprétation jurisprudentielle assurent un équilibre assez harmonieux entre la nécessité de garantir la liberté de la presse et l'obligation d'en réprimer les abus ».

Cette appréciation apparaît toujours valable aujourd'hui.

On peut également remarquer que les pièges procéduraux dont la Commission Guinchard entendait extraire les « victimes » des organes de presse, sont désormais applicables devant le juge civil par la Cour de cassation depuis 1994. La proposition de dépénalisation semble alors insuffisante dans sa logique même. La prévisibilité des « pièges » procéduraux est d'ailleurs plus grande devant le juge pénal, avec le recul de cent années de jurisprudence, que devant le juge civil.

---

<sup>172</sup> VERON (M.), « Le parcours procédural en matière d'injures et de diffamation envers les particuliers », in *Liberté de la presse et droit pénal*, éd. PUAM, 1994, p. 67 et s.

Le fondement de la proposition Guinchard apparaît donc fortement discutable. Il en va de même de l'argument européen qui s'avère en l'espèce malmené.

## **B. L'argument européen malmené**

L'argument fondé sur les exigences européennes semble malmené. En effet, il semble que la Commission Guinchard ait lu de manière biaisée la résolution européenne sur laquelle elle se fonde pour dépénaliser (1). En outre, il apparaît que ni le régime de diffamation français (2) ni celui de l'injure (3) ne sont considérés comme contraires aux exigences européennes.

### **1. La lecture biaisée de la résolution européenne**

En guise de second argument à la dépénalisation, la Commission avance l'exigence de mise en conformité avec les exigences européennes. A ce titre, elle fait référence à la résolution 1577 du 4 octobre 2007 de l'Assemblée parlementaire du conseil de l'Europe, intitulée « Vers une dépénalisation de la diffamation »<sup>173</sup>.

L'argument n'est pas convaincant car la résolution européenne elle-même est beaucoup plus nuancée. Elle invite tout d'abord les Etats à abolir les peines d'emprisonnement en matière de diffamation, ce qu'a fait la France avec la loi du 15 juin 2000<sup>174</sup>. Ensuite, comme l'a retenu la Commission Guinchard, elle incite à bannir la protection renforcée des personnalités publiques ce qui devrait conduire à aligner les pénalités encourues ici sur celles prévues en matière de diffamation envers les particuliers. Elle préconise en outre une procédure protectrice des médias, de garantir des moyens de défense appropriés au profit des personnes poursuivies ; ce point ne pose pas de difficulté en France compte de tenu de l'existence de l'exceptio veritatis, de la malléabilité de la bonne foi et de la prise en compte par les juridictions pénales de l'article 10 de la Convention EDH. Enfin, celle-ci réclame le renforcement de la lutte contre le négationnisme ou le racisme, qui doivent être érigés en infractions pénales passibles d'emprisonnement.

---

<sup>173</sup> Résolution 1557(2007), « Vers une dépénalisation de la diffamation », Adde Recommandation 1814 du 4 octobre 2007.

<sup>174</sup> DERIEUX (E.), « La loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de la victime et droit de la communication », in *JCP G*, 2000, act. p.1463.

L'exigence d'une procédure protectrice de la presse fait penser que même si une dépenalisation s'accompagnait de l'édiction de règles de procédure pour le procès civil, le recours à l'article 1382 du Code civil ne répondrait certainement pas aux exigences de précision et de clarté réclamées par le juge européen et la résolution de l'assemblée parlementaire (point 17.3). Un des avantages très évident du droit pénal<sup>175</sup> est d'obliger le législateur à définir précisément chacune des infractions. C'est précisément, la raison pour laquelle la Cour de cassation a banni le principe général de responsabilité civile des affaires de presse pour assurer le règne du droit pénal, fait de qualifications précises, forgées pour la presse<sup>176</sup>.

Pour résumer, s'agissant précisément de la situation française, le Conseil de l'Europe, dans sa résolution 1577 de 2007, n'a pas stigmatisé la pénalisation des délits de presse, mais deux choses bien particulières :

- Le traitement privilégié réservé aux fonctionnaires publics en France, qui conduit à ce que la diffamation envers les administrations et fonctionnaires soit plus lourdement punie que la diffamation envers les particuliers (point 17.6) ;
- les limitations apportées à la possibilité d'offrir la preuve de la vérité (point 17.7).

Par conséquent, si la résolution européenne réclame un encadrement strict de la diffamation pour protéger la liberté de la presse, elle ne demande pas de s'abstenir de recourir au droit pénal. Bien plus, la Cour européenne des droits de l'homme a rappelé précisément, à plusieurs reprises, que l'existence d'une sanction pénale ne constitue pas en soit une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression<sup>177</sup>. Elle a simplement pu formuler un vœu général, concernant l'instauration de procédures purement civiles dans le domaine de la diffamation, dans certains de ses arrêts<sup>178</sup>.

---

<sup>175</sup> DERIEUX (E.), « Faut-il abroger la loi de 1881 ? », in *Légipresse* n°154, sept. 1998, p. 99.

<sup>176</sup> V. les critiques de la proposition formulées par Ph. Mauraie, Ne dépenalisons pas la diffamation et l'injure.- Contre la proposition n°12, alinéa 1 du rapport Guinhard, in *JCP G*, n°39, 24 septembre 2008, act.566

<sup>177</sup> CEDH, 8 juillet 2008, Backes/ Luxembourg, req. n°24261/05, §51. On accordera que la Commission Guinhard ne pouvait en avoir connaissance, son rapport ayant été remis le 30 juin 2008.

<sup>178</sup> CEDH, 11 octobre 2007, Kanelloupolou c/Grèce, req. n°28504 et CEDH, 6 déc. 2007, Katrami c/ Grèce, req. n°19331/05.

Il ne semble donc pas que la dépénalisation totale des diffamations et injures contre les particuliers telle que préconisée par la Commission soit un choix imposé de l'extérieur<sup>179</sup>. Pour reprendre l'expression de C. Bigot, il y aurait donc une « erreur de diagnostic » de la part de la Commission Guinchard<sup>180</sup>.

Bien plus, il convient de démontrer que l'argument, parfois invoqué, selon lequel les textes actuels ne seraient pas compatibles avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est loin d'emporter la conviction<sup>181</sup>. Une évaluation de la conformité du droit français de la diffamation et de l'injure au regard des décisions de la Cour européenne se révélerait pertinente ; il s'agit, autrement dit, de savoir si le caractère pénal de la matière est condamné, si la sanction pénale qui s'applique à la diffamation et l'injure est dans son principe considérée comme conforme aux exigences européennes. Analysons dans un premier temps de régime de la diffamation, puis dans un second temps celui de l'injure au regard de ces exigences.

## 2. Le régime français de la diffamation conforme aux exigences européennes

Les incriminations définies par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse limitent la liberté d'expression, qui se trouve garantie au paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention EDH<sup>182</sup>. Toutefois, le second paragraphe de cet article admet que des restrictions puissent être apportées à cette liberté, à condition d'être « prévues par la loi », et de constituer « mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui... ». La condition de nécessité "dans une société démocratique" implique l'existence d'un "besoin social impérieux" et des motifs pertinents. Le juge européen estime donc que les exceptions prévues à l'article 10 de la Convention EDH appellent une interprétation stricte.

---

<sup>179</sup> BONNAL (B.), « Le spectre de la dépénalisation du droit de la presse », in *Légicom* n°45, 2010/2.

<sup>180</sup> BIGOT (C.), « Contentieux de la presse, les errements de la commission Guinchard », in *Légipresse* n°254, p. 109.

<sup>181</sup> DECHENAUD (D.), « Injure publique », in *Jurisclasseur « Lois pénales spéciales*, fasc.95, 2010.

<sup>182</sup> « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir et de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ».

La Cour européenne des droits de l'homme et les juges nationaux peuvent ainsi être amenés à opérer un contrôle de conventionnalité des dispositions répressives de la loi du 29 juillet 1881 au regard des exigences exprimées par ce texte. Comme il a été vu précédemment, ce contrôle a conduit à la neutralisation jurisprudentielle de plusieurs infractions qui étaient contenues dans la loi du 29 juillet 1881.

Il convient d'analyser le régime de la diffamation au regard des exigences de la Cour européenne<sup>183</sup>.

La jurisprudence française considère que régime juridique national de la diffamation est conforme, dans ses grandes lignes, à la liberté de communication garantie par la Constitution et par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme. Les juridictions françaises se réfèrent d'ailleurs de plus en plus à cet article et à la Cour européenne des droits de l'homme<sup>184</sup>. Elles s'appuient sur le deuxième paragraphe de cette disposition pour préciser que la liberté d'expression peut faire l'objet de restrictions ou sanctions<sup>185</sup>.

Mais c'est davantage la jurisprudence européenne qui nous intéresse en l'espèce. Celle-ci voit dans la protection "de la réputation ou des droits d'autrui" un but légitime de l'ingérence<sup>186</sup>. Ainsi, lorsqu'il est porté atteinte à l'honneur et à la dignité d'une personne, la Cour européenne considère que les mesures prises par les autorités nationales se justifient dès lors qu'elles ne sont pas disproportionnées au but poursuivi<sup>187</sup>. Pour l'essentiel, les condamnations qui interviennent en la matière sont prononcées pour des raisons de fond<sup>188</sup>.

La Cour européenne considère donc que le régime de la diffamation est en principe compatible avec l'article 10 de la Convention EDH (mis à part le régime français de l'exceptio veritatis). Qu'en est-il alors du délit d'injure publique ?

---

<sup>183</sup> AUVRET (P.), « Diffamation », in *JurisClasseur « Communication »*, fasc. 3130, pts 1 à 23.

<sup>184</sup> Par exemple : CA Douai, 6e ch., 11 décembre 2007 ; Cass. crim., 11 mars 2008.

<sup>185</sup> Cass. crim., 6 octobre 1992 : JCP G 1993, IV, p. 125 ; Cass. crim., 19 décembre 2000.

<sup>186</sup> Par exemple : CEDH, 21 septembre 2004, Chauvy et a. c/ France, req. n° 64915/01. ; CEDH, 19 septembre 2006, White c/ Suède, req. n° 42435/02.

<sup>187</sup> CEDH, 30 mars 2004, Radio-France c/ France, req. n° 53984/00. ; CEDH, 17 décembre 2004, Pedersen et Baadsgaard c/ Danemark, § 76. ; CEDH, 31 janvier 2006, Stângu et Scutelnicu c/ Roumanie, n° 53899/00, § 51. ; CEDH, 17 décembre 2004, Cumpăna et Mazare c/ Roumanie, § 102. ; CEDH, 28 septembre 2004, Sabou et Pircalab c/ Roumanie, req. n° 46572/99.

<sup>188</sup> CEDH, 7 novembre 2006, Mamère c/ France, (2°sect.), req. n°12697/03.

### 3. Le régime français de l'injure conforme aux exigences européennes

L'infraction d'injure publique, comme celle de diffamation, n'a pas été jugée incompatible avec la Convention EDH. La Cour européenne a affirmé que l'obligation « d'éviter des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui » figure parmi les limites pouvant être apportées à la liberté d'expression, car de tels propos « ne contribuent à aucune forme de débat public capable de favoriser le progrès dans les affaires du genre humain »<sup>189</sup>. Le délit d'injure apparaît donc conforme aux exigences européennes. C'est donc à une appréciation circonstanciée qu'il convient de procéder, la jurisprudence vérifiant que l'application de l'infraction d'injure à une espèce donnée ne porte pas une atteinte excessive à la liberté d'expression.

Pour sa part, la Cour de cassation a écarté, à plusieurs reprises, l'application du délit d'injure au visa de l'article 10 de la Convention EDH.

La Cour de cassation s'est prononcée à plusieurs reprises sur la compatibilité de la répression pénale de l'injure avec la Convention EDH<sup>190</sup>. Elle semble considérer le délit d'injure en principe conforme aux exigences européennes ; mais elle apprécie concrètement les circonstances de l'espèce afin de vérifier qu'il n'y ait pas de limite injustifiée à la liberté d'expression.

Au regard des exigences européennes, la dépénalisation totale des diffamations et injures contre les particuliers n'apparaît pas justifiée. La proposition Guinchard est donc fortement contestable dans ses fondements même.

Si la proposition était cohérente, elle suivrait réellement les préconisations européennes, et la dépénalisation sans aménagements ne serait pas proposée comme cela a été fait. On peut au moins penser que si la diffamation et l'injure envers un particulier, voire envers une personne publique deviennent de simples délits civils, encore faudrait-il que la définition de ces délits demeure précisée par une loi spéciale. Ce serait se conformer à l'une des recommandations du Conseil de l'Europe qui encourage les législations à préciser la définition de la diffamation et de l'injure. On peut supposer que la loi de 1881 a atteint cet objectif de manière plus

---

<sup>189</sup> CEDH, 31 janv. 2006, *Giniewski c/France*, §43.

<sup>190</sup> Cass. Crim., 14 février 2006, n°05-81.932 ; Cass. Crim., 2 mai 2007, n°06-84.710.

satisfaisante que l'article 1382 du Code civil ne le ferait. Il faudrait donc, dans cette optique, que la dépénalisation soit accompagnée d'une conservation du même texte.

Si la proposition de la Commission Guinchard est contestable dans ses fondements, elle l'est également dans ses conséquences pratiques puisque aucun aménagement n'y est prévu.

## **SECTION II : LES CONSEQUENCES NEFASTES DE LA VOIE PROPOSEE**

La voie proposée par la Commission, dépourvue d'aménagement pourtant nécessaires apparaît alors une source d'impunité pour les infractions commises sur internet (I) ; mais elle est également source de danger compte tenu d'une possible extension de la procédure de référé en matière civile (II).

### **I La voie proposée source d'impunité**

La Commission Guinchard avance comme argument que la dépénalisation restaurerait les droits de la victime. Or on peut penser que le procès civil est défavorable aux victimes lorsqu'il s'agit d'identifier les auteurs de messages anonymes sur internet<sup>191</sup> (B). Or l'existence d'internet implique une aggravation des conséquences néfastes de la diffamation et de l'injure (A).

### **A. L'aggravation des conséquences néfastes de la diffamation et de l'injure par l'existence d'internet**

La diffamation et l'injure sont des infractions très présentes sur internet, tant elles y sont faciles à commettre<sup>192</sup>. Nous sommes à une époque où grâce ou à cause d'internet, n'importe quelle personne peut écrire n'importe quoi sur autrui. Certes commettre une diffamation publique a toujours été facile, par exemple par voie d'affichage ou de distribution de tracts ; et

---

<sup>191</sup> DE BELLESCIZE (D.), Les médias sous l'ère Sarkozy ? mi-2008-mi-2009, in *Constitutions*, 2010, p.123

<sup>192</sup> LEPAGE (A.), « Un an de droit pénal des nouvelles technologies, octobre 2007-octobre 2008 », in *Droit pénal* n°12, décembre 2008, chron. 10.



l'atteinte portée à la considération d'autrui a toujours pu avoir de terribles effets pour la victime.

Mais la portée de la diffamation ou de l'injure commises sur internet peut être de tout autre ordre. Le retentissement de ces infractions sur internet est potentiellement sans limite, ni dans le temps ni dans l'espace. Les propos peuvent être repris, disséminés, ils échappent souvent à leur auteur qui, malgré sa volonté de les supprimer, ne pourrait empêcher leur propagation.

Ce problème de la diffusion rapide sur internet concerne également les atteintes à la vie privée ou à l'image commises sur internet, mais précisément, au-delà de l'article 9 du Code civil, il existe des dispositions pénales, certaines d'ordre général (articles 226-1, 226-2, 226-8 CP), d'autres propres à l'informatique (articles 226-16 et s. pour les infractions en matière de traitement de données à caractère personnel). Et c'est justement le caractère pénal de ces dispositions qui permet une réelle protection.

Le caractère pénal des infractions de presse est en effet une garantie pour les victimes<sup>193</sup>, contrairement à la voie civile qui paraît insuffisante face aux infractions de presse commises sur internet.

## 2. La voie civile insuffisante face à Internet

Dépénaliser la diffamation et l'injure amènerait à la création d'un « vaste espace de non-droit »<sup>194</sup>. La voie pénale est absolument nécessairement à la protection des droits de la victime, notamment dans le cas des infractions commises sur internet.

En effet, pour engager une procédure civile, il convient d'avoir identifié un responsable. Or cela s'avère particulièrement complexe quant il s'agit d'une infraction commise sur internet où règne la liberté exceptionnelle que garantit l'anonymat. En effet, un grand nombre des messages illicites y sont anonymes, parce que les sites et les « blogs » le sont eux-mêmes, ou parce que les interventions sur les « chats » et « forums » le sont le plus souvent sous pseudonyme.

---

<sup>193</sup> B. ADER, N. BONNAL, A. FILIPPETTI, D. OLIVENNES, P. VAL, C. CHAILLOU, Il ne faut pas dépénaliser la diffamation, in *Le Monde*, 27 janvier 2009

<sup>194</sup> BIGOT (C.), « Contentieux de la presse, les errements de la commission Guinchard », in *Légipresse* n°254, p. 109.

Bien souvent, en ce domaine, il est donc nécessaire d'obtenir l'aide d'un juge d'instruction afin d'identifier les responsables, surtout que cette identification doit se faire dans les trois mois de la prescription. Le juge pénal, et spécialement le juge d'instruction, saisi par une plainte avec constitution de partie civile, peut en effet ordonner de procéder à des enquêtes par des services de police spécialisés - qui peuvent être effectuées pour tous les écrits anonymes, qu'ils soient matériels ou dématérialisés sur Internet -.

Il convient donc de savoir quelle sera la possibilité de la victime pour agir à l'encontre de tous ces écrits anonymes publiés sur Internet.

Certains auteurs soulignent l'existence de certains pouvoirs du juge civil, pouvoirs qui pourraient être mis en œuvre en la matière.

On peut penser à l'article 145 du Code de procédure civile<sup>195</sup>, mais il est possible de douter qu'il puisse pallier l'absence d'une enquête pénale ou d'une procédure d'instruction. Le problème est que pour que le juge civil soit saisi, il doit l'être contre une personne ; et comme l'on se situe avant l'identification, c'est d'une enquête de police dont on a alors besoin en l'espèce. Ainsi, le juge civil ne peut ordonner d'enquête tant que le défendeur n'est pas identifié. L'action civile en référé pour voir ordonner aux intermédiaires techniques de fournir toutes les données est coûteuse, aléatoire et surtout enfermée dans la prescription trimestrielle. Elle est d'ailleurs le plus souvent infructueuse<sup>196</sup>.

Actuellement, et la proposition de la Commission Guinchard étant largement silencieuse sur d'éventuels aménagements, la voie des ordonnances sur requête et l'article 145 NCPC apparaît comme bien souvent insuffisante. De plus, la technicité est indispensable car le juge d'instruction n'est pas là pour aider le plaideur perdu dans les arcanes des communications électroniques.

Pourtant, il existe d'autres dispositions que l'article 145 du Code de procédure civile. D'autres dispositions du Code de procédure civile confèrent au juge civil des pouvoirs d'enquête (articles 204 et s.). Il peut ainsi diligenter des commissions rogatoires civiles, y compris dans certains cas en les confiant à des services de police, mais ces pouvoirs sont peu ou mal utilisés.

---

<sup>195</sup> Art. 145 du Code de procédure civile : « S'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve de faits dont pourrait dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnées à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé. ».

<sup>196</sup> ADER (B.), BONNAL (N.), FILIPPETTI (A.), OLIVENNES (D.), VAL (P.), CHAILLOU (C.), « Il ne faut pas dépénaliser la diffamation », in *Le Monde*, 27 janvier 2009.

Surtout, ils ne sont tout de même pas équivalents aux pouvoirs d'un juge d'instruction.

La dépenalisation sans aménagements pourrait donc coïncider avec une forme d'irresponsabilité des responsables de graves atteintes aux droits des personnes sur internet.

La dépenalisation devrait s'accompagner d'un renforcement du pouvoir du juge civil en matière d'enquête, et des articles 145, 204 et suivants du Code de procédure civile<sup>197</sup>.

Ainsi, il faudrait permettre au juge civil qu'il puisse demander dans le cadre de commissions rogatoires civiles exactement ce que le juge d'instruction demande à des services de police ; identifier les responsables d'abus de liberté d'expression sur internet. En cas de dépenalisation, le juge civil devrait alors être doté de ce type de pouvoirs.

Les moyens du demandeur apparaissent donc davantage limités devant la voie civile que devant la voie pénale.

Dépenaliser les infractions de presse aurait donc pour conséquence de créer une impunité de fait pour les propos diffamatoires ou injurieux anonymes, la victime n'ayant, seule, aucun moyen d'investigation technique permettant d'identifier les responsables. Dépenaliser laisserait donc « laisser sur le chemin de nombreuses victimes d'infractions de presse »<sup>198</sup>. A cet égard, la proposition Guinchard est à revers de son objectif. Elle fragiliserait les droits des victimes. Par là même, on aboutirait à une remise en cause du droit d'accès à un tribunal reconnu par l'article 6-1 de la Convention EDH.

En outre, la dépenalisation du procès de presse donnerait lieu à une situation très discriminatoire entre ceux qui assument leur responsabilité en terme d'« ours » sur Internet et ceux qui organisent l'opacité, l'immunité et l'impunité : seule la presse qui affiche dans ses « ours » (électroniques comme sur le papier) les noms et adresses de ses responsables, sera exposée aux procès de presse.

Enfin, certains auteurs<sup>199</sup> soulèvent le problème du coût, car la voie pénale est gratuite mais la voir civile, outre les honoraires de l'avocat, engendrerait des honoraires et frais d'expertise. Cela peut quand un vrai problème pour certains demandeurs.

---

<sup>197</sup> BOURDON (W.), « Le spectre de la dépenalisation du droit de la presse », in *Légicom* n°45, 2010/2.

<sup>198</sup> B. ADER, Dépenaliser la diffamation, c'est pénaliser la presse, Mediapart

<sup>199</sup> Intervention de C. BIGOT dans « Le spectre de la dépenalisation du droit de la presse », in *Légicom* n°45, 2010/2

La liberté de presse dans une société démocratique n'a pourtant de sens que si elle va de pair avec une transparence des responsabilités. On vient de constater qu'avec la dépenalisation, ce principe de transparence, particulièrement sur Internet, risque d'être sérieusement mis à mal.

Il peut donc apparaître paradoxal qu'à l'heure où la diffamation et l'injure n'ont jamais été aussi faciles à commettre et donc nombreuses, et leur portée jamais aussi redoutable, il soit question de les dépenaliser<sup>200</sup> ; s'autant plus que cette dépenalisation pourrait avoir des conséquences particulièrement dangereuses pour la liberté de la presse.

## **II La voie proposée source de dangers**

Le juge civil dispose d'instruments beaucoup plus attentatoires à la liberté que le juge pénal. On pense notamment à la procédure de référé qui pourrait être trop étendue en matière de presse si la voie civile était instaurée. Ainsi, sans aménagement du législateur, une dépenalisation pourrait être source de danger pour la liberté de la presse. Il convient de présenter le mécanisme du référé en droit de la presse, qui reste fortement mesuré (A), avant d'en montrer les dangers qu'il peut représenter pour cette dernière si la voie civile était instaurée en la matière (B).

### **A. Le mécanisme mesuré du référé en matière de presse**

On peut tenter de définir la liberté comme la faculté d'agir sans y être contraint ni en être empêché injustement ou inutilement. Le référé, qui constitue une forme de contrôle, certes judiciaire, mais néanmoins préalable ou préventif, apparaît donc contraire au principe de liberté. Il le serait s'il n'était pas motivé, dans certaines situations d'urgence ou de gravité exceptionnelle, par la nécessité d'assurer le respect d'autres droits et libertés tout aussi essentiels et s'il n'était pas lui-même encadré et réglementé.

Il convient donc de présenter l'évolution du référé en matière presse<sup>201</sup>.

---

<sup>200</sup> LEPAGE (A.), « Un an de droit pénal des nouvelles technologies, octobre 2007-octobre 2008 », in *Droit pénal* n°12, décembre 2008, chron. 10.

<sup>201</sup> Sur la question du référé en matière de presse, voir not. DERIEUX (E.), « Référé et liberté d'expression », in *JCP G*, oct. 1997, I 4053 ; DREYER (E.), « La perversion du référé en matière de presse », in *JCP G*, n°28, 2007, I 171 ; LACABARATS (A.), « L'intervention du juge des référés est-elle justifiée en droit de la presse ? », in *Légicom*, n° 35, 2006/1, p. 33.

En droit de la presse, certaines dispositions prévoient que, de façon exceptionnelle, certaines mesures préalables ou préventives peuvent être ordonnées par le juge des référés. Elles déterminent les raisons et les limites de cette procédure afin d'assurer la conciliation avec le principe de liberté d'expression.

On peut tout d'abord mentionner l'article 9 du Code civil, concernant la protection de la vie privée, notamment contre les atteintes qui lui sont portées du fait des excès d'une certaine presse. Un certain nombre de dispositions spécifiques déterminent la compétence du juge des référés, ainsi amené à prendre, au nom du respect des droits des individus, diverses mesures de contrôle préalable ou préventif à l'encontre de certains des excès ou abus de la liberté d'expression.

De même, l'article 9-1 du code civil relatif à la présomption d'innocence prévoit une procédure spécifique de référé. Il permet à toute personne qui aura été présentée publiquement, avant toute condamnation, comme étant coupable de faits faisant l'objet d'une enquête ou d'une instruction d'obtenir en référé toutes mesures, telles que l'insertion d'une rectification ou d'un communiqué, aux fins de faire cesser l'atteinte à la présomption d'innocence.

Concernant la loi du 29 juillet 1881, texte pénal, celle-ci ne comporte aucune référence à la procédure (civile) de référé. Elle ne s'y oppose pas<sup>202</sup> et prévoit elle-même certaines procédures d'urgence.

Il est notamment posé dans son article 13, relatif au droit de réponse, que, saisi d'une « plainte en refus d'insertion », le tribunal se « prononcera dans les dix jours de la citation ».

A l'alinéa 9 du même article, il est même prévu que, « pendant toute période électorale », et s'agissant de la mise en cause d'un candidat à ces élections, « le délai de citation sur refus d'insertion sera réduit à vingt quatre heures » et que « la citation pourra même être délivrée d'heure à heure sur ordonnance spéciale rendue par le président du tribunal ».

Ces dispositions pénales spéciales, dont on constate qu'elles prévoient elles-mêmes des situations d'urgence, doivent-elles être considérées comme excluant tout recours à la

---

<sup>202</sup> Sauf s'agissant des domaines dans lesquels des règles de procédure particulières, très protectrices de liberté de la presse ont été définies dans la loi de 1881, les règles du droit commun s'appliquent. Il en est ainsi notamment des dispositions de l'article 5-1 du CPP qui pose que « Même si le demandeur s'est constitué partie civile devant une juridiction répressive, la juridiction civile, saisie en référé, demeure compétente pour ordonner toutes mesures provisoires relatives aux faits qui sont l'objet des poursuites, lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable ».

procédure de référé ou, au contraire, comme le permettant ou y conduisant ? Les juges ont, admis cette compétence sur le fondement d'une disposition générale prévue par le Code de procédure civile<sup>203</sup>.

De façon générale, l'article 809 du Code de procédure civile dispose que le président du tribunal de grande instance « peut toujours prescrire, en référé, les mesures conservatoires ou de remise en état, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite ».

Pendant de nombreuses années, la jurisprudence a admis la saisine du juge des référés en matière de diffamation sur le fondement de l'article 809 du nouveau Code de procédure civile. Elle exigeait seulement le respect des conditions requises par ce texte, et non les règles particulières prévues par la loi du 29 juillet 1881.

Mais en 1992, la Cour de cassation a considéré qu'il n'était plus tolérable que cette redoutable procédure qu'est le référé échappe à l'emprise des dispositions protectrices de la loi sur la presse.

En effet, à partir d'un arrêt du 5 février 1992<sup>204</sup>, elle a donc progressivement soumis le référé, aux règles de procédure de la loi du 29 juillet 1881. Le demandeur est ainsi obligé de délivrer une « citation » en référé conforme à l'article 53 de cette loi et il est interdit au juge d'examiner l'action en diffamation avant l'expiration du délai de dix jours ouvert par l'article 55 de la loi pour offrir la preuve de la vérité des faits diffamatoires.

La Cour souhaite donc limiter le recours au référé car il constitue une potentielle source de dangers s'il venait à être généralisé.

## **B. Le danger d'une généralisation du référé en matière de presse**

C'est dans ses effets que le référé peut paraître dangereux pour la liberté d'expression<sup>205</sup>.

Cette forme de contrôle préalable peut notamment aboutir, dans ses aspects les plus restrictifs, à mettre un obstacle à la faculté de s'exprimer ou d'informer, contraire au principe de liberté et aux droits du public.

---

<sup>203</sup> TGI Grenoble, 29 juin 1983 : « Attendu que le droit de réponse a pour objet la protection de la personnalité, que si, à la suite d'une mise en cause, l'exercice du droit de réponse est refusé, le refus d'insertion de réponse, dans la mesure où il est justifié, caractérise un trouble manifestement illicite, au sens de l'article 809 du Nouveau Code de procédure civile ; que les mesures de remise en état qui peuvent être ordonnées en référé, aux termes de l'article précité, englobent une mesure de réparation en nature, telle que l'insertion forcée d'une réponse ».

<sup>204</sup> Cass. 2<sup>e</sup> Civ., 5 février 1992.

<sup>205</sup> DERIEUX (E.), « Référé et liberté d'expression », in *JCP G*, n°41, oct. 1997, I 4053

Les mesures susceptibles d'être ordonnées par le juge des référés sont multiples. Il peut s'agir : d'interdictions, de retraits généraux ou partiels, de suspensions ou de reports de diffusion, de corrections, d'insertions de communiqués ou d'avertissements données aux lecteurs...ou moins grave pour la liberté d'expression puisque n'y faisant pas obstacle, mais sans doute moins urgent et justifié, le « référé-provision ».Celui-ci permet à la prétendue victime d'obtenir, d'ores et déjà, du juge des référés qui, pourtant, ne statue pas au fond, un acompte sur une condamnation à réparation considérée comme plus que probable.

Le pouvoir d'intervention du juge des référés, à l'encontre de la liberté d'expression, en application de l'article 809 du Code de procédure civile, constitue donc une question très controversée.

Bien sur, pas plus qu'aucune autre, la liberté d'expression ne peut être générale et absolue. Elle comporte nécessairement des limites. Il s'agit ainsi d'assurer l'équilibre entre des droits apparemment contradictoires ou concurrents.

L'urgence et la gravité des atteintes peuvent donc, à titre d'exception, justifier la nécessité d'un contrôle préalable, dès lors que, comme c'est le cas de la procédure de référé, celui-ci fait l'objet d'un encadrement précis qui oriente et limite l'action du juge. Il s'agit de rétablir ainsi au plus vite des droits si gravement atteints que la violation apparaît évidente.

Mais les raisons de douter de la légitimité du référé en matière de presse sont sérieuses.

Tout d'abord, loi du 29 juillet 1881 n'évoque nullement dans ses dispositions procédurales ce type de saisine en urgence d'un juge civil, sauf, depuis la loi du 15 juin 2000, pour dire que le premier président de la cour d'appel peut, en cas d'appel d'une ordonnance de référé limitant la diffusion de l'information, en suspendre l'exécution provisoire (article 64 nouveau de la loi du 29 juillet 1881).

On peut de plus considérer que la loi organisant une répression a posteriori des atteintes aux droits d'autrui, une intervention préventive du juge des référés est rendue incompatible avec la philosophie de la loi sur la presse ; d'autant que le principe de liberté d'expression a valeur constitutionnelle, alors que la procédure de référé propre au droit civil est contenu dans le Code de procédure civile, qui a valeur simplement réglementaire.

C'est pour cela que la dépénalisation telle que préconisée par la Commission Guinchard peut être contestée. En effet, aucune précision, aucun aménagement n'est apporté dans la proposition du rapport. On peut alors craindre une généralisation du référé en droit de la presse, ou du moins une forte extension due à l'interprétation potentiellement extensive de l'article 809 du Code de procédure civile. Les termes « trouble manifestement illicite » pourraient être à l'origine d'une extension excessive du champ d'application du référé en matière de presse. C'est la conclusion que l'on peut tirer de l'examen des solutions jurisprudentielles antérieures à 1992 qui avaient agi comme cela, au-delà de toute référence à la loi<sup>206</sup>.

Ainsi, l'article 809 du Code de procédure civile laisse une marge importante d'appréciation au juge. On peut douter de la conformité de l'expression de « trouble manifestement illicite » à l'exigence de prévisibilité prévue par l'article 10 de la Convention EDH. Ce texte implique en effet que les limitations susceptibles de lui être apportées soient définies avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler son comportement.

Le principe de hiérarchie des normes et l'application directe en droit interne des dispositions de la Convention EDH pourraient donc faire obstacle à l'usage du référé tel que mis en place par l'article 809 du Code de procédure civile en matière de diffamation.

La voie civile apparaît comme une source potentielle de dangers ; précisons à ce titre que cette dernière connaît d'autres instruments particulièrement néfastes à la liberté d'expression. Le juge civil peut notamment ordonner la publication de communiqués judiciaires avec exécution provisoire, dont le caractère irréversible viole gravement le droit au recours effectif protégé par l'article 13 de la Convention EDH.

En outre, les dommages et intérêts peuvent être attentatoires à la liberté de la presse car ils ne sont pas limités dans leur maximum, contrairement à la peine qui en fixe un et limite ainsi le pouvoir de sanction du juge. La sanction pénale, à la fois réelle et symbolique, est souvent, dans le montant des amendes, proportionnée à la gravité de la diffamation commise, mais ne nuit pas à l'existence du journal<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> Sur l'évolution jurisprudentielle, voir not. : LOUVET (M.-N.), « Le référé en droit de la presse », in *Liberté de la presse et droits de la personne*, Actes du colloque du 20 juin 1997, Dalloz, 1997, p. 145.

<sup>207</sup> B. ADER, N. BONNAL, A. FILIPPETTI, D. OLIVENNES, P. VAL, C. CHAILLOU, Il ne faut pas dépénaliser la diffamation, in *Le Monde*, 27 janvier 2009.



La proposition de la Commission Guinchard ne propose aucun aménagement mais affirme tout de même avoir conscience de la nécessité d'un aménagement des règles de la procédure civile de droit commun. Elle préconise à ce titre la constitution d'un groupe de travail ad hoc.

Mais dans sa version actuelle, la proposition de la Commission s'avère fortement contestable.

En réalité, on peut penser que plus que la question de la dépenalisation du droit de la presse, c'est celle de sa modernisation qu'il faut se poser. C'est dans cette optique qu'il peut être intéressant de réfléchir à l'adaptation du droit de la presse en recherchant une solution moins radicale que celle préconisée par la Commission Guinchard. Un compromis peut être trouvé.

## CHAPITRE II

### LE COMPROMIS POSSIBLE

---

Un réaménagement du droit de la presse est souhaitable.

Sur la forme, la loi du 29 juillet 1881 devrait être l'objet de certaines modifications. En effet, l'illisibilité de texte de la loi de 1881 peut être pointée du doigt<sup>208</sup>. Son unité et sa cohérence en pâtissent. Les nombreux ajouts sous forme d'alinéas 1-2-3-, de bis ou de ter, dont la numérotation ne semble pas toujours très logique (13-1, 24 bis, 35 bis, 38 ter, 39 bis, ter, quater, quinquies, 41-1, 48-1-2, 65-1-2), en rendent la lecture difficile et rébarbative. L'emploi d'un vocabulaire parfois suranné rend parfois incompréhensible le texte pour l'homme du XXIème siècle : « Qui sait aujourd'hui, s'interroge le Professeur Derieux, ce que sont les « bilboquets » au sens de l'article 2 de la loi, ou ce que signifient les myriamètres de l'article 54 ? »<sup>209</sup>.

Sur le fond, la procédure prévue par la loi de 1881 apparaît excessivement dérogatoire, et les critiques tenant à l'archaïsme du droit de la presse visent bien souvent en réalité cette procédure. S'il convient de conserver une spécificité procédurale, une atténuation du caractère dérogatoire serait cependant bienvenue (première section).

Le droit substantiel de la presse gagnerait également à être repensé, dans le sens d'un renforcement de la liberté de la presse mais également des droits des victimes (seconde section).

#### **Section I : L'atténuation bienvenue de la spécificité procédurale**

Si la spécificité de la procédure prévue par la loi du 29 juillet 1881 apparaissait justifiée au moment de son vote dans le contexte d'une République encore à ses débuts, elle devrait être quelque peu atténuée de nos jours (I). Un réaménagement de la procédure en matière de presse peut donc être proposé (II).

---

<sup>208</sup> DE BELLESCIZE (D.), « La loi du 29 juillet 1881 à l'aube de l'an 2000 », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas/Paris II, Dalloz 2000, p. 1413.

<sup>209</sup> DERIEUX (E.), « La loi du 29 juillet 1881 », in *RDP*, 1981, p.1501.

## **I - Une procédure excessivement dérogatoire**

La procédure de presse se révèle excessivement dérogatoire, surtout antérieurement à l'instance (A), mais également au cours de celle-ci (B).

### **A. L'excès des exigences procédurales antérieures à l'instance**

Dans l'ordre chronologique, les difficultés majeures tiennent au court délai de prescription, à la qualification de l'infraction, et à l'obligation de domiciliation.

#### **1. Le strict délai de prescription prévu par la loi de 1881**

L'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit une prescription courte pour agir en diffamation. Le délit de diffamation se prescrit par trois mois révolus à compter du jour de la publication ou du dernier acte de poursuite.

La courte prescription de trois mois constituait aux yeux du législateur de 1881 une garantie essentielle de la liberté de la presse et par là même une protection des journalistes ; passé ce délai, les responsables d'une diffamation échappent aux poursuites. Cette prescription constitue la source de nombreuses difficultés pour la victime qui engage les poursuites.

Le caractère exceptionnellement réduit de ce délai de prescription et la difficulté que l'on peut trouver à en déterminer le point de départ ont conduit le législateur à vouloir modifier les dispositions en vigueur, en raison de la gravité des infractions, ou des techniques ou des supports de communication utilisés. Le Conseil constitutionnel n'a cependant pas toujours validé les dispositions adoptées.

S'agissant des écrits ou propos de caractère racial ou raciste (provocation à la discrimination ou à la haine raciale, diffamation ou injure raciale), l'article 65-3 de la loi de 1881 introduit par la loi du 9 mars 2004<sup>210</sup>, porte ce délai de prescription à « un an »<sup>211</sup>.

Concernant le point de départ du délai de prescription, aux termes de l'article 65 de la loi de 1881, « l'action publique et l'action civile se prescriront après trois mois révolus, à compter

---

<sup>210</sup> Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004, dite Loi Perben II.

<sup>211</sup> Sur la critique de ce nouveau délai : DREYER (E.), « L'allongement du délai de prescription pour la répression des propos racistes ou xénophobes », in *Légicom* n°35, 2006/1, p.107 et s.

du jour où ils auront été commis et du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuite s'il en a été fait ».

En règle générale, c'est la date du premier fait ou acte de publication qui constitue le point de départ du délai de prescription pour la presse périodique ou le livre, et le jour de la première diffusion pour les émissions audiovisuelles.

Mais bien souvent, cette date suscite des incertitudes, notamment lorsque le jour précis de publication n'est pas indiqué. Dans ce cas, les juges doivent rechercher à quel moment le public a eu accès au document. Ainsi, la Cour d'appel de Paris considère que « l'infraction est réputée commise à la date à laquelle le texte incriminé a été mis à la disposition du public »<sup>212</sup>.

Le point de départ de la diffusion d'informations sur Internet constitue également une source majeure de difficultés, non seulement pour les plaignants qui ont du mal à apporter la preuve d'une première diffusion, mais également pour les magistrats, confrontés à un domaine relativement récent.

Pour ce qui est des services de « communication au public en ligne », le législateur a donc voulu, de façon exceptionnelle pour ce mode de communication, retarder, dans certains cas ou au moins pour certains usages, le point de départ du délai de prescription<sup>213</sup>.

Mais le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 10 juin 2004, en a décidé autrement.

La disposition votée prévoyait que « la prescription acquise dans les conditions prévues par l'article 65 « de la loi de 1881 (c'est-à-dire trois mois à compter du premier jour de publication) serait applicable « à la reproduction d'une publication sur un service de communication au public en ligne dès lors que le contenu est le même sur le support informatique et sur le support papier ». « Dans le cas contraire » (c'est-à-dire ne s'agissant pas de la reprise, dans un service en ligne de textes précédemment publiés sur support papier), il était prévu que « l'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus par ladite loi se prescriront après le délai prévu par l'article 65 de ladite loi à compter de la date à laquelle cesse la mise à disposition du public du message susceptible de déclencher l'une de ces actions ». C'est donc de la date du retrait ou de la

---

<sup>212</sup> CA Paris, 11<sup>ème</sup> chambre, 10 juillet 1991.

<sup>213</sup> Ceci aurait été introduit par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

suppression du message litigieux que le législateur voulait, dans ce cas, faire partir le délai de prescription.

Mais le Conseil constitutionnel a considéré que « la différence de régime instaurée en la matière de prescription, par les dispositions critiquées dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique ». Pour cette raison, celui-ci a déclaré non conforme à la Constitution les dispositions votées<sup>214</sup>.

En conséquence, l'article 6-V du texte de loi promulgué énonce que la prescription est « acquise dans les conditions prévues par l'article 65 de ladite loi ».

Le délai de prescription en matière de presse s'avère donc excessivement court. Cet excès d'exigences se retrouve également au moment de la qualification de l'infraction.

## 2. Une qualification soumise à de précises exigences

L'article 53 de la loi du 29 juillet 1881 indique que, à peine de nullité de la citation, celle-ci doit préciser et qualifier le fait incriminé, c'est-à-dire désigner l'infraction que ce fait constitue et viser le texte de loi applicable à la poursuite. Cette même exigence s'impose au réquisitoire du ministère public qui requiert l'ouverture d'une information.

La citation fixe définitivement l'objet, la nature et l'étendue de la poursuite. En cas d'erreur, le juge ne peut pas requalifier l'infraction poursuivie, contrairement à ce qui se passe au civil. Tout visa incomplet ou irrégulier est donc sanctionné par la nullité de la citation ou de la plainte. Cette nullité, d'ordre public, n'atteint cependant que les poursuites en cours, ce qui permet éventuellement au plaignant de recommencer la procédure si l'infraction n'est pas prescrite, cas rarissime. Ces règles sont de jurisprudence constante.

Ces exigences particulièrement contraignantes obligent le plaignant et ses avocats à une extrême minutie dans la rédaction de l'acte de poursuite. Elles sont destinées à garantir les droits de la défense en lui permettant de connaître avec certitude l'infraction reprochée et d'être à même d'apporter la preuve des faits diffamatoires, Elles constituent cependant des pièges importants pour les victimes. Ce travail de qualification et de visa soulève parfois en

---

<sup>214</sup> Cons. Constit., 10 juin 2004, n°2004-496 DC.

effet de sérieuses hésitations quand les faits n'appellent pas clairement soit la qualification d'injure ou de diffamation, soit la qualification de diffamation envers une personne publique ou envers une personne privée.

Ainsi, deux difficultés surviennent plus fréquemment pour la victime : les erreurs de qualification liées à la personne diffamée (personne publique ou personne privée ?) (a), et les erreurs liées à l'incertitude sur le délit poursuivi (diffamation ou injure ?) (b).

#### a - Les difficultés de qualification liées à la personne diffamée : les articles 31 et 32 de la loi de 1881.

L'obligation de bien cibler les poursuites se révèle particulièrement délicate dans l'hypothèse de recours à l'article 31. Celui-ci réprime la diffamation en considération de la victime, en l'occurrence l'une des personnes limitativement énumérées à l'article 31 - membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'Etat, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, un juré ou un témoin -. Si la diffamation commise contre ces personnes concerne leur vie privée (article 31-2), c'est l'article 32 qui doit être visé.

La victime doit donc d'abord s'assurer qu'elle relève bien de la liste de l'article 31, ce qui n'est pas toujours évident, notamment si elle fait partie de la catégorie des « dépositaires ou agents de l'autorité publique » ou des « citoyens chargés d'un service public ». L'abondante jurisprudence suscitée par les problèmes d'interprétation de ces catégories atteste des difficultés rencontrées. Et même si la qualité ne fait pas de doute, encore faut-il qu'elle soit atteinte à raison de ses fonctions (visa de l'article 31) et non de sa vie privée (visa de l'article 32).

#### b - Les difficultés de qualification liées à l'incertitude sur le délit poursuivi : diffamation ou injure<sup>215</sup>.

La frontière entre la diffamation et l'injure est souvent délicate à établir, mis à part le critère de base qui les distingue - la référence ou l'absence de référence à un fait précis -. Certaines

---

<sup>215</sup> Sur le sujet, VIRIOT-BARRIAL (D.), « A la découverte de la notion d'injure et de diffamation », in *Liberté de la presse et droit pénal*, XIIes Journées de l'Association française de droit pénal en hommage au Doyen Fernand Boulan, Aix-en-provence, 17 et 18 mars 1994 (PUAM, 1994), p. 35.

expressions semblent être en elles-mêmes injurieuses, le terme de « voleur » par exemple. Et pourtant il peut être considéré par le juge comme injurieux ou diffamatoire, selon qu'il est employé dans l'abstrait ou par référence à un contexte précis. A ce propos, M. Domindo s'exprime en ces termes : « les zones qui séparent l'injure de la diffamation et, au sein de ces deux catégories, les différentes variétés qui les constituent, ne dessinent pas des frontières nettes mais des franges indécises (...). En reprenant un méchant « bon mot » de Voltaire sur Marivaux, il s'agit bien souvent pour la partie poursuivante de « peser des œufs de mouche dans des balances de toile d'araignée » »<sup>216</sup>.

Dans l'incertitude, la victime n'a pas la possibilité de se replier sur une qualification alternative ou cumulative : un même fait ne peut être poursuivi comme diffamatoire ou injurieux, ou comme diffamatoire et injurieux. Cette règle est sanctionnée par la nullité de la citation. La Cour de cassation a ainsi affirmé le choix nécessaire de la victime : nul ne peut ses soustraire à « l'obligation impérative de qualifier les faits par un artifice en engageant simultanément deux poursuites distinctes fondées sur un même fait qualifié différemment dans chacune d'elles »<sup>217</sup>.

Enfin, l'obligation de domiciliation est également sévère sur certains points.

### 3. La sévère obligation de domiciliation

L'alinéa 2 impose, à peine nullité, la notification de l'acte à l'autre partie, au ministère public et l'élection de domicile. On peut se demander s'il est nécessaire en l'espèce de déroger au droit commun de la procédure civile et pénale. Ne serait-il pas possible de se contenter de renvoyer aux codes de procédure respectifs, selon la nature de l'instance en cours ? Il n'est pas forcément nécessaire que toutes les règles procédurales de la loi de 1881 soient dérogatoires. D'ailleurs, pour tout ce qui n'est pas spécialement prévu par ce texte, la Cour de cassation renvoie au Code de procédure pénale ou au nouveau Code de procédure civile. (par exemple pour le régime des nullités). L'article 53 de l'alinéa 2 témoigne donc de la survivance d'un passé révolu<sup>218</sup>.

La signification de la citation à la partie adverse n'est pas à remettre en cause, bien qu'elle fasse redondance avec les articles 550 du Code de procédure pénale et 55 du nouveau Code de

---

<sup>216</sup> DOMINDO (M.), « Atteintes à la réputation : la protection judiciaire pénale », in *Gaz. Pal.*, 1994 (2<sup>o</sup> sem.).

<sup>217</sup> Cass. Crim., 14 mai 1979.

<sup>218</sup> Voir les explications de LECUYER (G.), *Liberté d'expression et responsabilité*, Dalloz, 2006, p.278.

procédure civile. En revanche, les deux autres exigences sont des dérogations inutiles pour le défendeur et dangereuses pour le demandeur.

La notification (signification) de la citation au ministère public assure son information quant à l'existence d'une action en responsabilité fondée sur un délit pénal prévu par la loi de 1881. Certes, sa présence n'est pas inconcevable dans une instance civile et encore moins dans une instance pénale. Cependant, cette forme dérogatoire n'est pas forcément nécessaire. L'ordre public ne semble pas plus malmené par une diffamation ou une injure qu'en cas de meurtre ou de viol. Il serait donc possible de s'en remettre au droit commun de la procédure pénale qui prévoit uniquement une obligation d'information en cas d'information judiciaire effectuée par le juge d'instruction<sup>219</sup>.

Enfin, selon G. Lecuyer, l'élection de domicile dans la ville de la juridiction saisie s'avère encore plus en porte-à-faux à la lumière de l'histoire<sup>220</sup>. Rien n'explique que cette disposition soit maintenue dans le droit positif.

Pour ces raisons, le deuxième alinéa de l'article 53 pourrait être supprimé.

D'autres exigences procédurales apparaissent très, trop strictes, dont certaines interviennent en cours d'instance.

### **B. L'excès des exigences procédurales en cours d'instance**

Nous nous concentrerons sur les difficultés relatives à la preuve du fait diffamatoire.

D'après la lettre de la loi de 1881, le seul moyen de défense pour le prévenu qui souhaite échapper à une condamnation consiste à apporter la preuve de la vérité du fait diffamatoire. Cette preuve, comme son nom l'indique, est limitée aux seuls délits de diffamation. C'est l'infraction la plus souvent commise en pratique - 80% des infractions de presse -.

---

<sup>219</sup> L'article 86 alinéa 1 du Code de procédure pénale prévoit que le juge d'instruction doit informer le ministère public de la plainte afin qu'il prenne ses réquisitions. En cas de citation directe, le Code de procédure pénale est silencieux. L'information du ministère public résulte alors du greffé qui l'avertit afin d'enrôler l'affaire ; l'acte introductif d'instance, comme les écritures postérieures d'ailleurs, sont mis à la disposition du parquet par le tribunal.

<sup>220</sup> LECUYER (G.), *Liberté d'expression et responsabilité*, Dalloz, 2006, p.279.



Les règles de procédure de la preuve du fait diffamatoire sont particulièrement strictes.

L'administration de la preuve, lorsqu'elle est autorisée, et de la contre preuve, est enfermée dans une procédure très rigide. Ce formalisme répond à un but légitime : éviter des accusations sans preuves, à la légère. Aussi, l'interprétation par la Cour de cassation des dispositions des articles 55 et 56 est également très stricte.

L'article 55 impose au prévenu de faire signifier au ministère public ou au plaignant, dans un délai de dix jours après la signification de la citation, à peine de déchéance, les faits articulés et qualifiés dans la citation dont il entend prouver la vérité, la copie des pièces, les noms, professions et demeure des témoins qu'il souhaite faire déposer. Cette signification contient l'élection de domicile.

Outre les formalités nombreuses, la brièveté du délai impose en réalité au prévenu de posséder, au moment même où il écrit ou prolifère l'imputation diffamatoire, tous les éléments de preuve de celle-ci. Son dossier doit être prêt, faute de quoi ses chances sont réduites, le non-respect du délai aboutissant à sa déchéance.

Il en va de même pour la contre preuve : le plaignant ou le ministère public, dont on peut penser qu'ils possèdent tous les éléments du dossier, ne peuvent rapporter la preuve contraire que dans les cinq jours suivants la signification de l'offre de preuve, à condition de se soumettre aux mêmes conditions de forme que pour la preuve (article 56). Le respect de ces exigences est capital : à l'audience, où tout se joue, le débat sur la vérité ne peut se faire par d'autres moyens que ceux signifiés.

La procédure en matière de presse se révèle donc excessivement dérogatoire au droit commun. Il serait possible de la réaménager quelque peu.

## **II – Un réaménagement procédural possible**

Tout en conservant une procédure spécifique nécessaire à la protection de la liberté d'expression, il apparaît néanmoins de procéder à quelques aménagements procéduraux. Une procédure excessivement dérogatoire telle qu'elle existe aujourd'hui est contestable. Il ne

s'agit donc pas de basculer dans la procédure pénale de droit commun, encore moins dans celle de droit civil ; il s'agit de remédier à certains « pièges procéduraux » excessifs<sup>221</sup>.

Nous nous attarderons sur les aménagements possibles quant au délai de prescription (A) et à la qualification de l'infraction (B)

### **A. L'aménagement possible du délai de prescription**

Il serait nécessaire de réfléchir à un allongement du délai de prescription<sup>222</sup>, d'autant plus que de nombreux actes doivent être effectués dans ce délai<sup>223</sup>.

Ce problème de la prescription trimestrielle devrait être clairement abordé par le législateur.

G. Lecuyer propose plusieurs solutions afin d'agir sur ce délai.<sup>224</sup> Si l'allongement du délai de procédure en est une, il propose également l'instauration d'un système de double délai, à l'imitation de la loi de 1819. Une fois le délai interrompu par un acte de poursuite valable, c'est un autre délai plus long qui court durant l'instance. Le délai d'un an de la loi de 1819 paraît en effet adapté aux longueurs des procédures actuelles.

Mais il considère que le remède n'est parfait. Il permet de mettre fin à la nécessité de réassigner, mais pas à l'extinction de l'action par la suite d'un jugement prononçant une nullité de procédure. Ce résultat pourrait peut en réalité être obtenu par une modification de la rédaction de l'alinéa 1 de l'article 65 : celui-ci n'accorde qu'un effet interruptif au premier acte de poursuite. Il faudrait lui ajouter un effet suspensif jusqu'à la décision définitive comme dans les instances civiles non soumises à la loi de 1881.

Un aménagement est également possible quant aux conditions de la qualification de l'infraction.

---

<sup>221</sup> DE BELLESCIZE (D.), « La loi du 29 juillet 1881 à l'aube de l'an 2000 », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas/Paris II, Dalloz 2000, p. 1413.

<sup>222</sup> KIEJMAN (G.), « Un regard sur la rénovation de la procédure en matière de presse », in *Légicom* n°35 2006/1, p.39.

<sup>223</sup> Ainsi, même la dénonciation au parquet doit être faite non pas avant l'ordonnance de clôture, ce qui était admis jusque là, mais dans le délai de la prescription trimestrielle.

<sup>224</sup> LECUYER (G.), *Liberté d'expression et responsabilité*, Dalloz, 2006, p. 276 et s.

## **B. Un aménagement possible des conditions de qualification de l'infraction**

Comme le suggère G. Lecuyer, une interprétation différente des causes communes de nullité des articles 50 et 53 serait possible.

Les textes n'impliquent pas la qualification exclusive. On peut penser que rien n'interdit les qualifications subsidiaires, pourvu que le demandeur qualifie et vise clairement et séparément, en fonction de textes différents, les expressions litigieuses. C'est ce que la jurisprudence et la doctrine ont d'ailleurs pensé pendant un certain temps.

Pendant les premières décennies de l'application de la loi de 1881, la chambre criminelle ne sanctionnait pas la citation dans laquelle le demandeur visait un ensemble de faits sous deux incriminations, soit que dans cet ensemble il y ait eu effectivement place pour deux qualifications<sup>225</sup> ; soit que la qualification dont il était demandé l'application soit apparue sans ambiguïté<sup>226</sup>. Mieux encore, elle se refusait à faire censurer des citations qui comportaient la double qualification de diffamation envers une personne publique et envers une personne privée<sup>227</sup>.

Il ressort ainsi de ces décisions que, à l'époque, il était nécessaire d'attribuer une qualification, mais que ceci suffisait. S'il y avait d'autres qualifications envisageables et invoquées, il était du devoir du juge de qualifier exactement les faits reprochés.

Ces décisions avaient d'ailleurs le soutien de certains auteurs<sup>228</sup>. Matter et Rondelet pensaient en effet qu'il fallait admettre des tempéraments à l'exigeante obligation de qualification lorsque celle-ci est particulièrement délicate. Ils soutenaient que procéduralement, il fallait accorder la liberté au plaignant de donner subsidiairement une seconde qualification au cas où la première serait infondée.

Bien plus, Le Poittevin, s'appuyant sur des arguments exégétiques, considérait que l'on pouvait en toute hypothèse utiliser la technique des qualifications subsidiaires dans la citation. C'était également de manière assouplie que l'exigence de visa était mise en œuvre.

---

<sup>225</sup> Cass. Crim., 20 novembre 1909, Bull. crim. n° 547 ; Cass. Crim., 13 mai 1898, Bull. crim. n° 187 (3<sup>ème</sup> branche).

<sup>226</sup> Cass. Crim., 11 janvier 1917, Bull. Crim. n° 17.

<sup>227</sup> Cass. Crim., 3 août 1883, Bull. crim. n° 198.

<sup>228</sup> Cité dans BARBIER, *Code expliqué de la presse*, t2, 1911, n°915.

Ce constat historique amène à douter de la pertinence du droit positif actuel. Sanctionner par une nullité un acte qui qualifie subsidiairement sous plusieurs incriminations un comportement paraît excessif.

Le juge devrait recouvrer son empire, ce qui éviterait le piège de la prescription dans certains cas de figure où l'exacte qualification est difficile à affirmer.

Une réserve toutefois réside dans le fait de ne pas pouvoir porter en justice des expressions illicites et affirmer simplement qu'il y a injure ou diffamation ; ceci ne répond pas à l'exigence de précision. Cette obligation impose un travail de caractérisation in concreto de chacun des éléments constitutifs de l'infraction qui est imputée au prévenu.

## **SECTION II : L'AMELIORATION NECESSAIRE DU DROIT SUBSTANTIEL DE LA PRESSE**

Le droit substantiel de la presse devrait être entièrement revu. Ce serait l'occasion non seulement de renforcer la liberté de la presse (I), mais également les droits des victimes (II).

### **I Un renforcement légitime de la liberté de la presse**

La liberté de la presse se trouverait renforcée si la cohérence de la loi de 1881 était améliorée (A). La protection de la liberté de la presse permettrait également de renforcer cette liberté (B).

#### **A. Un renforcement de la cohérence du droit de la presse**

Ce renforcement de la cohérence du droit de la presse par une réorganisation des infractions contenues dans loi de 1881. Certaines de ces infractions doivent être dépenalisées (1) ; la diffamation et l'injure publiques doivent être maintenues dans la loi de 1881 (2) ; enfin, certaines devraient être transférées dans le Code pénal (3). Nous insisterons davantage sur ce dernier point.

### 1. La dépenalisation nécessaire de certaines infractions de presse

Nous l'avons vu dans le premier chapitre de la première partie, certaines infractions contenues dans la loi du 29 juillet 1881 devraient être dépenalisées totalement : il s'agirait d'une forme ponctuelle de dépenalisation. Son notamment concernées l'offense au Président de la République prévue à l'article 26 de la loi, et l'outrage contre les agents diplomatiques étrangers, prévue par l'article 37 de cette même loi.

Une réflexion devrait être engagée quant au délit de fausse nouvelle tel qu'il est actuellement incriminé à l'article 27 de la loi de 1881 et quant à d'autres délits tombés quasiment en désuétude ou pouvant paraître contraire aux exigences de l'article de la Convention EDH (article 40).

La diffamation et l'injure devraient en revanche être maintenues dans la loi du 29 juillet 1881.

### 2. Le maintien légitime de la diffamation et de l'injure dans la loi de 1881

Comme nous l'avons vu dans le deuxième chapitre de la première partie, la diffamation et l'injure doivent être maintenues dans la loi de 1881 afin non seulement d'être soumises au régime répressif, mais également de bénéficier de la procédure dérogatoire prévue par cette même loi. Ces infractions sont le cœur du droit de la presse, elles constituent l'essentiel du contentieux de la presse, elles doivent donc être maintenues, également dans une considération symbolique - mais considération secondaire - dans la loi du 29 juillet 1881.

En revanche, il est d'autres infractions dont la place est peut être davantage dans le Code pénal.

### 3. Le transfert bienvenu de certaines dispositions dans le Code pénal

Tout d'abord, les infractions de presse à caractère discriminatoire<sup>229</sup> devraient être transférées dans le Code pénal<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> On entend par là les provocations à la discrimination, à la haine ou à violence et provocations à raison du sexe, de l'orientation sexuelle ou du handicap (art. 24 alinéa 8 et 9 de la loi du 29 juillet 1881) ; la contestation de crime contre l'humanité (article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881) ; les diffamations et injures raciales ou

Tout d'abord, concernant les infractions à caractère raciste ou xénophobe, à une époque où le législateur attache autant d'importance à la lutte contre le racisme, il peut paraître surprenant de constater que la diffamation et l'injure publiques à motif raciste, jugées suffisamment graves pour être assorties d'une peine d'emprisonnement, constituent des infractions de presse bénéficiant du régime de faveur propre à celles-ci. En effet, de par leur caractère discriminatoire, ils appellent une répression renforcée et ne doivent pas bénéficier du régime favorable de la loi de 1881. Certes à leur égard, le délai de prescription est porté à un an par l'article 65-3 de la loi de 1881<sup>231</sup>, mais cela reste inférieur à la prescription de droit commun. Mais c'est davantage la preuve que le législateur considère que ces infractions doivent être soumises à une répression renforcée par rapport aux autres infractions de presse. A partir de ce moment là, il aurait été envisageable de revenir au droit commun et donc à la prescription de trois ans applicable en matière correctionnelle.

Pour reprendre les propos de E. Dreyer, « comment le législateur peut-il justifier la solution de faveur qui continue à s'appliquer en cas de publication de propos provoquant à la discrimination, à la haine ou à la violence, contestant l'existence des crimes contre l'humanité, diffamant ou injuriant autrui à raison de sa race ou de sa religion ? ». Ce délai signifie en effet que tous ceux qui véhiculent le racisme, le sectarisme et le négationnisme continuent à bénéficier d'un régime dérogatoire.

Rien ne permet de justifier ce traitement de faveur. Au mieux, on peut reprendre ici les arguments déjà avancés pour défendre la prescription trimestrielle. Or ils apparaissent encore plus dérisoires à l'égard de tels contenus. Pour expliquer cette dérogation au droit commun, De Serres est régulièrement évoqué, qui, en 1819, affirmait que « le journal du lendemain efface dans les esprits les nouvelles de la veille ; et trois mois après, les esprits ont, par l'accumulation quotidienne de ce qu'ils ont lu, oublié ce qui avait été alors publié. C'est aussi la raison du caractère instantané de l'infraction de presse. ».

---

sectaires (articles 32 alinéa 2 et 33 alinéa 3 de la loi du 29 juillet 1881) et les diffamations et injures à raison du sexe, de l'orientation sexuelle ou du handicap (articles 32 alinéa 3 et 33 alinéa 4 de la loi du 29 juillet 1881).

<sup>230</sup> Sur l'ensemble de ces réflexions : DREYER (E.), L'allongement du délai de prescription pour la répression des propos racistes ou xénophobes », in *Légicom* n°35, 2006/1, p.107 et s ; DETRAZ (S.), « La répression des infractions de presse à caractère discriminatoire », in *La loi du 29 juillet 1881 et le droit pénal commun, faut-il maintenir les spécificités du droit pénal de la presse ?*, in Journée d'étude de l'Institut de sciences criminelles, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 28 janvier 2011.

<sup>231</sup> L'article 65-3 est issu de la loi du 9 mars 2004, dite loi Perben II.

Mais si l'infraction se consomme instantanément, on ne peut affirmer qu'elle est aussitôt oubliée. Ces infractions peuvent être considérées comme ayant un caractère permanent et dont les effets survivent après leur consommation.

Il est également soutenu qu'il ne faut pas surcharger les journalistes d'archives pendant trop longtemps. Mais l'argument ne vaut qu'en cas de poursuites pour diffamation lorsque l'exceptio veritatis est recevable. Or elle ne l'est jamais dans les hypothèses en question.

De la même façon, la caractère raciste, sectaire et négationniste des propos en cause est incompatible avec une quelconque bonne foi.

Quant au risque de dépérissement des preuves, il ne semble pas être plus grand pour ces infractions que pour celles de droit commun.

Enfin et surtout, il est contestable que la publication de ce type de propos soit considérée comme plus légitime que, par exemple, la publication d'images ou conversations téléphoniques dont la captation a été réalisée dans des conditions portant atteinte à l'intimité de la vie privée<sup>232</sup> ou que la publication de commentaires tendant à exercer des pressions en vue d'influencer les déclarations des témoins ou une décision de justice à intervenir<sup>233</sup>. Ces deux infractions sont, comme beaucoup d'autres infractions de provocation commises par voie de presse, soumises à la prescription triennale de l'article 8 du Code de procédure pénale.

A l'instar de ces incriminations, il semble que si l'on doit déroger à la prescription trimestrielle de l'article 65 de la loi de 1881, c'est pour revenir au droit commun et non pour introduire des dérogations qui rendent le dispositif pénal totalement illisible.

E. Dreyer affirme ainsi que « c'est le seul moyen de convaincre les citoyens que les propos racistes, sectaires ou révisionnistes ne constituent ni des informations, ni de des opinions. Ce sont des infractions qui ne diffèrent pas dans leur dangerosité des violences commises avec le même mobile. Elles y conduisent d'ailleurs insidieusement. ».

Ces infractions devraient donc rejoindre le Code pénal, à l'instar d'autres infractions dites « d'expression »<sup>234</sup>. La présence aujourd'hui dans le Code pénal de délits d'expression est due à un jugement de valeur porté par le législateur. Celui-ci les traite moins comme des limites à

---

<sup>232</sup> Art. 226-2 du Code pénal.

<sup>233</sup> Art. 434-16 du Code pénal.

<sup>234</sup> LEPAGE (A.), « Le Code pénal et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Opinio doctorum, Dalloz 2009 p.135et s.

la liberté d'expression auxquelles il faut apporter des garanties, que comme des atteintes à des valeurs suffisamment importantes pour les soumettre au droit commun de la répression. Les restrictions de la liberté d'expression qui en résultent ne justifient ainsi aucune atténuation des rigueurs du droit commun. Mieux, le législateur va utiliser ce qui, dans le droit dérogatoire de la presse, peut être favorable à la répression, par l'identification facilitée des auteurs des infractions : il étend à ces dernières les règles de la responsabilité pénale en cascade. Ce régime conviendrait parfaitement aux infractions à caractère discriminatoire, dont la valeur protégée semble être davantage commune à celles contenues dans le Code pénal qu'à celles du droit de la presse.

Dans un souci de cohérence, leur introduction dans le Code pénal doit être réfléchie. Les provocations pourraient être placées à proximité des crimes ou délits dont elles sont à l'origine ; les diffamations et injures à caractère discriminatoire pourraient l'être dans la section 1 du chapitre 5 du livre du titre II du livre II du Code pénal ; ce chapitre est relatif aux « atteintes à la dignité de la personne », et la section 1 concerne plus particulièrement les discriminations.

Enfin, d'autres infractions introduites en 2000 dans la loi du 29 juillet 1881 semblent protéger des valeurs se rapprochant davantage de celles prises en compte par le droit pénal commun que de celles du droit de la presse.

On pense notamment à certaines infractions introduites par la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes. Il s'agit tout d'abord de l'infraction contenue dans l'article 35 quater, protégeant la dignité des victimes d'infractions ; de l'infraction contenue dans l'article 39 quinquies, destinée à protéger l'identité des victimes d'agressions ou d'atteintes sexuelles ; enfin, de l'infraction contenue dans l'article 39 bis introduite pour protéger l'identification des mineurs.

Il est possible de penser que ces infractions relèvent davantage de valeurs communes au Code pénal (protection de la victime, du mineur...) que de valeurs propres à la presse.



Une réflexion globale devrait être engagée quant à une réorganisation de l'ensemble des dispositions du droit pénal de la presse, des infractions d'expression contenues dans le Code pénal, et dans des lois annexes, afin d'amener une cohérence qui manque cruellement en la matière.

Les abrogations passées et potentiellement à venir de la loi de 1881, suite à leur censure répétée de la part des juges européens entraînent et entraîneraient certaines incohérences dans cette loi.

D'ores et déjà, il semble particulier qu'il résulte, par exemple, que désormais la loi française réduise les chefs d'Etat étrangers au rang de simple particulier et qu'ils bénéficient ainsi d'une protection moindre que les maires de France, qui eux bénéficient d'une protection au titre de l'article 31 de la loi 1881<sup>235</sup>.

Et la même remarque pourrait être soulevée à propos du Président de la République en cas d'abrogation du délit d'offense au Président de la République.

Il serait donc utile que la législation française relative à la presse fasse l'objet d'une refonte globale visant à se mettre en conformité, de manière cohérente, avec la jurisprudence développée par la Cour européenne.

Enfin, cette cohérence devrait également être renforcée entre les sanctions pénales. Il apparaît conforme aux exigences européennes que les infractions à caractère discriminatoires bénéficient d'une sanction pénale renforcée (peines d'emprisonnement). Mais on peut douter de la légitimité de la persistance de peines d'emprisonnements pour certaines infractions auxquelles manque cet élément « discriminatoire ». On pense ainsi à certaines provocations à crimes et délits (atteintes à la vie, à l'intégrité physique, agressions sexuelles, vols, extorsions, destructions, dégradation, terrorisme)<sup>236</sup>, ou à l'interdiction d'annonces publiques de souscriptions pour indemniser les amendes, frais et dommages et intérêts prononcés par des juridictions pénales, prévue à l'article 40 de la loi<sup>237</sup>.

---

<sup>235</sup> Art. 31 : « Sera punie de la même peine, la diffamation commise par les mêmes moyens, à raison de leurs fonctions ou de leur qualité, envers un ou plusieurs membres du ministère, un ou plusieurs membres de l'une ou de l'autre Chambre, un fonctionnaire public, un dépositaire ou agent de l'autorité publique, un ministre de l'un des cultes salariés par l'Etat, un citoyen chargé d'un service ou d'un mandat public temporaire ou permanent, un juré ou un témoin, à raison de sa déposition.

La diffamation contre les mêmes personnes concernant la vie privée relève de l'article 32 ci-après. ».

<sup>236</sup> Ces infractions sont punies de cinq ans d'emprisonnement.

<sup>237</sup> Ces infractions sont punies de six mois d'emprisonnement et/ou de 45 000 euros d'amende.

La liberté de la presse sortirait renforcée de ce gain de cohérence. Une autre façon de renforcer cette liberté serait de davantage la protéger, notamment par une évolution du régime l'exceptio veritatis.

## **B. Un renforcement de la protection de la liberté de presse par une évolution de l'exceptio veritatis**

En matière de diffamation, la possibilité de rapporter la preuve de la vérité des faits, ou « exceptio veritatis » est proclamée par l'article 35 de la loi de 1881. Mais cet article énonce trois hypothèses dans lesquelles cette preuve est impossible, dont l'une a été condamnée par la Cour européenne.

Le premier cas dans lequel la vérité des faits diffamatoires ne peut être prouvée ne semble pas poser de difficulté majeure, puisqu'il s'agit des imputations concernant la vie privée de la personne.

L'interdiction de prouver la vérité des faits lorsque l'imputation se réfère à des faits qui remontent à plus de dix années, deuxième cas prévu par la loi de 1881, soulève un problème dans le cadre d'un débat historique : elle peut constituer une véritable entrave pour l'historien. Le délai de dix ans abouti en effet parfois à un quasi-déni de justice, si une personne mise en cause à l'occasion du récit d'évènements historiques remontant à plus de dix ans ne peut se défendre qu'en évoquant ces évènements pour rétablir la vérité.

Même si dans la réalité l'interdiction est souvent transgressée, il faudrait lever dans ce domaine l'interdiction de la preuve de la vérité<sup>238</sup>.

Le désir de ne pas rouvrir sans cesse des débats concernant un passé censé être devenu lointain, pas plus que le scepticisme quant à l'exactitude des souvenirs qu'en auraient les témoins, ne peuvent convaincre, dès lorsqu'est en cause un débat sur une question d'intérêt public. L'oubli et le silence que prescrit ainsi la loi sont en effet nocifs pour le débat démocratique et pour la société dans son ensemble.

---

<sup>238</sup> G. Levasseur propose « une exception de vérité historique » dans LEVASSEUR (G.), « Réflexions sur l'exceptio veritatis », in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, LGDJ, 1990, p. 111.

Ainsi, pour reprendre les termes de P. Wachsmann, « l'incertitude des témoignages ne peut être posée absolument, de sorte que le rapport raisonnable de proportionnalité entre les restrictions opposées à la liberté d'expression des requérants et l'objectif légitime poursuivi paraît rompu au moins autant que dans l'affaire Colombani<sup>239</sup> ».

Les instances européennes invitent fortement la France à une modification de ces exceptions, et notamment de la deuxième - impossibilité de rapporter la preuve de faits qui remontent à plus de dix années -.

La Cour européenne considère depuis longtemps qu'en cas de procédure pénale, les journalistes doivent avoir la possibilité de prouver la véracité de leurs déclarations de fait (*exception veritatis*) et de s'exonérer ainsi de leur responsabilité pénale.

Ainsi, le rapporteur de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme du 25 juin 2007<sup>240</sup> s'étonne des dispositions de l'article 35 de la loi française sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 qui prévoit de nombreuses exceptions, cas dans lesquels il n'est pas autorisé d'apporter la preuve de la vérité de faits diffamatoires en vue de mettre fin aux poursuites.

Le rapporteur soulève notamment qu'il est injustifié de ne pas permettre à l'inculpé de prouver la véracité de faits diffamatoires dès lors que l'imputation se réfère à des faits vieux de plus de dix ans. Il souligne que « bien au contraire, c'est souvent à l'issue de délais assez longs que les témoignages font surface ou que les documents sont accessibles et permettent de faire toute la lumière sur certains faits ». Selon lui, une analogie avec la jurisprudence développée par la Cour dans l'arrêt *Colombani*<sup>241</sup> peut être faite et l'on peut penser que la Cour européenne considérerait cette disposition non conforme à la Convention EDH : « En effet, dans cette affaire la Cour a considéré que le régime exorbitant applicable aux offenses à l'égard des chefs d'Etat étrangers, qui à l'inverse du droit commun interdisait de prouver la véracité des faits, était non conforme avec les dispositions de l'article 10 de la Convention EDH ».

---

<sup>239</sup> CEDH, 25 juin 2002, *Colombani et autres c/France*, requête n° 51279/99.

<sup>240</sup> Rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme du 25 juin 2007, « Vers une dépenalisation de la diffamation, doc. 11305.

<sup>241</sup> CEDH, 25 juin 2002, *Colombani et autres c/France*, requête n° 51279/99.

C'est effectivement ce qu'elle a jugé dans l'arrêt « Mamère contre France » du 7 novembre 2006<sup>242</sup>.

Cité devant le tribunal correctionnel de Paris pour diffamation publique envers un fonctionnaire, M. Mamère a été condamné, à ce titre, le 11 octobre 2000. Sa condamnation a été confirmée en appel un an plus tard, le 3 octobre 2001, et le pourvoi en cassation rejeté le 22 octobre 2002<sup>243</sup>.

La Cour européenne a alors été saisie et elle s'est prononcée sur cette affaire en désavouant les autorités françaises. Celle-ci a estimé que la condamnation de M. Mamère pour diffamation constituait une violation de l'article 10 de la Convention EDH. Cet article dispose que « toute personne a droit à la liberté d'expression » mais permet des restrictions nécessaires dans une société démocratique, notamment en vue de garantir « la protection de la réputation ou des droits d'autrui ».

La question que devait trancher la Cour était donc de savoir si la condamnation de M. Mamère pour diffamation, constituait ou non une « mesure nécessaire ».

La Cour européenne a estimé que les propos tenus par M. Mamère « relevaient de sujets d'intérêt général ».

Elle a en outre jugé que « les propos en cause, certes sarcastiques, restent dans les limites de l'exagération ou de la provocation admissibles. » « Il ressort en effet de la jurisprudence que, si tout individu qui s'engage dans un débat public d'intérêt général - tel le requérant en l'espèce - est tenu de ne pas dépasser certaines limites quant - notamment - au respect de la réputation et des droits d'autrui, il lui est permis de recourir à une certaine dose d'exagération, voire de provocation, c'est-à-dire d'être quelque peu immodéré dans ses propos, » a précisé la Cour.

Surtout, la Cour européenne a critiqué l'impossibilité dans laquelle le député écologiste était placé de se défendre de l'accusation de diffamation en plaidant l'exception de vérité (*exceptio veritatis*) comme l'interdit, pour les faits remontant à plus de dix ans, l'article 35 de la loi de 1881. « Lorsqu'il s'agit d'événements qui s'inscrivent dans l'Histoire ou relèvent de la science, il peut au contraire sembler qu'au fil du temps, le débat se nourrit de nouvelles

---

<sup>242</sup> CEDH, 7 novembre 2006, Mamère c/ France, (2<sup>o</sup>sect.), req. n°12697/03.

<sup>243</sup> Cass. Crim., 22 octobre 2002.

données susceptibles de permettre une meilleure compréhension de la réalité des choses, » a-t-elle estimé.

L'article 35 alinéa 3 b) de la loi de 1881 est donc contraire aux exigences européennes. Cette condamnation européenne nous semble opportune, pour les raisons évoquées précédemment. Pourtant, le législateur n'y a pas réagi pour le moment, mais il faut souligner qu'une question prioritaire de constitutionnalité relative à cette disposition est en cours d'examen devant le Conseil constitutionnel.

En effet, à l'occasion d'une procédure engagée devant le tribunal correctionnel de Paris du chef de diffamation publique envers un particulier, les juges amenés à statuer sur cette affaire ont été interrogés sur la conformité aux droits et libertés garantis par la Constitution de l'article 35 alinéa 3b) de la loi du 29 juillet 1881 qui interdit au prévenu de diffamation de rapporter la preuve de la vérité dès lors que l'imputation se réfère à faits datant de plus de dix ans.

En l'espèce, étaient mis en avant des atteintes à la liberté d'expression garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, au droit à un procès équitable et au respect des droits de la défense garantis par l'article 16 du même texte.

Ayant été jugée recevable<sup>244</sup>, la question a été transmise à la chambre criminelle de la Cour de cassation qui s'est assurée à nouveau que la disposition législative contestée était bien applicable au litige, qu'elle n'avait pas déjà été déclarée conforme à la Constitution et que l'interrogation avait un caractère sérieux ; elle a alors décidé le 15 mars 2011 qu'il y avait lieu de renvoyer cette question devant le Conseil constitutionnel<sup>245</sup>.

Ce dernier doit rendre très prochainement sa décision : le 10 mai 2011. Il sera alors intéressant de voir si celui-ci suit la condamnation européenne ou pas, tout en sachant qu'il se prononcera sur le fondement de la Constitution.

---

<sup>244</sup> TGI Paris, 17 décembre 2010.

<sup>245</sup> Cass. Crim., 15 mars 2011, n°10-90129.

Enfin, la dernière catégorie d'exclusions de l'exceptio veritatis concerne « un fait constituant une infraction amnistiée ou prescrite, ou qui a donné lieu à une condamnation effacée par la réhabilitation ou à la révision ».

L'interdiction de revenir sur des faits constitutifs d'infractions amnistiées ou prescrites ramène à la question de savoir s'il est légitime d'interdire de manière aussi forte de revenir sur le passé : le désir de promouvoir la paix sociale et la réconciliation peut-il aller jusqu'à prescrire le silence ? La Cour européenne a invité la France à « débattre ouvertement et sérieusement de sa propre histoire »<sup>246</sup>.

Cette même analyse vaut dans le cas où le condamné a été réhabilité, étant donné que le bien fondé de la condamnation pénale prononcée n'est pas remis en cause.

Quant à l'hypothèse des condamnations effacées par la révision, ou bien il aura été fait état de la révision et la bonne foi du diffamateur sera admise ; ou bien il n'en aura pas été fait mention et la bonne foi ne pourra être retenue, sans qu'il soit besoin de se placer sur le terrain de la preuve de la vérité des faits.

Ces modifications substantielles du droit de la presse permettraient un renforcement de la liberté de la presse. Une amélioration des droits des victimes est également possible, notamment par la réouverture mesurée de la responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil en matière de presse.

## **II Un renforcement opportun des droits des victimes**

La réouverture mesurée de la responsabilité civile en matière de presse serait opportune pour les victimes. Malgré l'exclusion progressive de cette possibilité (A), il convient de penser qu'une action subsidiaire fondée sur l'article 1382 du Code civil devrait être réouverte (B) aux victimes. Le droit de la presse trouvera sa légitimité renforcée.

---

<sup>246</sup> CEDH, 23 septembre 1998, Lehideux et Isorni c/ France, req. n°24662/94.

## **A. L'exclusion discutable de l'action civile en matière de presse**

Après avoir reconnu la possibilité d'agir au civil, la jurisprudence s'est peu à peu retrouvée devant un afflux de demandes. Ceci a eu pour conséquence de donner à la voie civile une importance de plus en plus grande au détriment de la voie pénale, quelque peu délaissée par les plaideurs en raison des embûches auxquelles elle les exposait. Cette inflation des actions civiles menaçait l'équilibre recherché par le législateur de 1881.

La Cour de cassation a réagi en faisant évoluer progressivement sa jurisprudence<sup>247</sup>.

Trois principales étapes sont à signaler, à rappeler très brièvement.

La Cour de cassation a d'abord obligé le juge civil, lorsqu'il est saisi sur la base de faits incriminés par la loi de 1881, à appliquer les règles de prescription et de procédure imposées par cette loi au juge pénal.

Elle a ensuite évincé l'article 1382 du Code civil comme fondement de l'action civile exercée sur la base de faits incriminés par la loi de 1881<sup>248</sup>.

Enfin, par un arrêt du 27 septembre 2005, la première chambre civile de la Cour de cassation est allée encore plus loin dans cette voie de l'éviction de l'article 1382 en l'étendant à « tout abus de la liberté d'expression envers les personnes »<sup>249</sup>.

Déjà des critiques s'étaient élevées à propos des arrêts d'Assemblée plénière de 2005. Il avait tout d'abord été objecté à la jurisprudence de l'Assemblée plénière qu'elle faisait prévaloir par principe la liberté d'expression sur la protection des droits de la personnalité alors que cette hiérarchie n'a aucune base dans les textes.

Liberté d'expression et droits de la personnalité sont en effet affirmés et consacrés non seulement par la Constitution française, mais aussi par la Convention EDH et par d'autres textes de portée internationale, qui ne prévoient aucune hiérarchie entre ces prérogatives.

L'intention des rédacteurs de la loi de 1881 avait été également mise en avant : leur volonté aurait été de maintenir intégralement l'application de l'article 1382 du Code civil pour tous

---

<sup>247</sup> Sur l'évolution de la jurisprudence : BIGOT (C.), « Le champ d'application de l'article 1382 du code civil en matière de presse », in *Liberté de la presse et droits de la personne*, Actes du colloque du 20 juin 1997, Dalloz, 1998, p.63 ; VINEY (G.), « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression », in *Mélanges B. Boulloc*, Dalloz, 2006, p.1165.

<sup>248</sup> Ass. Plén., 12 juillet 2000, Bull. Ass. Plén. N°8. ; D. 2000. somm. 463, obs. P. Jourdain ; CCE octobre 2000. 31, n°1°8, obs. A. Lepage ; JCP G 2000. II. 10352, note E. Derieux.

<sup>249</sup> Cass. 1<sup>ère</sup> Civ., 27 septembre 2005, Bull. civ. I, n°348 ; D. 2005. Jur. 768, note G. Lecuyer et 2006. Jur. 485, note T. Hassler ; RTD civ. 2006. 126, obs. P. Jourdain ; DREYER (E.), « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », in *Recueil Dalloz*, 2006, p.1337.

les faits constituant un abus de la liberté d'expression, qu'ils soient ou non incriminés pénalement. Cette intention résultait en effet clairement des travaux préparatoires de la loi, les parlementaires ayant à plusieurs reprises souligné que les principes de la responsabilité civile demeuraient applicables aux journalistes et qu'ils pourraient être mis en œuvre en cas d'infraction, tant devant le juge civil que devant le juge pénal.

Mais c'est aujourd'hui la quasi-suppression de la responsabilité civile prônée par la Première chambre civile qui prête à des interrogations.

Tout d'abord, il est possible de s'interroger sur la compatibilité de ces solutions jurisprudentielles avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Une décision du 22 octobre 1982<sup>250</sup> a condamné une disposition légale qui écartait toute responsabilité pour une catégorie de personnes sans prévoir aucun système d'indemnisation au profit des victimes de leurs fautes, si graves soient-elles. Une analogie peut être remarquée entre cette situation et celle que crée la jurisprudence de la Cour de cassation dans les rapports entre les journalistes et les victimes d'un abus de la liberté d'expression envers les personnes.

Dans le même sens, la décision du 9 novembre 1999 du Conseil constitutionnel peut être évoquée. Celui-ci qualifie d'« exigence constitutionnelle » le principe selon lequel « tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à la réparer »<sup>251</sup>.

Ces décisions font ainsi peser un fort soupçon d'inconstitutionnalité sur l'élimination de l'article 1382 du Code civil en cas d'« abus de la liberté d'expression prévue et réprimée par la loi du 29 juillet 1881 », (positions de l'assemblée plénière) et encore plus si cette mise à l'écart vise tout abus de la liberté d'expression envers les personnes (position de la 1<sup>ère</sup> chambre civile).

La position de la Première chambre civile conduit à déclarer l'action en responsabilité civile irrecevable devant le juge civil pour les abus de la liberté d'expression envers les personnes. La question peut alors se poser de savoir cela ne se heurte pas au principe du « droit à un procès équitable » au sens de l'article 6 de la Convention EDH, surtout dans les hypothèses où l'action civile devant le juge pénal est écartée par une disposition spéciale, comme l'article 46

---

<sup>250</sup> Cons. Constit., 22 octobre 1982, n°82-144 DC.

<sup>251</sup> Cons. Constit., 9 novembre 1999, n°99-419 DC.



de la loi du 29 juillet 1881. En effet, elle conduit alors à refuser à la victime tout recours en indemnisation, même en cas d'infraction pénale.

Enfin, la thèse du « système clos » de la loi du 29 juillet 1881<sup>252</sup> paraît excessive par rapport à la volonté des rédacteurs de la loi de 1881.

Consacrer au profit de la loi une exclusivité d'application reviendrait à définir tous les abus de presse et à ne pouvoir les atteindre que sur le modèle des prévisions de 1881<sup>253</sup>. La loi de 1881 n'a fait que prévoir les abus les plus graves, qu'elle a d'ailleurs érigés en infractions pénales, mais elle ne peut être interprétée comme les contenant tous et alors se considérer comme la seule référence à même de les sanctionner. L'application subsidiaire de la responsabilité civile ne peut donc être exclue.

L'absence de faute pénale en matière de presse ne permet pas de conclure automatiquement à une absence de quasi-délit. Il est difficile ainsi d'admettre que la non-incrimination de certains propos (portant, notamment, atteinte à l'honneur du seul défunt ou contenant des opinions blasphématoires ou racistes sans provocation) entraîne la mise à l'écart des délits et quasi-délits civils qui sont prévus aux articles 1382 et 1383 du Code civil sans aucune restriction. Le silence du texte pénal ne signifie pas nécessairement pour qu'il puisse être dérogé à un texte civil. Seule une disposition expresse de la loi pénale – au fondement constitutionnel aujourd'hui douteux – pourrait exclure cette indemnisation.

Ainsi, il paraît excessif de soutenir, que par sa nature même, le texte spécial exclurait une fonction complétive du droit civil, fonction que la jurisprudence a pourtant acceptée pendant plus d'un siècle.

La responsabilité pénale et la responsabilité civile semblent donc se rejoindre dans une compatibilité de principe.

Cette compatibilité de principe entre la loi sur la presse et la responsabilité civile mérite d'être précisée. Autant, la loi 1881 ne saurait déroger à la responsabilité civile, autant les principes civils ne sauraient avoir pour effet de contourner les dispositions propres au droit de la presse. Leur conciliation doit être opérée de manière complémentaire.

---

<sup>252</sup> CARBONNIER (J.), « Le silence et la gloire », in *Dalloz*, 1951, chron. 119.

<sup>253</sup> MAYAUD (Y.), « Les abus de la presse, ou de la part respective des responsabilités pénales et civiles », in *RSC*, 1996, p.119.

## **B. La réouverture conseillée de l'action civile**

La solution pourrait passer par la restauration du principe selon lequel tous les abus de liberté d'expression doivent être sanctionnés.

Il ne s'agit pas de restaurer l'article 1382 du code civil dans sa plénitude. Il ne s'agit pas non plus d'introduire des dommages et intérêts punitifs ou une quelconque peine privée fondée sur la faute lucrative des médias<sup>254</sup>. Toute faute ne peut s'analyser comme un abus de droit. C'est une faute particulière, qualifiée, qu'il appartient au juge de définir, au moins dans les hypothèses qui n'ont pas été régies par un texte particulier. E. Dreyer cite à cet égard un motif d'arrêt de cassation ayant tenté de définir en quoi peut constituer l'abus de liberté d'expression réparable sur un fondement purement civil. Il retenait l'abus « lorsque la présentation des thèses soutenues manifeste, par dénaturation, falsification ou négligence grave, un mépris flagrant pour la recherche de la vérité »<sup>255</sup>.

Cela signifie que, même à l'égard des comportements non intentionnels, qui ne semblent pas assez graves pour être incriminés, la liberté d'expression connaît des limites.

Mais il conviendrait alors de dégager une conception de la faute civile qui soit adaptée à la matière, c'est-à-dire qui tienne compte des contraintes pesant sur les journalistes dans l'exercice de leur mission d'information. Seul un véritable abus de la liberté d'expression devrait être sanctionné<sup>256</sup>.

Or, pour apprécier cet abus, plusieurs éléments pourraient être pris en compte dont le plus important est « l'utilité sociale de l'information ». Ainsi, pour une information touchant à l'intérêt général ou à un intérêt collectif de portée générale (l'intérêt des consommateurs, la défense de l'environnement, d'une minorité...), cette utilité étant importante, l'abus ne devrait être admis que si l'information donnée l'a été dans le but seul de nuire à une ou plusieurs personnes déterminées ou si elle est grossièrement erronée.

En revanche, pour une information destinée à satisfaire la seule curiosité du public, on pourrait admettre qu'une négligence ou une imprudence suffit.

---

<sup>254</sup> DREYER (E.), « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », in *JCP G n°43*, 2008, I 201.

<sup>255</sup> Cass. 1ère Civ., 15 juin 1994, Bull. civ. I, n°218.

<sup>256</sup> DREYER (E.), « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », in *Recueil Dalloz*, 2006, p.1337 ; VINEY (G.), « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p.1165.

D'autres considérations devraient entrer également en ligne de compte pour définir l'abus de la liberté d'expression, par exemple le genre de la publication (satirique ou non, politique, littéraire, artistique...).

En outre, l'abus ne pourrait pas être apprécié de la même façon lorsqu'il est invoqué à propos de l'expression d'une opinion ou de la relation d'évènements. Dans le premier cas, il faudrait effet tenir compte de la « liberté de critique », qui est un aspect essentiel de la liberté d'expression et qui doit entraîner une immunité presque totale, alors que, dans le second, un devoir d'objectivité s'imposerait.

Enfin, le juge pourrait également prendre en compte dans sa définition de l'abus les obligations de bonne foi, de loyauté, et d'honnêteté qui pèsent sur chacun. Il lui suffit de s'appuyer sur l'obligation de respecter autrui.

Autrement dit, la réouverture de la voie civile devrait s'accompagner d'un effort de définition de l'abus de la liberté d'expression. Elle induirait donc un système plus souple que celui du « tout pénal » car il reposerait essentiellement sur des appréciations judiciaires. Certes la souplesse présente des risques, notamment pour la sécurité juridique. Cependant, le contrôle de la Cour de cassation permettrait de donner aux juges du fond des indications, les plus claires et fermes possibles sur les critères qu'ils doivent prendre en compte pour caractériser « l'abus de la liberté d'expression ». Et cette action serait subsidiaire par rapport à l'action pénale.

## **CONCLUSION**

*« Il est parfois nécessaire de changer certaines lois mais le cas est rare, et lorsqu'il arrive, il ne faut y toucher que d'une main tremblante »<sup>257</sup>.*

Cette phrase empruntée à Montesquieu résume bien l'essentiel du débat quant à une éventuelle dépénalisation du droit de la presse.

Si une dépénalisation ponctuelle peut être envisagée, il n'en est pas de même d'une dépénalisation totale. Ce serait alors bouleverser de manière trop importante et injustifiée la philosophie du grand texte qu'est la loi du 29 juillet 1881. C'est le grief qui peut être fait à la proposition du rapport Guinchard, d'autant plus que celle-ci ne s'accompagne d'aucune mesure d'accompagnement.

Il faut résister à la tentation de dépénaliser sous prétexte de simplifier, c'est là un travers majeur du législateur actuel. La loi du 29 juillet 1881 procède d'un subtil équilibre entre la protection de la liberté de la presse et celle des droits d'autrui. Elle a également su s'adapter à l'évolution de la société et ses innovations technologiques. Certes un « ravalement » lui serait opportun, mais c'est alors justement « avec une main tremblante » qu'il faudrait le faire. Plus encore, c'est une réflexion d'ensemble en matière de droit de la presse qu'il conviendrait de mener.

Tout remettre à plat pour améliorer la cohérence de ce droit qui en manque cruellement.

Certains auteurs préconisent à ce titre une codification du droit de la presse, voire plus largement du droit de la communication<sup>258</sup>. Si cette œuvre va de pair avec refonte globale et une réflexion d'ensemble sur le droit de la presse, pourquoi pas ? Œuvre titanesque, certes, mais n'est-ce pas assez demander lorsque une des libertés les plus essentielles en démocratie est en jeu ?

---

<sup>257</sup> MONTESQUIEU, in *Lettres persanes/Lettre LXXIX*, 1721.

<sup>258</sup> Notamment E. DERIEUX.

## **BIBLIOGRAPHIE**

### **Ouvrages généraux**

ALLAND (D.) et RIALS (S.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 1<sup>ère</sup> édition 2003.

BARBIER, *Code expliqué de la presse*, t.1, 2<sup>o</sup> édition, 1911.

BEIGNIER (B.), DE LAMY (B.), DREYER (E.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Litec, 2009.

BOULOC (B.), *Droit pénal général*, Dalloz, 21<sup>o</sup>ed., 2009.

MAYAUD (Y.), *Droit pénal général*, PUF, 2010.

BIGOT (C.), *Connaître la loi de 1881*, Victoires Edition, 2004.

DERIEUX (E.), *Droit des médias*, LGDJ, 6<sup>o</sup> éd., 2010.

VERON (M.), *Droit pénal spécial*, Armand Colin, 12<sup>ème</sup> édition, 2008.

VOUIN (R.), *Droit pénal spécial*, Dalloz, 3<sup>o</sup>éd., 1971, n<sup>o</sup>228 ; 5<sup>o</sup>ed., 1983, par M.-L. RASSAT.

### **Thèses**

BEIGNIER (B.), *L'honneur et le droit*, LGDJ, 1995

LECUYER (G.), *Liberté d'expression et responsabilité*, Dalloz, 2006.

## Articles juridiques

ADER (B.), « Les règles de la loi de 1881 : entrave à la protection des personnes ou droit à un procès équitable ? », in *Les médias et l'Europe - Le contenu de l'information, Entre errance et uniformisation*, Univ. Nice-Sophia Antipolis, IDPD / CEDORE, 9 et 10 oct. 2008.

ADER (B.), « Le renforcement de la présomption d'innocence et l'aménagement du secret de l'instruction. L'extension des droits de la victime et la protection de la dignité », in *RSC*, 2001, p. 71

ADER (B.), « La vitalité de la loi du 29 juillet 1881 », in *Légicom* n°35, 2006/1, p. 105

ALBERT (P.), « Un siècle de liberté de la presse : que reste-il de la loi de 1881 ? », in *Revue de politique parlementaire*, suppl. au n°896.

AUVRET (P.), « L'évolution de la liberté de communication au regard du droit de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Les médias et l'Europe - Le contenu de l'information, Entre errance et uniformisation*, Univ. Nice-Sophia Antipolis, IDPD / CEDORE, 9 et 10 oct. 2008.

AUVRET (P.), « L'évolution du droit matériel de la presse », in *Mélanges J. Robert*, 1998, p.28.

AUVRET (P.), « Histoire et objet du droit de la communication », in *Jurisclasseur Communication*, fasc.1100.

AUVRET (P.), « Diffamation », in *JurisClasseur Communication*, fasc. 3130.

AUVRET (P.), « L'équilibre entre la liberté de la presse et le respect de la vie privée selon la Cour européenne des droits de l'homme », in *Gaz. Pal.*, 2005, n°102, p. 2 et s.

AUVRET (P.), « Le juge français peut-il s'opposer à une résistance aux solutions dégagées par la Cour européenne des droits de l'homme ? », in *Légicom* n°30, 2004/1, p.95 et s.

AUVRET (P.), « L'équilibre entre la liberté de la presse et le respect de la vie privée selon la Cour européenne des droits de l'homme », in *Gaz. Pal.*, 12 avril 2005 n°102, p.2.

AUVRET (P.), « La concordance entre la loi de 1881 et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Gaz. Pal.*, 2003, p.13 et s.

AUVRET (P.), « Communication et responsabilité civile. Différenciation des régimes juridiques », in *Jurisclasseur communication*, fasc.3700.

AUVRET (P.), « L'application du droit de la presse au réseau internet », in *JCP G*, n°5, 3 février 1999, I 108.

BIGOT (C.), « La Cour de cassation remet en cause l'uniformisation des procédures civile et pénale en matière de presse », in *Recueil Dalloz*, 2010, p.1673.

BIGOT (C.), « Les principes de la codification et la place de la loi de 1881 », in *Légicom* n°40, Convergence numérique, convergence juridique ?, p. 71.

BIGOT (C.), « Le champ d'application de l'article 1382 du code civil en matière de presse, in *Liberté de la presse et droits de la personne*, Actes du colloque du 20 juin 1997, Dalloz, 1998, p.63.

BIGOT (C.), « Contentieux de la presse, les errements de la commission Guinchard », in *Légipresse* n°254, p. 109.

BOCCARA (D.D.), « Compatibilité du statut spécial de la diffamation de la loi du 29 juillet 1881 et du régime de responsabilité de droit commun, un problème apparemment réglé », in *Recueil Dalloz*, 2000, p.796.

BONNAL (B.), « Le spectre de la dépénalisation du droit de la presse », in *Légicom* n°45, 2010/2.

BONNAL (N.), « Les règles processuelles de la loi de 1881 sont-elles toujours applicables devant le juge civil ? », in *Legipresse* n°272, mai 2010.

BONNEFOY (A.), « Comment punir la diffamation ? », in *RSC*, 1953, p.625.

BOULOC (B.), « Rapport Léger : quelle incidence en droit de la presse ? », in *Légicom* n°45-2010/2, p.23.

BOULOC (B.), « Vers un déclin de la sanction pénale des atteintes à la dignité? », in *Recueil Dalloz*, 2009, p.1373.

BOURDON (W.), « Le spectre de la dépénalisation du droit de la presse », in *Légicom* n°45, 2010/2.

BOURG (F.), « Il faut sauver la loi de 1881 », in *Les médias et l'Europe-Le contenu de l'information, Entre errance et uniformisation*, Univ. Nice-Sophia Antipolis, IDPD / CEDORE, 9 et 10 oct. 2008.

BURGELIN (J.-F.), « La loi de 1881 et l'Europe », in *La loi de 1881, loi du XXI siècle ?*, Colloque Presse-Liberté, sous la direction de A. Chastagnol et M.-C. Percin, PUF éd. 2000.

CARBONNIER (J.), « Le silence et la gloire », in *Dalloz*, 1951, chron. 119.

CHAPUT (Y.), « La loi n°91\_1382 du 30décembre 1991 relative à la sécurité des chèques et des cartes de paiement », in *Recueil Dalloz* 1990, chron. p. 101.

CONTE (Ph.), « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », in *Mélanges Chavanne*, 1990.

Conte (Ph.), « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Mélanges Béguin*, Litec, 2004, p. 141.

COUVRAT (P.), « Le nom de la loi, une balade dans le jardin des lois pénales », in *Mélanges Lombois*, 2004, p. 524.

DE BEIGNIER (B.), DE LAMY (B.), DREYER (E.), DE TAVIEAUX-MORO (N.), « Droit de la presse et des médias », in *JCP G*, n°45, 5 novembre 2008, I 209.

DECHENAUD (D.), « Injure publique », in *Jurisclasseur « Lois pénales spéciales*, fasc.95, 2010.

DE BELLESCIZE (D.), « La loi du 29 juillet 1881 à l'aube de l'an 2000 », in *Clés pour le siècle*, Université Panthéon-Assas/Paris II, Dalloz 2000, p. 1413.

DE BELLESCIZE (D.), « Les médias sous l'ère Sarkozy ? mi-2008-mi-2009 », in *Constitutions*, 2010, p.123.

DE LAMY (B.), « Les tribulations de l'article 1382 du code civil au pays de la liberté d'expression », in *Libre Droit, Mélanges Ph le Tourneau*, Dalloz, 2008, p 275.

DERIEUX (E.), « La loi du 29 juillet 1881 », in *RDP*, 1981, p.1501.



DERIEUX (E.), « Faut-il abroger la loi de 1881 ? », in *Légipresse* n°154, sept. 1998.

DERIEUX (E.), « La loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits de la victime et droit de la communication », in *JCP G*, 2000, act. p.1463.

DERIEUX (E.), « Référé et liberté d'expression », in *JCP G*, oct. 1997, I 4053.

DERIEUX (E.) « Dépénalisation de la diffamation (Une proposition de la commission Guinchard) », in *Petites affiches*, 8 aout 2008, n°159, p.4.

DERIEUX (E.), « Abus de la liberté d'expression et droit à réparation », in *Petites Affiches*, 14 aout 2000 n°161, p.4.

DERIEUX (E.), « La loi du 15 juin 2000 et la droit de la communication », in *Petites Affiches*, 18 juillet 2000 n°142, p. 16.

DEVEDJIAN (P.), « La dépénalisation des délits de presse », in *La loi de 1881, loi du XXI siècle ?*, Colloque Presse-Liberté, PUF, éd. 2000.

DETRAZ (S.), « La répression des infractions de presse à caractère discriminatoire », in *La loi du 29 juillet 1881 et le droit pénal commun, faut-il maintenir les spécificités du droit pénal de la presse ?*, in Journée d'étude de l'Institut de sciences criminelles, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 28 janvier 2011.

DREYER (E.), « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », in *JCP G* n°43, 2008, I 201.

DREYER (E.), « Disparition de la responsabilité civile en matière de presse », in *Recueil Dalloz*, 2006, p.1337.

DREYER (E.), « La perversion du référé en matière de presse », in *JCP G*, n°28, 2007, I 171.

DREYER (E.), « Où va la Cour de cassation en matière de presse ? », in *JCP G* n°35, 30 aout 2010, p.833.

DREYER (E.), « L'allongement du délai de prescription pour la répression des propos racistes ou xénophobes », in *Légicom* n°35, 2006/1, p.107 et s.

DUPEUX (J.-Y.) et MASSIS (T.), « Droit de la presse, janvier 2008-décembre 2008 », in *Recueil Dalloz*, 2009, p.1779.

FRANCILLON (J.), « Médias et droit pénal, bilan et perspectives », in *RSC*, janv.-mars 2000.

FRANCILLON (J.), « De quelques affaires de diffamation...avant la mise en œuvre du rapport de la « commission Guinchard », in *RSC*, 2008, p.628.

FRANCOIS (L.), « Le droit de la presse et la diffamation devant la Cour européenne des droits de l'homme », in *RDP*, 2005, p.693.

FRAPPAT (B.), « Vers un code de déontologie annexé à la convention collective des journalistes : une pierre dans le jardin du juge ? », in *Légicom* n°4, 2010/2, p.829.

FRICERO (N.), « La sanction des abus de la liberté d'expression-synthèse », in *Les médias et l'Europe - Le contenu de l'information, Entre errance et uniformisation*, Univ. Nice-Sophia Antipolis, IDPD / CEDORE, 9 et 10 oct. 2008.

GRIDEL (J-P.), « Liberté de la presse et protection civile des droits modernes de la personnalité en droit positif français », in *Recueil Dalloz*, 2005, chron. 391.

GUERDER (P.), « Sanction des abus de la liberté d'expression-introduction », in *Les médias et l'Europe - Le contenu de l'information, Entre errance et uniformisation*, Univ. Nice-Sophia Antipolis, IDPD / CEDORE, 9 et 10 oct. 2008.

GUERDER (P.), « L'intervention du juge judiciaire dans la liberté de communication », in *Justice et cassation*, 2006, p.69.

GUERDER (P.), « La loi de 1881 sur la liberté de la presse à l'aune de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme », in *Gaz. Pal.*, 2003 n°357, p.3 et s.

GUERDER (P.), « L'harmonisation des règles de procédure dans les procès de presse », in *Le droit de la presse de l'an 2000*, éd. Victoires, 1999.

GUIGOU (E.), « Intervention », in *La loi de 1881, loi du XXI siècle ?*, Colloque Presse-Liberté, sous la direction de A. Chastagnol et M.-C. Percin, PUF, éd. 2000.

GUINCHARD (S.), « L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », in *Recueil Dalloz*, 2008, p.1748.

HAERI (K.), « Réflexions sur le rapport du groupe de travail sur la dépenalisation de la vie des affaires : et le pénal n'appartint plus jamais au justiciable... », in *Droit pénal*, n°3, mars 2008, dossier 4.

JITRAC (J.-M.) et SAOUDI (H.), « La loi de 1881 sur la liberté de la presse est-elle toujours adaptée ? », in *Gaz. Pal.*, 2004, doct. 243.

KIEJMAN (G.), « Un regard sur la rénovation de la procédure en matière de presse », in *Légicom* n°35 2006/1, p.39.

KRAMER (P.), « Les rapports justice-médias et la loi du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence », in *Gaz. Pal.*, 23 décembre 2000, n°358, p. 50.

LACABARATS (A.), « L'intervention du juge des référés est-elle justifiée en droit de la presse ? », in *Légicom*, n° 35, 2006/1, p. 33.

LACABARATS (A.), « La protection judiciaire des atteintes à la réputation : la voie civile », in *Gaz. Pal.*, 1994, doct.1003.

LAVRIC (S.), « Instances civiles en matière de presse : nouvelles précisions », in *Dalloz actualité*, 22 avril 2010.

LECLERC (H.), « La loi de 1881 et la Convention européenne des droits de l'homme », in *Légicom* n°28, 2002/3, p.85.

LECLERC (H.), « Les principes de la liberté d'expression et la Cour européenne des droits de l'homme », in *Le droit de la presse de l'an 2000*, Ed. Victoires.

LECUYER (G.), « La place de l'article 1382 du code civil parmi les règles de responsabilité limitant la liberté d'expression », in *Recueil Dalloz*, 2006, p.768.

LECLERC (H.), « La loi de 1881 et les nouveaux médias », in *Colloque Presse-Liberté*, PUF, éd. 2000.

- LEPAGE (A.), « Vers une remise en cause de l'unicité du procès de presse ? », in *Légicom*, n° 46, 2011/1.
- LEPAGE (A.), « Loi du 29 juillet 1881 et article 1382 du Code civil », in *CCE* n°12, Décembre 2008, comm. 139.
- LEPAGE (A.), « Un an de droit pénal des nouvelles technologies, octobre 2007-octobre 2008 », in *Droit pénal* n°12, décembre 2008, chron. 10.
- LEPAGE (A.), « A la recherche d'un responsable pénal sur l'Internet », in *CCE* n°11, novembre 2005, comm. 177.
- LEPAGE (A.), « Le droit de la presse à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Légicom* n°30, 2004/1, p. 76.
- LEPAGE (A.), « La sanction des abus de la liberté d'expression par le juge civil », in *Les médias et l'Europe - Le contenu de l'information, Entre errance et uniformisation*, Univ. Nice-Sophia Antipolis, IDPD / CEDORE, 9 et 10 oct. 2008.
- LEPAGE (A.), « Un an de droit pénal de la consommation (mars 2007-avril 2008) », in *Droit pénal* n°5, mai 2008, Chron.4.
- LEPAGE (A.), « Le Code pénal et la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinio doctorum*, Dalloz 2009 p.135et s.
- LEVASSEUR (G.), « Réflexions sur l'exceptio veritatis », in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, LGDJ, 1990, p. 111.
- LEVY (J.-P.), « Il faut conserver la loi de 1881 », in *Légipresse* n°155, oct. 1998.
- LOUVET (M.-N.), « Incidence de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme sur la loi française », in *Le droit de la presse de l'an 2000*, Ed. Victoires, 1999.
- LOUVET (M.-N.), « Le référé en droit de la presse », in *Liberté de la presse et droits de la personne*, Actes du colloque du 20 juin 1997, Dalloz, 1997, p. 145.
- MALAUURIE (M.), « Ne dépénalisons pas la diffamation et l'injure.-Contre la proposition n°12, alinéa 1 du rapport Guinchard », in *JCP G*, n°39, 24 septembre 2008.

- MALLET-POUJOL (N.), « Le double langage du droit à l'information », in *Recueil Dalloz*, 2002, p.2420.
- MALLET-POUJOL (N.), « Abus de droit et liberté de la presse », in *Légipresse*, n° 143, juillet/août 1997, p. 81 et s.
- MALLET-POUJOL (N.), « La liberté d'expression sur l'Internet : aspects de droit interne », in *Recueil Dalloz*, 2007, p.591.
- MARCHARDIER (F.), « La réparation des dommages à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », in *RTD Civ.* 2009, p. 245
- MASSIS (T.), « Faut-il dépénaliser la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ? », in *Gaz. Pal.*, 4 septembre 2008, n °248, p.2.
- MASSIS (T.), « La portée générale de l'article 1382 du code civil ne peut pas être limitée, en matière de presse, à une atteinte aux droits fondamentaux des personnes », in *Recueil Dalloz*, 1994, p.193.
- MAYAUD (Y.), « Les abus de la presse, ou de la part respective des responsabilités pénales et civiles », in *RSC*, 1996, p.119.
- MAYAUD (Y.), « La loi pénale, instrument de valorisation sociale », in *Code pénal et Code d'instruction criminelle, Livre du bicentenaire*, 2010, p. 3.
- MAYAUD (Y.), Ratio legis et incrimination, in *RSC*, 1983. 597.
- ROBERT (J.), Propos sur la liberté de la presse, in *Recueil Dalloz* 1964, chron.194.
- ROBERT (J-H), « La dépénalisation », in *Archives de philosophie du droit*, t.41, 1997, p. 191.
- ROUSSEAU (F.), « L'utilité des infractions de presse incriminées par la loi du 29 juillet 1881 », in *La loi du 29 juillet 1881 et le droit pénal commun, faut-il maintenir les spécificités du droit pénal de la presse ?*, in Journée d'étude de l'Institut de sciences criminelles, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 28 janvier 2011.
- VERON (M.), « Vous avez dit dépénalisation ? », in *Droit pénal* n°3, mars 2008, repère 3.

VERON (M.), « Le parcours procédural en matière d'injures et de diffamation envers les particuliers », in *Liberté de la presse et droit pénal*, éd. PUAM, 1994, p. 67.

VINEY (G.), « Le particularisme des relations entre le civil et le pénal en cas d'abus de la liberté d'expression », in *Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p.1165.

VIRIOT-BARRIAL (D.), « A la découverte de la notion d'injure et de diffamation », in *Liberté de la presse et droit pénal*, XIIes Journées de l'Association française de droit pénal en hommage au Doyen Fernand Boulan, Aix-en-provence, 17 et 8 mars 1994 (PUAM, 1994), p. 35.

WACHSMANN (P.), « Liberté d'expression », in *Jurisclasseur*, fasc.800.

WACHSMANN (P.), « Liberté d'expression », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2007, p.387.

Wachsmann (P.), « Le délit d'offense envers un chef d'Etat étranger à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », in *RTDH* (55/2003), p. 975-997.

### Colloques

*Liberté de la presse et droit pénal* (XIIes Journées de l'Association française de droit pénal en hommage au Doyen Fernand Boulan - Aix-en-Provence, 17-18 mars 1994), PU Aix-Marseille, 1994.

*Liberté de la presse et droits de la personne* (Actes du colloque organisé le 20 juin 1997 par le TGI Paris et l'Ordre des avocats à la Cour de Paris), Dalloz, 1997.

*La loi de 1881, loi du XXI siècle ?*, Colloque Presse-Liberté, PUF, 2000.

*Le droit de la communication à l'épreuve de l'Europe*, Forum Légipresse, 2003.

*Le droit de la presse, une spécialité légitime ou dépassée ?*, Ed. Victoires, 2005.

*Les médias et l'Europe-Le contenu de l'information, Entre errance et uniformisation*, Univ. Nice-Sophia Antipolis, IDPD / CEDORE, 9 et 10 oct. 2008.

*Droit de la communication : Les réformes en marche*, Forum Légipresse, 2009.

*La presse en ligne*, Forum Légipresse, 2010.

*La loi du 29 juillet 1881 et le droit pénal commun, faut-il maintenir les spécificités du droit pénal de la presse ?*, in Journée d'étude de l'Institut de sciences criminelles, Université Montesquieu-Bordeaux IV, 28 janvier 2011.

### **Articles de presse**

ADER (B.), « Dépénaliser la diffamation, c'est pénaliser la presse », in *www.mediapart.fr*

ADER (B.), BONNAL (N.), FILIPPETTI (A.), OLIVENNES (D.), VAL (P.), CHAILLOU (C.), « Il ne faut pas dépénaliser la diffamation », in *Le Monde*, 27 janvier 2009.

DAVET (G.) LHOMME (F.), « Secret des sources du « Monde » : l'enquête du procureur Courroye invalidée », in *Le Monde*, 7 mai 2010, p.12.

MIGNARD (J-P), « Dépénaliser la diffamation : le nouveau miroir aux alouettes », in *www.mediapart.fr*

### **Rapport**

« L'ambition raisonnée d'une justice apaisée », rapport de la Commission sur la répartition des contentieux présidée par S. Guinchard, Doc. Fr., 2008, disponible sur le ministère de la justice.

# TABLE DES MATIERES

<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>PREMIERE PARTIE : UNE IDEE DISCUTABLE.....</b>	<b>8</b>
<b>CHAPITRE I : La philosophie sauvegardée par une dépenalisation partielle.....</b>	<b>9</b>
<b>Section I : La liberté de la presse renforcée par les dépenalisations effectuées.....</b>	<b>9</b>
I - La dépenalisation partielle de la sanction pénale.....	9
A. L'apport de la loi du 15 juin 2000.....	10
B. L'opportunité de cette dépenalisation.....	11
II - Des dépenalisations ponctuelles bienvenues.....	13
A. La mise en conformité avec les exigences européennes.....	13
1. L'importance de la liberté de la presse au niveau européen.....	13
2. Des condamnations européennes source de dépenalisation.....	15
a - La non conformité et l'abrogation de l'article 14 de la loi de 1881.....	15
b - La non-conformité et l'abrogation de l'article 36 de la loi de 1881.....	17
B. L'anticipation française des exigences européennes source de dépenalisation.....	20
<b>Section II : La liberté de la presse consolidable par une dépenalisation ponctuelle.....</b>	<b>22</b>
I - Des dépenalisations nécessaires.....	22
II - Des dépenalisations potentiellement bienvenues.....	25
<b>CHAPITRE II : La philosophie rejetée par une dépenalisation totale.....</b>	<b>27</b>
<b>Section I : Le droit pénal, garant certain de l'équilibre de la loi de 1881.....</b>	<b>27</b>
I - Le rejet justifié du régime de responsabilité civile.....	27
A. Le rejet originaire du régime de responsabilité civil.....	27



B. Le rejet toujours légitime du régime de responsabilité civile.....	29
1. La légitimité du rejet du régime de responsabilité civile au regard de l'article 11 de la DDHC.....	29
2. La légitimité du rejet du régime de responsabilité civile au regard de l'article 10 de la Convention EDH.....	30
II - Le choix opportun d'un système répressif.....	32
A. Un droit pénal substantiel garant de la liberté de la presse.....	32
1. La liberté de la presse protégée par le principe de légalité.....	32
2. La liberté de la presse protégée par le principe d'interprétation stricte de la loi pénale.....	35
B. Un droit pénal procédural garant de la liberté de la presse.....	36
<b>Section II : Le droit pénal, garant certain des valeurs protégées par le droit de la presse.....</b>	<b>37</b>
I - L'analyse « positive » des valeurs protégées par les infractions de presse.....	38
A. Les infractions autres que les délits contre les personnes protectrices de l'intérêt général.....	38
B. Les infractions de diffamation et l'injure, reflets de la protection de l'homme dans la société.....	42
II - La légitimité du droit pénal en matière de presse révélée par les faits justificatifs spéciaux.....	46
A. La protection de l'intérêt général révélée par l'existence de l'exceptio veritatis.....	46
B. La bonne foi, révélatrice de la dimension d'intérêt général de la diffamation.....	48
<b>DEUXIEME PARTIE : DES MODALITES CONTESTABLES.....</b>	<b>51</b>
<b>CHAPITRE I : Le rejet de l'extrême.....</b>	<b>52</b>
<b>SECTION I : LES FONDEMENTS CONTESTABLES DE LA VOIE PROPOSEE.....</b>	<b>52</b>
I Présentation de la proposition.....	52
A. La proposition.....	53

B. Les raisons avancées.....	54
1. Le fondement européen.....	54
2. Le fondement procédural.....	55
II Des fondements contestables.....	56
A. Le fondement tenant à la procédure de presse discutable.....	56
B. L'argument européen malmené.....	60
1. La lecture biaisée de la résolution européenne.....	60
2. Le régime français de la diffamation conforme aux exigences européennes.....	62
3. Le régime français de l'injure conforme aux exigences européennes.....	64
<b>Section II : Les conséquences néfastes de la voie proposée.....</b>	<b>65</b>
I - La voie proposée source d'impunité.....	65
A. L'aggravation des conséquences néfastes de la diffamation et de l'injure par l'existence d'internet.....	65
B. La voie civile insuffisante face à Internet.....	66
II La voie proposée source de dangers.....	69
A. Le mécanisme mesuré du référé en matière de presse.....	69
B. Le danger d'une généralisation du référé en matière de presse.....	71
<b>CHAPITRE II : Le compromis possible.....</b>	<b>75</b>
<b>Section I : L'atténuation bienvenue de la spécificité procédurale.....</b>	<b>75</b>
I - Une procédure excessivement dérogatoire.....	76
A. L'excès des exigences procédurales antérieures à l'instance.....	76
1. Le strict délai de prescription.....	76
2. Une qualification soumise à de précises exigences.....	78
a - Les difficultés de qualification liées à la personne diffamée : les articles 31 et 32 de la loi de 1881.....	79

b - Les difficultés de qualification liées à l'incertitude sur le délit poursuivi : diffamation ou injure.....	79
3. La sévère obligation de domiciliation.....	80
B. L'excès des exigences procédurales en cours d'instance.....	81
II – Un réaménagement procédural possible.....	82
A. L'aménagement possible du délai de prescription.....	83
B. Un aménagement possible des conditions de qualification de l'infraction.....	84
<b>Section II : L'amélioration nécessaire du droit substantiel de la presse.....</b>	<b>85</b>
I Un renforcement légitime de la liberté de la presse.....	85
A. Un renforcement de la cohérence du droit de la presse.....	85
1. La dépenalisation nécessaire de certaines infractions de presse.....	86
2. Le maintien légitime de la diffamation et de l'injure dans la loi de 1881.....	86
3. Le transfert bienvenu de certaines dispositions dans le Code pénal.....	86
B. Un renforcement de la protection de la liberté de presse par une évolution de l'exceptio veritatis.....	91
II Un renforcement opportun des droits des victimes.....	95
A. L'exclusion progressive de l'action civile en matière de presse.....	96
B. La réouverture conseillée de l'action civile.....	99
<b>Conclusion.....</b>	<b>101</b>
<b>Bibliographie.....</b>	<b>102</b>

